

**WYROK**  
z dnia 28 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2019 r. przez wykonawcę

**HOCHTIEF Polska Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Uniwersytet Łódzki z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawców:

**A. MIRBUD Spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach,**

**B. SKANSKA Spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w następującym zakresie i nakazuje Uniwersytetowi Łódzkiemu dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
  - 1.1. wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a i b projektu umowy, że kara umowna odnosi się do zwłoki,
  - 1.2. określenie w § 18 pkt 1 lit. d oraz § 18 pkt 2 lit. b jednakowego dla Zamawiającego i wykonawców poziomu kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy,
  - 1.3. wykreślenie w § 3 ust. 2 i § 14 ust. 2 projektu umowy określenia „bezusterkowego”,

- 1.4. wskazanie w § 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy, że Zamawiający przed odstąpieniem od umowy wezwie wykonawcę do zmiany sposobu wykonania umowy, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin,
  - 1.5. doprecyzowanie w § 4 ust. 1 projektu umowy zakresu urządzeń i materiałów eksploatacyjnych, których postanowienie dotyczy, pozwalające na ich szacunkową wycenę,
  - 1.6. zmianę postanowień rozdziału XIX punkt 2 podpunkt 2.2.3. dotyczącego kryterium oceny ofert „gwarancja i rękojmia na urządzenia (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.)” poprzez doprecyzowanie zakresu i warunków gwarancji objętych tym kryterium,
2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,
  3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych HOCHTIEF Polska Spółkę akcyjną i Uniwersytet Łódzki i:
    - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez HOCHTIEF Polska Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,
    - 3.2. zasądza od Uniwersytetu Łódzkiego na rzecz HOCHTIEF Polska Spółki akcyjnej kwotę 11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Łódzki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę budynku dydaktycznego Wydziału Nauk o Wychowaniu Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Narutowicza 65 i ul Lindleya 5 w Łodzi” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 211-514840. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **I Stanowisko Odwołującego**

Odwołujący – HOCHTIEF Polska S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 471 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na ustanowieniu w § 18 ust. 1 pkt 1 ppkt a) oraz b) projektu umowy kar umownych na poziomie 2% oraz 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto za jeden dzień opóźnienia, oraz 20% w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, tj. w sposób, który sprawia, iż kary umowne są rażąco wygórowane wobec potencjalnej szkody grożącej Zamawiającemu,

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 471 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na ustanowieniu w § 18 projektu umowy kar umownych na wypadek niezawinionego przez wykonawcę opóźnienia w realizacji zamówienia lub jego poszczególnych części, co stanowi nieuprawnione przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z terminowością realizacji zamówienia, w szczególności następstw finansowych okoliczności obiektywnie niezależnych od wykonawcy,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 471 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na ustanowieniu w § 18 ust. 1-3 projektu umowy kar umownych w sposób nie przewidujący górnego limitu kar umownych, co w połączeniu z ich wysokością oraz zasadą naliczania kar umownych za okoliczności niezależne od wykonawcy, może godzić w odpłatny charakter umowy,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego oraz zasadą wynikającą wprost z przepisu prawa, poprzez przyjęcie w § 3 ust. 2 oraz § 14 ust. 2 projektu umowy, że o wykonaniu przedmiotu umowy oraz podstawie do zapłaty wynagrodzenia stanowi dokonanie bezusterkowego odbioru końcowego, bez rozróżnienia wad oraz usterek i stopnia ich istotności – podczas gdy zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego, dokonanie odbioru robót i zapłata wynagrodzenia jest obowiązkiem inwestora, od którego zwolniony jest on tylko w przypadku stwierdzenia wad istotnych,

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, uniemożliwiający ustalenie rzeczywistego zakresu obowiązków obciążających wykonawcę, polegający na w skazaniu w § 4 ust. 1 projektu umowy, że „Cena za serwis urządzeń obejmuje czynności serwisowe wynikające z DTR danego urządzenia (wraz z wymianą materiałów eksploatacyjnych) wykonywane 1 raz do roku w oferowanym

okresie gwarancji dla urządzeń, wskazanym w § 15 w pkt 1 umowy. Wszystkie czynności serwisowe urządzeń zainstalowanych w ramach realizacji zamówienia (centrale klimatyzacyjne, klimatyzatory, urządzenia kuchenne i in.), wynikające z gwarancji i serwisu, łącznie z wymianą materiałów eksploatacyjnych i naturalnie zużywających się muszą zapewnić całkowitą sprawność urządzeń w trakcie ich eksploatacji” podczas gdy wykonawca nie ma realnej możliwości oszacowania, jakie ilości materiałów eksploatacyjnych będą zużywane w ramach funkcjonowania budynków – w szczególności jest to uzależnione od sposobu i intensywności użytkowania budynków,

6. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego oraz zasadą wynikającą wprost z przepisu prawa, poprzez przyjęcie w § 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy, że Zamawiającemu przysługuje natychmiastowe prawo do odstąpienia od umowy w przypadku jej niewłaściwego wykonywania – podczas gdy zgodnie z art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego, wadliwe wykonywanie dzieła (roboty budowlanej) uzasadnia odstąpienie od umowy jedynie po uprzednim wezwaniu do zmiany sposobu wykonywania i wyznaczeniu odpowiedniego terminu,

7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie jednego z kryteriów oceny ofert „Gwarancja i rękojmia” w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia wyrażający się w przyjęciu, że udzielenie gwarancji na okres do 10 lat uprawnia wykonawców do otrzymania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Gwarancja i rękojmia” (Rozdział XIX, pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w sytuacji gdy 10-letni okres gwarancji pozostaje nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i panujących na rynku zwyczajów, w szczególności do elementów produkowanych przez podmioty trzecie, co do których wykonawca wykonuje jedynie usługi montażowe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

I nakazanie zmiany treści projektu umowy, stanowiącego załącznik 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 1 a) projektu umowy, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy wynosi 0,1 % wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
2. wskazanie, że kary, o których mowa w § 18 ust. 1 pkt 1 a) oraz b) zastrzeżone są wyłącznie na wypadek zwłoki, a nie opóźnienia,
3. wskazanie, że kara umowna, o której mowa w § 18 ust. 1 pkt 1 b) naliczana jest od wartości „Ceny za serwis urządzeń”,

4. ustalenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron na poziomie maksymalnie 10% wynagrodzenia,
  5. wskazanie w § 18 ust. 3 projektu umowy, że łączna wysokość kar umownych nałożonych w ramach realizacji umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy,
  6. dokonanie zmian w § 3 ust. 2 oraz § 14 ust. 2 projektu umowy, polegających na:
    - a) powiązaniu realizacji zamówienia oraz obowiązku zapłaty wynagrodzenia z dokonaniem odbioru przedmiotu umowy wolnego od wad istotnych,
    - b) wprowadzeniu umownych definicji usterek oraz wad, z podziałem na istotne i nieistotne,
  7. wyłączenie w § 4 ust. 1 projektu umowy obowiązku wymiany materiałów eksploatacyjnych oraz kosztów tych materiałów, z zakresu usług świadczonych w ramach ceny za serwis urządzeń,
  8. wskazanie w § 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy, że Zamawiający przed odstąpieniem od umowy wezwie wykonawcę do zmiany sposobu wykonywania umowy, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin – pod rygorem odstąpienia od umowy,
- II nakazanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej określenia w kryterium oceny „Gwarancja i rękojmia” (rozdział XIX, pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) poprzez wskazanie, że maksymalny okres gwarancji wynosi 5 lat, a okres minimalny 2 lata – w każdym z podkryteriów w punktach 2.2.1-2.2.3,
- III zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał – w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowo określonych zasad naliczania kar umownych – że Zamawiający ukształtował przyszłe zobowiązania umowne w sposób rażąco zniekształcający równowagę stron stosunku umownego, stawiając Zamawiającego w pozycji uprzywilejowanej, przy czym zakres tego uprzywilejowania nie jest w żaden sposób uzasadniony przedmiotem umowy, okolicznościami jej wykonywania, czy zasadami współżycia społecznego. Zamawiający wprowadził bowiem zasadę, że kary umowne będą naliczane niezależnie od tego, czy powodem opóźnienia w realizacji zamówienia są okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, czy też okoliczności obiektywne, a wręcz zależne od Zamawiającego; ustanowił wysokość kary umownej na poziomie 2% wynagrodzenia całkowitego brutto za każdy dzień opóźnienia, co jest rozwiązaniem niespotykanym w praktyce rynkowej; wprowadził zasadę nielimitowanego pułapu kar umownych nakładanych w ramach realizacji kontraktu.

Tak ukształtowany projekt umowy nie tylko nie daje się pogodzić z zasadą konkurencyjności, czy zasadami płynącymi z art. 353<sup>1</sup> oraz 481 Kodeksu cywilnego, ale może wręcz godzić w zasadę odpłatności świadczeń. Jeżeli bowiem kara za opóźnienie w realizacji zamówienia wynosi 2% wartości wynagrodzenia, bez maksymalnego pułapu kar umownych, to opóźnienie wynoszące 5 dni prowadzi do obniżenia wynagrodzenia o 10%, tym samym czyniąc kontrakt nierentownym; wynoszące 10 dni kalendarzowych prowadzi do obniżenia wynagrodzenia o 20%, powodując stratę po stronie wykonawcy; wynoszące 50 dni, stanowiące niespełna 10% zakładanego 18-miesięcznego okresu realizacji powoduje, że wykonawca realizuje zamówienie całkowicie nieodpłatnie. Nawet więc niewielkie opóźnienie względem harmonogramu może oznaczać całkowity brak rentowności po stronie wykonawcy, czy wręcz nieodpłatne realizowanie robót budowlanych. Taka sytuacja nie stanowi odpowiedzi na realne szkody grożące Zamawiającemu, lecz prowadzi będzie do faktycznego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy, będąc tym samym sprzeczną z ideą i funkcją kary umownej.

W postanowieniach tych Zamawiający odnosi się do dni opóźnienia, a nie zwłoki. Opóźnienie to może być spowodowane czynnościami całkowicie niezależnymi od wykonawcy, jak sytuacje związane z wydawaniem niezbędnych opinii organów administracyjnych, opóźnienia związane z niezinventaryzowaną infrastrukturą, znaleziskami archeologicznymi lub niewybuchami. W takiej sytuacji Zamawiający nie ma obowiązku zawarcia aneksu terminowego, a realizacja zamówienia ulega obiektywnemu opóźnieniu.

Połączenie trzech zaskarżonych aspektów postanowień projektu umowy sprawia, że proponowane zasady rozliczeń pozostają w całkowitym oderwaniu nie tylko od zasad rynkowych, ale również od zasad współżycia społecznego. Już sama wysokość kar umownych za każdy dzień opóźnienia czyni je rażąco niewspółmiernymi do hipotetycznej szkody grożącej Zamawiającemu, który zagwarantował sobie dodatkowo prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych.

Powyższa niewspółmierność razi szczególnie w przypadku kar z tytułu odstąpienia od umowy – Zamawiający postanowił bowiem zróżnicować sytuację prawną stron, przyznając sobie prawo do naliczenia kary umownej na poziomie 20%, zaś wykonawcy – dwukrotnie niższej w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, mimo że odstąpienie od umowy wiąże się z większymi stratami po stronie wykonawcy, z uwagi na wielkość środków zainwestowanych z realizacją robót, konieczność rozwiązania umów z podwykonawcami itp. Dodatkowo obciążenie wykonawcy ryzykiem zapłaty kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę nie znajduje uzasadnienia w zasadzie równowagi stron, czy dyrektywie ponoszenia odpowiedzialności za skutki podejmowanych działań. W istocie bowiem powiązanie kar umownych z opóźnieniem, a nie zwłoką, nie stanowi nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za własne zaniechania i uchybienia, lecz obciąża wykonawcę

odpowiedzialnością za skutki działania podmiotów trzecich lub czynników obiektywnych – i jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Działania, o których mowa powyżej, były wielokrotnie kwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, m.in. w wyroku sygn. KIO 923/14. Również orzecznictwo Sądu Najwyższego opowiada się za traktowaniem kary umownej jako następstwa okoliczności, za które strona umowy ponosi odpowiedzialność, na które może mieć jakikolwiek wpływ, np. wyrok z 21 września 2007 r., sygn. V CSK 139/07: „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 KC, zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC), tj. gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika – jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, ani strony co innego nie zastrzegły, ani szczególny przepis ustawy nie przewiduje co innego – z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 KC), czyli z jego winy w postaci, co najmniej, niedbalstwa. To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 KC), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 *in fine* KC domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Ta przesłanka roszczenia o zapłatę kary umownej, czyli uzależnienie obowiązku zapłaty kary umownej od niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wiąże się z ujęciem kary umownej w art. 483 i 484 KC jako z góry ryczałtowo określonego surogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej. Wyrazem takiego ujęcia kary umownej jest zamieszczenie art. 483 i 484 KC w tym samym dziale kodeksu cywilnego, w którym znajduje się art. 471 (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2.6.1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, i z dnia 11.2.1999 r., III CKN166/98, nie publ.).”

Sąd Najwyższy wskazuje również na fakt, że kara umowna pełni funkcję kompensacyjną, a więc jej wysokość powinna być powiązana z wysokością szkody grożącej wierzycielowi. W tym przypadku takiego powiązania nie ma, a kary umowne określone na poziomie wskazanym w projekcie umowy faktycznie prowadzą do wzbogacenia po stronie Zamawiającego.

Z powyższymi rozważaniami koresponduje ściśle zarzut dotyczący braku wskazania przez Zamawiającego na maksymalny pułap dopuszczalnych kar umownych, co jest powszechnie przyjętą praktyką w obrocie prawnym w zakresie umów o roboty budowlane. Należy bowiem zauważyć, że o ile nieograniczone kumulowanie kar umownych nie ma służyć wzbogaceniu po stronie Zamawiającego, to następuje punkt przesilenia, po przekroczeniu którego dalsze utrzymywanie umowy (i naliczanie kar umownych pomimo braku postępu robót) nie leży

w interesie żadnej ze stron. Na taką okoliczność Zamawiającemu przysługuje jednakże uprawnienie do odstąpienia od umowy.

Brak maksymalnego limitu kar umownych, zwłaszcza w połączeniu z odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka (kara za opóźnienie) i wygórowanym poziomem kar umownych, prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie oszacować ryzyka finansowego związanego z zawarciem umowy. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się konieczność ograniczenia wysokości kar umownych, np. wyrok sygn. KIO 1601/18.

