

Sygn. akt: KIO/UZP 1467/09

WYROK
z dnia 23 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauuntemehmung GmbH, Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**, protestu z dnia 10 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: NDI S.A., SB Granit S.A. – Skopje, 81-718 Sopot, ul. Powstańców Warszawy 19**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauuntemehmung GmbH,

Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauuntemehmung GmbH, Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauuntemehmung GmbH, Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauuntemehmung GmbH, Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7.**

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

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania "Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Wierzchosławice do węzła Krzyż w km 499+800 -512+800". Ogłoszenie o zamówieniu

zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 250-333802.

Odwołujący: Konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Hermann Kirchner, DYWIDAG Bau GmbH, Mies-van der Rohe z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie, zwany dalej „Konsorcjum Strabag” otrzymał w dniu 31 sierpnia 2009 r. od zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wobec treści postanowień siwz odwołujący wniósł protest dotyczący postanowień zawartych w Szczególnych Warunkach Kontraktu (tom II), dalej „SWK” oraz Formularza umowy, zarzucając zamawiającemu ukształtowanie umowy zamawiającego z wykonawcą w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i współzycia społecznego. Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp oraz art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 647 k.c. oraz art. 484 § 2, art. 58 § 1 i § 2 k.c. w związku z art. 14 i 139 Pzp. Wniósł o zmianę zapisów siwz poprzez modyfikację treści Szczególnych Warunków Kontraktu:

1. Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy" - poprzez usunięcie zapisu rozpoczynającego się od słów: "Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający jako Konsorcjum..." do końca drugiego podpunktu b).
2. Subklauzuli 8.7 "Kary umowne za opóźnienie" - poprzez usunięcie podpunktów (d), (e) i (f), przewidujących karę umowną dla wykonawcy i naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty,.
3. Subklauzuli 8.7 - poprzez usunięcie zapisu "Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14."
4. Subklauzuli 1.14 - poprzez usunięcie w ppkt. (c) oraz modyfikację treści Formularza Umowy:
 - w pkt. 4.4. poprzez usunięcie zapisu, w pkt a i b oraz naniesienie odpowiednich zmian w Formularzu Umowy.

W uzasadnieniu protestu odwołujący wskazał, że wprowadzone ograniczenia dotyczące zawierania umów z przyszłymi podwykonawcami są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszają dobre obyczaje kupieckie i zasady współzycia społecznego. Zamawiający narzucił bowiem wykonawcom treść postanowień w umowach zawieranych z podwykonawcami jak też zakazał umieszczenia określonych postanowień w tych umowach. W ten sposób zamawiający narusza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c.

Postanowienia powyższe naruszają też przepis art. 647¹ k.c. poprzez wprowadzenie dodatkowych warunków dotyczących wyrażania zgody przez zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą (Subklauzula 4.4 pkt (e) nieprzewidzianych w ww. przepisie. Ponadto, uprawnienie zamawiającego do wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie obejmuje ingerencji w treść tej umowy. Zamawiający arbitralnie i bez uzasadnienia ogranicza swobodę kształtowania stosunku prawnego przez wykonawcę z osobą trzecią. Zamawiający zamierza wpływać na treść wynagrodzenia podwykonawcy, narzuca zasady wystawiania świadectwa przyjęcia robót i zwrotu zabezpieczenia.

W ocenie odwołującego wskazane postanowienia naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 Pzp oraz zasady współżycia społecznego, gdyż zamawiający wykorzystuje swoją pozycję zmuszając wykonawców do niekorzystnych rozporządzeń i zaciągania niekorzystnych zobowiązań wobec osób trzecich.

Odwołujący podniósł, iż kary umowne są rażąco wygórowane, nieadekwatnie do ewentualnych uchybień w wykonaniu umowy, co stanowi nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. Natomiast postanowienie zobowiązujące wykonawcę do zapłaty kary umownej także wówczas, gdy zamawiający nie poniósł szkody uniemożliwia dochodzenie przez wykonawcę miarkowania przez sąd wysokości kary umownej, gdy jest ona rażąco wygórowana w stosunku do wysokości poniesionej szkody.

