

Sygn. akt: KIO/UZP 1485/09

WYROK
z dnia 2 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. (lider), HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** protestu z dnia 11 września 2009 r.

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. (lider), HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo

Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź

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 firm: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. (lider), HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. (lider), HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 firm: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. (lider), HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: *„Budowa drogi ekspresowej S-69 Bielsko Biała - Żywiec - Zwardoń odcinek węzeł „Mikuszowice” („Żywiecka/ Bystrzańska”) - Żywiec”* (Znak sprawy: GDDKiA O/R-1/S-69/M-Ż/2009), zostało wszczęte przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice zwaną dalej:

„Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 63-090572 w dniu 01.04.2009 r.

W dniu 02.09.2009 r. (pismo z dnia 31.08.2009 r.) Zamawiający przekazał (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Konsorcjum firm: 1) HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź, Polska, (Lider Konsorcjum); 2) HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Hermann Kirchner Str. 6, D-36251 Bad Hersfeld, Niemcy; 3) Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ ” S.A. z siedzibą w Łodzi PL-94-112, przy ul. Bratysławskiej nr 52, Polska; 4) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu PL-42-400, przy ul. Okólnej nr 10, Polska; adres do korespondencji: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56 91-436 Łódź zwanemu dalej: „Konsorcjum HERMANN KIRCHNER” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”, zaproszenie do składania ofert wraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” zawierającą m.in. Istotne dla stron postanowienia umowy, tj. Szczególne Warunki Kontraktu zwane dalej: „SWK”.

W dniu 11.09.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum HERMANN KIRCHNER złożyło protest na treść postanowień SIWZ, tj. Tom II SWK oraz Formularza umowy dla przedmiotowego zamówienia. W ocenie Protestującego nastąpiło:

a) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, i w taki który może utrudniać uczciwą konkurencję;

b) ukształtowanie umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, naruszający zasady uczciwej konkurencji i zasady współzycia społecznego. Uchybienia te naruszają nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 14 i art. 29 ust. 1, art. 139 Pzp w związku z art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 484 § 2, art. 487 §2, art. 647 Kodeksu cywilnego.

Protestujący wnosił o zmianę SIWZ poprzez:

1. Zmianę zaskarżonych Subklauzul 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2, 10.3 oraz przywrócenie w nich zapisu „*plus rozsądny zysk*” lub „*wraz z rozsądnym zyskiem*” lub „*będą zawierały rozsądny*”

zysk i...", ewentualnie o wskazanie tego zysku procentowo w stosunku do wartości danego świadczenia, kosztu, opłaty - co przywróci równość stronom umowy, ekwiwalentność świadczeń oraz odpowiedzialność na zasadzie winy Wykonawcy, za ponoszone szkody, koszty, opłaty, świadczenia, etc.

2. Wnosimy o zmianę zapisu „Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego” na: „W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie, zobowiązane one będą do pozostawania w konsorcjum przez cały czas trwania Kontraktu, łącznie z okresem gwarancji jakości i rękojmi”.

3. Modyfikację treści SWK, tj. Subklauzuli 8.7 „Kary umowne za opóźnienie” poprzez usunięcie podpunktów (d), (e) i (f), przewidujących karę umowną dla Wykonawcy:

- za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z Podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 2000 PLN za każdy dzień zwłoki;
- 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, w wysokości 2000 PLN za każdy dzień zwłoki;
- za niedotrzymanie terminu przedstawienia kandydatów spełniających wymagania na stanowiska wymienione w Subklauzuli 6.8, w wysokości 5000 PLN za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kandydata.;

i naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

4. Modyfikację treści SWK, tj. 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 naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

5. Modyfikację treści punktu 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00 poprzez usunięcie zapisu „Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny”.

6. Modyfikację treści punktu 1.5.3 STWiORB DM.00.00.00 poprzez usunięcie zapisu „Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.”.

Protestujący wskazał, że posiada interes prawny, który to w wyniku skarżonej treści SIWZ może doznać uszczerbku, w sytuacji, gdy oferta Protestującego zostanie uznana za

najlepszą, zostanie zawarta umowa, zgodnie z przedstawionym projektem, który w swej treści zawiera jednostronnie rażąco niekorzystne dla wykonawcy postanowienia. Jak wskazał bowiem Protestujący treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Protestujący podnosił:

Ad. 1.

Odnosnie Tomu II Wzór Umowy (Warunki Kontraktu), Rozdział 3, SWK (Część II) Subklauzule: 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2, 10.3:

a) oprotestował wykreślenie słów: „*plus rozsądny zysk*” lub „*wraz z rozsądnym zyskiem*” lub „*będą zawierały rozsądny zysk i...*”, co w konsekwencji sprawia, że w przypadkach przewidzianych w tych przepisach, Wykonawca na skutek błędu Inwestora, świadczyć ma na rzecz Inwestora usługi i roboty po kosztach, tj. bez jakiegokolwiek zysku własnego wynikającego z wykonanych usług lub robót, co stwarza poważne ryzyko dla całkowitej rentowności przedsięwzięcia, albowiem zapisy takie mogą doprowadzić do nielimitowanego obciążenia Wykonawcy nieograniczoną liczbą świadczeń w warunkach nierynkowych a nadto daje Inwestorowi całkowitą swobodę w popełnianiu błędów zobowiązując wyłącznie Wykonawcę do ich naprawy, bez jakiegokolwiek racjonalnych podstaw do świadczenia usług w tym zakresie tj. bez jakiegokolwiek zysku, co w warunkach rynkowych nie miałoby miejsca,

