

WYROK

z dnia 28 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2014 r. przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** na rzecz **Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** kwotę **5 282 zł 80 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę i opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia - Etap I Nabrzeże Rumuńskie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2014 r. pod numerem 225901-2014.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 143c ust. 6 ustawy Pzp, art. 649⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- (1) ukształtowanie § 3 ust. 5 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej, powodujące rażącą nierównowagę stron umowy oraz uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a polegający na nałożeniu obowiązku zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w kwocie 50.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przypadku nieprzejęcia terenu budowy lub nierozpoczęcia Robót w terminie z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego (dalej: „Zarzut Nr 1”),
- (2) ukształtowanie § 2 ust. 2 *in fine* wzoru umowy w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz uniemożliwiający przygotowanie i ustalenie ceny oferty, a polegający na nałożeniu na wykonawcę obowiązku uzyskania bliżej nieokreślonych zezwoleń niezbędnych do wykonania robót (dalej: „Zarzut Nr 2”),
- (3) ukształtowanie § 10 ust. 1 wzoru umowy w sposób sprzeczny z prawem (tj. art. 143c ust. 6 ustawy Pzp) polegający na wskazaniu, że zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wygasa w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy (dalej: „Zarzut Nr 3”),
- (4) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w sposób sprzeczny z właściwością stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej, powodujące rażącą nierównowagę stron umowy oraz uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to naruszający

zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a polegający na nałożeniu obowiązku zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu Przedmiotu Umowy (dalej: „Zarzut Nr 4”);

- (5) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w sposób sprzeczny z właściwością stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej, powodujące rażąco nierównowagę stron umowy oraz uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a polegający na nałożeniu obowiązku zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad, w tym wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości (dalej: „Zarzut Nr 5”);
- (6) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy w sposób sprzeczny z właściwością stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej, powodujące rażąco nierównowagę stron umowy oraz uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a polegający na nałożeniu obowiązku zapłacenia Zamawiającemu kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, w tym częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które Zamawiający nie odpowiada (dalej: „Zarzut Nr 6”);
- (7) ukształtowanie § 14 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy w sposób sprzeczny z prawem (tj. art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp) polegający na wskazaniu, że Zamawiający jest uprawniony odstąpić od umowy, gdy Wykonawca podzleca całość Robót bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności (dalej: „Zarzut Nr 7”);
- (8) ukształtowanie § 14 ust 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy w sposób sprzeczny z prawem (tj. art. 23 ust. 1 ustawy Pzp) i ograniczający uczciwą konkurencją, w sposób utrudniający wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia polegający na wskazaniu, że Zamawiający jest uprawniony odstąpić od umowy, gdy zostanie zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości jednego z Wykonawców, jak również wówczas, gdy mienie jednego z Wykonawców zostanie zajęte w toku postępowania egzekucyjnego lub zabezpieczającego w stopniu znacznie utrudniającym dalsze prowadzenie Robót lub powodującym, że dotrzymanie terminu wykonania Umowy będzie znacznie utrudnione (dalej: „Zarzut Nr 8”);

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ

poprzez:

- 1) ukształtowanie § 3 ust 5 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) tak, aby określał on obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kary umownej za zwłokę w przyjęciu terenu budowy lub rozpoczęciu Robót,
- 2) ukształtowanie § 2 ust. 2 *in fine* wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) tak, aby określał obowiązek uzyskania przez Wykonawcę określonych zezwoleń niezbędnych do wykonania robót,
- 3) ukształtowanie § 10 ust. 1 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w sposób zgodny z art. 143c ust. 6 ustawy Pzp,
- 4) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) tak, aby określał obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy,
- 5) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) tak, aby określał obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za zwłokę w usunięciu wad, w tym wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości,
- 6) ukształtowanie § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) tak, aby określał obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych Zamawiającemu kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, w tym częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które winę ponosi Wykonawca,
- 7) ukształtowanie § 14 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w sposób zgodny art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp,
- 8) ukształtowanie § 14 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w taki sposób, aby sytuacja, gdy zostanie zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości jednego z Wykonawców oraz gdy mienie jednego z Wykonawców zostanie zajęte w toku postępowania egzekucyjnego lub zabezpieczającego w stopniu znacznie utrudniającym dalsze prowadzenie Robót lub powodującym, że dotrzymanie terminu wykonania Umowy będzie znacznie utrudnione nie stanowiło przesłanki odstąpienia od umowy oraz
- 9) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie,
- 10) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że:

Zarzut Nr 1:

Zamawiający ukształtował § 3 ust. 5 wzoru umowy (stanowiący Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że nałożył obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w kwocie 50.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przypadku nieprzejęcia terenu budowy lub nierozpoczęcia Robót w terminie z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego.

Odwołujący stwierdza, że w świetle tego postanowienia umownego Wykonawca będzie obowiązany do zapłaty kary umownej nawet wówczas, gdy nieprzejęcie placu budowy lub nierozpoczęcie robót nastąpiło z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy. Zapłata kary umownej nie nastąpiłaby tylko w przypadku, gdy nieprzejęcie placu budowy lub nierozpoczęcie robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Tym samym wszelkie okoliczności fizyczne niezależne od stron (np. pożar na placu budowy uniemożliwiający przejęcie terenu budowy przez Wykonawcę) lub działania osób trzecich, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności wedle zasad ogólnych k.c. (np. czasowe zajęcie nabrzeża wchodzącego w skład placu budowy przez Marynarkę Wojenną lub statek, któremu udzielono ratownictwa morskiego uniemożliwiającego przejęcie placu budowy przez Wykonawcę) będą obciążać Wykonawcę obowiązkiem zapłaty bardzo wysokiej kary umownej.