W zakresie zarzutu dotyczącego sporządzenia bezusterkowego protokołu odbioru, będącego podstawą uznania zamówienia za wykonane oraz rozliczenia zrealizowanych robót – w ocenie Odwołującego rozwiązanie takie jest sprzeczne z dyspozycją art. 647 Kodeksu cywilnego. Zasada, iż niedopuszczalne jest uzależnienie odbioru robót budowlanych i zapłaty wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru, została jednoznacznie przesądzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, oraz sądów powszechnych, np. w wyroku sygn. KIO 1601/18: „zgodnie ze stanowiskiem dominującym w judykaturze oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: 111 CZP 8/15). W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi (Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r. sygn. akt: V CSK 544/12: Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem.” Powyższe potwierdzają także: wyrok SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07; wyrok SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 oraz wyrok sygn. KIO 1507/11, idące wyraźnie w kierunku, że „odbior bezusterkowy” jako warunek odbioru robót budowlanych nie ma podstaw prawnych, jest sprzeczny z treścią art. 647 Kodeksu cywilnego oraz naturą stosunku prawnego.

Tym samym uzasadnione są zarzuty postawione w niniejszym odwołaniu, jak również wnioskowane zastąpienie aktualnego warunku płatności i daty wykonania przedmiotu umowy odbiorem bez wad istotnych, oraz doprecyzowanie na potrzeby umowy znaczenia terminów „usterka” i „wada” oraz wprowadzeniu ich zróżnicowania na istotne lub nieistotne.

Co do kwestii zakresu usług świadczonych (i podlegających wycenie) przez wykonawców w ramach „Ceny za serwis urządzeń” Odwołujący wskazał, iż wskazaniu w § 4 ust. 1 projektu umowy, że „Cena za serwis urządzeń obejmuje czynności serwisowe wynikające z DTR danego urządzenia (wraz z wymianą materiałów eksploatacyjnych) wykonywane 1 raz do roku w oferowanym okresie gwarancji dla urządzeń, wskazanym w § 15 w pkt. 1 Umowy. Wszystkie czynności serwisowe urządzeń zainstalowanych w ramach realizacji zamówienia (centrale klimatyzacyjne, klimatyzatory, urządzenia kuchenne i in.), wynikające z gwarancji i serwisu łącznie z wymianą materiałów eksploatacyjnych i naturalnie zużywających się muszą zapewnić całkowitą sprawność urządzeń w trakcie ich eksploatacji” nie spełnia wymogów precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, uniemożliwia prawidłową wycenę świadczonych usług.

Powodem powyższego stanu rzeczy jest próba nałożenia na wykonawcę kosztów wymiany materiałów eksploatacyjnych we wszystkich zamontowanych urządzeniach, podczas gdy wykonawca nie ma realnej możliwości oszacowania, jakie ilości materiałów eksploatacyjnych będą zużywane w ramach funkcjonowania budynków – w szczególności jest to uzależnione od sposobu i intensywności użytkowania budynków. Materiały eksploatacyjne zużywane są w miarę i proporcjonalnie do eksploatacji urządzeń. W zależności od szeregu czynników, np.: liczby użytkowników obiektu; wymiaru czasu, w jakim obiekty i urządzenia są dostępne dla użytkowników; warunków atmosferycznych i termicznych (zarówno wewnętrznych jak i zewnętrznych); zachowań użytkowników obiektu (choćby częstotliwość korzystania z wind, posługiwanie się urządzeniami emitującymi ciepło); wykorzystywania obiektu do celów innych niż podstawowe przeznaczenie (dydaktyka) poszczególne materiały eksploatacyjne mogą zużywać się w różnym tempie. Nie istnieje metoda, która pozwoliłaby w sposób rzetelny ustalić stopień i intensywność eksploatacji poszczególnych urządzeń, a w zestawieniu z danymi producenta – oszacować prawdopodobne zużycie materiałów eksploatacyjnych. Zamawiający nie jest w stanie zapewnić nawet podstawowych danych wyjściowych, w oparciu o które wykonawcy mogliby próbować opracować własną metodologię pozwalającą oszacować zużycie materiałów eksploatacyjnych.

Normą w umowach serwisowych jest zasada, że koszty materiałów eksploatacyjnych są rozliczane poza kosztem usługi serwisowej. Jest to zasada wynikająca z braku racjonalnej możliwości innego postępowania.

Zamawiający postuluje przeniesienie na wykonawcę wszystkich kosztów materiałów eksploatacyjnych, których zużycie jest niemożliwe do oszacowania, jak również w żaden sposób nie świadczy o nienależyтым wykonaniu umowy, podczas gdy w orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreślono, iż: „nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub

też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno-gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 k.c., jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.” (...) Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Zatem art. 632 § 1 k.c., na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. (...). Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 Pzp na roboty dodatkowe. Z tych względów Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia.” (wyrok sygn. KIO/UZP 184/10). „Obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty. (wyrok KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09). Podobnie też w wyrokach sygn. KIO 139/14, KIO 148/14, KIO 150/14; sygn. KIO 809/12.

Zamawiający nie tylko oczekuje od wykonawców zaciągnięcia zobowiązania do usług serwisowych w zakresie niespotykanym na rynku, ale przede wszystkim w kształcie uniemożliwiającym rzetelną wycenę oraz rozkładającym ryzyko finansowe w sposób niedopuszczalny na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu nieuprawnionej rezygnacji z obowiązku wezwania wykonawcy do prawidłowego realizowania umowy, tj. naruszenia art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy (§ 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy) w sposób sprzeczny z zasadą wynikającą wprost z przepisu prawa i przyjęcie że Zamawiającemu przysługuje natychmiastowe prawo do odstąpienia od umowy w przypadku jej niewłaściwego wykonywania, podczas gdy zgodnie z art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego wadliwe wykonywanie dzieła (robót budowlanych) uzasadnia odstąpienie od umowy jedynie

po uprzednim wezwaniu do zmiany sposobu wykonywania i wyznaczeniu odpowiedniego terminu. Reguła wynikająca z art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego jest prosta do odkodowania: „Wykonawca musi po pierwsze być wezwany do zmiany sposobu wykonania dzieła oraz po drugie zamawiający musi mu w tym celu wskazać termin, który ma być odpowiedni dla dokonania tych zmian.” (wyrok SN z 6 maja 2004 r., sygn. III CK 571/02). Od reguły tej nie może Zamawiający skutecznie odstąpić – proponowane rozwiązanie sprawiałoby bowiem, że wykonawca o zarzutach dotyczących właściwego lub niewłaściwego realizowania robót dowiadywałby się dopiero na etapie sporu na tle skuteczności odstąpienia od umowy. Takie rozwiązanie stawia wykonawcę w sytuacji rażąco gorszej od Zamawiającego oraz uniemożliwia podjęcie działań zapobiegawczych, którą to możliwość przewiduje przepis art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego. Postanowienie umowy stoi w sprzeczności z normą płynącą z Kodeksu cywilnego – jego konwalidacja musi polegać na wprowadzeniu procedury ostrzegawczej, z terminem umożliwiającym osiągnięcie stanu zadawalającego Zamawiającego.