b) wskazał, że zapisy powyższych Subklauzul naruszają statuowaną przez kodeks cywilny zasadę równości stron oraz ekwiwalentności świadczeń (art. 487 § 2 k.c), stosowanie do których, świadczenie jednej strony powinno być odpowiednikiem świadczenia drugiej strony, zaś zastosowanie zaskarżonych Subklauzul naruszają tą fundamentalną zasadę i prowadzi do nierównego traktowania jednej strony umowy (Wykonawcy) oraz wkłada na nią obowiązek świadczenia usług i robót na rzecz drugiej strony (Inwestora) po nieekwiwalentnej wartości, niższej od wartości rynkowej (bez jakiegokolwiek zysku) i to w sytuacji, gdy winę za powstanie konieczności tego świadczenia ponosi Inwestor. Przyjąć również należy, iż wprowadzanie takiego zapisu ocenić można jako sprzeczne z art. 5 k.c., albowiem jako celem ustawy o zamówienie publiczne jest wybór jak najlepszej ofert na wykonanie zamówienia publicznego, a nie wkładanie na Wykonawcę wszelkich ciężarów niezależnych od jego winy.

c) wskazał, że zapisy powyższych Subklauzul naruszają statuowaną przez kodeks cywilny zasadę odpowiedzialności na zasadzie winy dłużnika (art. 471 k.c.) oraz art. 474 k.c, który przewiduje, iż nie są dopuszczalne zapisy wkładające na jedną ze stron odpowiedzialność za szkody, które druga strona może wyrządzić umyślnie. Zaskarżone Subklauzule zawierają bowiem regulację, zgodnie, z którą w każdym przypadku - gdy na skutek błędu lub opóźnienia Inwestora, zajdzie konieczność poniesienia przez Wykonawcę opłat, kosztów,

świadczeń etc. to niezależnie od stopnia zawinienia Inwestora w tej mierze a nawet niezależnie od niezawinieni tego stanu przez Wykonawcę, cała szkoda i odpowiedzialność za jej poniesienie ma obciążyć Wykonawcę,

d) podkreślił, iż wymienione Subklauzule dotyczą okoliczności, których wystąpienia i skutki nie są możliwe do przewidzenia na etapie składania oferty. Tym samym Wykonawcy nie mają możliwości oszacowania ryzyka związanego z wystąpieniem tych okoliczności i ujęcia go w cenie oferty. Powyższe skutkuje pozbawieniem Wykonawców możliwości złożenia prawidłowych, rzetelnie wycenionych, porównywalnych ofert.

e) wnosił o zmianę zaskarżonych Subklauzul oraz przywrócenie w nich zapisu „*plus rozsądny zysk*” lub „*wraz z rozsądnym zyskiem*” lub „*będą zawierały rozsądny zysk i...*”, ewentualnie o wskazanie tego zysku procentowo w stosunku do wartości danego świadczenia, kosztu, opłaty - co przywróci równość stronom umowy, ekwiwalentność świadczeń oraz odpowiedzialność na zasadzie winy Wykonawcy, za ponoszone szkody, koszty, opłaty, świadczenia, etc.

Ad. 2.

W Subklauzuli 1.14 [Solidarna odpowiedzialność] w ppkt. (c) Zamawiający zawarł zapis: „*Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego*”. Protestujący zażądał zmiany zapisu na: „*W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie, zobowiązane one będą do pozostawiania w konsorcjum przez cały czas trwania Kontraktu, łącznie z okresem gwarancji jakości i rękojmi*”. W jego ocenie obowiązek uzyskiwania zgody Zamawiającego na przekształcenia związane ze zmianą statusu prawnego Wykonawcy narusza nie tylko przywołane wcześniej przepisy Kodeksu cywilnego, ale również zasadę swobody gospodarczej i Kodeks spółek handlowych. Całkowicie niejasny jest natomiast zapis o obowiązku niezmienności składu Wykonawcy.

Ad. 3.

Zamawiający w Subklauzuli 8.7 podpunkty (d), (e) i (f) wprowadził zapisy określające wysokość kar umownych, tj.:

(d) 2000 PLN za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z Podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) za każdy dzień zwłoki;

(e) 2000 PLN 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 za każdy dzień zwłoki;

(f) 5000 PLN za niedotrzymanie terminu przedstawienia kandydatów spełniających wymagania na stanowiska wymienione w Subklauzuli 6.8 za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kandydata;

Protestujący zarzucił, że przewidziana przez Zamawiającego wysokość kar umownych jest nadmierna i obciąża Wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień w wykonaniu umowy. Protestujący wskazał, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może jednak prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. W ocenie Protestującego, przewidziane przez Zamawiającego kary umowne, które z powodów drobnych uchybień będzie zobowiązany zapłacić Wykonawca (nawet 5000 zł za jeden dzień zwłoki), są rażąco wygórowane. Ponadto kara umowna, określona w SIWZ, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako Strony Umowy. Bowiem w sytuacji, gdy Inwestor (Zamawiający) nie wykona ciężących na nim obowiązków, umowa nie przewiduje zapłaty na rzecz Protestującego żadnych kwot umownych, poza odstąpieniem od umowy.

Ad. 4.

Zgodnie z zapisem Subklauzuli 8.7. - *„Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14.”* Protestujący zarzucił, że zapis SIWZ, zaproponowany przez Zamawiającego narusza art. 484 § 2 kc. Protestujący podnosił, że Zamawiający ograniczył w ten sposób możliwość wystąpienia przez Wykonawcę robót o zmniejszenie (a nawet jej całkowite uchylenie) kary umownej w sytuacji, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana lub gdy jego zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Żądanie miarkowania wysokości kary przez Wykonawcę (Protestującego) nie może być oceniane w oderwaniu od zaistnienia szkody po stronie Zamawiającego. Zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wierzycielowi będzie przysługiwała kara umowna w zastrzeżonej wysokości niezależnie od wysokości poniesionej szkody. Kara umowna może być „rażąco wygórowaną” już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (z *Komentarza do kodeksu cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania tom 1, pod redakcją Gerarda Bieńka, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2005r., strona 587*). Obowiązek zapłaty kary umownej bez względu na istnienie szkody po stronie Zamawiającego ograniczy możliwość żądania miarkowania kary przez Protestującego.

Protestujący, podkreślił także, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 kc. 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 17.12.2007 r., sygn. akt: V ACa 483/08. Protestujący zarzucił ponadto, że w/w zapisy SIWZ naruszają art. 58 § 1 kc. Zaskarżone postanowienia SIWZ są sprzeczne z przepisami kc i zmierzają do obejścia unormowań związanych z możliwością miarkowania kar umownych.

Ad. 5.

Zgodnie z pkt 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00: „Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny”. Powyższym zapisem Zamawiający uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty uwzględniającej realne koszty wykonania zamówienia. Stosownie do treści art. 29 ust. 1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na wskazany powyżej przepis Pzp Protestujący wnosi o modyfikację przedmiotowego zapisu na: „Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje na koszt Zamawiającego”.

Ad. 6.

Wykonawca uważa zapis ten za sprzeczny z Subklauzulami 1.8 oraz 1.9 Warunków Kontraktu, które mówią o racjonalnym czasie od pojawienia się możliwości opóźnienia na poinformowanie Inżyniera o wadach projektu. Nakładanie na Wykonawcę ograniczeń czasowych na zgłaszanie błędów projektowych jest daleko idącym ograniczeniem odpowiedzialności Zamawiającego za projekt i przerzuceniem jej na Wykonawcę. W świetle Subklauzuli 17.4, która daje Wykonawcy prawo dodatkowego czasu lub dodatkowych płatności w przypadku opóźnień lub poniesienia dodatkowych kosztów z tytułu straty lub szkody wynikłej z okoliczności wymienionej w Subklauzuli 17.3 (g), tj. z projektowania jakiegokolwiek części Robót przez Personel Zamawiającego lub przez inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny. Odpowiedzialność Zamawiającego w tym zakresie, tj. za dokumentację projektowania może być uzależniona od dokonania przez Wykonawcę nierealnego aktu staranności w postaci zgłoszenia wad Dokumentacji w ciągu 28 dni od otrzymania dokumentacji, gdyż odpowiedzialność ta wynika też wprost z Kodeksu cywilnego oraz Prawa budowlanego.

a) Zgodnie z art. 18 Ustawy Prawo budowlane opracowanie projektu budowlanego i, stosownie do potrzeb, innych projektów stanowi obowiązek inwestora (tj. Zamawiającego - GDDKiA), a umowa nie przenosi tego obowiązku na Wykonawcę.

b) Zgodnie z art. 20 Ustawy Prawo budowlane obowiązek sprawdzenia projektu spoczywa na projektancie działającym na zlecenie inwestora - Zamawiającego. Zaś sprawdzanie projektu przez Wykonawcę polega na bieżącym ocenianiu realnych możliwości jego wykonania. Polega ono na tym, że Wykonawca ocenia projekt zgodny z zasadami sztuki i przepisami, sprawdzony już uprzednio przez uprawnionego projektanta i zaakceptowany przez Zamawiającego. Jeśli w trakcie realizacji Kontraktu Wykonawca stwierdza, że istnieje możliwość opóźnienia lub przerwania robót, by tego uniknąć ewentualnie uzyskać dodatkowy Czas na Ukończenie, stosownie do postanowień Subklauzuli 1.8 i 1.9 Warunków Kontraktu zgłasza to niezwłocznie w celu otrzymania niezbędnego Rysunku lub Instrukcji i nie ma to wpływu na wygaśnięcie odpowiedzialności Zamawiającego czy projektanta, która nie jest ograniczona czasowo ani uzależniona od działania Wykonawcy. Rolą Wykonawcy jest wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z projektem i Kontraktem, a jeśli to niemożliwe - to poinformowanie o tym, a nie branie odpowiedzialności za projekt przygotowany i sprawdzony przez inne podmioty, gdyż dostarczony projekt zasadniczo powinien być wolny od wad i Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wady, których Zamawiający czy Projektant nie byli w stanie przewidzieć i sprawdzić we własnym zakresie. Rolą zaś Zamawiającego jest dostarczenie projektu wolnego od wad, co wynika z art. 647 i zgodnie z art. 472 przeniesienie tej odpowiedzialności na Wykonawcę jest możliwe, ale wymaga szczegółowego oznaczenia okoliczności, za które miałby on odpowiadać, czego nie spełnia ogólny zapis w Specyfikacji. Zatem zdaniem Wykonawcy zapis w SIWZ dotyczący terminu na zgłaszanie wad projektu jest nieważny, gdyż:

a) jest sprzeczny z zapisami Warunków Kontraktu, które w hierarchii dokumentów stoją na wyższym miejscu niż zapisy SIWZ,

b) wprowadzone przez Zamawiającego zwiększenie odpowiedzialności Wykonawcy jest bezzasadne i pozostaje w sprzeczności z wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego (przepis art. 14 Pzp odsyła do przepisów kodeksu cywilnego) zasadą równorzędności stron stosunków cywilnoprawnych.

c) jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego oraz uczciwego obrotu.