Takie ukształtowanie umowy jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy wzajemnej i powoduje rażącą nierównowagę stron umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, iż to inwestor w świetle art. 647 k.c. jest odpowiedzialny za przekazania wykonawcy terenu budowy. Co więcej, jest to jeden z kluczowych elementów umowy o roboty budowlane, na tyle istotny w ocenie ustawodawcy, iż uczynił to jedną z *essentialiae negotii* umowy o roboty budowlane. Umowna zmiana zasad odpowiedzialności za przekazanie terenu budowy jest zatem sprzeczna z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane i jako naruszająca dozwolony zakres swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c.) - sprzeczna z prawem (art. 58 § 1 k.c.).

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, zakwestionowany zapis działa w sposób uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tak niekorzystna dla wykonawców kara umowna, kreując ryzyko prawne niezwiązane bezpośrednio z wykonaniem robót, będących przedmiotem zamówienia, działa zniechęcająco na wykonawców mniejszych, którzy mają potencjał gospodarczy do tego, aby wykonać zamówienie, ale obawiają się naliczenia kary umownej za zdarzenie, za które w świetle ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnej nie ponoszą żadnej odpowiedzialności.

Zarzut nr 2:

Zamawiający ukształtował § 2 ust. 2 *in fine* wzoru umowy (stanowiący Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że nałożył na Wykonawcę obowiązek uzyskania bliżej nieokreślonych zezwoleń niezbędnych do wykonania robót. We wskazanym zapisie umownym Zamawiający wskazał, że o ile dla wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń, to Wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe postanowienie uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie oferty i jej przygotowanie. Zamawiający dokonuje bowiem zamówienia na roboty budowlane w systemie „wybuduj”, czyli w oparciu o dokumentację przez siebie przygotowaną, a nie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, czyli z projektowaniem po stronie Wykonawcy. W tej sytuacji Zamawiający powinien odpowiadać tak za przygotowaną przez siebie dokumentację, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia, jaki i za jej kompletność. Dotyczy to również kompletności od strony prawnej, czyli uzyskania wszystkich prawnie wymaganych decyzji niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż przekazanie odpowiedniej dokumentacji jest zasadniczym obowiązkiem inwestora wynikającym z umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.), zaś wymagana prawem dokumentacja stanowi część składową umowy (art. 648 § 2 k.c.). Jest to widomy znak ze strony ustawodawcy, iż wolą ustawodawcy jest, aby umowy o roboty budowlane były zawierane dopiero wówczas, gdy inwestor (zamawiający) spełnił już wszystkie wymagane prawem wymogi, aby rozpocząć realizację robót.

W ocenie Odwołującego, przerzucanie na wykonawcę obowiązku uzyskania bliżej nieokreślonych decyzji zaburza naturę umowy o roboty budowlane w systemie „wybuduj”, gdyż wykonawca musi niejako zastąpić inwestora w zakresie jego obowiązków związanych z przygotowaniem dokumentacji oraz pozwoleń na realizację inwestycji. Tymczasem, stosownie do postanowień art. 651 k.c., jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo, jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie jedynie zawiadomić o tym inwestora. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r. (sygn. akt: II CSK 101/08): *„Z przepisu art. 651 k.c. nie wynika, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c., należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie*

wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.”

Zdaniem Odwołującego, wadliwość kwestionowanych zapisów sprowadza się jednak przede wszystkim do tego, iż prowadzą one do naruszenia nakazu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W świetle tego zapisu nie wiadomo, jakie obowiązki obciążają wykonawcę. W szczególności nie wiadomo, czy wykonawca powinien uzyskać zmianę pozwolenia na budowę, zezwolenie na prowadzenie prac budowlanych wymagane przepisami o ochronie zabytków, zezwolenie na zajęcie pasa drogowego czy też zezwolenie na wycięcie drzew i krzewów.

Opisane powyżej zarzuty mają wpływ na wynik postępowania, albowiem mogą one wpłynąć na decyzję wykonawców dotyczącą tego, czy warto przy tak jednostronnie opisanych warunkach składać ofertę, z uwagi na ryzyko, jakim zostaje obciążony wykonawca. W tym miejscu powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 411/13.

Zarzut Nr 3:

Zamawiający ukształtował § 10 ust. 1 wzoru umowy (stanowiący Załącznik Nr 7 do SIWZ) w sposób, że określił, iż zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wygasa w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy.

Wskazany zapis, zdaniem Odwołującego, jest sprzeczny przepisem art. 143c ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Przepis ten przyznaje zatem Zamawiającemu jedynie uprawnienie do dokonania potrącenia, a nie uprawnienie do takiego ukształtowania umowy w sprawie zamówienia publicznego, iż bezpośrednia zapłata podwykonawcy powoduje automatyczny skutek prawny w postaci wygaśnięcia zobowiązania do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy. Art. 143c ust. 6 ustawy Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, co oznacza, iż materii w nim unormowanej Zamawiający nie może kształtować w sposób odmienny.

Zarzut Nr 4:

Zamawiający ukształtował § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy (stanowiący Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że nałożył obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu Przedmiotu Umowy. Na mocy jego postanowień wykonawca

będzie zmuszony do zapłaty kary umownej nawet za niezawinione, nieterminowe wykonanie zobowiązania.