Ponadto, zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby zmiana statusu prawnego wykonawcy następowała wyłącznie za jego zgodą, ponieważ ogranicza to swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Zamawiający narzucił także podział wynagrodzenia na 2009 r. i kolejne lata w ten sposób, że wykonawca może nie otrzymać wynagrodzenia za 2009 r. w pełnej wysokości, ze względu na przekroczenie sumy, określonej w formularzu umowy, a ponadto uzależnił zapłatę wynagrodzenia w kolejnych latach od zawarcia „aneksu po określeniu limitu nakładów na kolejne lata”. Postanowienie powyższe narusza art. 647 k.c. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wykorzystuje swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych narzucając potencjalnemu wykonawcy rażąco niekorzystne warunki przyszłej umowy i nadmierną ingerencję w prowadzoną przez niego działalność gospodarczą.

Konsorcjum: NDI S.A., SB Granit S.A. – Skopje z siedzibą w Sopocie przystąpiło do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu, żądając jego uwzględnienia.

Protest został w części uwzględniony przez zamawiającego tj. w zakresie dotyczącym pkt. 4.4 Formularza Umowy (Tom II Rozd. 1 siwz) oraz w zakresie zapisu w brzmieniu: "Warunki umowy z Podwykonawcą nie mogą być gorsze od Warunków niniejszego Kontraktu", wynikającego z treści Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy", zawartej w Szczegółowych Warunkach Kontraktu (Tom II Rozdział 3 siwz), a w pozostałym zakresie został oddalony.

Zamawiający podniósł, co następuje:

Ad. 1 Skoro art. 647¹ § 2 k.c. uzależnia możliwość zawarcia umowy z podwykonawcą od zgody inwestora, a ponadto przyznaje inwestorowi prawo do składania sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy lub projektu umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, to zamawiający jako inwestor ma prawo do określenia ogólnych zasad na jakich akceptował będzie treść zawieranych umów podwykonawczych. Zamawiający może na etapie formułowania warunków kontraktu w siwz określić jakie wymagania powinna spełnić umowa podwykonawcza, a jakich postanowień taka umowa nie może zawierać i wbrew twierdzeniom odwołującego nie narusza to ani właściwości (natury) stosunku prawnego, który powstaje w wyniku zawarcia umowy na podwykonanie, ani przepisów prawnych, ani zasad współżycia społecznego. Wprowadzenie zapisów Subklauzuli 1.14 "Podwykonawcy" nie jest spowodowane zamiarem ograniczenia zasady swobody umów lecz służy zabezpieczeniu interesów wszystkich stron stosunku prawnego, jaki powstaje w wyniku zawarcia umowy o podwykonawstwo.

Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego zapis: „...Umowy z Podwykonawcami, które zawierał będzie wykonawca działający jako Konsorcjum, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum" narusza swobodę zawierania umów. Jest on zdaniem zamawiającego konsekwencją uregulowań wynikających z art. 23 Pzp, art. 647¹ § 5 k.c. oraz punktu (a) Subklauzuli 1.14 zgodnie z Warunkami Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (Rozdział: 1 Tomu II siwz), z których wynika solidarna odpowiedzialność wszystkich uczestników konsorcjum wobec zamawiającego oraz podwykonawcy (w zakresie zapłaty wynagrodzenia). Skoro zatem zgodnie z art. 23 Pzp wykonawcą jest konsorcjum, to również umowy podwykonawcze powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum, nie zaś pomiędzy podwykonawcami a poszczególnymi uczestnikami tego konsorcjum.

Odwołujący nie uzasadnił również w jaki sposób swobodę zawierania umów naruszają kwestionowane przez niego zapisy: "Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia: a) W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10 % wykonawca powiadomi o tym Zamawiającego na piśmie. c:) prawo wykonawcy do odstąpienia od umowy będzie oparte na zamkniętym katalogu zdarzeń, które uprawniają do odstąpienia". Zamawiający wymaga jedynie zawarcia w umowie podwykonawczej zamkniętego katalogu zdarzeń uprawniających wykonawcę do odstąpienia od umowy podwykonawczej, nie ingerując jednak w zawartość tego katalogu.

Zarzut odwołującego dotyczący zapisu: "Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienie: a) W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane przez podwykonawcę roboty, zamawiający

zapłaci podwykonawcy żadaną kwotę wynagrodzenia..." jednakże nie wyższą niż kwota wynikająca z obmiaru robót wykonanych przez podwykonawcę, zatwierdzonego przez inwestora przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy stanowiącym część oferty, oparty został na niewłaściwej wykładni tego postanowienia dokonanej w oderwaniu od pozostałych zapisów Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy", w szczególności w punkcie (e). W pierwszej kolejności podniósł, iż nie zamierza ingerować w sprawy związane z wysokością wynagrodzenia ustalonego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, Z kwestionowanego zapisu wcale nie wynika, iż podwykonawca ma otrzymywać wynagrodzenie obliczone według wysokości cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy, lecz jedynie może otrzymać wynagrodzenie nie wyższe niż tak ustalone. Ma to zabezpieczyć zamawiającego w wypadku, gdy wynagrodzenie za wykonanie określonego zakresu robót, ustalone pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, było wyższe niż wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego wykonawcy. W następnej kolejności podniósł, iż kwestionowany zapis nie może spowodować wypłaty na rzecz podwykonawcy wynagrodzenia bez wyjaśnienia podstaw do wstrzymania przez wykonawcę wypłaty tego wynagrodzenia, skoro zgodnie z treścią punktu (e) Subklauzuli 4.4 podwykonawca zwracając się do zamawiającego o wypłatę wynagrodzenia, na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. musi udokumentować zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót.

Formułując zarzut, iż zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcy zasad wystawiania świadectwa przejęcia i zwrotu zabezpieczenia odwołujący pominął część Warunków Kontraktu zawartą w punkcie (e) Subklauzuli 4.4, zgodnie z którą w przypadku powierzenia przez wykonawcę realizacji robót podwykonawcy, wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy z zastosowaniem terminów płatności określonych z podwykonawcą. Zakresy i terminy realizacji robót wykonywanych przez podwykonawcę nie muszą pokrywać się z zakresami i terminami robót, za które odpowiada wykonawca. W sytuacji, gdy podwykonawca terminowo wykona powierzony mu zakres robót i roboty te zostaną odebrane przez wykonawcę, to nie ma żadnego uzasadnienia dla uzależnienia wystawienia przez wykonawcę przejściowego świadectwa płatności lub zwrotu na rzecz podwykonawcy zabezpieczenia od dokonania analogicznych czynności względem wykonawcy przez zamawiającego.

Ad. 2. Uchybienia szczegółowo opisane w pkt. (d)-(f) Subklauzuli 8.7 są istotnymi uchybieniami w sposobie realizacji umowy dla zamawiającego, dlatego też przewidziane w tych zapisach kary umowne mają wpływać dyscyplinująco na wykonawcę. Nie przestrzeganie przez wykonawcę poszczególnych terminów przywołanych w punkcie (d) Subklauzuli 8.7 naraża zamawiającego na ryzyko opóźnienia realizacji całej inwestycji.

Analogiczne znaczenie ma dla zamawiającego kwestia terminowego usuwania przez wykonawcę wad i wykonywania prac zaległych stwierdzonych podczas odbioru oraz w okresie obowiązywania rękojmi, co wynika z zapisów punktu (f) Subklauzuli 8.7. Równie istotne znaczenie ma kwestia przestrzegania obowiązku prawidłowego oznakowania w czasie prowadzenia przez wykonawcę robót drogowych wynikającego z zapisów punktu (e) Subklauzuli 8.7, ponieważ, zgodnie z obowiązującymi przepisami, to zamawiający, jako zarządca drogi, ponosić będzie odpowiedzialność za szkody wynikające z niewłaściwego oznakowania oraz organizacji ruchu. Wysokość kar umownych przewidzianych w pkt. (d) -(f) Subklauzuli 8.7 waha się wprawdzie w przedziale od 2.000 zł do 10.000 zł za każdy dzień zwłoki lub każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości, w porównaniu z wartością zamówienia, stanowi jedynie ułamek promila. Nieuzasadniony jest zatem zarzut, iż wysokość kar umownych jest nadmierna i obciąża wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień.

Za nieuzasadniony zamawiający uznał zarzut, iż określone w siwz kary umowne stanowią jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego jako strony umowy, gdyż umowa nie przewiduje zapłaty na rzecz wykonawcy żadnych kar umownych w sytuacji ,gdy zamawiający nie wykona ciężących na nim obowiązków. Odwołujący nie sprecyzował, które obowiązki umowne zamawiającego powinny zostać zabezpieczone karami umownymi. Wskazał, że poza prawem odstąpienia od umowy, wykonawca może na zasadach ogólnych dochodzić od zamawiającego roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem warunków umowy.

Ad. 3 W ocenie zamawiającego, kwestionowany zapis Warunków Kontraktu jest zgodny z funkcją oraz charakterem kary umownej jako instrumentu umacniania umów, skłaniającego dłużnika do ścisłego wypełniania zobowiązania. Brak możliwości podnoszenia przez dłużnika zarzutu peremptoryjnego w postaci nie wystąpienia szkody nie oznacza, że strony zastrzegły inną karę umowną niż przewidziana w art. 483-484 k.c. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie m. in. w Uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 6.11.2003 r. do sygn. akt III CZP 61/03 (OSN z 2004 r. Nr 5 poz. 59), zgodnie z którą "zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody". Kwestionowane postanowienie nie stoi na przeszkodzie w korzystaniu z instytucji sądowego miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Przepis ten jest bowiem bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie może być skutecznie wyłączone przez strony umowy.

Ad. 4 Zamawiający stwierdził, że powoływany przez odwołującego załącznik do oferty (Formularz 2.1) nie zawiera żadnego odesłania do Subklauzuli 1.14, wobec czego żądanie

wprowadzenia do treści tego dokumentu zmian sugerowanych przez odwołującego jest niemożliwe do spełnienia.

Żądania usunięcia lub zmiany treści Subklauzuli 1.14 punkt (c) nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ opierają się na fragmentarycznej analizie treści siwz w zakresie odnoszącym się do Warunków Kontraktu. Treść punktu (e) Subklauzuli 1.14 uwzględnia zarówno postanowienia Rozdziału 2 ("Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego", Cosmopolit Consultants, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), jak i Rozdziału 3 ("Szczególne Warunki Kontraktu") " Tomu II siwz. Obowiązujący zapis stanowi modyfikację w stosunku do pierwotnej treści punktu (c) Subklauzuli 1.14, zgodnej z "Warunkami Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego" (Rozdział 2 Tomu II siwz). Opisane postanowienie sankcjonuje jedynie wynikający z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zmian podmiotowych w umowie o zamówienie publiczne. Zamówienie publiczne może być bowiem udzielone wyłącznie temu wykonawcy, który został wybrany w trybie ustawy oraz podlegał weryfikacji przeprowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r. sygn. akt V CK 97/03). Zamawiający podkreślił, iż wynikające z treści postanowienia zakazy zmiany składu oraz zmiany statusu prawnego bez zgody zamawiającego odnoszą się wyłącznie do konsorcjów, jako całości nie zaś do poszczególnych uczestników tych konsorcjów. W rozpatrywanym przypadku oznacza to, iż nie można mówić o niezgodności pkt. (c) Subklauzuli 1.14 z przepisami kodeksu spółek handlowych, skoro kodeks ten w ogóle nie odnosi się i nie reguluje tworzenia, organizacji, funkcjonowania, rozwiązywania, łączenia, podziału i przekształcania konsorcjów i innych nie mających osobowości prawnej ugrupowań przedsiębiorców, co wprost wynika z treści § 1 Kodeksu spółek handlowych.

Konsorcjum Strabag wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w części oddalającej protest. Odwołujący podtrzymał zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 Pzp, art. 353¹ k.c., art. 647¹ k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 647 k.c., art. 58 § 1 i § 2 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i 139 Pzp.

Odwołujący wniósł tak jak w proteście o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez modyfikację treści SWK:

1. Subklauzuli 4.4 przez usunięcie zapisu rozpoczynającego się od słów: "Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia: a) W przypadku do końca drugiego podpunktu b)"
2. Subklauzuli 8.7 poprzez usunięcie podpunktów (d), (e) i (f), przewidujących kary umowne dla wykonawcy:

- za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w (Subklauzuli 14.1) pkt (d) – 2 000 PLN za każdy dzień zwłoki;
- za wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia robót, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu, braki w oznakowaniu lub wykonanie oznakowania z nienależytą starannością - 10 000 PLN za każdy dzień stwierdzonych powyższych nieprawidłowości;
- za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w świadectwie przejęcia albo niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady, w terminie określonym przez Inżyniera/Zamawiającego – 5 000 PLN za każdy dzień zwłoki;

oraz odpowiednio - zmianę treści Załącznika do oferty.

3. Subklauzuli 8.7 poprzez usunięcie zapisu "Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, ..., gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14." i odpowiednio - Załącznika do oferty.
4. Subklauzuli 1.14 przez usunięcie w pkt. (c) zapisu: "Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego" lub zmianę zapisu na zgodną z obowiązującymi przepisami oraz odpowiednio Załącznika do oferty.

Odwołujący podtrzymał zarzuty przedstawione w proteście, iż postanowienia:

- 1) Subklauzuli 4.4. dotyczące warunków przyszłych umów z podwykonawcami naruszają zasadę swobody zawierania umów, określoną w art. 353¹ k.c. oraz zasady akceptowania umów podwykonawczych przez inwestora (zamawiającego) zawarte w art. 647¹ k.c.,
- 2) Subklauzuli 8.7 pkt (d), (e) i (f) zawierają kary umowne wygórowane i niewspółmierne do określonych w nich uchybień,
- 3) Subklauzuli 8.7 ograniczają uprawnienie wykonawcy do miarkowania kary na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Odwołujący podkreślił w uzasadnieniu odwołania, iż nie sposób się zgodzić, że skoro inwestor może decydować o zaakceptowaniu umowy z podwykonawcami, to posiada również prawo do wskazywania, jakie postanowienia powinny być w niej zawarte. Z treści art. 647¹ § 2 k.c. nie wynika uprawnienie Inwestora do narzucenia wykonawcy z góry treści postanowień przyszłej umowy podwykonawczej. Uprawnienie Inwestora ogranicza się wyłącznie do zaakceptowania lub odmowy zatwierdzenia umowy. Zatwierdzenie umowy podwykonawczej nie obejmuje ingerencji w treść tej umowy. Powyższe postanowienia -

Subklauzuli 4.4 wpływają w sposób niedopuszczalny na relację wykonawcy z podwykonawcą.

Odwołujący wskazał, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów zamawiającego, jak i wykonawcy. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. W ocenie odwołującego, przewidziane przez zamawiającego, kary umowne są rażąco wygórowane w stosunku do rangi uchybień, nawet biorąc pod uwagę wartość zamówienia oraz konieczność dochowania terminów przez zamawiającego. Ponadto, kara umowna określona w siwz, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego, jako strony umowy, gdyż umowa nie przewiduje kar na rzecz wykonawcy, poza odstąpieniem od umowy przez zamawiającego.

Obowiązek zapłaty kary umownej, bez względu na istnienie szkody po stronie zamawiającego, ogranicza możliwość żądania miarkowania kary przez wykonawcę. Podkreślił, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś redakcja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. "Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna" - wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2007r., sygn. akt: V ACa 483/08. W związku z powyższym wskazany zapis jako sprzeczny z art. 58 ust. 1 k.c. jest nieważny i winien być uchylony.

Konsorcjum: NDI S.A., SB Granit S.A. – Skopje przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W toku rozprawy odwołujący skorygował zarzut zawarty w odwołaniu dotyczący naruszenia art. 647 k.c., który został uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu oraz żądanie zmiany załącznika do oferty. W pozostałym zakresie obie strony podtrzymały na rozprawie swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się, iż postanowienia specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (w tym SWK) zostały opracowane z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Izba uznała za niezasadny zarzut, iż postanowienia Subklauzuli 4.4. [Podwykonawcy] dotyczące ustalenia w SWK warunków przyszłych umów, które będą zawierane przez wykonawcę z podwykonawcami, naruszają zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c. oraz zasady dotyczące akceptowania umów podwykonawczych przez inwestora zawarte w art. 647¹ k.c.

W zaskarżonym przez odwołującego zakresie Subklauzuli 4.4 zamawiający postanowił, iż „Wykonawca nie później niż na 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót, przedłoży Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projekt umowy z Podwykonawcą” (e), a także, że umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia: „W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10% Wykonawca poinformuje o tym zamawiającego na piśmie” (a), „W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci podwykonawcy żądaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą, niż kwota wynikająca z obmiaru robot wykonanych przez Podwykonawcę, zatwierdzonego przez Inżyniera, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy stanowiącym część oferty” (b), „Prawo Wykonawcy do odstąpienia od umowy będzie oparte na zamkniętym katalogu zdarzeń, które uprawniają go odstąpienia.” (c) oraz nie będzie zawierała zapisów: „uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę przejściowego świadectwa płatności od Wykonawcy, od wystawienia przez Inżyniera, Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robot wykonanych przez Wykonawcę” (a), a także „warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę, od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego” (b).

Izba nie przyjęła za uzasadnione twierdzenie odwołującego, iż postanowienie dotyczące terminu przedłożenia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą do akceptacji zamawiającemu zawarte w pkt (e) Subklauzuli 4.4 wprowadza warunek, dotyczący wyrażania zgody przez zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą, który wykracza poza dyspozycję przepisu art. 647¹ k.c. Przedłożenie umowy musi nastąpić w określonym terminie i to zamawiający jest zobowiązany do jego określenia. W przypadku, gdyby termin wykonania danej czynności nie był przewidziany w umowie, to jej wykonanie powinno nastąpić na wezwanie zamawiającego. Oznaczenie terminu może nastąpić przez wskazanie konkretnej daty lub zdarzenia (tak jak w omawianym przypadku). Określenie powyższego terminu w umowie nie narusza przepisu art. 647¹ k.c., który w § 2 reguluje wyłącznie termin milczenia zamawiającego w sprawie akceptacji umowy oraz skutek tego

milczenia jako domniemanie wyrażenia zgody. Zgodnie z § 6 ww. przepisu nieważne są odmienne postanowienia umów, o których mowa w tym artykule. Wobec powyższego, za sprzeczne z ww. przepisem należy uznać takie postanowienia, które regulują inaczej kwestie w nim uregulowane, co nie ma miejsca w przypadku omawianego postanowienia.

Z treści art. 647¹ § 2 k.c. wynika uprawnienie zamawiającego do wyrażenia zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Zamawiający ma przy tym prawo zgłosić zastrzeżenia lub sprzeciw wobec przedłożonej mu umowy lub jej projektu. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający posiada uprawnienie do oceny i zgłoszenia wymagań (zastrzeżeń) co do treści umowy z podwykonawcą lub też projektu umowy (z zastrzeżeniem formy pisemnej), co w ocenie Izby oznacza możliwość wpływu zamawiającego na treść postanowień umowy o podwykonawstwo, w takim samym zakresie, jak przy określeniu przez zamawiającego w siwz (SWK) generalnych wymagań co do treści umowy podlegającej jego akceptacji. Z uwagi na szczególny charakter postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zasadę transparentności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz pisemności i ekonomiki postępowania, Izba uznała, że określenie przez zamawiającego w siwz wymagań, co do treści umowy podwykonawczej stanowi prawidłowe działanie zamawiającego zarówno z punktu widzenia zadośćuczynienia podstawowym zasadom procedury w sprawie zamówień publicznych, jak i z punktu widzenia interesów wykonawców, którzy posiadając wiedzę co do tych wymagań mogą uwzględnić je już na etapie przygotowania ofert, w szczególności w celu prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż zamawiający arbitralnie i bez uzasadnienia ogranicza swobodę kształtowania stosunku prawnego przez wykonawcę z osobą trzecią, poprzez zamiar wpłynięcia na treść wynagrodzenia podwykonawcy, narzucenie zasady wystawiania Świadectwa Przejęcia Robót i zwrotu Zabezpieczenia. Zważyć należy, że podwykonawca w przypadku umowy o roboty budowlane nie jest „zwyczajną” osobą trzecią. Dotyczy go szczególna regulacja, wynikająca z treści przepisu art. 647¹ k.c., która z mocy ustawy stanowi pewne ograniczenie zasady swobody umów, określonej w art. 353¹ k.c. Zgodnie z treścią tego przepisu, 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. Zatem wymóg zgody inwestora na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą ogranicza swobodę umów lecz, co należy podkreślić, celem wprowadzenia art. 647¹ k.c. było „zapewnienie podwykonawcom ochrony na wypadek bezprawnego zatrzymania należnego im wynagrodzenia przez wykonawców” (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. sygn. akt V CSK 131/07). W ocenie Izby, postanowienia określone przez zamawiającego w zakresie dotyczącym umowy z podwykonawcą są zgodne z celem

przyjętym przez ustawodawcę przy wprowadzeniu tego przepisu tj. stanowią zabezpieczenie interesu podwykonawców w kontekście inwestycji znacznych rozmiarów.

Izba nie podzieliła również zarzutu, iż postanowienia Szczególnych Warunków Kontraktu Subklauzuli 8.7 [Kary umowne za opóźnienie] pkt (d), (e) i (f) zawierają kary umowne rażąco wygórowane i niewspółmierne do określonych w nich uchybień.

Zgodnie z treścią powyższych postanowień, zamawiający zastrzegł kary umowne w wysokości: 2 000,00 zł za każdy dzień zwłoki, za przekroczenie terminu przedłożenia harmonogramu, raportu, projektu umowy z podwykonawcą, szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, 10 000,00 zł za każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości we wprowadzeniu zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia robót, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu, braków w oznakowaniu lub wykonaniu oznakowania z należytą starannością oraz 5 000,00 zł za każdy dzień zwłoki w niedotrzymaniu terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady w terminie określonym przez Inżyniera/Zamawiającego.

Nie można zakwestionować słuszności twierdzeń zamawiającego, co do istotności rodzajów uchybień objętych karami, a także, iż nie przestrzeganie przez wykonawcę poszczególnych terminów przywołanych w punkcie (d) naraża zamawiającego na ryzyko opóźnienia realizacji całej inwestycji, podobnie jak kwestia terminowego usuwania przez wykonawcę wad i wykonywania prac zaległych stwierdzonych podczas odbioru oraz w okresie obowiązywania rękojmi, co wynika z zapisów punktu (f). Istotne jest także przestrzeganie obowiązku prawidłowego oznakowania w czasie prowadzenia przez wykonawcę robót drogowych, wynikającego z postanowień punktu (e), gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami, to zamawiający, jako zarządca drogi, ponosi odpowiedzialność za szkody wynikające z niewłaściwego oznakowania oraz organizacji ruchu. Wskazać należy, że kary zostały ustalone na wypadek „zwłoki” wykonawcy w wykonaniu obowiązków umownych, więc stosownie do treści przepisu art. 476 k.c. warunkiem zastosowania kar umownych (postanowienia pkt d i f) jest nie spełnienie świadczenia w terminie, gdy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Zważywszy powyższe, a także z uwagi na znaczną wartość zamówienia (ok. 1 miliard złotych) jak i szczególny charakter przedmiotu zamówienia - niezwykle istotny z punktu widzenia interesu publicznego (odcinek autostrady), Izba uznała, że wysokość oznaczonych kar umownych jest stosowna do celu, któremu kary mają służyć, tj. zabezpieczeniu zarówno interesów zamawiającego, jak i w tym przypadku - interesu publicznego, poprzez

zdyscyplinowanie wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy. Ustalone wysokości kar stanowią nieznaczne wartości w stosunku do wartości zamówienia. Bezpodstawne, w ocenie Izby, są w tych okolicznościach zarzuty odwołującego, iż powyższe postanowienia mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego oraz zubożenia wykonawcy. W ocenie Izby, omawiane kary umowne nie są wygórowane oraz są adekwatnie do uchybień w wykonaniu umowy. Nie ma zatem podstaw do uznania, że dane postanowienia stanowią nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c.

Izba zgodziła się z odwołującym, iż interesy wykonawców, w równym stopniu jak zamawiającego, powinny być zabezpieczone w umowie o zamówienie, jednak odwołujący nie wskazał, zarzucając brak równowagi stron w umowie, jakie obowiązki zamawiającego powinny zostać zabezpieczone karami umownymi w omawianych Warunkach Kontraktu. Zgodnie z Warunkami Kontraktu wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy, oraz prawo dochodzenia od zamawiającego, na zasadach ogólnych, roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem warunków umowy przez zamawiającego.

Nie podlegał uwzględnieniu przez Izbę zarzut, iż postanowienia SWK Subklauzuli 8.7, przewidujące obowiązek zapłaty kary umownej także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody ograniczają uprawnienie wykonawcy do miarkowania kary na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Przepis art. 484 § 1 k.c. dopuszcza zastrzeżenie kary umownej i dochodzenie roszczenia z tego tytułu, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie m. in. w Uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. akt III CZP 61/03 (OSN z 2004 r. Nr 5 poz. 59), której SN nadał moc zasady prawnej, zgodnie z którą „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Nie wyłącza to stosowania przepisu zawartego w § 2 ww. artykułu, zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 17 grudnia 2007 r., sygn. akt: V ACa 483/08, przywołanym przez odwołującego „Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna”. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie może być skutecznie wyłączone przez strony umowy. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż obowiązek zapłaty kary umownej, bez względu na istnienie szkody po stronie zamawiającego, ogranicza możliwość żądania miarkowania kary przez wykonawcę. Podnoszony przez odwołującego w toku

rozprawy argument dotyczący braku możliwości wykazania interesu prawnego w żądaniu zmniejszenia przez sąd kary umownej, po uprzednim dokonaniu jej zapłaty, nie zasługuje na uznanie, gdyż wykonawca, nie zgadzając się na poniesienie kary umownej w wygórowanej wysokości, może skierować pozew do sądu o ustalenie jej należnej wysokości oraz ewentualnie o zapłatę przez zamawiającego określonej kwoty odliczonej przez zamawiającego od należnej płatności.

W Subklauzuli 1.14 [solidarna odpowiedzialność] pakt (c) zamawiający zawarł postanowienie „Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego”. Powyższe postanowienie należy czytać w pełnej treści, wynikającej ze zmiany postanowienia klauzuli 1.14 FIDIC, jako że SWK (Rozdz.3) stanowią uzupełnienie, zmiany jak i dodatkowe klauzule specjalne do Warunków Ogólnych FIDIC 1999, stanowiących element siwz. W wyniku wykreślenia z klauzuli 1.14 FIDIC przez zamawiającego, zgodnie z klauzulą 1.14 SWK, wyrazów „spółka solidarnego ryzyka”, treść postanowienia stanowi jednoznacznie, iż postanowienia tej klauzuli, w tym pkt (c) odnoszą się wyłącznie do konsorcjum lub „innego, nie mającego osobowości prawnej ugrupowania dwóch lub więcej osób”. Izba podzieliła zatem stanowisko zamawiającego, iż wynikające z treści tego postanowienia zakazy zmiany składu oraz statusu prawnego, bez zgody zamawiającego, odnoszą się wyłącznie do konsorcjów, jako całości, nie zaś do poszczególnych uczestników tych konsorcjów. Omawiana klauzula sankcjonuje jedynie wynikający z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zmian podmiotowych w umowie o zamówienie publiczne. Zamówienie publiczne może być bowiem udzielone wyłącznie temu wykonawcy, który został wybrany w trybie ustawy oraz podlegał weryfikacji przeprowadzonej przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.01.2004 r. do sygn. akt V CK 97/03). Wobec powyższego nie można uznać, że powyższe postanowienie ogranicza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej lub jest niezgodne z przepisami kodeksu spółek handlowych, gdyż konsorcja nie podlegają jego regulacjom, co wynika z treści § 1 K.s.h. W konsekwencji nie ma podstaw do stwierdzenia, że postanowienie powyższe jest sprzeczne z prawem i nieważna z mocy przepisu art. 58 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 i 139 Pzp.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do przyjęcia, że wskazane przez odwołującego postanowienia WSK, zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszają wymienione przepisy ustawy oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 Pzp, jak również zasady współzycia społecznego, o których mowa w art. 5 k.c.

Omówione okoliczności sprawy uzasadniały oddalenie odwołania, jako pozbawionego usprawiedliwionych podstaw. Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....