W dniu 14.09.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 15.09.2009 r. faxem do postępowania protestacyjnego przystąpił po stronie Protestującego w zakresie zarzutów Wykonawca: Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwany dalej: „Budimex Dromex S.A.” albo „Przystępującym” żądając uznania

w całości protestu w zakresie wszystkich podniesionych w nim zarzutów. Wskazał, że zarzucane w proteście postanowienia SIWZ uniemożliwiają złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym skuteczne ubieganie się o zamówienie publiczne. Niniejsze świadczy także o posiadaniu interesu prawnego. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 21.09.2009 r. faxem, poprzez jego częściowe uwzględnienie w części dotyczącej pkt 2, 6 oraz oddalenie w części dotyczącej pkt 1, 3, 4, 5. Analizując zarzuty podniesione przez Protestującego, stwierdził, że stosowanie warunków FIDIC przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych nie jest obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający nie musi stosować wszystkich klauzul, może zmieniać klauzule lub może wprowadzać nowe postanowienia umowne, co w konsekwencji powoduje, iż nie musi stosować warunków FIDIC w pierwotnym brzmieniu. Zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 16 Pzp, Zamawiający określa w SIWZ istotne dla stron postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z samych więc przepisów prawa wynika, iż to Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień umownych tak, aby uwzględniały one jego potrzeby i wymagania oraz pozwalały na jak najsprawniejsze zrealizowanie danego zamówienia. Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów Protestującego, Zamawiający postanawia co następuje:

Ad. 1.

Względem pkt 2: Zamawiający przychylił się do stanowiska Protestującego i zmienił zapis subklauzuli 1.14 SWK [Solidarna odpowiedzialność] w ppkt c na:

„W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie, zobowiązane one będą do pozostawania w konsorcjum przez cały czas trwania Kontraktu, łącznie z okresem gwarancji jakości i rękojmi”.

Względem pkt 6: Zamawiający przychylił się do stanowiska Protestującego i wykreślił z treści pkt 1.5.3 STWiORB zapis: *„Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.”*

Ad. 2.

Względem pkt 1: Zamawiający stwierdził, że protest w tym zakresie nie jest uzasadniony, ponieważ zapisy Subklauzul 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2, 10.3, wbrew stwierdzeniu Protestującego, nie ograniczają wynagrodzenia Wykonawcy tylko do zwrotu kosztów. Skreślenie w tych Subklauzulach Gzazów *„plus rozsądny zysk”, „będą zawierały rozsądny zysk”, „wraz z rozsądnym dyskiem”* nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia dodatkowej płatności dla Wykonawcy, ponieważ na każdą płatność składają się koszty środków produkcji, koszty pośrednie, kalkulowany zysk oraz wszelkie obciążenia podatkowe jakie

ponosi Wykonawca w związku ze sprzedażą robót i usług. W tym stanie rzeczy uwzględnienie protestu prowadzioby do sytuacji, w której Wykonawca otrzymałby wynagrodzenie zawierające podwójny zysk, albowiem ceny zawarte w wycenie ofertowej same w sobie zawierają już kalkulowany przez Wykonawcę zysk.

Względem pkt 3 Zamawiający wskazał, że protest w tym zakresie nie jest uzasadniony, ponieważ wysokość kar o których mowa w punktach (d), (e) oraz (f) ustalona jest znacznie poniżej wysokości innych kar niekwestionowanych przez Wykonawcę. W związku z tym nie można uznać że są one ustalone w nadmiernej wysokości. Nie można również przychylić się do zarzutu Protestującego jakoby obciążały one Wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień. Ponieważ te ewentualne uchybienia mają kluczowe znaczenie dla zapewnienia właściwego tempa realizacji projektu oraz stanu technicznego po zakończeniu realizacji jego zasadniczej części.

Względem pkt 4 Zamawiający stwierdził, że protest w tym zakresie nie jest uzasadniony, ponieważ normalną praktyką jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego poprzez zastosowanie mechanizmu kar umownych za skutki zdarzeń występujących z winy Wykonawcy. Poza tym, w przypadku zdarzeń występujących z przyczyn od Wykonawcy niezależnych, Jego interes zabezpiecza prawo do wydłużenia czasu koniecznego do zakończenia robót. Ponadto wskazać należy iż realizacja tylko w części zadań za niewykonanie których Zamawiający ma prawo nałożyć karę umowną, nie leży w Jego interesie, np. przedłożenie części harmonogramu lub przedstawienie tylko części kandydatów na personel Wykonawcy. Natomiast w przypadku niewykonania robót w pełnym zakresie we wcześniej określonym terminie, Wykonawca może w ogóle uniknąć płacenia kary na podstawie nowej subklauzuli 8.14. Stanowisko powyższe jest zgodne z Uchwałą Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego-Izba Cywilna z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/2003, że: *„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.”*

Względem pkt 5 Zamawiający stwierdził, że protest w tym zakresie nie jest uzasadniony, ponieważ Wykonawca dokonał błędnej interpretacji punktu 1.5.2.2 STWiORB. Punkt ten dotyczy tylko dokumentacji przygotowywanej przez Wykonawcę i nie ma nic wspólnego z opisem przedmiotu zamówienia.

W dniu 24.09.2009 r. Protestujący przesłał Zamawiającemu pismo, w którym odnośnie błędu pisarskiego w rozstrzygnięciu protestu zwrócił się o pisemne potwierdzenie, że w w/w rozstrzygnięciu na str. 4 akapit 1 istniejący zapis: *„W pkt 5 Protestujący wnosi o modyfikację treści punktu 1.5.2.2. STWiORB DM.00.00.00 poprzez usunięcie zapisu „Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości ito. DO tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.”* powinien brzmieć: *„W pkt 5*

Protestujący wnosi o modyfikację treści punktu 1.5.2.2. STWIORB DM.00.00.00 poprzez usunięcie zapisu Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny."

Zamawiający w dniu 25.09.2009 r. faxem, potwierdził iż w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Ad. 2, pkt 5 jest omyłka pisarska. W związku z powyższym istniejący zapis: „*W pkt 5 Protestujący wnosi o modyfikację treści punktu 1.5.2.2.STWIORB DM.00.00.00. poprzez usunięcia zapisu „Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.*”, winien brzmieć: „*W pkt 5 Protestujący wnosi o modyfikację treści punktu 1.5.2.2.STWIORB DM.00.00.00. poprzez usunięcie zapisu „Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny*”. Ponadto, wskazał, że treść rozstrzygnięcia protestu nie ulega zmianie.

W dniu 01.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na częściowe oddalenie protestu i jego częściowe uwzględnienie wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając rozstrzygnięcie protestu w zakresie, w jakim Zamawiającym nie uwzględnił zarzutów podniesionych przez Odwołującego w proteście. Rozstrzygnięciu protestu w zaskarżonej części oraz czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 Pzp poprzez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji;
- b) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów,
- c) art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które ograniczają Wykonawcom możliwości żądania miarkowania kar umownych;
- d) art. 58 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które jako sprzeczne z prawem należy uznać za nieważne;
- e) art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK oraz Formularza umowy zapisów, które są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Wskazując na powyższe naruszenia Pzp, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania, 2. nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów SIWZ poprzez:

- 1) Modyfikację treści SWK, tj. Subklauzuli 8.7 [*Kary umowne za opóźnienie*] poprzez usunięcie podpunktów (d), (e) i (f), przewidujących karę umowną dla Wykonawcy:

d) za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 2 000 PLN, za każdy dzień zwłoki;

e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo następnie w okresie rękojmi za wady w terminie określonym przez Inżyniera/Zamawiającego, za każdy dzień zwłoki, w wysokości 2 000 PLN, za każdy dzień zwłoki;

f) za niedotrzymanie terminu przedstawienia kandydatów spełniających wymagania na stanowiska wymienione w Subklauzuli 6.8, w wysokości 5 000 PLN za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kandydata; i naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

2) Modyfikację treści SWK, tj. 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 naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

3) Modyfikację treści pkt 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00 poprzez usunięcie zapisu: *„Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny”*.

Odwołujący nie zgodził się z argumentami przedstawionymi przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Czynnościom Zamawiającego zarzucił ukształtowanie w SIWZ Szczególnych Warunków Kontraktu, tj. umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, naruszający zasady uczciwej konkurencji i zasady współżycia społecznego. Uchybienia te naruszają nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszają przepisy kodeksu cywilnego, dotyczące zawierania umów o roboty budowlane z podwykonawcami. Odwołujący w całości podtrzymał zarzuty przedstawione w proteście i podnosił, że:

1) zapisy SWK, tj. Subklauzuli 8.7 [*Kary umowne za opóźnienie*] punkty (d), (e) i (f) zawierają kary umowne nadmierne i niewspółmierne do określonych w nich uchybień,

2) zapisy SWK, tj. 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 § 2k.c,

3) zapisy STWiORB tj. pkt 1.5.2.2 DM.00.00.00 uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie ceny oferty uwzględniającej realne koszty wykonania zamówienia.

Ad 1.

Odwołujący zarzucił, że przewidziana przez Zamawiającego wysokość kar umownych jest nadmierna i obciąża Wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień w wykonaniu Umowy. Odwołujący wskazuje, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może jednak prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, przewidziane przez Zamawiającego kary umowne, które z powodów drobnych uchybień będzie zobowiązany zapłacić Wykonawca (nawet 10000 zł za jeden dzień zwłoki), są rażąco wygórowane. Ponadto kara umowna, określona w SIWZ, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako Strony Umowy. Bowiern w sytuacji, gdy Inwestor (Zamawiający) nie wykona ciężących na nim obowiązków, Umowa nie przewiduje zapłaty na rzecz Wykonawców żadnych kwot umownych, poza odstępniern od umowy. Odwołujący kwestionuje jednocześniern stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że wysokość kar umownych nie jest nadmierna biorąc pod uwagę wartość zamówienia oraz konieczność dochowania terminów przez Zamawiającego.

Ad. 2.

Odwołujący zarzucił, że zapis SIWZ, zaproponowany przez Zamawiającego narusza art. 484 § 2 kc.. Odwołujący podnosił, że Zamawiający ograniczył w ten sposób możliwość wystąpienia przez Wykonawcę robót o zmniejszenie (a nawet jej całkowite uchylenie) kary umownej w sytuacji, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana lub gdy jego zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Żądanie miarkowania wysokości kary przez Wykonawcę (Odwołującego) nie może być oceniane w oderwaniu od zaistnienia szkody po stronie Zamawiającego. Zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wierzycielowi będzie przysługiwała kara umowna w zastrzeżonej wysokości niezależnie od wysokości poniesionej szkody. Kara umowna może być „rażąco wygórowaną” już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (z *Komentarza do kodeksu cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania tom 1, pod redakcją Gerarda Bieńka, Wydawnictwo Prawnicze Lewis Nexis, Warszawa 2005 r., str. 587*). Obowiązek zapłaty kary umownej bez względu na istnienie szkody po stronie Zamawiającego ograniczy możliwość żądania miarkowania kary przez Odwołującego. Odwołujący, podkreślił także, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 kc. 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 17.12.2007 r., sygn. akt: V ACa 483/08. W związku z powyższą argumentacją powyższy zapis jako sprzeczny z art. 58 ust. 1 kc. jest nieważny i winien być uchylony.

Ad 3.

Odwołujący stwierdził, że spornym zapisem Zamawiający uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty uwzględniającej realne koszty wykonania zamówienia. Stosownie do treści art. 29 ust 1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na wskazany powyżej przepis Pzp Odwołujący wnosi o modyfikacje przedmiotowego zapisu na: *„Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje na koszt Zamawiającego”*.

Zakwestionowane zapisy SIWZ uzasadniają odwołanie się przez Odwołującego do przepisów art. 14 oraz art. 139 Pzp zawierające odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie nieuregulowanym przepisami Pzp. Zgodnie z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny, czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na konstruowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia, podlegają ocenie z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego Tytułu IV Księgi Pierwszej *„Czynności prawne”* jak również przepisy Tytułu III Księgi Trzeciej *„Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych”*. Tezę tę potwierdził Zespół Arbitrów m. in. w wyroku z dnia 29.10.2003 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1736/03; jednoznacznie wskazując, że naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści SIWZ. Również w wyroku z dnia 06.09.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2430/06; Zespół Arbitrów wyszedł z założenia, że umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców. W niniejszej sprawie zakwestionowane przez Odwołującego zapisy SWK stawiają potencjalnego wykonawcę w niekorzystnej sytuacji wbrew przepisom wynikającym z Kc.

Wykonawca wskazuje ponadto na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 Kc., w myśl którego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych narzucając potencjalnemu wykonawcy rażąco niekorzystne warunki przyszłej umowy i nadmierną ingerencję w prowadzoną przez niego

działalność gospodarczą. Kopie treści odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 02.10.2009 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania protestacyjnego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 09.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Presa UZP) Budimex Dromex S.A., po stronie Odwołującego. Zażądał uznania odwołania w całości w zakresie wszystkich podniesionych w nim zarzutów. Sporne postanowienia SIWZ uniemożliwiają złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym skuteczne ubieganie się o zamówienie publiczne. Kopia przystąpienia została faxem przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odnośnie interesu prawnego Odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, gdyż potwierdzenie się podniesionych zarzutów, sformułowania postanowień SIWZ, w tym także SWK z naruszeniem Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny zwanej dalej: „Kc”, uniemożliwiłoby Odwołującemu *de facto* złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym skuteczne ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i byłoby równoznaczne z brakiem możliwości uzyskania tego zamówienia, co wypełnia materialno-prawną przesłankę do rozpoznania odwołania, wynikającą z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp poprzez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji; art. 5 kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK oraz Formularza umowy zapisów,

które są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego; art. 353¹ kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów, art. 484 § 2 kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które ograniczają Wykonawcom możliwości żądania miarkowania kar umownych; art. 58 § 1 i § 2 kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ, tj. SWK zapisów, które jako sprzeczne z prawem należy uznać za nieważne; art. 29 ust 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, Izba uznaje ww zarzuty za niezasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazał SIWZ. W ramach tomu II SIWZ: „Istotne dla stron postanowienia umowy. Warunki Kontraktu”, Rozdz. 3: „Szczególne Warunki Kontraktu” w Subklauzuli 8.7: „Odszkodowanie umowne za opóźnienie” zawarł podpunkty (d), (e) i (f) wprowadzając zapisy określające wysokość kar umownych, tj.:

„(d) 2000 PLN za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z Podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) za każdy dzień zwłoki;

(e) 2000 PLN 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 za każdy dzień zwłoki;

(f) 5000 PLN za niedotrzymanie terminu przedstawienia kandydatów spełniających wymagania na stanowiska wymienione w Subklauzuli 6.8 za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu kandydata”.

Ponadto, na str. 42 SIWZ także w ramach Subklauzuli 8.7. Zamawiający zawarł zapis: „Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14.”.

Zamawiający zawarł także w tomie I: „Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami”, Rozdz. 2: „Formularz Oferty i formularze załączników do oferty”, Formularz 2.1 (Załącznik do oferty) zapis: Warunek - Kary umowne za opóźnienia; Nr warunku – 8.7; Postanowienie – Zgodnie z warunkiem 8.7 Warunków Szczegółowych Kontraktu.

Nadto, w tomie IV SIWZ: „Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych”, pkt 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00 (str. 17) Zamawiający zapisał, że: „Jeżeli w trakcie wykonywania Robót, konieczne okaże się uzupełnienie rysunków, to Wykonawca

wykona brakujące rysunki oraz niezbędne specyfikacje własnym staraniem i na koszt własny".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, odnośnie zarzutu względem Subklauzuli 8.7: „Odszkodowanie umowne za opóźnienie” ppkt (d), (e) i (f) Izba uznaje, że zawarte tam kary umowne nie naruszają art. 7 Pzp i art. 5 Kc, jak również art. 353¹ kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353¹ kc. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Pzp wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Powyższe odnosi się także w ocenie Izby do przekroczenia terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z Podwykonawcą (Subklauzula 4.4), szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych (Subklauzula 14.1 ppkt d); niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w świadectwie przejścia albo niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady, w terminie określonym przez Inżyniera/Zamawiającego za każdy dzień zwłoki; czy też niedotrzymanie terminu przedstawienia kandydatów spełniających wymagania na stanowiska wymienione w Subklauzuli 6.8. Każdy z obowiązków spoczywających na Wykonawcy, a z których nie dotrzymaniem wiąże się kara umowna od 2 do 5 tys. zł za każdy dzień zwłoki ma istotne znaczenie dla realizowanej inwestycji. Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, że nie są one adekwatne do konsekwencji z nich wynikających. W ocenie Izby każdy z obłożonych karami umownymi terminów ma wymierny wpływ na termin końcowy wykonania umowy. Jednocześnie Izba wskazuje, że co miesięczny raport o postępach kontraktu wskazuje na ewentualne problemy w jego realizacji. Pozwala to Zamawiającego na przedsięwzięcie odpowiednich środków

zaradczych. W ocenie Izby jego kompleksowy charakter, czyni z tego dokumentu wymierne źródło informacji mające istotny wpływ na realizację zamówienia, stanowiąc element bieżącej kontroli realizacji zamówienia. Jednocześnie, Izba wskazuje na zamierzoną korelację przekazania harmonogramu i raportu, a więc dokumentu mówiącego o planowanym postępie z dokumentem stwierdzającym faktyczny ich postęp. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę obszerność i czasochłonność sporządzenia raportu, brak motywacji w postaci kary umownej za nieterminowe jego przygotowanie skłaniałoby wykonawców do samowolnego zwalniania się z tego obowiązku. Analogiczne uwagi należy odnieść do obowiązku przygotowania szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych. Natomiast przedłożenie projektu umów zawieranych przez wykonawców z podwykonawcami z opóźnieniem może spowodować, przy założeniu, iż Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do akceptacji umowy w terminie 14 dni od jej przedłożenia, że podwykonawca nie rozpocznie pracy w terminie zaplanowanym przez wykonawcę. Waga tego i pozostałych dokumentów i negatywne skutki ich nieterminowego przekazania uzasadniają pogląd, iż zastrzeżona kara nie jest rażąco wygórowana, a ma jedynie charakter motywujący.

W toku każdej dużej inwestycji na etapie wykonawstwa mogą ujawnić się pewne wady oraz mogą być przejmowanie roboty, które w jakimś drobnym zakresie wymagają uzupełnienia, podobne okoliczności mogą wystąpić w okresie rękojmi. Jednakże celem Zamawiającego jest jak najszybsze naprawianie tego rodzaju usterek, każdy inwestor oczekuje bowiem pełnowartościowego zrealizowania zamówienia. Nie ma powodu, dla którego Zamawiający miałby tolerować opieszałość wykonawcy w tym zakresie. Jest wiedzą powszechną, iż naprawienie tego stanu rzeczy przychodzi wykonawcom z dużą trudnością, stąd za uprawnione należy uznać działanie Zamawiającego, który chcąc zabezpieczyć się przed takimi sytuacjami, przewiduje karę umowną w wysokości, która będzie odpowiednią motywacją do terminowego realizowania prac zaległych, jak i usuwania wad.

Względem kwestii kandydatów spełniających wymagania, Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż z uwagi na niemożność ich żądania na etapie postępowania, zastrzegł możliwość ich oceny przed rozpoczęciem robót. W ocenie Izby niniejsze działanie jest uzasadnione charakterem zamówienia i w sposób wymierny wpływa na jego kolejne etapy, co przyznał na rozprawie także Odwołujący wskazując, że brak personelu będzie skutkowało niemożnością rozpoczęcia robót.

Zważywszy powyższe, a także z uwagi na znaczną wartość zamówienia, jak i szczególny charakter przedmiotu zamówienia - niezwykle istotny z punktu widzenia interesu publicznego, 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.

Ponadto, Izba zgodziła się z Odwołującym, iż interesy wykonawców, z zastrzeżeniem specyfiki zamówień publicznych wynikającej ze silniejszej pozycji Zamawiającego, 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.

W rezultacie, nie ma podstaw do uznania, że dane postanowienia stanowią nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c., są sprzeczne z art. 7 Pzp, czy też art. 353¹ kc. Izba także wskazuje, że klauzula generalna wynikająca z art. 5 k.c., jak wyjątek od reguły ma zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach, w ocenie Izby, raczej w stosunkach przedsiębiorca - konsument.

Po drugie, odnośnie zarzutu względem postanowienia SIWZ z Subklauzuli 8.7, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, Izba uznaje, że niniejszy zapis nie ogranicza uprawnień wykonawcy do miarkowania kary na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie jest też sprzeczny z art. 58 § 1 i 2 kc. i nieważny, a w konsekwencji nie powinien być uchylony.

Izba wskazuje w tym kontekście, że Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że zapis niniejszy odnosi się do wszystkich kar umownych w całym kontrakcie, nie tylko do tych w subklauzuli 8,7 ppkt d-f. Kwestionowany zapis stanowi kwintesencję tego, że wierzyciel może domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie, albowiem tylko przy takim założeniu instytucja kary umownej jest odpowiednio silnym środkiem oddziaływania na niesolidnego kontrahenta i może odegrać rolę bodźca mobilizującego dłużnika do należytego wykonania zobowiązania. Nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż przedmiotowe postanowienie wyłącza możliwość, po stronie wykonawcy, wystąpienia z roszczeniem o zmniejszenie kary umownej, na podstawie art. 484 § 2 k.c. Jeżeli bowiem 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. Kwestionowane postanowienie ma bowiem także to znaczenie, iż wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej również w sytuacji, gdy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania Zamawiający nie poniesie żadnej szkody. Wykonawca nie będzie się więc mógł zwolnić z obowiązku zapłaty odszkodowania. Nie oznacza to jednak, że w konkretnych okolicznościach nie będzie mógł skorzystać z instytucji miarkowania kary umownej, uzasadnionej wykonaniem zobowiązania w znacznej części bądź też powołaniem się na okoliczność kary rażąco wygórowanej. Dla przykładu, gdyby wykonawca wskazał, że Zamawiający przyczynił się do nienależytego wykonania zobowiązania okoliczność powyższa z pewnością mogłaby stanowić podstawę do obniżenia kary umownej, jakkolwiek nie mogłaby stanowić podstawy do całkowitego zwolnienia wykonawcy od obowiązku zapłaty tej kary. Powyższe znajduje także *de facto* potwierdzenie w stanowisku Odwołującego na rozprawie, który jako argument za wykreśleniem spornego zapisu wskazywał, że jego brak w SWK nie spowoduje nie możliwości po stronie Zamawiającego naliczania kar umownych z uwagi na nie poniesienie szkody.

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 ocenie Izby możliwość potrącenia ewentualnej szkody z zabezpieczenia należytego wykonania umowy także nie czyni ze spornego postanowienia SIWZ, zapisu zbędnego i nieważnego (art. 58 § 1 Kc) i wymagającego usunięcia.

W rezultacie, brak podstaw do uznania, że sporny zapis Subklauzuli 8.7 narusza art. 484 § 2 k.c. i jest sprzeczny z art. 58 § 1 i 2 kc. w zw. z art. 14 i 139 Pzp, a w konsekwencji jest nieważny.

Po trzecie, odnośnie zarzutu względem postanowienia SIWZ w tomie IV, pkt 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00 (str. 17), Izba uznaje, że niniejszy zapis nie narusza art. 29 ust 1 Pzp. W tym zakresie redakcji tomu IV SIWZ wskazuje, iż na str. 13-15 pkt 1.5.2.1 wymieniono dokumentację przekazywaną przez Zamawiającego wykonawcy, zaś na str. 15-17 dokumentację projektową, którą ma wykonać wykonawca w ramach ceny kontraktowej. Z powyższego wynika, iż kwestionowany zapis odnosi się tylko i wyłącznie do

tej dokumentacji, której wykonanie spoczywa na wykonawcy. Niniejsze stanowisko potwierdził na rozprawie Zamawiający i Izba uznała je za rozstrzygające. Jednocześnie, należy wskazać, że oddalenie zarzutu Odwołującego w tym zakresie z uwagi na jednoznaczną wykładnię przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego ma także określone skutki dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Żadna bowiem inna interpretacja dokonywana przykładowo przez Inżyniera Kontraktu podczas realizacji zamówienia w ocenie Izby byłaby niedopuszczalna i sprzeczna z tomem IV SIWZ. Ponadto, podważałaby wiarygodność Zamawiającego względem Wykonawców będących uczestnikami przedmiotowego postępowania. Ponadto, Izba stwierdza, że ewentualne złożenie oświadczenia na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy o prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dokumentacji przy składaniu tego oświadczenia nakłada na Wykonawcę obowiązek merytorycznej kontroli przyjętych w projekcie założeń i obliczeń. Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000 r., sygn. akt: III CKN 629/98 określa, że Wykonawca ma obowiązek sprawdzić czy dostarczona dokumentacja jest kompletna, czy jest zatwierdzona przez właściwe organy i czy nie zawiera wad i błędów dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności.

W rezultacie, w ocenie Izby, brak podstaw do uznania, że postanowienie SIWZ w tomie IV, pkt 1.5.2.2 STWiORB DM.00.00.00 (str. 17) narusza art. 29 ust 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

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 zm.) 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:

.....

.....