W warunkach rynkowych żaden z wykonawców, działając w sposób racjonalny, nie zawarłby umowy na warunkach zaproponowanych przez Zamawiającego. Zaproponowanie tak skrajnie niekorzystnych warunków kontraktowych należy ocenić wyłącznie jako pochodną występowania Zamawiającego w postępowaniu z pozycji dominującej – przyznanej wprawdzie przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak nadużytej w niniejszej sprawie przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego długości okresu gwarancji Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu jest kryterium „Okres gwarancji”. Zamawiający wskazał, że okres ten powinien być podany jako liczba lat, przez jaką przedmiot umowy będzie objęty gwarancją wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający sprecyzował, że punktowane 10 punktami, a zatem maksymalną liczbą punktów do zdobycia w kryterium „Gwarancja i rękojmia” jest udzielenie gwarancji na okres 10 lat i dłuższy (rozdział XIX, pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – przy czym dotyczy to nie tylko robót budowlanych zrealizowanych przez wykonawcę, ale również elementów wytwarzanych przez dostawców zewnętrznych, które są jedynie montowane przez generalnego wykonawcę lub serwis producenta (jak elementy stolarki czy maszyny i urządzenia). Okres gwarancji, uprawniający wykonawców do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozostaje nierealny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, że maksymalny okres gwarancji powinien być krótszy. Optymalne z punktu widzenia niniejszego zamówienia powinno być zaoferowanie gwarancji 5-letniej. Kwestia ta pozostaje również istotna w kontekście narzuconego oczekiwania, aby okres gwarancji jakości – wydłużony do 10 lat, obejmował również urządzenia takie jak

windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i inne, wprost wymienione w punkcie 2.2.3 rozdziału XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Udzielenie gwarancji jakości w odniesieniu do elementów mechanicznych w wymiarze sięgającym 10 lat pozostaje nierealne i oderwane od rzeczywistych możliwości oraz panujących na rynku zwyczajów. Producenci urządzeń mechanicznych, które będą montowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia, udzielają zazwyczaj 2-letnich gwarancji. Tymczasem, w odniesieniu do tych samych urządzeń, od wykonawców Zamawiający oczekuje udzielenia gwarancji nawet pięciokrotnie dłuższej od gwarancji oferowanej przez producentów. Dojdzie zatem do sytuacji, w której gwarancja jakości na elementy mechaniczne nie będzie poparta gwarancją producenta, a jedynie generalnego wykonawcy, który w stosunku do tak określonego przedmiotu gwarancji nie posiada merytorycznych podstaw do gwarantowania trwałości urządzeń pochodzących od zewnętrznych dostawców. Gwarancja powinna odzwierciedlać realia panujące na rynku. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że sztuczne wydłużenie okresu gwarancji należy pochytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres.

Jest to kolejny obszar, w którym Zamawiający w istocie uniemożliwia wykonawcom przeprowadzenie racjonalnej wyceny ofert, zmuszając do wejścia na grunt spekulacji i hazardu.

II Stanowisko przystępujących po stronie Odwołującego

Przystępujący MIRBUD S.A. poparł stanowisko Odwołującego. Podkreślił, że zarówno Zamawiającemu, jak i wykonawcom chodzi o rzetelną realizację umowy. Wykonawca nie jest w stanie sporządzić racjonalnej oferty, bo nie ma się na czym oprzeć przy wycenie, oferty będą więc nieporównywalne. Roboty budowlane to niejako żywy organizm, na który wpływ ma wiele czynników, w tym niezależnych od wykonawcy. Poza tym w praktyce nie istnieje coś takiego jak odbiór bezusterkowy. Umowa ma zabezpieczać interesy stron w przypadku, kiedy jej realizacja będzie przebiegała niezgodnie z założeniami. To Zamawiający wykreował takie warunki umowy, zatem to z jego postanowień wynika, że wykonawcy może bardziej opłacać się odstąpienie od umowy niż jej kontynuacja.

Przystępujący SKANSKA S.A. poparł stanowisko Odwołującego.

### III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

W odniesieniu do kar umownych Zamawiający wskazał, że zostaną naliczone w następujących przypadkach: § 18 ust. 1 pkt 1 projektu umowy:

- a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- b) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym w okresie rękojmi lub gwarancji, przy odbiorze pogwarancyjnym – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad;
- c) w przypadku serwisu 1% od wartości za prace serwisowe (§ 4 pkt 1) za każdy rozpoczęty dzień niesprawności urządzenia z winy Wykonawcy;
- d) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy;
- e) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od terminu określonego w § 10 umowy;
- f) w razie nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian – w wysokości 2.000 zł,
- g) w razie nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 2.000 zł;
- h) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (§ 10 umowy) – w wysokości 1.500 zł;
- i) z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w § 17 ust. 7 umowy – w wysokości 500.00 zł.

§ 18 ust. 1 pkt 2:

- a) za opóźnienie w przystąpieniu do odbioru przedmiotu umowy z winy Zamawiającego w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, a którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po terminie, w którym odbiór powinien się rozpocząć,
- b) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, chyba że odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy.

§ 18 ust. 2: Jeżeli kara umowna nie pokryje poniesionej szkody, każda ze stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach określonych przez Kodeks cywilny.

§ 18 ust. 3: Każda z kar umownych wymieniona w ust. 1 jest niezależna od siebie, a Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z nich niezależnie od dochodzenia pozostałych. Zamawiający może potrącić kwotę kary umownej z każdą płatnością należną lub jaka będzie się należeć wykonawcy oraz uzyskać jej wartość z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

§ 18 ust. 4: Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z przysługującego mu wynagrodzenia.

§ 18 ust. 5: Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, w przypadku gdy naliczona kara umowna nie pokrywa powstałej szkody w pełni.

Stosownie do przepisów Kodeksu cywilnego kara umowna nie jest „karą” w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależnego wykonania zobowiązania. Zdecydowana większość doktryny i orzecznictwa opowiada się za stanowiskiem, że kara umowna jest swoistą postacią odszkodowania i ma przede wszystkim charakter kompensacyjny – dawniej dla tej instytucji używano również nazwy „odszkodowanie umowne”. Kara umowna ma zastąpić odszkodowanie za szkodę powstałą w związku z niewykonaniem lub nienależnym wykonaniem zobowiązania, przy czym możliwe jest zastrzeżenie dwóch odrębnych kar: na wypadek niewykonania i na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Zastrzeżona kara umowna należy się wierzycielowi nawet gdy nie poniósł szkody.

Prowadzi to do wniosku, że choć co do zasady kara umowna jest instrumentem prawnym o charakterze w głównej mierze odszkodowawczym, to ma ona cechy środka penalnego, tj. niejako przymusza kontrahentów do takiego wykonywania swoich zobowiązań, które ostatecznie doprowadzi do pozytywnego zakończenia stosunku zobowiązaniowego

Wykonawca, składając odwołanie, nie wziął pod uwagę faktu, że Uniwersytet Łódzki cały czas funkcjonuje, świadcząc usługi również edukacyjne na rzecz społeczeństwa i nie może doprowadzić do sytuacji, że działania osób trzecich, współpracujących z Zamawiającym na podstawie odrębnych umów cywilnoprawnych, mogą doprowadzić do opóźnienia w wykonywaniu jego innych, statutowych funkcji. Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku dydaktycznego. Jest to więc budynek, który Zamawiającemu jest niezbędny do pełnienia funkcji dydaktycznych, tj. niezbędnych do realizacji statutowych działań. Ponadto, jak wynika z § 3 ust. 1 projektu umowy, termin jej realizacji został wyznaczony na okres od 2 marca 2020 r. do 1 września 2021. Nie jest to termin krótki, niemożliwy do wykonania dla wykonawców, którzy w sposób prawidłowy przystąpią do realizacji umowy. Natomiast wprowadzone zapisy dotyczące kar umownych nie są nastawione na zysk Zamawiającego, lecz służą wyłącznie zapewnieniu Zamawiającemu jak największego zabezpieczenia wykonania robót budowlanych w określonym w projekcie umowy terminie. Rok akademicki rozpoczyna się 1 października, Zamawiający więc zmuszony jest z odpowiednim

wyprzedzeniem układać grafik działań zapewniających prawidłową pracę uczelni. Zamawiający jest też zmuszony zawrzeć szereg umów w zakresie usług i dostaw, które muszą być skorelowane z terminem odbioru robót budowlanych. W przypadku „zlekceważenia” przez wykonawcę terminu wykonania prac, może dojść do szkody w majątku Zamawiającego w postaci nałożenia na niego kar umownych od kontrahentów za nieodebranie w terminie przedmiotu umowy. W tym kontekście za słuszne Zamawiający uznaje określenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, a nie za zwłokę, będącą kwalifikowaną wersją opóźnienia.

Niezależnie od powyższego, w przypadku pozostawienia zapisów o nałożeniu kary umownej za opóźnienie, wykonawca w dalszym ciągu na drodze sądowej mógłby dochodzić swoich uprawnień. Zwłoka, w świetle art. 476 Kodeksu cywilnego, jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, wynikającym z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Opóźnienie nie jest zwłoką tylko wówczas, gdy wykonawca udowodni, że nastąpiło ono z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi, wierzyciel zaś musi tylko wykazać, że świadczenie nie zostało spełnione w terminie, nie obciąża go natomiast dowód, że przybrało ono postać zwłoki. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które wykonawca ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 Kodeksu cywilnego). Opóźnienie nie jest zwłoką tylko, gdy wykonawca udowodni, że nastąpiło ono z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Ponadto, zgodnie z art. 476 Kodeksu cywilnego, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to jednak przypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z art. 476 Kodeksu cywilnego należy zatem wyprowadzić wniosek, iż wykonawca dopuszcza się zwłoki, jeżeli opóźnia się z wykonaniem zamówienia publicznego, a opóźnienie to jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Z przepisu art. 476 Kodeksu cywilnego wynika również domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu wykonawca pozostaje w zwłoce, czyli niewykonanie zamówienia publicznego w terminie wynikało z przyczyn, za które wykonawca odpowiada. Wobec tego Zamawiający nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia jest spowodowane okolicznościami, za które wykonawca odpowiada, Zamawiający musi tylko wykazać, że termin wykonania zamówienia publicznego upłynął bezskutecznie. W sytuacji, gdy wykonawca twierdzi, iż nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykłe, niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, powinien tę okoliczność wykazać. Uwzględniając art. 476 zdanie drugie Kodeksu cywilnego dla zwłoki decydujące znaczenie ma okoliczność, że jest to uchybienie terminowi wykonania zamówienia, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. W wyroku z 16 stycznia 2013 r.,

sygn. II CSK 331/12, Sąd Najwyższy uznał, że obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W wyroku Sąd Najwyższy uznał również, że nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 Kodeksu cywilnego domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Natomiast propozycja Odwołującego w zakresie dokonania modyfikacji zapisów umownych o zastąpienie wyrażenia opóźnienie na zwłokę, prowadzi do konkluzji, że Odwołujący stara się przerzucić ewentualny przyszły ciężar udowodnienia swojej winy o nienależycie wykonanym zobowiązaniu na Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, z przyczyn wskazanych wyżej, takie działanie nie powinno korzystać z ochrony.

Zamawiający wskazał, że wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium udzielonej gwarancji było prawidłowe. Przedmiotowe zamówienie obejmuje budowę budynku dydaktycznego, jest więc zamówieniem znaczącym i wymaga odpowiedniego zabezpieczenia po stronie wykonawcy. Zamawiający jest bowiem zainteresowany tym, by podmiot, który wykona przedmiotowe zamówienie publiczne, udzielił jak największej gwarancji na przedmiot zamówienia. Taki stan rzeczy znalazł odzwierciedlenie w opracowanych kryteriach oceny ofert. Nie można więc mówić o „nieadekwatnym” okresie gwarancji do przedmiotu zamówienia, skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące budowę budynku.

Argumenty Odwołującego obejmujące zastrzeżenia co do niemożliwości oszacowania, jakie ilości materiałów eksploatacyjnych będą zużywane w ramach funkcjonowania budynków, są nieuzasadnione. Zamówienie obejmuje budowę budynku dydaktycznego, czyli sposób i intensywność użytkowania budynków będą znaczne. W oparciu o takie okoliczności możliwe jest dokonanie chociaż prawdopodobnego oszacowania wartości materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający wskazał też, że 22 listopada 2019 r. dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmieniając:

1. treść rozdziału XIX pkt 2.2.3 gwarancja i rękojmia na urządzenia (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.) – G3

$G_x$  – okres gwarancji podany w formularzu ofertowym,

$G_{max}$  – okres gwarancji max 10 lat,

$G_{xmin}$  – okres gwarancji min. 3 lata.

Uwaga: zaoferowana gwarancja powyżej 10 lat dla urządzeń (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.) uzyska taką samą ilość punktów jak 10 lat.

2. § 4 pkt 1 projektu umowy: „Cena za serwis urządzeń w okresie 3 lat obejmuje czynności serwisowe wynikające z DTR danego urządzenia (wraz z wymianą materiałów eksploatacyjnych) wykonywane 1 raz do roku w oferowanym okresie gwarancji dla urządzeń, wskazanym w § 15 w pkt 1 Umowy. Wszystkie czynności serwisowe urządzeń zainstalowanych w ramach realizacji zamówienia (centrale klimatyzacyjne, klimatyzatory, urządzenia kuchenne i in.). wynikające z gwarancji i serwisu, łącznie z wymianą materiałów eksploatacyjnych w okresie 3 lat i naturalnie zużywających się muszą zapewnić całkowitą sprawność urządzeń w trakcie ich eksploatacji. Wymiana materiałów eksploatacyjnych obowiązuje w okresie 3 lat. Jeżeli w formularzu ofertowym wykonawca zaoferuje 4 bądź 5 lat, wymiana materiałów eksploatacyjnych obowiązuje tylko w okresie minimalnym tj. 3 lata.”

3. § 18 ust. 1 pkt 1 a projektu umowy – kara umowna za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynosi 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień późnienia.

4. Zamawiający w związku z modyfikacją § 18 ust. 1 pkt 1 a odstępuje od wprowadzonego limitu kar określonego w § 18 pkt 3.

W związku z wprowadzonymi zmianami Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępujących Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 471 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 647 Kodeksu cywilnego, art. 636 §1 w zw. z art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 91 ust. 2 i 2d ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy te stanowią:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”;
- 2) art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”;
- 3) art. 29 ust. 1: „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”;
- 4) art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.”;
- 5) art. 92 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiającą sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.”;
- 6) art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej <<umowami>>, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”;
- 7) art. 5 Kodeksu cywilnego: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”;
- 8) art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego: „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.”;
- 9) art. 471 Kodeksu cywilnego: „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub

nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.”;

10) art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego: „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).”;

11) art. 647 Kodeksu cywilnego: „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.”;

12) art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego: „Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.”;

13) art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego: „Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.”

Na wstępie należy zauważyć, że – jak wynika z brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem Izba dokonuje kontroli legalności działań zamawiającego. Tym samym jedynie okoliczność, że dane postanowienia umowne można by ukształtować lepiej, czy też inaczej, nie stanowi samoistnej podstawy do uwzględnienia żądań odwołania. Przy czym legalność działań zamawiającego jest rozpatrywana nie tylko pod kątem naruszenia poszczególnych przepisów, ale także określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasad postępowania wymaganych od zamawiającego, w zakresie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazanych w odwołaniu – w szczególności uczciwej konkurencji (w ramach której mieści się również zasada równości stron umowy) i proporcjonalności (także zawartych w niej wymagań do założonego celu).

Jednocześnie, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem jest związana zakresem zarzutów. Tym samym w sentencji wyroku nie odnosiła się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie objętych odwołaniem.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba wzięła więc pod uwagę również dokonaną przed rozprawą modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących kar umownych Izba stwierdziła, co następuje. Kwestia kar umownych została uregulowana w § 18 projektu umowy. Po dokonaniu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 22 listopada 2019 r. § 18 otrzymał następujące brzmienie:

„1. Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:

a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

b) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w okresie rękojmi lub gwarancji, przy odbiorze pogwarancyjnym – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad;

c) w przypadku serwisu 1% od wartości za prace serwisowe (§ 4 pkt 1) za każdy rozpoczęty dzień niesprawności urządzenia z winy Wykonawcy;

d) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy;

e) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od terminu określonego w § 10 umowy,

f) w razie nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian – w wysokości 2.000 zł,

g) w razie nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 2.000 zł;

h) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (§ 10 Umowy) – w wysokości 1.500 zł;

i) z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w § 17 ust. 1 Umowy – w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych brutto). Niezłożenie przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie żądanych przez zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w pkt. 1 czynności.

2) Zamawiający płaci Wykonawcy kary umowne:

a) za opóźnienie w przystąpieniu do odbioru przedmiotu Umowy z winy Zamawiającego w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po terminie, w którym odbiór powinien się rozpocząć,

b) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, chyba że odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie art. 145 ust. 1 Ustawy.

2. Jeżeli kara umowna nie pokryje poniesionej szkody, każda ze stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach określonych przez Kodeks cywilny.

3. Każda z kar umownych wymieniona w ust. 1 jest niezależna od siebie a Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z nich niezależnie od dochodzenia pozostałych. Zamawiający może potrącić kwotę kary umownej z każdą płatnością należną lub jaka będzie się należeć wykonawcy, oraz uzyskać jej wartość z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

4. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z przysługującego mu wynagrodzenia.

5. Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, w przypadku gdy naliczona kara umowna nie pokrywa powstałej szkody w pełni.”

Zamawiający zmienił wysokość kary umownej wskazanej w kwestionowanym § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a projektu umowy z 2% do 0,2% wskazując, że za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wykonawca zapłaci 0,2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Podczas rozprawy pełnomocnik Odwołującego nie kwestionował tej wysokości (0,2%) stwierdzając, że mieści się ona w standardzie rynkowym. Również Izba nie uznała tej wysokości za nadmiernie wygórowaną. Tym samym Izba uznała, że – wobec dokonanej zmiany – kwestia ta przestała być sporna i nie nakazała zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Co do kary wskazanej w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. b projektu umowy Odwołujący w zarzucie 1. co prawda również odniósł się do wysokości tej kary (0,5%), lecz nie kontynuował wątku wysokości 0,5% ani w żądaniach odwołania dotyczących zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w uzasadnieniu odwołania – wskazując tam jedynie na kwestię zwłoki oraz obliczania kary od wartości „Ceny za serwis”.

Tym samym Izba nie nakazała Zamawiającemu zmiany postanowienia § 18 ust. 1 pkt 1 lit. b w tym zakresie. Jednak pozostawia rozważeniu Zamawiającego, czy – wobec zmniejszenia wysokości kary w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a – nie należałoby jednocześnie zmniejszyć innych kar, skoro w pierwotnych założeniach projektu umowy były one kilkukrotnie mniejsze.

Jednocześnie Izba nie znalazła uzasadnienia do obliczania kary, o której mowa w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. b od wartości „Ceny za serwis urządzeń” (Odwołujący nie sprecyzował, lecz najprawdopodobniej chodzi tu o poz. 13 wyceny zawartej w § 4 ust. 1: „Serwis urządzeń w okresie gwarancji na okres lat 5 (jak w § 15 w pkt. 1 Umowy)”), skoro kara z tego postanowienia dotyczy „usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w okresie rękojmi lub gwarancji, przy odbiorze pogwarancyjnym”, a więc – w ocenie Izby – znacznie szerszego zakresu niż sam serwis urządzeń, w tym przede wszystkim wad *stricto* związanych z robotami budowlanymi.

Izba nakazała także wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 1 lit. a i b projektu umowy – zgodnie z żądaniem odwołania – że przewidziane tam kary umowne odnoszą się do zwłoki, a nie opóźnienia. Co prawda nie wynika to bezpośrednio z treści przywołanego przez Odwołującego art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, mającego zresztą charakter dyspozytywny, lecz poglądów orzecznictwa i praktyki. Nie ma też zakazu, by strony, ustalając w umowie kary na różne mogące zaistnieć okoliczności, zawarły w niej inne regulacje niż wynikające z art. 483 Kodeksu cywilnego. Podobnie nie ma zakazu, by strony, w uzasadnionych przypadkach, ukształtowały odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (również w zamówieniach publicznych).

Jednak dotyczy to przede wszystkim sytuacji swobodnego kształtowania przez strony postanowień umowy. Biorąc zaś pod uwagę fakt, że w zamówieniach publicznych umowa co do zasady formułowana jest jednostronnie przez zamawiającego, a wykonawcy mogą wpływać na jej treść składając do zamawiającego prośby o jej zmianę (zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia) lub korzystając ze środków ochrony prawnej, Izba zobowiązana była rozpatrzyć kwestionowane postanowienia pod kątem proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która w tym przypadku przejawia się w zachowaniu względnej równowagi stron.

Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji, dla której w niniejszym przypadku należałoby odstąpić od powszechnej praktyki odnoszenia kar umownych do kwalifikowanego

opóźnienia wykonawcy, czyli zwłoki. Warto tu zauważyć, że nieprzypadkowo wykładnia przepisu art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego nie odnosi się do opóźnienia, lecz zwłoki – zdaniem Izby ma to swoje uzasadnienie wynikające z praktyki i konieczności równoważenia interesów stron w przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy, którego konsekwencje finansowe czy organizacyjne ponoszą obie strony: inwestor i wykonawca robót. Izba w niniejszym przypadku nie widzi powodu, by od tej wypracowanej zasady odstąpić.

Zamawiający w swojej odpowiedzi odniósł się w zasadzie jedynie do kwestii dowodowej, czy dane opóźnienie jest opóźnieniem zwykłym, czy kwalifikowanym, czyli zwłoką – jakkolwiek argumentacja przytoczona przez Zamawiającego wskazuje, że domniemywa się, że jest to zwłoka, póki wykonawca nie udowodni okoliczności przeciwnej. Jeśli taki jest powód obecnego ukształtowania spornych postanowień, Zamawiający powinien – w zamian przesłanki opóźnienia – rozważyć zawarcie w umowie stosownego postanowienia w tym zakresie, tj. dowodowym.

Zrozumiałe jest też, że dla wykonawców nie są satysfakcjonujące – gdyż nie zabezpieczają ich interesów – same postanowienia dotyczące możliwości zmiany umowy – bowiem zmiana taka wymaga zgody Zamawiającego, co należy uznać za okoliczność przyszłą i niepewną i nie jest w stanie zastąpić postanowień umowy od początku prawidłowo skonstruowanych.

Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia przepisów prawa poprzez brak zawarcia w projekcie umowy postanowienia, zgodnie z którym łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 projektu umowy. Czy ewentualnie naliczone kary umowne w wysokości przekraczającej 10% wynagrodzenia wykonawcy należałoby uznać za nadmierne, zależało będzie od konkretnej sytuacji mającej miejsce przy realizacji umowy i okoliczności naliczenia tych kar. W ocenie Izby nie ma podstaw, by z góry ograniczać Zamawiającemu możliwość naliczania kar umownych – zwłaszcza, że § 18 ust. 3 projektu umowy, do którego odnosi się Odwołujący, dotyczy naliczania kar z różnych tytułów: opóźnienia w wykonaniu samych robót budowlanych, w okresie gwarancji i rękojmi, czy w związku z odstąpieniem od umowy.

Za uzasadniony Izba uznała natomiast zarzut dotyczący nierównego traktowania stron umowy w ramach postanowień § 18 ust. 1 pkt 1 lit. d i § 18 ust. 1 pkt 2 lit. b projektu umowy. W postanowieniach tych Zamawiający przewidział odpowiednio, że za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy wykonawca zapłaci karę w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, natomiast z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego, Zamawiający zapłaci karę w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy.

Zamawiający nie podał przekonującej argumentacji, dla której kary te wobec stron miałyby wymagać takiego zróżnicowania. W związku z powyższym Izba uznała za uzasadnione żądanie przez Odwołującego ustalenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron na tym samym poziomie. Izba pozostawiła jednak uznaniu Zamawiającego, czy karę tę ustali ostatecznie na poziomie 10%, czy też 20%.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego ukształtowania postanowień umownych w zakresie konieczności dokonania bezusterkowego odbioru końcowego, o którym mowa w § 3 ust. 2 i § 14 ust. 2 projektu umowy, Izba stwierdziła, co następuje. Sporna kwestia została uregulowana w § 3 ust. 2 i § 14 ust. 2 projektu umowy.

§ 3 ust. 2 projektu umowy brzmi: „Za termin wykonania przedmiotu umowy uważa się datę bezusterkowego odbioru końcowego, obejmującego wszelkie czynności, których wykonanie w ramach niniejszej umowy ciąży na Wykonawcy, wraz z uzyskaniem niezbędnych do prawidłowego użytkowania pozwoleń odpowiednich instytucji i organów.”, natomiast § 14 ust. 2: „Podstawę do wystawienia faktury końcowej będzie stanowić:

- 1) protokół bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy podpisany przez strony umowy, przy udziale Inspektora Nadzoru;
- 2) w przypadku wykonywania robót budowlanych, dostaw lub usług przez podwykonawcę świadectwo wykonania zakończonych elementów robót budowlanych, dostaw lub usług podpisane przez inspektora nadzoru, kierownika budowy i kierownika robót podwykonawcy lub osobę upoważnioną przez dostawcę lub usługodawcę wraz z określeniem zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług wykonanych przez podwykonawcę i ich wartości;
- 3) w przypadku wykonywania robót budowlanych, dostaw lub usług przez dalszego podwykonawcę świadectwo wykonania zakończonych elementów robót budowlanych, dostaw lub usług podpisane przez inspektora nadzoru, kierownika budowy, kierownika robót podwykonawcy i kierownika robót dalszego podwykonawcy lub osobę upoważnioną przez dostawcę lub usługodawcę wraz z określeniem zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług wykonanych przez dalszego podwykonawcę i ich wartości.”

Zamawiający określił więc, że umowa zostanie uznana za wykonaną z dniem bezusterkowego odbioru końcowego, a protokół bezusterkowego odbioru końcowego stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury końcowej i tym samym dokonania płatności.

Odwołujący w swoim zarzucie powołał się na treść art. 647 Kodeksu cywilnego. Również ten przepis w swojej treści nie odnosi się bezpośrednio do zagadnienia usterek i wad istotnych oraz nieistotnych stwierdzonych przy odbiorze obiektu – jest to kwestia wywodząca się z poglądów orzecznictwa, zwłaszcza Sądu Najwyższego. Również ta kwestia wynika z wyważenia w ramach orzecznictwa interesów i ryzyk stron umowy o roboty budowlane. Nie

było sporne pomiędzy Stronami, że poglądy te rzeczywiście wskazują, iż podstawą do odmowy odbioru obiektu czy zapłaty za jego wykonanie jest jedynie wada istotna lub wady istotne, nie zaś jakiegokolwiek.

Jednocześnie Zamawiający nie wskazał przekonujących argumentów, dla których odmowa odbioru obiektu, czy też dokonania płatności, miałyby dotyczyć każdej wady stwierdzonej podczas odbioru końcowego. Zamawiający odnosił się głównie do tego, że przyjęty system odbiorów częściowych powinien doprowadzić do tego, że odbiór końcowy będzie jedynie czystą formalnością – „kropką nad i”, zatem z założenia nie zostaną podczas niego stwierdzone żadne wady. Jakkolwiek należy życzyć Zamawiającemu takiej organizacji pracy i jakości wykonania robót, aby ów idealny odbiór rzeczywiście miał miejsce, praktyka pokazuje, że – pomimo ogólnego stosowania w budownictwie odbiorów częściowych – odbiory końcowe kompletnie bezusterkowe nie są regułą (z jakiegoś przecież powodu również sądy zajęły się problemem wagi wad zaistniałych przy odbiorach obiektów budowlanych). Dlatego też także w kwestii odbiorów Izba w niniejszym przypadku nie stwierdziła powodu, by od wypracowanej przez orzecznictwo zasady rozmiaru wady/wad stwierdzonych przy odbiorze, a wstrzymujących ten odbiór i płatność, odstąpić. W związku z powyższym nakazała usunięcie w § 3 ust. 2 i § 14 ust. 2 projektu umowy określenia „bezusterkowego” (odbioru). Jednocześnie – wobec braku prawnego wymogu zawarcia w umowie żądanych przez Odwołującego treści – Izba pozostawiła uznaniu Zamawiającego, czy zdefiniuje w umowie pojęcia usterki i/lub wady nieistotnej i istotnej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego postanowienia § 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy Izba stwierdziła, co następuje.

§ 19 ust. 1 projektu umowy brzmi następująco: „1. Zamawiający do dnia 31. grudnia 2019 r. może odstąpić od umowy w całości lub części jeżeli:

- 1) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpoczął robót lub przerwał rozpoczęte już prace i nie kontynuuje ich przez 7 dni mimo dodatkowego wezwania Zamawiającego, lub
- 2) Wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny ze sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami prawa, wskazaniem Zamawiającego lub niniejszą umową,
- 3) w przypadku wielokrotnego (co najmniej dwukrotnego) dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w § 12 ust. 3,
- 4) w przypadku konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy, o których mowa w § 12 ust. 3,
- 5) w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego przez Wykonawcę w zakresie określonym w § 11.”

„§ 11. Zamawiający, ma prawo zgłoszenia w terminie 14 dni:

1) zastrzeżeń w formie pisemnej do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (i projektu jej zmiany): a) niespełniającej wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w § 9 umowy; b) gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w §10 umowy,

2) sprzeciwu w formie pisemnej do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i jej zmian, w przypadkach, o których mowa w pkt 1.

W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy na zasadach określonych § 19 umowy.”

Pomijając kwestię, że samo zawarcie umowy przed 31 grudnia 2019 r. wydaje się mało prawdopodobne, Izba odniosła się do wskazanych przez Odwołującego postanowień punktu 2. i 5. Odwołujący zarzucił im brak wskazania, że przed odstąpieniem od umowy Zamawiający wezwie wykonawcę do zmiany sposobu wykonania umowy, wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin. Podkreślił, że bez takiego wezwania wykonawca może w ogóle nie zdawać sobie sprawy, że sposób wykonywania przez niego umowy budzi jakiegokolwiek zastrzeżenia Zamawiającego. Odwołujący powołał się na regulacje art. 656 § 1 i art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego wskazując, że w kwestionowanym projekcie umowy powinien być zastosowany ten sam mechanizm.

Zgodnie z art. 656 § 1 „do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło”, zaś z art. 636 § 1 „jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.”

Mechanizm przewidziany przez ustawodawcę w art. 636 § 1 Kodeksu cywilnego w ocenie Izby jest rozsądny, dostosowany do praktyki rynkowej i odpowiednio równoważy interesy obu stron. Zamawiający nie podał przekonującej argumentacji, dlaczego w niniejszym przypadku nie powinien on zostać zastosowany. W związku z powyższym Izba nakazała wskazanie w § 19 ust. 1 pkt 2 i 5 projektu umowy, że Zamawiający przed odstąpieniem od umowy wezwie wykonawcę do zmiany sposobu wykonania umowy, wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego obowiązku wymiany przez wykonawcę materiałów eksploatacyjnych w ramach ceny za serwis urządzeń, jak też zarzutu dotyczącego okresu

gwarancji w ramach kryterium oceny ofert „gwarancja i rękojmia na urządzenia (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.)” Izba stwierdziła, co następuje.

Modyfikacją z 22 listopada 2019 r. Zamawiający zmienił treść spornego § 4 ust. 1 projektu umowy w zakresie objętym tym zarzutem. Po zmianach, jako poz. 13 wyceny wskazano „Serwis urządzeń w okresie gwarancji na okres lat 5 (jak w § 15 w pkt. 1 Umowy)” – jak dotychczas. Zmianie natomiast uległa część: „Cena za serwis urządzeń w okresie 3 lat obejmuje czynności serwisowe wynikające z DTR danego urządzenia (wraz z wymianą materiałów eksploatacyjnych) wykonywane 1 raz do roku w oferowanym okresie gwarancji dla urządzeń, wskazanym w § 15 w pkt. 1 Umowy. Wszystkie czynności serwisowe urządzeń zainstalowanych w ramach realizacji zamówienia (centrale klimatyzacyjne, klimatyzatory, urządzenia kuchenne i in.), wynikające z gwarancji i serwisu, łącznie z wymianą materiałów eksploatacyjnych w okresie 3 lat i naturalnie zużywających się muszą zapewnić całkowitą sprawność urządzeń w trakcie ich eksploatacji. Wymiana materiałów eksploatacyjnych obowiązuje w okresie 3 lat. Jeżeli w formularzu ofertowym wykonawca zaoferuje 4 bądź 5 lat, wymiana materiałów eksploatacyjnych obejmuje tylko w okresie minimalnym tj. 3 lata.” Zmiana ta polegała na wprowadzeniu okresu 3-letniego w odniesieniu do materiałów eksploatacyjnych.

Również w postanowieniach rozdziału XIX pkt 2 ppkt 2.2. ppkt 2.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących kryterium „gwarancja i rękojmia na urządzenia (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.)” Zamawiający zmienił minimalny okres gwarancji z dotychczasowych 5 lat na 3 lata.

Odwołujący w swojej argumentacji powoływał się na praktykę producentów i serwisantów, którzy z zasady nie obejmują wyceną swoich usług serwisowych kosztów materiałów eksploatacyjnych, lecz wyceniają je osobno; podobnie jak standardowo udzielają 2-letniej gwarancji na urządzenia.

Jednak, w ocenie Izby, nie ma prawnych zakazów, by Zamawiający warunki gwarancji, jak też i świadczenia serwisu gwarancyjnego, uregulował w sposób indywidualny, odmienny od standardowego. Poza tym na rynku spotyka się praktykę rozszerzania zakresu i okresu gwarancji ponad standardowy czy minimalnie wymagany przepisami – często za dodatkową odpłatnością ze strony klienta. Może ona polegać też na objęciu danego przedmiotu gwarancji ubezpieczeniem.

Nie jest to więc praktyka niespotykana ani niezgodna z prawem, zatem Izba nie stwierdziła powodów, dla których miałyby zakazać Zamawiającemu wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia takich postanowień. Jednocześnie uznała jednak słuszność twierdzeń Odwołującego, z których wynikało, że wykonawcy mogą mieć problem z wyceną ofert w zakresie kosztów związanych z tymi wymaganiami Zamawiającego, a to już naruszałoby zasady udzielania zamówień publicznych, w tym art. 29 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający powinien uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający jednak – ze względu na to, że na rynku istnieje wiele urzędzeń wielu producentów, które mogą zastosować wykonawcy – w opinii Izby nie zdoła określić z góry konkretnego zużycia konkretnych materiałów dla nieznanymi mu urzędzeń i nie jest to jego rolą, lecz rolą producenta, który takie dane dla swojego urzędzenia powinien posiadać. Jednak jest w stanie określić jednakowe dla wszystkich wykonawców warunki, dla których mają dokonać obliczeń i wyceny oferty, tj. – w odniesieniu do wymaganego okresu 3 lat – listę urzędzeń; liczbę użytkowników obiektu; wymiar czasu, w jakim obiekty i urzędzenia będą dostępne dla użytkowników; warunki atmosferyczne i termiczne (wewnętrzne i zewnętrzne); sposób korzystania z wind i innych urzędzeń; wykorzystywania obiektu do celów innych niż podstawowe przeznaczenie (dydaktyka), a także sposób weryfikacji realnego zużycia w trakcie realizacji umowy i ewentualnego dostosowania wynagrodzenia wykonawcy w razie zmienionych warunków zużycia w stosunku do założonych (wskazanych) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pomimo że jest to kryterium z wagą 20 punktów – Zamawiający nie zawarł żadnego odnośnika do innych niż okres warunków gwarancji, którą zamierza punktować, a które również mają wpływ na wycenę. Nie przewidział też mechanizmów zabezpieczenia realnej możliwości wyegzekwowania zadeklarowanych warunków gwarancji w założonym okresie 10-letnim. Zamawiający nie dookreślił nawet urzędzeń, których kryterium to dotyczy („i inne”).

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu – jeżeli chce powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia utrzymać – dokonanie zmiany § 4 ust. 1 projektu umowy poprzez doprecyzowanie zakresu urzędzeń i materiałów eksploatacyjnych, których postanowienie dotyczy, pozwalające na ich szacunkową wycenę, a także zmianę rozdziału XIX pkt 2 ppkt 2.2. ppkt 2.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie zakresu i warunków gwarancji objętych kryterium „gwarancja i rękojmia na urzędzenia (windy, centrale wentylacyjne, klimatyzatory i in.)”.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych, koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 złotych, obciążając każdą ze Stron połową kosztów postępowania odwoławczego, a tym samym zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego połowę kosztów wpisu oraz połowę kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....