Powyższe, w opinii Odwołującego, uznać za przejaw nadużycie prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś, co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych niespowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe.

Zakwestionowany zapis działa w sposób uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tak niekorzystna dla wykonawców kara umowna, kreując ryzyko prawne niezwiązane bezpośrednio z wykonaniem robót będących przedmiotem zamówienia, działa zniechęcająco na wykonawców mniejszych, którzy mają potencjał gospodarczy do tego, aby wykonać zamówienie, ale obawiają się naliczenia kary umownej za zdarzenie, za które w świetle ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnej nie ponoszą żadnej odpowiedzialności.

Zarzut Nr 5:

Zamawiający ukształtował § 13 ust, 1 pkt 2 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że nałożył obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad, w tym wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości.

Zdaniem Odwołującego, powyższe należy uznać za przejaw nadużycia prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne opóźnienie, za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe.

Zakwestionowany zapis działa w sposób uprzywilejowujący wykonawców większych, a poprzez to w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tak niekorzystna dla wykonawców kara umowna, kreując ryzyko prawne niezwiązane z bezpośrednio z wykonaniem robót będących przedmiotem zamówienia, działa zniechęcająco na wykonawców mniejszych, którzy mają potencjał gospodarczy do tego, aby wykonać zamówienie, ale obawiają się naliczenia kary umownej za zdarzenie, za które w świetle ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnej nie ponoszą żadnej odpowiedzialności.

Zarzut Nr 6:

Zamawiający ukształtował § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że wprowadził obowiązek zapłacenia Zamawiającemu kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, w tym częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które Zamawiający nie odpowiada.

Takie ukształtowanie umowy, w ocenie Odwołującego, jest sprzeczne z prawem. Odstąpienie przez Wykonawcę od umowy o roboty budowlane może na skutek okoliczności, za które nie odpowiada Zamawiający może mieć miejsce tylko w jednym przypadku, a mianowicie w sytuacji określonej w art. 649⁴ § 1 k.c. Wszelkie pozostałe podstawy kodeksowe związane są z przypadkami wystąpienia zdarzeń, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność (art. 491 § 1 i 2 k.c., art. 492 k.c., art. 493 § 1 k.c.).

Zgodnie z art. 649⁴ § 1 k.c., jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Wskazany przepis przyznaje zatem uprawnienie do odstąpienia od umowy niezależnie od tego czy nieuzyskanie gwarancji zapłaty nastąpiło z przyczyn zależnych od inwestora, czy też niezależnie od nich. Przyczyną do powstania uprawnienia wykonawcy jest jedynie upływ terminu. Przepis ten ma jednak charakter bezwzględnie obowiązujący, jak bowiem stanowi art. 649² § 1 k.c., nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.

Nałożenie kary umownej na Wykonawcę za odstąpienie od umowy na skutek wystąpienia okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności Zamawiający powoduje, iż pomimo tego, że prawo przyznaje wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od umowy, to poniesie on kontraktową sankcję w postaci zapłaty kary umownej zamawiającemu. Takie ukształtowanie umowy jest jawnie sprzeczne z prawem (art. 649⁴ § 1 k.c. w zw. z art. 649² § 1 k.c.), a przynajmniej stanowi czynność prawną zmierzającą do obejścia prawa.

Zarzut Nr 7:

Zamawiający ukształtował § 14 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w sposób polegający na wskazaniu, że Zamawiający jest uprawniony odstąpić od umowy, gdy Wykonawca podzleca całość Robót bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przesłanką odstąpienia od umowy została tym samym uczyniona sytuacja, gdy podlecenie całości Robót nastąpiło bez pisemnej zgody Zamawiającego. Taki sposób ukształtowania umowy, w ocenie Odwołującego, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a mianowicie art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 647¹ § 2 k.c. przewiduje, że do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Przywołany przepis ustanawia zatem możliwość wyrażenia zgody w sposób całkowicie bierny, a zatem bez konieczności uzyskiwania jej na piśmie. Tym samym nie można sankcjonować prawem do odstąpienia kodeksowego uprawnienia do uzyskania zgody w sposób zgodny z art. 647¹ § 2 k.c., czyli na skutek milczenia inwestora (zamawiającego). W ten sposób przywołana regulacja kodeksowa byłaby fikcją, bowiem Wykonawca, który uzyskał zgodę w efekcie milczenia inwestora narażałby się na odstąpienie od umowy. Kwestionowane postanowienie umowne jest zatem czynnością zmierzającą do odejścia prawa (*in fraudem legis*), a przez to nieważną na mocy postanowień art. 58 § 1 k.c. Powołuje się na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. akt: I ACa 1031/13) oraz Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. (sygn. akt: III CSK 152/10). Ponosi, iż Zamawiający, wbrew temu orzecznictwu wprowadza sankcję w postaci odstąpienia od umowy w przypadku, gdy na skutek milczącej zgody inwestora (zamawiającego) wykonawca zleci realizację całości robót podwykonawcy.

Co więcej nawet w przypadku zgody inwestora wyrażanej w sposób czynny zgoda taka nie musi być wyrażana na piśmie. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, iż art. 647¹ § 2 k.c. nie przewiduje żadnej formy dla czynności prawnej polegającej na wyrażeniu zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. Tym samym zgoda ta może być wyrażona w każdej formie. Jak stanowi bowiem art. 60 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Nie może zatem Zamawiający sankcjonować skutków wyrażenia zgody, o której mowa w art. 647¹ § 2 k.c. w innej formie niż tylko forma pisemna. Powołuje się *na wyrok* Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 lutego 2013 r. (sygn. akt: I ACa 705/12) oraz Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r. (sygn. akt: II CSK 80/08). W ocenie Odwołującego, z uwagi na potwierdzony przez orzecznictwo sądowe sposób wykładni 647¹ § 2 k.c. Zamawiający nie prawa wprowadzania kwestionowanej przesłanki odstąpienia od umowy.

Zarzut Nr 8:

Zamawiający ukształtował § 14 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że Zamawiający jest uprawniony odstąpić od umowy, gdy zostanie zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości jednego z Wykonawców,

jak również wówczas, gdy mienie jednego z Wykonawców zostanie zajęte w toku postępowania egzekucyjnego lub zabezpieczającego w stopniu znacznie utrudniającym dalsze prowadzenie Robót lub powodującym, że dotrzymanie terminu wykonania Umowy będzie znacznie utrudnione.

Taki sposób ukształtowania postanowień umownych, zdaniem Odwołującego, stawia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji gorszej niż wykonawców samodzielnie realizujących zamówienie. Jak stanowi art. 141 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Są zatem traktowani jak jednolity podmiot, co podkreśla orzecznictwo KIO (wyroku z dnia 22 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 176/10). Judykatura KIO traktuje konsorcjum jako swego rodzaju dłużnika zbiorowego, który pomimo istnienia formalnie odrębnych podmiotów prawa, przed zamawiającym jest traktowany jednolicie.

Odwołujący podniósł, że wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powstającej *ex lege* ma oczywiście chronić interes zamawiającego, gdyż solidarność dłużników jest sama w sobie sposobem zabezpieczenia wierzyciela. Jednocześnie jednak wprowadzenie tej instytucji z mocy prawa jest wyrazem woli ustawodawcy, aby chronić możliwie długo trwałość umowy w sprawie zamówienia publicznego. Upadłość jednego konsorcjanta (jako współdłużnika solidarnego) nie powoduje bowiem żadnych negatywnych następstw prawnych dla wierzyciela. Jak stanowi art. 366 § 1 k.c., kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Zatem, dopiero pełne zaspokojenie wierzyciela powoduje ustanie zobowiązania w stosunku do dłużników solidarnych, zaś wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie. Analogicznie może dochodzić skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Zdaniem Odwołującego, gdyby uznać, że ogłoszenie upadłości tylko jednego z Wykonawców daje Zamawiającemu prawo do odstąpienia, to Zamawiający mógłby odstąpić od umowy np. w takich sytuacjach, gdy wniosek o ogłoszenie upadłości dotknie jednego konsorcjanta (nieznaczającego ekonomicznie w konsorcjum), chociaż pozostali konsorcjanci znajdują się w doskonałej kondycji ekonomicznej i są gotowi (a na podstawie art. 366 § 1 k.c. nawet zobowiązani) do wykonania zamówienia. Takie ukształtowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp), traktując konsorcja w sposób krzywdzący. Siłą rzeczy, w przypadku wykonawcy

samodzielnie realizującego zamówienie, złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości doprowadzi do odstąpienia od umowy dopiero wówczas, gdy dotyczyć będzie całości potencjału dłużnika. W przypadku konsorcjum (które stanowi *sui generis* dłużnika zbiorowego) złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości doprowadzi do odstąpienia od umowy także wówczas, gdy dotyczyć będzie tylko wycinka potencjału dłużnika zbiorowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia

bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku jedynie poprzez pozbawienie go możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu na skutek kwestionowanych postanowień projektu umowy nie wykazał możliwości poniesienia szkody skoro złożył ofertę w ramach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nadto jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza). Powyższa okoliczność potwierdza, że wniesienie przedmiotowego odwołania obliczone jest jedynie na uzyskanie możliwości ukształtowania postanowień umowy na warunkach korzystniejszych dla Odwołującego niż te, które zaproponował Zamawiający.

Niezależnie od stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał istnienia legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, co skutkuje jego oddaleniem, Izba odniesienie się również do merytorycznej argumentacji Odwołującego, która w ocenie Izby, nie zasługuje na aprobatę.

Zarzut Nr 1:

Zgodnie z ujętą w art. 483 § 1 k.c. definicją przez zastrzeżenie kary umownej strony ustalają, iż naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy. Oprócz wspomnianego przepisu granice dopuszczalnego kształtowania konstrukcji kary umownej wyznaczają także kryteria wskazane w art. 353¹ k.c. oraz art. 58 §1 i 2 k.c.

W ocenie Odwołującego, postanowienie § 3 ust. 5 wzoru umowy: *„W przypadku nie przejęcia terenu budowy lub nie rozpoczęcia Robót w w/w terminach z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę Umowną w kwocie 50.000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) za każdy dzień opóźnienia”* zostało ukształtowane w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane oraz umowy wzajemnej, a nadto w sposób uprzywilejowujący wykonawców większych i kreujące obowiązek zapłaty z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy.

W orzecznictwie przyjęto, że zasada swobody umów oznacza, iż podmioty zawierające umowę:

- a) mają pełną swobodę co do tego, czy chcą zawiązać między sobą stosunek obligacyjny, a więc, czy zobowiązanie umowne w ogóle powstanie,
- b) mają swobodę wyboru kontrahenta,
- c) mogą ukształtować treść umowy według swego uznania, a tym samym powołać do życia taki stosunek zobowiązaniowy, jaki odpowiada ich interesom, a ponadto, że
- d) prawnie skuteczne jest samo porozumienie stron, niewymagające w zasadzie szczególnej formy, chyba że wymóg taki wynika z ustawy (uchwała pełnego składu SN z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135, Prk. i Pr.-wkł. 1995, nr 11-12, s. 31, Wokanda 1995, nr 11, s. 1).

Kwestia nierównego traktowania stron w ramach umowy, jak również nieekwiwalentność świadczeń nie mają żadnego wpływu na ważność czynności prawnej – umowy. Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie, zasadom współżycia społecznego (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005, niepubl.). Podobną myśl wyrażono w wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., gdzie wskazano, że z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Z tych powodów przyjęto, że nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531).

Zgodnie z przepisem art. 353¹ k.c., swobodę umów delimituje m.in. właściwość (natura) stosunku obligacyjnego. Należy podzielić stanowisko, że korzystając ze swobody umów podmioty nie mogą ukształtować stosunku prawnego w ten sposób, iż nie odpowiadałby on podstawowym cechom charakterystycznym dla obowiązującego w polskim systemie prawnym modelu stosunku obligacyjnego lub też modelu określonego rodzaju zobowiązania. Nadto, ograniczenie możliwości zastosowania kary umownej - jako surogatu odszkodowania - ze względu na naturę stosunku zobowiązaniowego (zobowiązania głównego) oznacza, że odszkodowanie umowne może być zastrzeżone jedynie w odniesieniu do zobowiązań, z których niewykonania może potencjalnie wynikać obowiązek naprawienia szkody.

Upatrywanie przez Odwołującego naruszenia natury umowy o roboty budowlane i umowy wzajemnej przez odmienne ukształtowania odpowiedzialności stron umowy niż wynikałoby to z przepisu art. 647 k.c. jest chybione, bowiem kwestionowane postanowienie umowne nie obciąża wykonawcy odpowiedzialnością za przekazanie terenu budowy. Mowa jest tam jedynie o nieprzejęciu terenu budowy lub nierozpoczęciu robót w terminie i to z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego.

Za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. O skuteczności takiej klauzuli przesądza zawłaszcza art. 473 § 1 k.c. dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik w takiej sytuacji przyjął na siebie również odpowiedzialność za przypadek (J. Jastrzębski, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna*, Palestra 2004, z. 7-8, s. 54).

Izba nie dostrzega również w modyfikacji ogólnych zasad odpowiedzialności *ex contractu* naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp poprzez uprzywilejowanie wykonawców większych. Nie należy bowiem pomijać funkcji kary umownej. Wprowadzenie do umowy tak ujętego zastrzeżenia kary będzie prowadzić do nadania jej przede wszystkim funkcji stymulacyjnej i represyjnej, natomiast nie ma na celu nierównego traktowania wykonawców.

Zarzut Nr 2:

Zmawiający wskazał, że: „Celem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego projektu inwestycyjnego „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia - Etap I Nabrzeże Rumuńskie, faza I” (§ 2 ust. 1 projektu umowy). „Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę wszystkich Robót, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia Celu Umowy.

W ramach projektu Wykonawca wykona w szczególności:

- a) Przebudowę konstrukcji hydrotechnicznej nabrzeża na dł. 355,89 m (odcinek nr II – Faza I) z nową belką poddźwigową, odtworzeniem belki poddźwigowej odlądowej oraz odwodnej, zakotwieniem w nadbudowie i z wyjściem na wodę maksymalnie do ok. 7m (odcinek zasadniczy dł. 331,95m głębokowodne stanowisko przeładunkowe, odcinek zamykający dł. 23,94m łączący odcinek zasadniczy z nabrzeżem Słowackim).
- b) Roboty czerpalne do głębokości 13,5 m (bez umocnienia dna) – wzdłuż przebudowywanego odcinka nr II – Faza I.
- c) Przebudowę istniejącego układu drogowo-kolejowego na odcinku od km 0,2+51,40 (tor nr 401) i od km 0,2+14,60(tory nr 402 i 403) do końca torów hamownych na końcu nabrzeża, złożonego z torów nr 401, 402, 403 oraz rozjazdów nr 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 połączoną z likwidacją rozjazdów nr 11, 12, 13, 14 i zamianą kozłów oporowych żelbetowych na kozły samohamujące.
- d) Przebudowę sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej, wodociągowej i energetycznej w strefie przebudowywanego odcinka nabrzeża – dla zakresu Fazy I.
- e) Na czas przebudowy przeniesienie istniejącej konstrukcji nabeżnika i ustawienie jej na tymczasowym fundamencie w postaci rusztu stalowego. Wykonanie żelbetowego

fundamentu pod docelowy nabeżnik, dostawa i ustawienie na fundamencie nowego słupa nabeżnika Gdynia.

ponadto, o ile dla wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń, to Wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem. Zamawiający udzieli Wykonawcy odpowiednich pełnomocnictw dla wykonania powyższych zobowiązań."

Na tle tak sformułowanego postanowienia Odwołujący podnosi zarzut wypaczenia natury stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane, gdyż w ocenie Odwołującego, wykonawca w świetle powołanych postanowień musi niejako zastąpić inwestora w zakresie jego obowiązków związanych z przygotowaniem dokumentacji oraz pozwoleń na realizację inwestycji.

W ocenie Izby, stanowisko to nie zasługuje jednak na aprobatę. Odwołujący pomija bowiem jaki jest cel umowy o roboty budowlane, a jest nim wzniesienie (w całości albo w części) określonego w projekcie "objektu budowlanego", czyli budynku lub innej budowli względnie kompleksu obiektów. Podstawowym uprawnieniem zamawiającego jest uzyskanie wykonanego obiektu budowlanego, który stanowi materialny rezultat, a podstawowym uprawnieniem wykonawcy jest otrzymanie wynagrodzenia w umówionej przez strony wysokości. Obowiązki wykonawcy polegają przede wszystkim na wykonaniu obiektu zgodnie z umową i normami prawa budowlanego, zabezpieczeniu placu budowy oraz na oddaniu zdatnego do użytku wybudowanego obiektu budowlanego.

Zważywszy więc na charakter umowy o roboty budowlane, w opinii Izby, Zamawiający jest uprawniony do oczekiwania uzyskania konkretnego obiektu a nie jedynie do wykonania prac zmierzających wykonania tego obiektu. Temu celowi służą właśnie kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie obciąża wykonawcy obowiązkiem przygotowania dokumentacji projektowej, a wręcz przeciwnie, oczekuje wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową (§ 5 wzoru umowy).

Nie można jednakowoż zapominać, że w świetle przepisu art. 651 k.c. wykonawca ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić inwestora, jeżeli projekt budowlany lub inna dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, czyli realizacja inwestycji jest niemożliwa lub spowodowałaby powstanie wadliwego obiektu (wyrok SN z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173). Uchybienie temu obowiązkowi powoduje powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy za szkody wynikłe z zastosowania niewłaściwej dokumentacji, maszyn lub materiałów.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, że z uwagi na stopień skomplikowania zamówienia, a także swobodę wykonawcy w wyborze sposobu wykonania zamówienia, nie

jest możliwe utworzenie katalogu czynności, w tym katalogu zezwoleń, które wykonawca będzie musiał uzyskać. Wiele takich czynności, w tym zezwoleń, będzie uzależnione od przyjętej przez wykonawcę logistyki wykonania robót.

Powyższe, zdaniem Izby, nie daje podstaw do uznania, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób precyzyjny i wyczerpujący (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Zaś, upatrywanie naruszenia uczciwej konkurencji jako nieuzasadnione należy uznać za chybione (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Zarzut Nr 3:

W świetle § 11 ust. 10 projektu umowy: „Wykonawca wystawia Zamawiającemu faktury VAT oddzielnie na Roboty wykonane przez niego bezpośrednio i oddzielnie za Roboty wykonane przez podwykonawcę (podwykonawców), o których mowa w ust. 9. Faktury Wykonawcy za Roboty wykonane przez podwykonawcę na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury podwykonawcy, zaakceptowanej przez Wykonawcę, będą płatne przez Zamawiającego bezpośrednio na rachunek bankowy podwykonawcy wskazany na kserokopii jego faktury. Zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wygasa w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy.”

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe postanowienie pozostaje w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 143c ust. 6 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 143c ust. 1 ustawy Pzp ustanawia dla Zamawiającego obowiązek zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku zaktualizowania się określonych w tym przepisie okoliczności. Zapłata zaś wynagrodzenia podwykonawcy daje podstawę do jego potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy (art. 143c ust. 6 ustawy Pzp). Skutkiem potrącenia jest umorzenie wierzytelności wykonawcy do wysokości dokonanej zapłaty, w efekcie wygaśnięcie zobowiązania w tym zakresie.

W ocenie Izby, sprzeczności spornych postanowień projektu umowy można by się dopatrywać jedynie w sytuacji, w której Zamawiający mocą postanowień umownych zmierzałby do uchylecia się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w okolicznościach wskazanych przez ustawodawcę oraz odmienne ukształtowałby skutki dokonania zapłaty. Natomiast, w niniejszym stanie faktycznym rzeczzone postanowienie stanowi przejaw swobody kontraktowania, niewykraczającej poza granice przepisów bezwzględnie obowiązujących, w ramach której wykonawca ustanawia dla Zamawiającego swoistego rodzaju zlecenia płatnicze na rzecz podwykonawcy co do przysługującego mu wynagrodzenia. Zaś zapłata przedmiotowego wynagrodzenia, w warunkach jego akceptacji/uznania przez wykonawcę (zaakceptowane przez wykonawcę faktury wystawione przez podwykonawcę), co oczywiste, prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania.

Zarzut nr 4 i 5:

Zgodnie z § 13 ust. 1 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadku: 1) opóźnienia w wykonaniu Przedmiotu Umowy - w wysokości 0,3 % całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 Umowy; 2) opóźnienia w usunięciu wad, w tym wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości - w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;”

Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie może „odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie”, stanowi to przejaw nadużycia prawa i zasady swobody kontraktowej. Niezależnie od aktualności twierdzeń wypowiedzianych przez Izbę na kanwie zarzutu Nr 1 podkreślić należy, iż zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.) strony mają możliwość innego – niż określony w art. 472 k.c. i w szczególnych przepisach ustawy – umownego uregulowania zakresu odpowiedzialności dłużnika, powodującego w konsekwencji zaostrzenie lub złagodzenie odpowiedzialności. Jednak w przypadku złagodzenia odpowiedzialności dłużnika w art. 473 § 2 k.c. zawarte zostało ograniczenie w tym względzie (por. T. Wiśniewski (w:) *Komentarz...*, s. 523).

Możliwość zaś rozszerzenia (zaostrzenia) zakresu odpowiedzialności dłużnika jest nieograniczona, a przepis art. 473 § 1 k.c. w tym zakresie nie zawiera żadnych granic. Strony w umowie przyjąć mogą więc odpowiedzialność dłużnika za niedbalstwo zwykłe, podczas gdy według ustawy dłużnik odpowiadałby tylko za winę umyślną lub winę umyślną i rażące niedbalstwo. Strony przyjąć mogą również odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka – za wypadek) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nigdy nie odpowiada, nawet przy zasadzie ryzyka (por. T. Wiśniewski (w:) *Komentarz...*, s. 523; A. Ohanowicz, *Zobowiązania...*, s. 183; W. Popiołek (w:) *Kodeks...*, s. 50; A. Rembieniński (w:) *Kodeks...*, s. 463; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 320; P. Granecki, *Zasada bezwzględnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (według kodeksu cywilnego)*, St. Praw. 2000, nr 3-4, s. 65). Twierdzi się także, że możliwe jest przyjęcie bezwzględnej odpowiedzialności typu gwarancyjnego, czyli że dłużnik odpowiadał będzie za to, iż wierzyciel nie otrzyma świadczenia, bez względu na to, jakie przyczyny to spowodowały (zob. W. Popiołek (w:) *Kodeks...*, s. 50), jednakże F. Zoll wskazuje, że takie stanowisko prowadzi do wykładni *contra legem* art. 473 § 1 k.c. (zob. F. Zoll (w:) *System...*, s. 108 i n.).

Rozszerzenie i zawężenie zakresu odpowiedzialności dłużnika może dotyczyć także jego odpowiedzialności za cudze czyny (por. W. Popiołek (w:) *Kodeks...*, s. 51). Jednak na mocy art. 473 § 2 k.c. niedopuszczalne jest umowne wyłączenie odpowiedzialności dłużnika

za winę umyślną osób trzecich, czyli jego pomocników, wykonawców zobowiązania, a także jego przedstawiciela ustawowego (wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 października 1996 r., I ACr 822/96, OSA 1997, z. 10, poz. 58, s. 31; uchwała SN z dnia 20 listopada 1992 r., III CZP 138/92, OSNCP 1993, nr 6, poz. 96, OSP 1993, z. 5, poz. 97, PUG 1993, nr 4, s. 28 z glosą E. Skowrońskiej, PUG 1993, nr 4, s. 28; T. Wiśniewski (w:) *Komentarz...*, s. 524; A. Rembieliński (w:) *Kodeks...*, s. 464; K. Zagrobelny (w:) *Kodeks...*, s. 851; H. Izdebski, M. Małek, *Kodeks...*, s. 583).

Natomiast biorąc pod uwagę istotę kary umownej, a więc że stanowi ona sankcję cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika nie powinno budzić wątpliwości, że dłużnik nie będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt: II CSK 331/12, w którego uzasadnieniu wskazano, że: „W granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter dyspozytywny. Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu "za uchybienie terminu", "bez względu na przyczynę niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania". Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania. W wypadku kary umownej za opóźnienie chroniony jest szczególny interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych. Brak podstawy dla nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron.”

Nadto podkreślić należy, iż z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją

usprawiedliwiły, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r, sygn. akt: IV CSK 658/12).

Jeśli idzie zaś o zarzut nadużycia prawa, to Odwołujący nie uzasadniając, że uprawnienie do swobodnego kształtowania postanowień umowy i swobody stron co do nawiązania stosunku prawnego nie powinno korzystać z ochrony prawnej w istocie nie dał asumptu do jego rozważenia.

Natomiast okoliczność, że kwestionowane postanowienie zniechęca mniejszych wykonawców za zawarcia umowy nie świadczy o naruszeniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem istotą tej zasady nie jest obowiązek ukształtowania postanowień umowy w sposób, który zadowala wszystkich wykonawców. Nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do ochrony własnych interesów w granicach swobody kontraktowania.

Zarzut Nr 6:

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadku: odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, w tym częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności za które Zamawiający nie odpowiada, w wysokości 20 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 10 ust. 1;”

Odwołujący sformułował na tle przedmiotowego postanowienia w szczególności zarzut naruszenia przepisu art. 649⁴ k.c. wskazując, że powołany przepis ustanawia uprawnienie wykonawcy do odstąpienia od umowy niezależnie od tego czy niezyskanie gwarancji zapłaty nastąpiło z przyczyn zależnych od inwestora czy też niezależnie od nich.

Zdaniem Izby, kwestionowane postanowienie wzoru umowy nie niweczy tego uprawnienia. Nie wyłącza bowiem możliwości odstąpienia od umowy w sytuacji niezyskania gwarancji zapłaty w terminie wyznaczonym przez wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że mocą powołanego przepisu inwestor ponosi skutki braku gwarancji, jeżeli przyczyna braku gwarancji leży po jego stronie lub po stronie instytucji będącej gwarantem. Sytuacja inwestora jest niezależna od tego, czy taka przyczyna braku gwarancji ma charakter przez niego zawiniony. Nie ponosi on jednak skutków braku gwarancji, jeżeli ten brak spowodowany został przyczyną leżącą po stronie wykonawcy.

Natomiast sporne postanowienie odnosi się w istocie do kwestii odrębnej, surogatu odszkodowania, jakim jest kara umowna. Zamawiający ustanowił bowiem obowiązek jej zapłaty z tytułu odstąpienia od umowy przez wykonawcę wskutek okoliczności, za które Zamawiający nie odpowiada. Konstrukcja ta zaś jest w pełni aprobowana zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Wystarczy wskazać na wyrok SN dnia 7 lutego 2007 r., sygn. akt: III CSK 288/06, OSP 2009, z. 4, poz. 39, gdzie przesądzono, że brak jest podstaw do domagania się zasądzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy,

jedynie jeżeli podstawę do odstąpienia od umowy stanowiło niewykonanie zobowiązania pieniężnego.

Nadto, nie można pomijać, że obowiązek zapłaty kary umownej aktualizuje się jedynie w sytuacji odstąpienia od umowy na skutek okoliczności, za które Zamawiający nie odpowiada. W związku z powyższym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, obowiązek zapłaty odszkodowania nie wystąpi w przypadku niezapewnienia przez Zamawiającego gwarancji zapłaty.

Jednocześnie wobec sformułowania przez Odwołującego w tym przedmiocie zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji i sankcjonowania przez Zamawiającego rażącej nierównowagi stron umowy aktualność zachowują rozważania Izby poczynione powyżej.

Zarzut Nr 7:

W świetle § 14 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy „Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, w tym także prawo częściowego odstąpienia od umowy ze skutkiem na przyszłość, z zachowaniem prawa do odszkodowań i kar umownych określonych Umową, w terminie 90 dni od powzięcia wiadomości o poniższych okolicznościach, w przypadku gdy: Wykonawca podzleca całość Robót lub przenosi na osobę trzecią jakiegokolwiek prawa lub obowiązki wynikające z Umowy bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności.”

Wskazane postanowienie jest wyrazem skorzystania przez Zamawiającego z instytucji tzw. umownego prawa odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 k.c.). Natomiast nie modyfikuje procedury i formy wyrażenia zgody przez inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647¹ § 2 k.c.). Zdaniem Izby, należy odróżnić określenie przyczyn skutkujących powstaniem po stronie Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy od formy wyrażenia zgody na zawarcie wspomnianej umowy, jeśli nawet pozostaje w korelacji z przesłankami odstąpienia od umowy.

Wyrażenie bowiem zgody, w jakiegokolwiek formie, na zawarcie rzeczonyj umowy z podwykonawcą stanowi bezwzględnie wiążący wymóg, w świetle przepisu art. 647¹ § 2 k.c. i uchybienie temu obowiązkowi powoduje nieważność umowy - w części dotyczącej powierzenia jej wykonywania podwykonawcy, nieobjętej zgodą podmiotów wskazanych w tym przepisie. Wskazanej regulacji Zamawiający nie unicestwił mocą kwestionowanego postanowienia wzoru umowy. Natomiast, w ocenie Izby, powierzenie podwykonawcy wykonania całości robót bez pisemnej zgody Zamawiającego jako przyczyna odstąpienia od umowy nie narusza uprawnienia do wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą w jakiegokolwiek formie. W obu bowiem przypadkach, jakkolwiek forma wyrażenia zgody ma istotne znaczenie, to stanowi kreację dla określenia różnych aspektów stosunku obligacyjnego.

Zarzut Nr 8:

W świetle § 14 ust. 1 projektu umowy „Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, w tym także prawo częściowego odstąpienia od umowy ze skutkiem na przyszłość, z zachowaniem prawa do odszkodowań i kar umownych określonych Umową, w terminie 90 dni od powzięcia wiadomości o poniższych okolicznościach, w przypadku gdy: (...) 2) Wykonawca zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej, rozpocznie likwidację; staje się niewypłacalny, układa się ze swoimi wierzycielami bądź zostanie zgłoszony wniosek o ogłoszenie upadłości Wykonawcy lub jednego z Wykonawców; 3) mienie Wykonawcy lub jednego z Wykonawców zostanie zajęte w toku postępowania egzekucyjnego lub zabezpieczającego w stopniu znacznie utrudniającym dalsze prowadzenie Robót lub powodującym, że dotrzymanie terminu wykonania Umowy określonego w § 3 będzie znacznie utrudnione;”

Zdaniem Odwołującego, uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości jednego z wykonawców albo, gdy mienie jednego z wykonawców zostanie zajęte w toku postępowania egzekucyjnego lub zabezpieczającego w stopniu znacznie utrudniającym dalsze prowadzenie Robót lub powodującym, że dotrzymanie terminu wykonania Umowy będzie znacznie utrudnione narusza przepis art. 23 w zw. z art. 141 ustawy Pzp oraz ogranicza uczciwą konkurencję w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, kwestionowane postanowienia wzoru umowy nie przekreślają, wbrew twierdzeniom Odwołującego, możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców. Izba nie dostrzega również symptomów dysproporcji, z akcentem na gorsze traktowanie konsorcjum wykonawców od wykonawców samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zaistnienie wobec jednego z uczestników konsorcjum kwestionowanych okoliczności stanowi wyraz istotnych problemów jednego z wykonawców, które mogą wpłynąć na realizację zamówienia. Stąd też zabezpieczenie przez Zamawiającego jego interesów w takich sytuacjach nie wydaje się być wymierzone w instytucję „konsorcjum”, ale stanowi przejaw dbałości o należyte wykonanie zamówienia. W konsekwencji, odmówienie Zamawiającemu możliwości ustanowienia uprawnienia, a nie obowiązku, do odstąpienia od umowy w podanych okolicznościach, w ocenie Izby, w świetle powoływanych przez Odwołującego przepisów, nie znajduje uzasadnienia.

Oceny powyższej nie zmienia fakt, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, skoro z istoty „konsorcjum” wynika pewna ograniczona możliwość realizacji zamówienia przez jednego z jego uczestników.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 1665,80 zł.

Przewodniczący: