

WYROK
z dnia 6 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2017 r. przez wykonawcę: **A. C. P. Sp. z o.o., ul. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. (...)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany w punkcie 16.2 wzoru umowy (część IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez wykreślenie wyrazów: „dowolnie” oraz „bezw warunkowego” lub doprecyzowanie tych określeń, by wskazywały:
 - 1.1. granice dowolności ustalania warunków realizacji praw wykonawcy z gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej,
 - 1.2. rodzaj protokołu Odbioru Etapu wynikający z opisu zamieszczonego w załączniku nr 3 do wzoru umowy – pt. Procedura odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego PSE S.A. w ramach procesu inwestycyjnego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. (...), i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: A. C.P. Sp. z o.o., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. (...) na rzecz

wykonawcy: A. C. P. Sp. z o.o., ul. (...) kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą K.-J. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa linii 400 kV wraz ze zmianą układu sieci NN pomiędzy aglomeracją warszawską a Siedlcami*, numer referencyjny: CJI/WZ/36/2017/BM

– na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 października 2017 r. nr 2017/S 193-396763.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została udostępniona od dnia 9 października 2017 r. na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący – A. C. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego (dalej „k.c.”) czynności zawarcia w SIWZ postanowień sprzecznych z przepisami prawa oraz wykraczających poza dozwoloną ustawą granicę swobody umów.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 649¹, art. 649² oraz art. 649³ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od zamawiającego gwarancji zapłaty, a tym samym przez ustanowienie postanowień wzoru umowy pozostających w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a w konsekwencji również naruszenie zasady konkurencji uregulowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień ujętych w Części IV SIWZ - wzoru umowy przez doprowadzenie do ich zgodności z Pzp k.c., w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania, uiszczenie wpisu oraz otrzymanie przez zamawiającego kopii odwołania.

W zakresie uprawnienia do wniesienia odwołania, odwołujący wskazał: jest podmiotem zainteresowanym ubieganiem się o zamówienie. Zamawiający określając postanowienia wzoru umowy w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wykraczający poza dopuszczoną swobodę umów, uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu, a co najmniej ogranicza szanse odwołującego na

uzyskanie zamówienia. Postanowienia wzoru umowy, jaką zamierza zawrzeć zamawiający z wybranym wykonawcą, naruszające ww. przepisy powodują, że odwołujący może być pozbawiony możliwości wzięcia udziału w postępowaniu (złożenia oferty), a co najmniej możliwości złożenia oferty, która umożliwi realne konkurowanie między wykonawcami.

Odwołujący narażony jest na szkodę w postaci braku możliwości ubiegania się o zamówienie lub jego nieuzyskanie. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie

W części IV SIWZ stanowiącej wzór umowy, zamawiający wprowadził następujące postanowienia – punkt 16.2:

16.2 Strony ustalają, że jeżeli Zamawiający udzieli gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, Zamawiający może dowolnie ustalić warunki realizacji praw Wykonawcy z tej gwarancji z bankiem albo ubezpieczycielem przez siebie wybranym, a w szczególności może nałożyć warunek wypłaty z gwarancji w postaci dostarczenia przez Wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi podpisanego zgodnie z niniejszą Umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu, na poczet którego Wykonawca pragnie dokonać wypłaty z gwarancji.

Postanowienie pkt 16.2. wzoru umowy ustanawia na rzecz zamawiającego prawo do dowolnego ustalenia warunków realizacji praw wykonawcy z gwarancji zapłaty, które w szczególności może być realizowane przez nałożenie warunku wypłaty z gwarancji w postaci dostarczenia przez wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi podpisanego zgodnie z niniejszą umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu.

Odwołujący podniósł, że ww. postanowienie ustalające warunki realizacji wypłaty z gwarancji są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami k.c.

Zgodnie z art. 649¹ § 1 k.c. inwestor udziela wykonawcy gwarancji zapłaty za roboty budowlane w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót. Przepis art. 649² § 1 k.c. zakazuje dokonywania umownego wyłączenia lub ograniczenia prawa wykonawcy do żądania ustanowienia gwarancji zapłaty. Zgodnie natomiast z przepisem art. 649³ § 1 k.c. wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

Wskazane przepisy, w szczególności art. 649² § 1 k.c. zakazują wyłączenia lub ograniczania prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty za roboty budowlane. W związku z tym bezwzględnie nieważnością dotknięte będą te postanowienia

umowy, które pozbawiają wykonawcę prawa do żądania gwarancji lub postanowienia wprowadzające dodatkowe, nieprzewidziane w ustawie przesłanki od spełnienia, których miałyby być uzależnione żądanie wykonawcy. Należy przy tym podkreślić, że celem wskazanych przepisów k.c. jest ochrona roszczenia wykonawcy i dlatego należy je interpretować funkcjonalnie. Z tej przyczyny jako sprzeczne z k.c. należy uznać wszelkie regulacje kontraktowe naruszające zakaz umownego ograniczenia lub wyłączenia roszczenia wykonawcy.

Postanowienie pkt 16.2. wzoru umowy nie odnosi się wprost do prawa wykonawcy do uzyskania gwarancji, jednak wprowadzając warunek, że uzyskanie przez wykonawcę praw z gwarancji uzależnione będzie od dowolnie ustalonego przez zamawiającego warunku, stanowi w rzeczywistości istotne ograniczenie prawa wykonawcy do ustanowienia gwarancji, realnie zabezpieczającej terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót. Postanowienie wprowadza uprawnienie zamawiającego ustalenia takiego warunku, którego wykonawca nie będzie mógł spełnić lub którego spełnienie będzie znacząco utrudnione, albo ustalenia takich zasad wypłaty, że realnie wykonawca nie będzie miał możliwości uzyskania wypłaty z gwarancji (np. bardzo długi termin wypłaty od zgłoszenia żądania).

W konsekwencji ustalenie dla zamawiającego prawa do dowolnego ukształtowania zasad realizacji praw wykonawcy z gwarancji, czyni zupełnie iluzorycznym możliwość dochodzenia prawa z gwarancji, a więc w istocie ogranicza prawo wykonawcy do uzyskania realnego zabezpieczenia zapłaty za roboty budowlane.

W ocenie odwołującego pkt 16.2 wzoru umowy stanowi obejście przepisów dotyczących gwarancji zapłaty, w szczególności art. 649² k.c., co czyni postanowienie bezwzględnie nieważnym na podstawie art. 58 k.c.

Odwołujący wskazał także, że działanie zamawiającego nosi znamiona wykorzystania pozycji dominującej w postępowaniu, co zgodnie z art. 5 k.c. nie polega ochronie prawnej.

Sformułowanie postanowień wzoru umowy w ww. sposób narusza także zasadę uczciwej konkurencji, bowiem z pewnością wpływa negatywnie na konkurencyjność postępowania (liczbę ofert). Możliwość sformułowania przez zamawiającego - co odwołujący podkreślił: dowolnych warunków, które ograniczą możliwość uzyskania gwarancji zapłaty, skutkować może po stronie wykonawców decyzją o nieuczestniczeniu w postępowaniu.

W sposób szczególny odwołujący zwrócił uwagę na przykład zastosowania kwestionowanego wyżej uprawnienia zamawiającego jakie przyznał sobie w pkt 16.2 wzoru umowy. Zamawiający wskazał jako przykład warunku jaki może ustanowić - obowiązek przedstawienia przy żądaniu wypłaty z gwarancji podpisanego zgodnie z umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwartkowym" odbiorze robót (np. wyroki Sądów Apelacyjnych: w Gdańsku z dn. 24.02.2012 r., sygn. akt V ACa 198/12; w Katowicach z dn. 06.09.2016 r., sygn. akt V ACa 935/15).

Stanowisko orzecznictwa jest jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli prace zostaną wykonane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, lub wystąpią wady na tyle istotne, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania. Odmowy odbioru i zapłaty nie będą uzasadniały nieistotne wady, usterki i niedoróbki, gdyż taka sytuacja uprawnia inwestora jedynie do skorzystania z rękojmi. Zatem, jeżeli nawet strony w umowie postanowiłyby inaczej, wykonawca może skutecznie domagać się wynagrodzenia, kiedy w protokole odbioru stwierdzono, że roboty dotknięte są usterekami. Postanowienie przeciwne skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby inwestorowi prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Z tych względów postanowienie takie byłoby sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, a zatem bezwzględnie nieważne (m. in. wyroki: Sądu Najwyższego z dn. 22.06.2007 r., sygn. akt V CSK 99/07; z dn. 07.03.2013 r., sygn. akt II CSK 476/12; oraz Sądów Apelacyjnych: -w Warszawie z dn. 24.05.2016 r., sygn. akt I ACa 1094/15, -w Szczecinie z dn. 12.10.2016 r., sygn. akt I ACa 138/16).

W związku z powyższym odwołujący podniósł, że zamawiający jako przykładowy warunek realizacji gwarancji zapłaty wprowadza klauzulę, którą na gruncie zaprezentowanego orzecznictwa sądów należy uznać za nieważną.

Wobec tego, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie postanowienia pkt 16.2. wzoru umowy, zastrzegając możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy lub w formie pisma procesowego.

Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na:

1. niewykazania przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 Pzp;
2. niezasadność zarzutu naruszenia art. 649¹, 649² oraz 649³ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp;
3. niezasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie [...]

2. Nie wykazanie przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, w myśl art.

2.1 Zamawiający podniósł, że w jego ocenie, odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania. Zgodnie z art. 179 Pzp, *środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych*. Oznacza to, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia.

2.2 Uzasadniając istnienie interesu odwołujący wskazał, że takie a nie inne sformułowanie przez zamawiającego wzoru umowy [...] *uniemożliwia udział odwołującego w postępowaniu, a co najmniej ogranicza szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. W ocenie odwołującego skutkuje to tym, że [...] odwołujący może być pozbawiony możliwości wzięcia udziału w postępowaniu (złożenia oferty) a co najmniej możliwości złożenia oferty, która umożliwi realne konkurowanie pomiędzy wykonawcami*.

W ocenie zamawiającego, odwołujący utożsamia swój interes łącząc dwa niezależne od siebie obszary - możliwość złożenia oferty i ewentualne pozyskanie zamówienia. Innymi słowy, albo odwołujący twierdzi, że ma uniemożliwiony udział w postępowaniu (i tym samym jego szansa na pozyskanie zamówienia w ogóle nie istnieje), albo odwołujący może złożyć ofertę jednak szansa na pozyskanie zamówienia jest ograniczona. Te dwie okoliczności siłą rzeczy nie mogą występować wspólnie i jednocześnie.

2.3 Odnosząc się do rzekomego uniemożliwienia odwołującemu złożenia oferty w postępowaniu, przez takie a nie inne sformułowanie postanowień wzoru umowy, zamawiający podniósł, że twierdzenie to jest oczywiście niezasadne. Zamawiający stosuje analogiczne postanowienia wzoru umowy w innych prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych (o zbliżonym przedmiocie zamówienia do niniejszego zamówienia). W tych postępowaniach odwołujący złożył oferty, pomimo analogicznych postanowień wzorów umów. Oznacza to, że w tych analogicznych postępowaniach odwołujący nie dostrzegł naruszeń zamawiającego, a analogiczne postanowienia wzorów umów nie uniemożliwiały mu złożenia ofert w innych postępowaniach. W ocenie zamawiającego świadczy to o tym, że w tym zakresie interes odwołującego jest fikcyjny.

Dowód: 1) wyciąg ze wzoru umowy dla zadania „Budowa stacji 400(220)/110 kV Wyszków” wraz z informacją z otwarcia ofert - opublikowane na stronie internetowej zamawiającego, pod adresem <http://www.pse.pl/index.php?dzid=265&did=3630>, 2) wyciąg ze wzoru umowy dla zadania „Budowa linii 400 kV B.-P.” wraz z informacją z otwarcia ofert - opublikowane na stronie internetowej zamawiającego, pod adresem <http://www.pse.pl/index.php?dzid=265&did=3629>.

2.4 Odnosząc się natomiast do rzekomego ograniczenia szans odwołującego na pozyskanie zamówienia lub złożenia oferty umożliwiającej realne konkurowanie pomiędzy wykonawcami, zamawiający również podniósł, że twierdzenia te są oczywiście niezasadne. Zamawiający przede wszystkim podniósł, że zwiększenie lub zmniejszenie szans odwołującego na pozyskanie zamówienia, jest zupełnie niezależne od kwestionowanych postanowień wzoru umowy. Zamawiający nie znajduje przełożenia pomiędzy postanowieniami wzoru umowy (w zakresie zabezpieczenia płatności wynagrodzenia) na ocenę ofert, której dokona zamawiający. Zamawiający wskazał, że obecne sformułowanie pkt 16.2 wzoru umowy nie tworzy przyszłemu wykonawcy mniej korzystnych warunków skorzystania z gwarancji zapłaty wynagrodzenia, niż przy uzyskaniu zapłaty wynagrodzenia w „zwykłym” trybie (tj. w zgodzie z warunkami kontraktowymi). Zamawiający wskazał przy tym, że zawarty w SIWZ wzór umowy jest taki sam dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tak też antycypując już nawet argumentację odwołującego polegającą na twierdzeniu, że takie sformułowanie postanowień wzoru umowy (w zakresie zabezpieczenia płatności wynagrodzenia) skutkować musi uwzględnieniem związanego z tym ryzyka w cenie oferty, zamawiający wskazał, że jakkolwiek - co do zasady - neguje takie twierdzenie, to nawet przyjmując taką argumentację należy pamiętać, że wówczas wszyscy ubiegający się o zamówienie wykonawcy uwzględnią takie ryzyko w cenie oferty. Oznacza to, że szanse odwołującego na pozyskanie zamówienia są dokładnie takie same jak gdyby to postanowienie wzoru umowy było sformułowane inaczej, a możliwość realnego konkurowania pomiędzy wykonawcami zostaje zachowana.

2.5 Reasumując, zamawiający stanął na stanowisku, że odwołujący nie wykazał istnienia interesu we wniesieniu odwołania, a przedstawione za istnieniem tegoż interesu argumenty są iluzoryczne. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty, a kwestionowane przez niego postanowienia wzoru umowy nie mają żadnego wpływu na przyszły wybór oferty najkorzystniejszej. Przy czym znamionym pozostaje, że w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, odwołujący złożył oferty. Oznacza to, że przeszkody, na które wskazuje odwołujący, albo nie istniały wcześniej, co jest wykluczone, bowiem w przywołanych wyżej analogicznych postępowaniach, kwestionowane postanowienia wzorów umów były sformułowane analogicznie, albo nie stanowiły rzeczywistej przeszkody. Innymi słowy, zamawiający nie postawił żadnych warunków, które uniemożliwiłyby odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1183/10; KIO/UZP 1184/10), *W obecnym brzmieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. interes w uzyskaniu zamówienia należy pojmować jako interes faktyczny gospodarczy, a więc interes w zaoferowaniu swojego produktu na danym rynku.*

3. Niezasadność zarzutu naruszenia art. 649¹, 649² oraz 649³ kc w zw. z art. 139 ust.

1 Pzp

3.1 Odnosząc się do podstawowego zarzutu postawionego w odwołaniu, zamawiający podniósł, że zarzut ten jest niezasadny, a przedstawione przez odwołującego twierdzenia zbyt daleko idące.

3.2 Zamawiający przede wszystkim wskazał, że sformułowanie pkt 16.2 wzoru umowy tj. *Strony ustalają, że jeżeli Zamawiający udzieli gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, Zamawiający może dowolnie ustalić warunki realizacji praw Wykonawcy z tej gwarancji z bankiem albo ubezpieczycielem przez siebie wybranym, a w szczególności może nałożyć warunek wypłaty z gwarancji w postaci dostarczenia przez Wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi podpisanego zgodnie z niniejszą Umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu, na poczet którego Wykonawca pragnie dokonać wypłaty z gwarancji*, w żaden sposób nie ogranicza prawa przyszłego wykonawcy do żądania udzielenia/wystawienia gwarancji zapłaty.

Kwestionowane przez odwołującego warunki wypłaty środków z takiej gwarancji, dotyczą już warunków realizacji wystawionej gwarancji, a nie samego jej wystawienia. Innymi słowy, przyszły wykonawca może zażądać takiej gwarancji w każdym czasie, a kwestionowane uprawnienie zamawiającego dotyczy tego, jakie okoliczności będą musiały być spełnione, aby przyszły wykonawca mógł zaspokoić się z takiej gwarancji. Wymienione w art. 649¹ § 2 k.c. formy, w jakich gwarancja zapłaty może być udzielona, nie zostały uregulowane na potrzeby gwarancji zapłaty za roboty budowlane w sposób odmienny od przyjętego w obrocie. Właściwe przepisy k.c. nie regulują treści ustanawianego przez inwestora zabezpieczenia. Oznacza to, że na potrzeby umowy o roboty budowlane stosuje się wymienione w przepisie formy gwarancji zapłaty na zasadach, na jakich funkcjonują one w obrocie. Wykładnia literalna tych przepisów prowadzi do wniosku, że inwestor może ukształtować treść gwarancji dowolnie, tak długo jak taka gwarancja będzie służyć celowi, do jakiego została wystawiona. Tak też stwierdza Sąd Apelacyjny w Katowicach (w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt I ACa 24/14) - *Nie ma zatem racji sąd pierwszej instancji przyjmując, że skoro cytowane wyżej przepisy nie precyzują jakim wymogom ma odpowiadać gwarancja to już udzielenie jakiegokolwiek gwarancji nie pozwala na skorzystanie wykonawcy z możliwości odstąpienia od umowy z winy inwestora na podstawie art. 649⁴ § 1 k.c., bowiem przepisy o gwarancji dodano do Kodeksu cywilnego właśnie w tym celu aby zabezpieczyły interesy wykonawcy i gwarancja powinna realnie zabezpieczać zapłatę wynagrodzenia. Dlatego też oceny czy udzielona gwarancja była gwarancją "żądaną" w rozumieniu art. 649⁴ § 1 k.c. czy też dawała podstawy do odstąpienia od umowy z winy inwestora dokonać należy w oparciu o wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności jakiej gwarancji wykonawca się domagał, jak przebiegała dotychczasowa współpraca, mając*

przede wszystkim na uwadze treść art. 354 § 2 k.c. zgodnie z którym na powódzie jako na wierzycielu spoczywał także obowiązek współdziałania z pozwany przy wykonaniu przez niego zobowiązania w sposób zgodny z treścią zobowiązania, a także w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu zobowiązania oraz zasadom współżycia społecznego.

3.3 Dla zamawiającego oczywistym pozostaje, że ustanawiając w przyszłości warunki ewentualnej gwarancji zapłaty wynagrodzenia, będzie musiał poruszać się w granicach obowiązującego prawa. Dlatego też stwierdzenie *Zamawiający może dowolnie ustalić warunki realizacji praw Wykonawcy z tej gwarancji*, należy zawsze odczytywać jako - dowolnie, ale w granicach obowiązującego prawa. Działanie niezgodne z prawem mają dla zamawiającego zbyt daleko idące skutki, jakim jest zmateralizowanie się uprawnienia dla wykonawcy odstąpienia od umowy z winy zamawiającego. Przy czym zamawiający zaznaczył (co jest kluczowe dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie), że kwestionowany pkt 16.2 wzoru umowy, przewiduje uprawnienie zamawiającego do dowolnego określenia warunków skorzystania z gwarancji (na co wskazuje sformułowanie zamawiający może), nie zaś określa je już na obecnym etapie. Powołany w odwołaniu przepis art. 649² § 1 k.c. wskazuje, że *Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty*. Przyjmując nawet, że przepis ten należy odnosić nie tyle do samego uprawnienia żądania udzielenia takiego zabezpieczenia (a jak wskazano powyżej takie ograniczenie nie ma miejsca), a również do warunków skorzystania z zabezpieczenia, to czynnością prawną, która mogłaby ograniczyć uprawnienia przyszłego wykonawcy, będzie (tylko niezgodne z przepisami, jak również zasadami współżycia społecznego) ustalenie warunków skorzystania z zabezpieczenia, nie zaś samo przewidzenie uprawnienia do określenia takich warunków. Innymi słowy, na obecnym etapie zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 649² § 1 k.c. przez ograniczenie uprawnienia do rzeczywistego skorzystania z takiej gwarancji, bowiem w chwili obecnej zamawiający żadnych warunków w tym zakresie nie postawił, a tym bardziej nie postawił warunków, które naruszałyby jakiegokolwiek przepisy lub ograniczały odwołującemu uprawnienie do skorzystania z takiego zabezpieczenia. W związku z tym, formułowane przez odwołującego zarzuty naruszenia art. 649² § 1 k.c., czy też zarzut idącej za takim naruszeniem nieważności postanowienia pkt 16.2 wzoru umowy, jest po prostu przedwczesny (bowiem takie naruszenie nie zaistniało), i co za tym idzie bezzasadny.

3.4 Zamawiający zwrócił uwagę na to, że proponowany przez niego warunek uzyskania wypłaty z wystawionej gwarancji (tj. *dostarczenie przez Wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi podpisanego zgodnie z niniejszą Umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu, na poczet którego Wykonawca pragnie dokonać wypłaty z gwarancji*), nie

stawia takiego wykonawcy w gorszej sytuacji, niż gdyby miał uzyskać zapłatę wynagrodzenia lub jego części, w „zwykłym” trybie kontraktowym, tj. po dokonaniu odbioru danego elementu lub całości przedmiotu zamówienia. Oczywistym pozostaje, że podstawowym obowiązkiem kontraktowym zamawiającego pozostaje dokonywanie odbiorów oraz zapłata należnego wynagrodzenia, znajduje to wyraz w pkt 4.1 wzoru umowy - *Zamawiający odbierze od Wykonawcy zrealizowany Przedmiot Zamówienia i dokona, zgodnie z zasadami określonymi w Umowie, zapłaty Wynagrodzenia*. Oznacza to, że skorzystanie z zabezpieczenia będzie obwarowane takimi samymi wymogami, jak uzyskanie płatności wynagrodzenia w „zwykłym” trybie.

3.5. Zamawiający wskazał, że nie zamierzał polemizować z przedstawionym w odwołaniu orzecznictwem dotyczącym kwestii odbiorów robót budowlanych, bowiem - co do zasady - podzielił pogląd sądów na ten temat. Jednak zauważył, że przywołana przez odwołującego linia orzecznicza odnosi się do kwestii „istotności” ewentualnych wad lub usterek, które jeżeli nie pozostają istotnymi nie powinny uniemożliwiać dokonania odbiorów. Wskazane przez odwołującego orzeczenia potwierdzają tezę, że nieistotne (tj. nieuniemożliwiające korzystania z przedmiotu robót w sposób zgodny z ich przeznaczeniem) wady/usterki, nie mogą stanowić podstawy do odmowy dokonania odbiorów. Podniósł, że tym orzeczeniom można przeciwstawić szereg innych, które wskazują, że zaistnienie wad „istotnych” stanowi w ogóle o nie wykonaniu danego dzieła/robót:

3.5.1 Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. (sygn. akt I CSK 287/11) *Wykonanie umowy o dzieło poprzez jego zaoferowanie zamawiającemu ma miejsce wtedy, gdy nastąpiło wykonanie dzieła oznaczonego w umowie w takiej postaci, iż dzieło to spełnia cechy zamówienia. Oznacza to taką jego postać, ilość i jakość, że może być wykorzystane do celów, jakie przyświecały zamawiającemu. Jeżeli wady dzieła w chwili jego oddawania zamawiającemu przez wykonawcę są na tyle istotne, że dyskwalifikują to dzieło ze względu na jego przeznaczenie, określone poprzez umowę przez zamawiającego, nawet tylko przez użycie nazwy tego dzieła, to należy uznać, że nie nastąpiło w ogóle wykonanie umowy przez wykonawcę. W takiej sytuacji nie można mówić ani o wydaniu (oddaniu) dzieła, ani o obowiązku jego odebrania, a zatem nie powstaje także obowiązek zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia, jak też nie rozpoczyna biegu termin przedawnienia roszczeń z tytułu tej umowy.*

3.5.2 W innym wyroku (z dnia z dnia 17 kwietnia 2015 r., III CZP 8/15) Sąd Najwyższy stwierdził, co następuje: *Jednakże, zgodnie z art. 643 k.c., zamawiający ma obowiązek odbioru dzieła - a więc dokonania czynności wyrażającej wolę przyjęcia świadczenia i uznania go za wykonanego - nie każdego, lecz tylko takiego, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Nie sposób uznać, nawet przy ograniczeniu*

się do reguł wykładni językowej, aby zamawiający miał obowiązek odebrania dzieła, o którym mowa w art. 643 k.c., i zapłaty wynagrodzenia (art. 642 § 1 k.c.) w razie wydania mu dzieła z wadami istotnymi, a więc takimi, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie. Charakter tych wad jest bowiem tego rodzaju, że nie można uznać, aby dzieło nimi dotknięte było wydane przez przyjmującego zamówienie zgodnie ze swym zobowiązaniem.

3.6 Zamawiający zaznaczył, że zgodnie ze wzorem umowy, odbiór bezwarunkowy należy utożsamiać z odbiorem robót w rozumieniu k.c. i tylko dokonanie takiego odbioru upoważnia przyszłego wykonawcę do żądania zapłaty wynagrodzenia lub jego części. Jednocześnie dość niezrozumiałym dla zamawiającego jest stawianie przedmiotowego zarzutów w stosunku do gwarancji zapłaty, w sytuacji gdy odwołujący nie kwestionuje postanowień umowy w odniesieniu do procedury odbiorowej i zasad zawartych w tym zakresie w umowie. Wskazał na charakter gwarancji zapłaty - jest instrumentem zabezpieczającym terminową płatność za wykonane roboty budowlane, a nie umożliwiającym wypłatę wynagrodzenia w każdej sytuacji, nawet uprzednio przed wykonaniem robót budowlanych. Zamawiający zaznaczył, że w Procedurze odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego PSE S.A. w ramach procesu inwestycyjnego, stanowiącej Załącznik nr 3 do wzoru umowy (tzw. „procedura KOT”), wyraźnie rozdziela wady/usterki „istotne” od „nieistotnych”. Zgodnie z definicją zawartą w procedurze KOT za Wady/usterki limitujące należy rozumieć - wady/usterki, których skutkiem może być ograniczenie funkcjonalności, zagrożenie bezpieczeństwa pracy, zagrożenie bezpieczeństwa publicznego, skrócenie czasu życia składnika majątku, naruszenie obowiązujących przepisów prawa i regulacji wewnętrznych, generowanie dodatkowych kosztów po stronie zamawiającego; do wad/usterek limitujących należy zaliczyć również inne wady/usterki, które nie powodują bezpośrednio ww. skutków, ale nie mogą być usunięte przed terminem płatności faktury. Jednocześnie procedura KOT definiuje pojęcie usterek nielimitujących, które należy rozumieć, jako usterki, które z powodu obiektywnych uwarunkowań oraz niewielkiego znaczenia mogą być usunięte po terminie płatności faktury za odbierany zakres prac, jednak nie później niż do dnia odbioru końcowego. Zatem, dopiero wystąpienie usterek/wad limitujących będzie stanowić podstawę do odmowy dokonania odbioru przez zamawiającego lub też zastrzeżenia we właściwym protokole odbioru warunków. Zamawiający zaznaczył jednak, że kwalifikacja danej wady/usterek jako limitującej/istotnej, lub nielimitującej/nieistotnej nastąpić może dopiero jak takowa wada/ustereka wystąpi.

3.7 Dodatkowo zamawiający podkreślił, że okoliczności uwarunkowującej wypłatę z gwarancji przykładowo wskazanej w pkt 16.2 umowy tj. załączenie bezwarunkowego

protokołu Odbioru Etapu, nie można traktować jako warunku, gdyż jak wynika z orzecznictwa i doktryny taka gwarancja pozostaje gwarancją bezwarunkową. Zgodnie z doktryną, w szczególności komentarzem I. Heropolitańskiej do instytucji gwarancji bankowych (I. Heropolitańska, B. Andrzejuk „Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe”; 3 wydanie, LEX, str. 123-124), *w przypadku kiedy gwarancja zawiera klauzulę „zobowiązujemy się bezwarunkowo do zapłacenia” oraz wskazuje poza oświadczeniem beneficjenta, dodatkowe dokumenty, powinna zostać nadal uznana za bezwarunkową. Dokumenty w takiej sytuacji nie powinny być traktowane jako warunki, od których gwarant uzależnia zapłatę, ale jedynie dokumenty informacyjne niezbędne do przedstawienia w celu potwierdzenia zaistnienia przesłanek do wypłaty.*

3.8 Zamawiający podkreślił, że na obecny kształt regulacji w zakresie ustanawiania gwarancji zapłaty za roboty budowlane bezpośredni wpływ miał wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2006 r., w którym Trybunał zaznaczył, że *celem gwarancji zapłaty jest „zagwarantowanie realizacji określonej wartości, jaką jest terminowa zapłata za wykonanie robót budowlanych”* (wyrok TK z 26.11.2006 r., K 47/04, OTK-A 2006, Nr 10, poz. 153).

Podobnie w uzasadnieniu do ustawy (ustawa z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny) wskazuje się terminowość zapłaty, jako na cel wprowadzonej regulacji. Jednoznacznie *ratio legis* wskazuje treść art. 649¹ § 1 k.c. zgodnie, z którym gwarancji zapłaty udziela się „w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych”. W konsekwencji zamawiający zaznaczył, że ustanowienie gwarancji zapłaty nie może prowadzić do obchodzenia przez wykonawcę uregulowanych procedur odbiorowych. Celem regulacji jest bowiem zabezpieczenie terminowych płatności, nie uzasadnia to jednak skorzystania przez wykonawcę z gwarancji w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu, w tym w zakresie odbiorów Etapów Realizacji, w ramach których wykonywane są roboty budowlane.

3.9 Na marginesie zamawiający odniósł się do zawartego w odwołaniu zarzutu nadużywania pozycji dominującej i idącego za tym braku ochrony prawnej zgodnie z art. 5 k.c. Zamawiający wskazał, że specyfika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącza przyjęty na rynku model negocjacji warunków przyszłej umowy. Zamawiający mając na uwadze konieczność realizacji celu użyteczności publicznej, dąży do zabezpieczenia swojego interesu w granicach przewidzianych prawem. Postawienie warunków umowy, niekorzystnych lub niewygodnych dla odwołującego, nie może być utożsamiane z nadużyciem pozycji dominującej. Istotnym pozostaje to, że odwołujący w żaden sposób nie argumentuje tego zarzutu, a jedynie poprzestaje na lakonicznym twierdzeniu, że [...]

*działanie zamawiającego nosi znamiona wykorzystania pozycji dominującej, co zgodnie z art. 5 k.c. nie podlega ochronie prawnej. W przeciwieństwie do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp, który to zarzut wystarczy uprawdopodobnić, zarzut nadużycia pozycji dominującej powinien zostać przez odwołującego udowodniony - co w odwołaniu nie ma miejsca. Dlatego też zamawiający (nie mając żadnego pola do polemiki) poprzestał na ww. stwierdzeniu, że zamawiający mając na uwadze konieczność realizacji celu użyteczności publicznej, dąży do zabezpieczenia swojego interesu w granicach przewidzianych prawem. Dodatkowo zamawiający przytoczył fragment wyroku KIO z 1 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2218/13), który trafnie podsumowuje ww. dywagacje - *Położenie zamawiającego, jako gospodarza postępowania z oczywistych względów, jako dysponenta środków publicznych, może wywoływać jego korzystniejszą sytuację, która ujawnia się w możliwości ustanawiania warunków umowy, w sposób, który pozwoli mu na właściwy nadzór nad realizacją umowy. Wykonawca zaś, jako strona przyszłej umowy musi poddać się rygorowi zwiększonego wysiłku, wysiłku, który okupiony jest zyskiem [...].**

3.10 Zaskakujące dla zamawiającego są stawiane przez odwołującego zarzuty, gdyż kluczowe warunki w gwarancji jak np. termin wypłaty z gwarancji czy koszt ustanowienia gwarancji, są warunkami które trudno, aby zostały narzucone przez wykonawcę, a także forma zabezpieczania (w graniach dozwolonych prawem) czy podmiot który wystawi zabezpieczenie.

3.11 Reasumując, w ocenie zamawiającego, postawiony zarzut jest oczywiście bezzasadny, bowiem: (i) zamawiający w żaden sposób nie ograniczył przyszłym wykonawcom możliwości wystąpienia o ustanowienie zabezpieczenia płatności wynagrodzenia, (ii) przepisy k.c. nie określają treści gwarancji ustanawianej na zabezpieczenie płatności wynagrodzenia wykonawcy, (iii) rzekome naruszenie przepisów przez ustalenie dowolnych warunków realizacji gwarancji ustanawianej na zabezpieczenie płatności wynagrodzenia wykonawcy nie ma miejsca, a wzór umowy określa jedynie uprawnienie zamawiającego w tym zakresie w granicach prawa, oraz (iv) przykład warunku skorzystania przez przyszłego wykonawcę z gwarancji ustanowionej na zabezpieczenie płatności wynagrodzenia, nie stawia takiego wykonawcy w sytuacji mniej korzystnej niż gdyby dążył on do uzyskania płatności wynagrodzenia w „zwykłym” trybie kontraktowym.

4. Niezasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp

4.1 Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp, został przez odwołującego uzasadniony bardzo lakonicznie. Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że sformułowanie pkt 16.2 wzoru umowy w opisany wyżej sposób, może skutkować decyzją potencjalnych wykonawców o nieuczestniczeniu w postępowaniu. Dla zamawiającego oczywistym pozostaje, że fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1

Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co - jak wskazuje bogate orzecznictwo KIO i sądów - uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu. Niemniej w niniejszym przypadku, odwołujący nawet nie uprawdopodobnił swojego zarzutu, poprzestając jedynie na przedstawieniu twierdzenia, że [...] *Sformułowanie postanowień wzoru umowy w ww. sposób narusza także zasadę uczciwej konkurencji, bowiem z pewnością wpływa negatywnie na konkurencyjność postępowania (liczbę ofert).*

4.2 Niezależnie od lakonicznego uzasadnienia postawionego zarzutu, zamawiający przede wszystkim podniósł, że zachowania konkurencyjności w postępowaniu nie należy utożsamiać z pozyskaniem jak największej ilości ofert. W ocenie zamawiającego należy to pojęcie rozumieć, jako przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, aby wykonawcy mogący zrealizować dane zamówienie (tj. spełniający wymogi udziału oraz dysponujący potencjałem pozwalającym na zrealizowanie danego zamówienia), mieli zapewniony wolny i równy dostęp do takiego zamówienia. Tak długo jak szeroko rozumiane warunki udziału w postępowaniu oraz (w przyszłości) warunki realizacji zamówienia, nie faworyzują jednego lub grupy wykonawców, lub nie ograniczają one dostępu do postępowania jednemu lub grupie wykonawców, tak długo możemy mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Należy przy tym pamiętać, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy obowiązuje w równym stopniu wszystkich potencjalnych wykonawców. Tak też, jeżeli nawet przyjąć, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy, skutkować może decyzją potencjalnych wykonawców o nieuczestniczeniu w postępowaniu, to wówczas miałaby miejsce sytuacja, w której Zamawiający w ogóle nie pozyskałby żadnych ofert. Tymczasem posługując się analogicznym sformułowaniem pkt 16.2 wzoru umowy w innych postępowaniach (przywołanych w pkt 2.3 powyżej), zamawiający pozyskał: 6 ofert dla zadania „Budowa linii 400 kV B.-P.” oraz 11 ofert dla zadania „Budowa stacji 400(220)/10 kV Wyszaków”, w tym oferty odwołującego. Zamawiający wskazał przy tym, że liczba pozyskanych ofert nie odbiega rażąco od liczby ofert, jaką zamawiający pozyskiwał w przeszłości dla podobnych zadań.

4.3 Mając na uwadze powyższe, zamawiający uznał, że przez takie a nie inne sformułowanie postanowienia pkt 16.2 wzoru umowy, nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp.

Wniósł jak na wstępie.

Załączniki: wskazane w uzasadnieniu dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Przesłanka materialno-prawna wniesienia odwołania

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdy ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazaną przesłankę stanowią: -interes w uzyskaniu danego zamówienia, -możliwość poniesienia szkody, -naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy; przy czym możliwość poniesienia szkody jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W zakresie uprawnienia do wniesienia odwołania, odwołujący wskazał, że jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, a postanowienia wzoru umowy określone w sposób: sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, wykraczający poza dopuszczoną swobodę umów oraz naruszający wskazane przepisy prawne, powodują:

- uniemożliwienie mu udziału w postępowaniu, a co najmniej ograniczenie szansy na uzyskanie zamówienia;
 - pozbawienie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu (złożenia oferty), a co najmniej możliwości złożenia oferty, która umożliwi realne konkurowanie między wykonawcami;
 - narażenie na szkodę w postaci braku możliwości ubiegania się o zamówienie lub jego nieuzyskanie
- co stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (treść obligatoryjna), istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako m.in. wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Wzór umowy, zamieszczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), podlega ocenie Izby w zakresie rozpoznania odwołania, na takich samych zasadach jak pozostała część SIWZ, niezależnie od faktu, że postanowienia umowne dotyczą zdarzeń przyszłych czy abstrakcyjnych.

W doktrynie wskazuje się: *Prawa i obowiązki określone w art. 649¹–649⁵ k.c. stanowią element treści stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane, niezależnie od tego, czy zostaną one wprowadzone do niej przez strony przez ich wyrażenie*

w umowie. Prawa i obowiązki w kształcie określonym w art. 649¹–649⁵ k.c. stanowią zatem *naturalia negotii* umowy o roboty budowlane (por. T. Sokołowski, w: Kidyba, Komentarz, 2014, t. III, cz. 2, art. 649¹, Nb 7) – Tom III B. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa 2017, wyd. 1 (red. Osajda 2017, wyd. 1 Lackoroński).

Zarzucanie odwołującemu w odpowiedzi na odwołanie łączenia dwóch obszarów dotyczących interesu: możliwość złożenia oferty i ewentualne pozyskanie zamówienia, jako niemogących występować wspólnie i jednocześnie – jest logiczne, jednakże dla wykazania wymaganej ustawą przesłanki, wystarczające jest wykazanie chociażby jednego obszaru (jednej z przedstawionych okoliczności).

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia w postaci zawarcia umowy, jest jej realizacja ze skutkami wynikającymi na etapie, na którym nie już ma możliwości kwestionowania postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SIWZ.

W orzecznictwie przyjmuje się szeroką interpretację przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku kwestionowania postanowień SIWZ.

Przykładowo w wyroku z dnia 30 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1718/17, Izba wskazała m.in. *Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.*

Prawo wykonawcy do wniesienia odwołania nie podlega również ograniczeniu z tego powodu, że nie kwestionował analogicznych postanowień SIWZ w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których uczestniczył składając oferty.

Izba uwzględniając poczynione ustalenia, uznała że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, a więc jest legitymowany do czynności wskazanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Jeżeli w wyniku postępowania odwoławczego zostanie wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli naruszenie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Przez wynik postępowania o udzielenie zamówienia należy rozumieć wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a Pzp).

Wskazanie we wzorze umowy praw i obowiązków stanowiących *naturalia negotii* umowy o roboty budowlane, określonych w art. 649¹–649⁵ k.c., w sposób wskazujący na ich

ograniczenie, kwalifikuje czynność zamawiającego do uznania naruszenia przepisów ustawy ze skutkiem wskazanym w przywołanym przepisie.

Inny pogląd w tej kwestii prowadziłby do wyłączenia części SIWZ z możliwości kwestionowania przez wykonawców istotnych postanowień umownych, w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej.

III. Zamawiający zamieścił w SIWZ (część IV) wzór umowy, w którym wskazał punkt 16 zawierający postanowienia:

16. Zabezpieczenie płatności przez Zamawiającego

16.1 *Jeżeli przed uiszczeniem całości Wynagrodzenia Wykonawca wystąpi do Zamawiającego z pisemnym żądaniem udzielenia gwarancji zapłaty za Roboty Budowlane na podstawie artykułów od 649¹ do 649⁵ Kodeksu Cywilnego:*

16.1.1 *Zamawiający bez zbędnej zwłoki podejmie działania zmierzające do uzyskania i przedstawienia Wykonawcy takiej gwarancji, która doręczona zostanie w terminie określonym przez Wykonawcę nie krótszym niż 45 dni od daty doręczenia Zamawiającemu wniosku Wykonawcy;*

16.1.2 *Gwarancja zapłaty może dotyczyć wyłącznie części Wynagrodzenia Wykonawcy odpowiadającej Robotom, i może zostać udzielona w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia banku, przy czym wybór formy gwarancji należał będzie do Zamawiającego. Dopuszczalne jest także przedstawienie mieszanej gwarancji zapłaty, na przykład wystawienie na część kwoty, której zagwarantowania żąda Wykonawca, gwarancji bankowej, a na pozostałą część - poręczenia banku;*

16.1.3 *Wykonawca może żądać gwarancji zapłaty tylko na taką kwotę części Wynagrodzenia Wykonawcy odpowiadającej Robotom, jakiej zgodnie z umową jeszcze nie otrzymał;*

16.1.4 *Wykonawca pokryje 50 (pięćdziesiąt) % kosztów udzielonej mu gwarancji. Kwota ta zostanie potrącona z pierwszej płatności przysługującej Wykonawcy od Zamawiającego po złożeniu przez Wykonawcę żądania udzielenia gwarancji zapłaty.*

16.2 *Strony ustalają, że jeżeli Zamawiający udzieli gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, Zamawiający może dowolnie ustalić warunki realizacji praw Wykonawcy z tej gwarancji z bankiem albo ubezpieczycielem przez siebie wybranym, a w szczególności może nałożyć warunek wypłaty z gwarancji w postaci dostarczenia przez Wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi*

podpisanego zgodnie z niniejszą Umową bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu, na poczet którego Wykonawca pragnie dokonać wypłaty z gwarancji

– stanowiące istotne postanowienia umowne konkretyzujące prawa i obowiązki stron wynikające z przepisów k.c.

Odwołujący zakwestionował treść pkt 16.2 wzoru umowy wskazującą, że jako wykonawca będący stroną umowy o roboty budowlane zawartej w wyniku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie zobowiązany do zaakceptowania możliwości zamawiającego dowolnego ustalania warunków realizacji praw z gwarancji w umowie zawartej z bankiem albo ubezpieczycielem; a w zakresie wypłaty z gwarancji, będzie zobowiązany (przykładowe wskazanie) do dostarczenia gwarantowi bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu, na poczet dokonania wypłaty z gwarancji.

IV. Przepisy Kodeksu cywilnego (art. 649¹, art. 649² i art. 649³ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp), wskazane jako podstawy prawne zarzutów przedstawionych w odwołaniu, określają:

- udzielenie gwarancji zapłaty za roboty budowlane w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz
 - uprawnienia, obowiązki stron umowy i skutki wynikające z niewywiązania się ze zobowiązań w tym zakresie;
- także
- obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Konstrukcja gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwana „gwarancją zapłaty”, polega na tym, że inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) gwarancji w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych (art. 649¹ § 1 k.c.).

Na stosunek gwarancji bankowej składają się dwie relacje. Dochodzi do niej na podstawie zlecenia udzielonego przez klienta banku będącego dłużnikiem wobec beneficjenta. Bank bowiem zawiera ze zlecającym umowę precyzującą wystawienie gwarancji jej treść i warunki. Zaś drugi stosunek łączy bank z beneficjentem i zostaje on nawiązany przez przyjęcie przez tego ostatniego dokumentu gwarancji - jednostronnego

zobowiązania banku do świadczenia na wypadek, gdyby dłużnik główny zobowiązania nie wykonał. Tym samym dopiero wydanie dokumentu gwarancji beneficjentowi stanowi udzielenie gwarancji, o jakiej mowa w art. 649¹ § 1 k.c. – wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt I ACa 585/17.

Ratio legis regulacji zawartej w art. 649¹ § 1 i art. 649⁴ § 1 k.c. wiąże się z udzieleniem ochrony roszczeniu wykonawcy o wynagrodzenie przez przyznanie mu prawa do uzyskania zabezpieczenia, nie zaś jedynie prawa do domagania się od inwestora starannych działań zmierzających do ustanowienia zabezpieczenia – wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt VI ACa 36/15.

Przepis art. 649² § 1 k.c. stanowi, że nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.

Mimo że nie wynika to wprost z art. 649² § 1 k.c., w świetle funkcji tego przepisu uzasadniony jest wniosek, że przewidziane w jego treści ograniczenie autonomii stron umowy o roboty budowlane odnosi się do sytuacji, w której roszczenie wykonawcy o udzielenie gwarancji zapłaty jeszcze nie powstało. Oznacza to w szczególności, że strony umowy o roboty budowlane w chwili jej zawarcia nie mogą wprowadzać do jej treści postanowień wyłączających lub ograniczających roszczenie wykonawcy o udzielenie gwarancji zapłaty, nawet wtedy, gdy ich skutki miałyby nastąpić w przyszłości, to jest nawet gdyby ich powstanie było uzależnione od ziszczenia się warunku lub upływu terminu. W doktrynie za niedopuszczalne uznaje się w szczególności wprowadzanie dodatkowych przesłanek warunkujących powstanie roszczenia o udzielenie gwarancji zapłaty oraz nakładające na wykonawcę dodatkowe obowiązki w przypadku dochodzenia roszczenia o udzielenie gwarancji zapłaty (tak: P. Drapała, Gwarancja, s. 17) – Tom III B. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa 2017, wyd. 1 (red. Osajda 2017 r., wyd. 1 Lackoroński II).

V. Na podstawie poczynionych ustaleń, uwzględniając poglądy doktryny i wnioski wynikające ze wskazanego orzecznictwa, również w pismach stron (odwołanie, odpowiedź na odwołanie), Izba uznała, że zamawiający żądając w pkt 16.2 wzoru umowy akceptacji wykonawcy do zgodnego umocowania zamawiającego do dowolnego kształtowania z gwarantem warunków realizacji prawa wykonawcy z tytułu gwarancji zapłaty, wprowadził ograniczenie prawa wykonawcy, przez możliwość dowolnego ustalania warunków realizacji gwarancji oraz przez nałożenie warunku wypłaty z gwarancji po dostarczeniu gwarantowi dokumentu, który nie został zdefiniowany w SIWZ.

W ocenie Izby, dowolność podlega ograniczeniu, chociażby z tytułu obowiązku stosowania przepisów ustaw szczególnych – Prawa bankowego, czy ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Jednakże granice dowolności, jeżeli została wprowadzona, powinny być wskazane w postanowieniach umownych. Braku wskazania granic dowolności nie może zastąpić wyjaśnienie zamawiającego, że dowolność oznacza czynności w granicach obowiązującego prawa.

Zamawiający wskazując przykładowy dokument mogący stanowić podstawę wypłaty z gwarancji – *bezwarunkowy protokół Odbioru Etapu*, nie zamieścił opisu (zdefiniowania) tego rodzaju protokołu, pomimo przewidzianych w SIWZ czynności odbiorów. W odpowiedzi na odwołanie i rozprawie wskazał załącznik nr 3 do wzoru umowy – pt. *Procedura odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego PSE S.A. w ramach procesu inwestycyjnego*, w którym przedstawił rodzaje odbiorów i tworzoną w tym celu dokumentację, jednakże nie precyzują one pojęcia bezwarunkowego protokołu Odbioru Etapu.

Definiowanie tego dokumentu na zasadzie analizy opisów innych odbiorów (niekwestionowanych w odwołaniu), nie może zastąpić obowiązku zamawiającego wskazania dokumentu zgodnego z opisem w przywołanej *Procedurze odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego PSE S.A. w ramach procesu inwestycyjnego*.

Z tego tytułu, Izba uznając – na podstawie akt sprawy i wyjaśnień stron złożonych na rozprawie – zasadność zarzutu w zakresie postanowień zamieszczonych w pkt 16.2 wzoru umowy, nakazała zamawiającemu wykonanie czynności wskazanych w sentencji wyroku, mając na względzie, że konstruowanie postanowień SIWZ, to ustawowy obowiązek i jednocześnie uprawnienie zamawiającego.

Naruszenie zakazu wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia o charakterze mogącym prowadzić do ograniczenia ustawowego uprawnienia wykonawcy, a więc naruszenie któregośkolwiek z przepisów szczególnych (art. 649² § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), skutkuje uznaniem naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Nie zostało wykazane naruszenie przepisu art. 5 k.c. jako wykorzystanie przez zamawiającego pozycji dominującej, wskazane w końcowej części uzasadnienia odwołania.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.).

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz zasądziła na jego rzecz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: