

WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANO], w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [REDAKTOWANO]
[REDAKTOWANO],

przy udziale uczestników:

- 1) [REDAKTOWANO],
- 2) [REDAKTOWANO],
- 3) [REDAKTOWANO],
- 4) [REDAKTOWANO],

przystępujących do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr: **1, 2** (tiret 1), **3, 4, 5** (tiret 1, 3, 4), **6 i 7** odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr **5** (tiret 2) i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie stosownych postanowień do projektu umowy, które będą gwarantowały wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie w sytuacji, gdy przedłużenie terminu realizacji zamówienia wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża, proporcjonalnie do liczby uwzględnionych zarzutów w 1/3 zamawiającego [REDACTED] i w 2/3 odwołującego wykonawcę [REDACTED] i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę [REDACTED], tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 929 zł 65 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez wykonawcę [REDACTED], tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 4.2. zasądza od zamawiającego [REDACTED] na rzecz wykonawcy [REDACTED] kwotę 7 977 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt siedem złotych, zero groszy), stanowiącą 1/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawcę [REDACTED]

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – [REDAKTOWANE] - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „[REDAKTOWANE]”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 27 grudnia 2023 roku, pod nr [REDAKTOWANE].

8 stycznia 2024 roku, wykonawca [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na:

1. ukształtowaniu postanowień wzoru umowy (załącznik nr 3 do SWZ, dalej jako „Projekt Umowy”) w sposób naruszający przepisy ustawy PZP i Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC”), w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
2. prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków przyszłej umowy w sposób opisany w odwołaniu;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem procesowym z 22 stycznia 2024 roku (data wpływu 25 stycznia 2024 roku) oświadczył, iż wniesione przez odwołującego zarzuty, w części uwzględnił w całości, w części zarzuty uwzględnił w części, w pozostałej części ich nie uwzględniając, części zarzutów w ogóle nie uwzględniając.

Odwołujący, na posiedzeniu oświadczył, iż w związku ze stanowiskiem zamawiającego, podtrzymuje zarzuty opisane w odwołaniu pod nr 2 (tiret 2 i 3) oraz pod nr 5 (tiret 2).

W związku z powyższymi oświadczeniami, Krajowa Izba Odwoławcza do merytorycznego rozpoznania na rozprawę skierowała jedynie te zarzuty, które zostały podtrzymane przez odwołującego, w pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarzając.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz przystępujących wykonawców, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 2 tiret 2.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający swoim działaniem naruszył przepis art. 8 ust. 1 w zw. z art. 436 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach Projektu Umowy (postanowienie § 10 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy) kar umownych za zwłokę w oddaniu poszczególnych elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy - w wysokości 0,2 % kosztów poszczególnych elementów robót za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy jednoczesnym braku określenia ilości elementów które powinny być uwzględnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym czy określeniu wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego, braku zdefiniowania pojęcia „elementu” robót oraz braku zastrzeżenia, że kary umowne zastrzeżone w kwestionowanym postanowieniu nie będą naliczane lub zostaną anulowane w przypadku dotrzymania przez wykonawcę terminu zakończenia robót, co narusza równowagę stron umowy, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcach konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o zmianę § 10 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „2) za zwłokę w oddaniu **wykonaniu** poszczególnych **etapów przedmiotu umowy** elementów robót określonych w **§ 2 ust. 1 niniejszej umowy i w** harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy - w wysokości ~~0,2%~~ **0,02%** o kosztów poszczególnych **etapów przedmiotu umowy** elementów ~~robót~~ określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; **przy czym**

w przypadku dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy, naliczone kary zostaną anulowane lub zwrócone”.

Uzasadniając postawiony zarzut odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia Projektu Umowy w zakresie kar umownych w oderwaniu od zakresu i rodzaju naruszenia obowiązków umowy oraz wielkości i specyfiki przedmiotu zamówienia, a także pominął obowiązujące na rynku budownictwa kubaturowego standardy ustalania wysokości kar umownych. Ustalając wysokość kar umownych zamawiający powinien uwzględnić funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 maja 2022 roku, sygn. akt: I AGa 144/21). Kara umowna, w polskim systemie prawnym stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania a podstawową funkcją kar umownych jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. W związku z tym nie powinna ona stanowić źródła dodatkowego zysku zamawiającego.

Oceniając ustanowione przez zamawiającego postanowienia umowne wskazać należy, że określona w ich ramach wysokość kar umownych (jak również ich limit) ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do nieuzasadnionego obciążenia wykonawcy. Kara umowna określona w ten sposób nie służy w istocie kompensacji ewentualnej szkody powstałej u zamawiającego, tylko zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2574/18, podkreślić należy, że wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.

Należy zwrócić uwagę, że restrykcyjne lub nieproporcjonalne do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kary umowne, w sposób bezpośredni wpływają na konkurencyjność postępowania. Powodują bowiem, że w postępowaniu złożona zostanie niewielka liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co spowoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

Warto podkreślić, że z art. 7 ust. 1 ustawy PZP wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadą

proporcjonalności, która pozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Z zasady proporcjonalności wynika również, że co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353(1) KC.

W niniejszym przypadku zamawiający określając wysokość kar umownych oraz ich łączny limit skupił się na funkcji represyjnej kar umownych. W szczególności ustalenie górnego limitu kar umownych (50% wynagrodzenia umownego brutto) w oderwaniu od wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia (10% wynagrodzenia umownego brutto) przy jednoczesnym zastrzeżeniu wysokich stawek dziennych z tytułu zwłoki w realizacji przedmiotu umowy (wysokość takiej kary umownej ustalona w oparciu o podaną przez zamawiającego wartość zamówienia wynosi 253.642,00 zł za każdy dzień zwłoki), stanowi zaprzeczenie funkcji stymulującej wykonanie zobowiązania.

Na szczególną uwagę i jednoznacznie negatywną ocenę zasługuje także przewidzenie przez zamawiającego w § 10 ust. 1 pkt. 2) Projektu Umowy kary umownej za zwłokę w oddaniu poszczególnych elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy - w wysokości 0,2 % kosztów poszczególnych elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym za każdy rozpoczęty dzień zwłoki. Z Projektu Umowy nie wynika ilość elementów harmonogramu rzeczowo-finansowego, co do których zwłoka w wykonaniu miałaby być penalizowana na gruncie umowy. Tym samym nie jest możliwe ustalenie ani ilości potencjalnie penalizowanych zdarzeń, ani też wysokości kar umownych należnych z tego tytułu, co czyni niemożliwym oszacowanie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający nie przewidział nawet możliwości rezygnacji z przedmiotowych kar w przypadku dotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy.

Analogiczną co do wysokości jak w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy zamawiający przewidział w odniesieniu do zwłoki w usunięciu wad (0,2 % wynagrodzenia brutto wykonawcy), której wartość ustalona w oparciu o podaną przez zamawiającego wartość zamówienia wynosi 253.642.00 zł za każdy dzień zwłoki. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że treść postanowienia przewiduje możliwość obciążania karami umownymi za zwłokę w usunięciu wad nie tylko w okresie rękojmi i gwarancji, ale także w okresie realizacji, co mając na względzie przewidziane przez zamawiającego odbiory bezusterkowe warunkujące zapłatę wynagrodzenia, ma charakter skrajnie represyjny, zwłaszcza mając na

względnie okoliczność, że terminy usuwania wad mogą być w praktyce arbitralnie narzucone przez zamawiającego. Tym samym wykonawca może być postanowiony w sytuacji, w której wykonanie części przedmiotu umowy z drobnymi wadami nie tylko pozbawia go możliwości otrzymania wynagrodzenia za wykonane prace, ale także grozi wysokimi sankcjami za nieterminowe usunięcie stwierdzonych wad.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zwraca uwagę na określenie kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad na rażąco wysokim poziomie i potrzebę jej obniżenia. Należy zwrócić uwagę, że w praktyce rynkowej, kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad są co do zasady ustalane na niższym poziomie aniżeli kary za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy, dotyczą one bowiem przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia.

W konsekwencji, rażąco wygórowany charakter tych kar umownych wynika już z samej konstrukcji wyliczenia wartości danej kary umownej, która dotycząc ewentualnych uchybień związanych z umowami podwykonawczymi i ich zgłaszaniem zamawiającemu, odnosi się jednocześnie do wynagrodzenia należnego wykonawcy. Prowadzi to do sytuacji, w której przykładowo za brak przedłożenia projektu umowy o podwykonawstwo o bagatelnej wartości czy brak terminowej zapłaty podwykonawcy, wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi tego przewinienia - kara umowna obliczana byłaby bowiem w takiej sytuacji nie od wartości umowy podwykonawczej, której dotyczy przewinienie, a od wartości całego wynagrodzenia wykonawcy (wynosząc przy wskazanej powyżej symulacji rachunkowej przeprowadzonej przez odwołującego ponad 2.500.000.00 złotych za każdy taki przypadek).

Zamawiający oświadczył, iż częściowo uwzględni proponowane zmiany jednocześnie nadaje punktowi 2 Projektu Umowy następującego brzmienie: „za zwłokę w oddaniu wykonaniu poszczególnych elementów robót - części określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy - w wysokości 0,1% kosztów poszczególnych elementów robót - części określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Poza zakresem rozstrzygnięcia pozostawała sprawa dotycząca wysokości kary, którą nota bene zamawiający zmienił, a której to zmiany odwołujący nie kwestionował. Przedmiotem rozpoznania pozostawała zatem okoliczność związana z możliwością naliczania kar umownych za poszczególne etapy zamówienia (elementy zamówienia). Zdaniem Izby, wykonawca jako autor harmonogramu rzeczowo-finansowego jest w stanie samodzielnie ustalić i ocenić ryzyka związane z realizacją danego etapu (elementu) realizacji, gdyż jako podmiot profesjonalnie działający na rynku, znający swój potencjał kadrowo-sprzętowy, jest w

stanie samodzielnie ustalić ryzyka i odpowiednio je uwzględnić w harmonogramie rzeczowo-finansowym w taki sposób, aby zminimalizować czy wręcz w ogóle wyeliminować naliczenie kar umownych przez zamawiającego. Izba nie dopatrywała się w działaniach zamawiającego naruszenia przepisów, które w swoim odwołaniu przywołuje odwołujący.

Również zarzut związany z brakiem zastrzeżenia, że kary umowne zastrzeżone w kwestionowanym postanowieniu nie będą naliczane lub zostaną anulowane w przypadku dotrzymania przez wykonawcę terminu zakończenia robót, Izba uznała za niezasadny.

Jak słusznie zauważa Prokuratoria Generalna RP w publikacji pt. „Rekomendacjach w zakresie formułowania postanowień umów dotyczących kar umownych” w dziale dotyczącym możliwości zawierania ugody, „Wierzyciel, w tym także podmiot publiczny, stosując kryteria wskazane w art. 484 § 2 k.c., może zmniejszyć karę umowną wynikającą z umowy nie tylko na podstawie wyroku sądu, ale również w drodze ugody zawartej z dłużnikiem. Ugoda dot. kar umownych a p.z.p. Zawarcia ugody określającej wysokość kary umownej należnej wierzycielowi przy zastosowaniu kryteriów z art. 484 § 2 k.c. nie wykluczają przepisy p.z.p. ograniczające możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyroku z 28 maja 2021 r. (I GSK 1785/18) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że taka ugoda nie zmienia postanowień umowy, a nawet gdyby uznać, że taka ugoda prowadzi do zmiany umowy, to nie miałyby ona cech zmiany istotnej, której dotyczy art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (obecnie – art. 455 p.z.p.).

Prokuratoria również stoi na stanowisku, że zawarcie ugody mającej za przedmiot jedynie obniżenie wysokości naliczonych przez zamawiającego kar umownych, jeżeli następuje z zastosowaniem kryteriów ustawowych (art. 484 § 2 k.c.), a więc takich, na które w takim samym zakresie mógłby powołać się skutecznie każdy wykonawca, i nie zmierza do obejścia zasad udzielania zamówień publicznych, nie narusza przepisów p.z.p. ograniczających dopuszczalność zmiany umowy (obecnie art. 454 i 455 p.z.p.) (zob. wyrok NSA z 28 maja 2021 r., I GSK 1785/18 wydany na gruncie art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych., którego tezy zachowują aktualność także w odniesieniu do art. 454 i 455 p.z.p.)”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, iż zamawiający nie ma obowiązku wprowadzenia uregulowania żadanego przez odwołującego w sytuacji, w której na wypadek zaistnienia okoliczności, o których pisze odwołujący, zawsze istnieje możliwość ugodowego załatwienia sprawy.

Tym samym przedmiotowy zarzut uznać należało za bezzasadny.

Zarzut nr 2 tiret 3.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający swoim działaniem naruszył przepis art. 436 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 16 ustawy PZP i art. 8 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 353(1)

KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 S 2 w zw. z art. 483 KC i art. 473 S 1 KC poprzez wprowadzenie do Projektu Umowy (postanowienie § 10 ust. 2 Projektu Umowy) rażąco wygórowanego limitu kar umownych (50% wynagrodzenia brutto), podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych, a ponadto przekracza wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (20% wynagrodzenia brutto), co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący wniósł o zmianę § 10 ust. 2 Projektu Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Strony ustalają, że maksymalna, łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć ~~50%~~ **10%** wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1”. Jednocześnie na rozprawie odwołujący wskazał, iż wysokość kar umownych nie powinna przekroczyć **20%** (modyfikacja żądania).

Uzasadniając postawiony zarzut odwołujący wskazał, iż w § 10 ust. 2 Projektu Umowy zamawiający przewidział łączną maksymalną wysokość kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto wykonawcy. W tym kontekście odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 §2 KC (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25 września 2019 roku, sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia).

Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w zawiązku z odstąpieniem od umowy (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 roku, sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar za zwłokę nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 13) Projektu Umowy wynosi 20%. Takie stanowisko zajęła także KIO w wyroku z dnia 4 września 2018 roku (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności”. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), odwołujący podkreśla zasadność dokonania modyfikacji treści Projektu Umowy w tym zakresie. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar umownych na poziomie 10% wartości wynagrodzenia jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy.

Zamawiający częściowo uwzględnił proponowane zmiany jednocześnie nadając § 10 ust. 2 Projektu Umowy następującego brzmienie: „Strony ustalają, że maksymalna, łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć ~~50%~~ **30%** wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1”.

Zamawiający częściowo uwzględnił żądania odwołującego obniżenia kary umownej. Nie uwzględnił obniżenia kary za odstąpienie od umowy z 20% na 10% wartości umowy. Zdaniem zamawiającego wysokość kary z tytułu odstąpienia od umowy na poziomie 20% wartości umowy jest powszechnie tolerowane i jak najbardziej adekwatne do założonego efektu stymulującego i rekompensacyjnego. Z tych samych powodów zamawiający uwzględnił również częściowo żądania obniżenia maksymalnej wysokości łącznej wysokości kar umownych z 50% na 30%.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut odwołujący jest bezzasadny. Izba nie znajduje bowiem podstaw do twierdzenia, a przynajmniej odwołujący tej okoliczności nie wykazał, aby istniały na rynku praktyki obligujące zamawiającego do zrównywania poziomu górnego limitu kar umownych z wysokością kary za odstąpienie. Zdaniem Izby, zamawiający miał pełne prawo do zróżnicowania wysokości tych kar, tym bardziej, że kary te dotyczą różnych sytuacji mogących wystąpić w trakcie realizacji kontraktu. Poparciem powyższego stanowiska Izby jest treść opinii wyrażonej przez Prokuratorię Generalną RP, która w „Rekomendacjach w zakresie formułowania postanowień umów dotyczących kar umownych” wskazała, iż „Wysokość kary umownej za odstąpienie powinna być ustalana w powiązaniu z maksymalną łączną wysokością kar umownych, jakich strony mogą dochodzić na podstawie umowy (zob. art. 436 pkt 3 p.z.p.). Zazwyczaj limit ten jest określany również poprzez podanie wartości procentowej. Co do zasady nie powinien być on równy karze

umownej za odstąpienie. Do odstąpienia może bowiem dojść również po wykonaniu umowy w znacznej części, w sytuacji, gdy inne kary umowne (np. z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom) zostały już naliczone. Rekomendujemy zatem, aby łączna maksymalna wysokość kar umownych przekraczała wysokość kary umownej za odstąpienie w rozsądnym zakresie”.

Zarzut nr 5 tiret 2.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający swoim działaniem naruszył przepis art. 8 ust. 1 oraz art. 433 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 353(1) k.c. oraz art. 58 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP poprzez wyłączenie w Projekcie Umowy (postanowienia § 12 ust. 1 pkt i lit. a), c), d), h), k) Projektu Umowy) możliwości zmiany umowy w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia, spowodowanego okolicznościami, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o „wyeliminowanie z Projektu Umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a w konsekwencji:

- zmianę § 12 ust. 1 pkt 1) Projektu Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

1. Zgodnie z art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przewiduje zmiany zawartej umowy w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności:

1) **zmiany** terminu zakończenia robót lub poszczególnych elementów harmonogramu rzeczowo-finansowego, o czas trwania przeszkody **oraz wynagrodzenia** w następujących przypadkach: (...)”.

Uzasadniając postawiony zarzut odwołujący wskazał, w § 12 ust. 1 pkt 1) zamawiający przewidział sytuacje, w których możliwa będzie zmiana terminu zakończenia robót lub poszczególnych elementów harmonogramu. W § 12 ust. 1 pkt 2 Projektu Umowy przewidziano ponadto możliwość zmiany umowy.

Jednocześnie w § 12 ust. 1 pkt 9) Projektu Umowy wskazano, że „w przypadkach, o których mowa w pkt 2, może nastąpić zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy”. *A contrario*, z treści postanowień Projektu Umowy wynika, że w przypadkach określonych w § 12 ust. 1 pkt 1) w odniesieniu, do których możliwa jest zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy, zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy nie jest możliwa. Mając na względzie katalog okoliczności wymienionych w postanowieniu § 12 ust. 1 pkt 1) Projektu Umowy, należy stwierdzić, że powołane postanowienia Projektu Umowy naruszają dyspozycję przepisu art. 433 pkt 3) ustawy PZP, przewidując odpowiedzialność wykonawcy (rozumianą jako

ponoszenie przez wykonawcę finansowych konsekwencji) w przypadkach za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (np. nieterminowe przekazanie placu budowy lub konieczność zmian w dokumentacji projektowej).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut odwołującego jest zasadny. Wskazać bowiem należy na okoliczność, która może niezasadnie obciążać wykonawcę, tzn. zamawiający (wg. postanowień obecnie obowiązujących w umowie) będzie mógł naliczyć wykonawcy karę umowną w sytuacji, w której to z winy zamawiającego wykonawca nie może zrealizować przedmiotu umowy w terminie. Sytuacja taka budzi uzasadnione wątpliwości co do równowagi stron umowy. Dlatego też, w ocenie Izby, zasadnym jest, aby zamawiający wprowadził stosowne postanowienia do projektu umowy, które będą gwarantowały wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie w sytuacji, gdy przedłużenie terminu realizacji zamówienia wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Stanowisko takie zaprezentował zamawiający na rozprawie, który *de facto* potwierdził zasadność postawionego zarzutu, wskazując, iż w przypadku, gdy faktycznie dojdzie do takiej sytuacji, w której wykonawca nie będzie mógł realizować zamówienia w terminie, a okoliczności za taką sytuację obciążają wyłącznie zamawiającego, zamawiający będzie stosował procedurę aneksowania umowy. Jednakże, aby taką procedurę można było wdrożyć konieczna jest podstawa do takiego działania. Dlatego też w ocenie Izby wprowadzenie odpowiednich postanowień do projektu umowy umożliwi zamawiającemu prawidłowe zastosowanie procedury aneksowania umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....