

Sygn. akt: KIO/459/11

WYROK
z dnia 18 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, 20-950 Lublin, al. Raławickie 14**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie na *budowę budynku Centrum Transferu Wiedzy KUL* (znak sprawy: ADI-210/CTW/rb-ZP/01/2011), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 25 lutego 2011 r., 2011/S 39-063755, wobec treści postanowień SIWZ, wykonawca Polimex Mostostal S.A. (dalej zwany odwołującym), wniósł w dniu 7 marca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/459/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 marca 2011 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 25 lutego 2011 r.

Odwołanie wniesione zostało wobec postanowień zawartych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do siwz, które prowadzić mają do naruszenia przez zamawiającego art. 140 ust. 1, art. 144 ust. 1, art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 58 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 473 par. 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień par. 9, par. 2 ust. 3 lit c., par. 12 ust. 8, par. 16 ust. 6, par 17 ust. 6 i 7 w sposób przez niego wskazany oraz wykreślenie postanowienia par. 5 ust. 7, par. 16 ust. 1 lit e, par. 18 ust. 4, par.16 ust. 7 wzoru umowy. Względnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania innej modyfikacji zaskarżonych postanowień siwz i wzoru umowy w celu ich dostosowania do treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

Jako naruszające art. 140 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał postanowienia § 9 i § 16 ust. 1 lit. e wzoru umowy, w którym zamawiający zastrzegł sobie prawo do jednostronnej zmiany umowy, umożliwiającej mu ograniczenie lub rozszerzenie przedmiotu umowy, czy wprowadzenie istotnych zmian w technologii budynku. Zastrzeżenie to odwołujący uznał za niedopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 140 ustawy Pzp do zmiany umowy może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony (zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 października 2009 r., sygn. akt I ACa 604/09). Za nieuzasadnione odwołujący uznał także zastrzeżenie, że wycena zmian projektowych powodujących zmniejszenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia zostanie dokonana w oparciu o średnie ceny w regionie lubelskim według wydawnictwa Sekocenbud, gdyż roboty te są objęte kosztorysem ofertowym, który zgodnie z postanowieniami siwz ma służyć m. In. do wyceny robót zaniechanych. Konsekwencją

zmiany § 9 wzoru umowy powinno być wykreślenie §16 ust. 1 lit e, w którym wprowadzono przesłankę do odstąpienia od umowy odnoszącą się do treści § 9.

Jako naruszające art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, odwołujący zakwestionował postanowienia § 2 ust. 3 lit c) oraz § 12 ust. 8 wzoru umowy, w których zamawiający uzależnił wypłatę wynagrodzenia m.in. od usunięcia wszelkich wad i usterek budynku wykrytych przez organy nadzoru budowlanego bądź zamawiającego. Postanowienie to pozostaje również w sprzeczności z postanowieniem § 12 ust. 6.1 wzoru umowy, w którym przewidziano uprawnienie zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy w razie wad nie dających się usunąć. Skoro wykonawcy należy się odpowiednio zmniejszone wynagrodzenie w przypadku istnienia wad nieusuwalnych, to tym bardziej istnienie nieistotnych wad nie wpływających na możliwość użytkowania przedmiotu umowy nie powinno pozbawiać wykonawcy roszczenia o zapłatę wynagrodzenia. Swoje stanowisko odwołujący poparł orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 99/07.

Postanowienie § 5 ust. 7 wzoru umowy, zobowiązujące wykonawcę do zwolnienia zamawiającego z obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców oraz ewentualnych dalszych podwykonawców na zasadzie art. 392 k.c., przekraczało zasadę swobody umów. Z postanowień przywołanego paragrafu wzoru umowy wynikać ma, że wykonawca będzie zobowiązany do zwrotu wynagrodzenia zapłaconego przez zamawiającego podwykonawcy nawet wówczas, jeżeli wynagrodzenie to nie będzie należeć się podwykonawcy np. z uwagi na nienależyte wykonanie robót, jeżeli zamawiający z własnej winy doprowadzi do przegrania sprawy o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, czy wręcz zamawiający uzna roszczenie podwykonawcy. Zamawiający będzie miał swobodę uznania roszczenia podwykonawcy, gdyż ciężar finansowy takich decyzji obciąży wyłącznie wykonawcę.

Postanowienia § 18 ust. 4 wzoru umowy dotyczy odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie roszczenia osób trzecich wobec zamawiającego, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu. W zakresie w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek zwrotu równowartości każdego świadczenia, które zamawiający będzie zmuszony spełnić wobec osoby trzeciej narusza art. 473¹ § 1 k.c., z którego wynika, że dłużnik nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. W przypadku powstania szkody w mieniu osoby trzeciej, przywołane postanowienie stanowić będzie dla zamawiającego podstawę do obciążenia odpowiedzialnością wykonawcy, który należycie wywiązał się ze swoich obowiązków. Dlatego należy uznać je za sprzeczne z ustawą, a tym

samym nie ważne na podstawie art. 58 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

W zaskarżonych postanowieniach § 16 ust. 6 i 7 oraz § 17 ust. 6 i 7, zamawiający znacznie ograniczył roszczenia odszkodowawcze wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z winy zamawiającego, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że w razie odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron, zamawiający nie będzie zobowiązany do zwrotu kosztów materiałów zakupionych przez wykonawcę do realizacji inwestycji, ani ponoszenia jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu. Przekreślają one istotę zobowiązania, gdyż na ich podstawie dłużnik przejmuje odpowiedzialność za okoliczności dotyczące wierzyciela. Wykonawca, aby zachować terminy przewidziane w umowie jest zmuszony zamawiać i kupować materiały ze znacznym wyprzedzeniem. Umowa przewiduje wysokie kary umowne za przekroczenie terminów jej realizacji. W tym kontekście, należy uznać je za sprzeczne z art. 353¹ k.c., art. 58 k.c. i art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp

Stanowisko Izby

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu 14 marca 2011 r., tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Zamawiający dokonał zmiany postanowień załącznika nr 6 – wzoru umowy, w zakresie całego § 9, § 2 ust. 3 lit. c, § 17 ust. 7, stanowiące odpowiedź na zarzuty podniesione w odwołaniu. Odwołujący potwierdził, iż zakres modyfikacji spełnia jego żądania zawarte w odwołaniu w odniesieniu do zmodyfikowanych paragrafów.

W piśmie złożonym na rozprawie, odwołujący uwzględniając zakres modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia cofnął zarzut dotyczący § 12 ust. 8 wzoru umowy wraz z wnioskiem o zmianę tego postanowienia. W odniesieniu do postanowień § 9, §2 ust. 3 lit. c, § 17 ust. 7 wzoru umowy, odwołujący stwierdził, iż na skutek modyfikacji treści siwz zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, co należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone.

Przyznanie faktów przez zamawiającego dotyczyło postanowień wzoru umowy, do których w części odnosiły się zarzuty odwołującego. Zamawiający dokonując modyfikacji treści postanowień wzoru umowy potwierdził słuszność odwołania w tej części. W ocenie Izby, taka sytuacja nie prowadziła jednak do uwzględnienia na tej podstawie odwołania. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów skierowanych względem postanowień § 9, § 2 ust. 3 lit. c, § 17 ust. 7 wzoru umowy, Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień siwz, a zatem na moment orzekania, stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający uchylił zapisy, które mogły prowadzić do naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. oraz innych wskazanych przez odwołującego. Zmodyfikowana treść wzoru umowy była zgodna z żądaniami odwołującego, a zatem w obecnym kształcie, zapisy siwz nie naruszały przepisów ustawy pzp. Tym samym ustalanie istnienia wpływu na wynik postępowania, postanowień wzoru umowy usuniętych w trybie modyfikacji siwz, było niemożliwe.

W dalszej kolejności rozpoznaniu podlegały utrzymane przez odwołującego zarzuty dotyczące postanowień § 5 ust. 7, § 16 ust. 1 lit. e, § 16 ust. 6 i 7, § 17 ust. 6, § 18 ust. 4 wzoru umowy. Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Izba nie znalazła uzasadnienia dla obaw odwołującego dotyczących zobowiązania wykonawcy wynikającego z § 5 ust. 7 wzoru umowy, które prowadziły do wniosku odwołującego o przekroczeniu zasady swobody umów, gdyż zamawiający pozostawił sobie swobodę uznania roszczenia podwykonawcy. Zgodnie ze wskazanym postanowieniem „Wykonawca zobowiązuje się na zasadzie art. 392 kodeksu cywilnego zwolnić Zamawiającego z obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców oraz ewentualnych dalszych Podwykonawców. Jeżeli Zamawiający będzie zobowiązany do dokonania zapłaty na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, Wykonawca zwróci Zamawiającemu zapłaconą kwotę w całości wraz z ustalonymi odsetkami liczonymi od dnia dokonania zapłaty przez Zamawiającego. Ponadto Wykonawca pokryje wszelkie inne straty poniesione przez Zamawiającego, w tym zwróci koszty sądowe i koszty zastępstwa procesowego oraz koszty pomocy prawnej i dochodzenia swoich praw poniesione przez Zamawiającego”. Interpretacja dokonana przez odwołującego, mająca wskazywać na obowiązek zwrotu wynagrodzenia zapłaconego podwykonawcy nawet w przypadku, gdy świadczenie to nie będzie należne podwykonawcy, jest zdaniem Izby zbyt dowolna i nie uwzględnia pełnej treści postanowienia. Zamawiający wyraźnie wskazał na podstawę do żądania zwrotu wynagrodzenia zapłaconego podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom w przypadku istnienia zobowiązania do dokonania zapłaty wynagrodzenia. Stwierdzenie istnienia zobowiązania należy odnosić do umowy o wykonanie robót budowlanych, a zatem jest to okoliczność obiektywnie możliwa do stwierdzenia w oparciu o treść stosunku prawnego. Zdaniem Izby z przywołanej treści wzoru umowy nie wynika, iż zamawiający zastrzegł sobie swobodę decyzji, co do tego czy spełni świadczenie na rzecz podwykonawcy lub dalszych podwykonawców. Wnioski odwołującego są zbyt daleko idące i nie uwzględniają literalnego brzmienia zapisu.

Odwołujący domagał się usunięcia zapisu zamieszczonego w § 16 ust. 1 lit e wzoru umowy, które mają przekreślać istotę zobowiązania, gdyż zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania jednostronnych zmian w przedmiocie umowy. Wskazany zapis dotyczy okoliczności, której wystąpienie stanowić ma podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy ze skutkiem natychmiastowym (bez wyznaczenia wykonawcy terminu dodatkowego). W literze e) zamawiający przewidział odstąpienie od umowy w sytuacji, kiedy „Wykonawca nie wprowadzi zmiany projektowej pomimo otrzymania takiego polecenia od Zamawiającego na zasadach określonych w § 9, a naruszenie to nie będzie usunięte w terminie 21 dni od otrzymania dodatkowego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego”. Przywołane postanowienie należy interpretować wraz z uwzględnieniem

postanowień § 9, zmienionych przez zamawiającego w wyniku modyfikacji siwz. Odwołujący podtrzymuje zarzut, którego zasadność wynikała z pierwotnej treści § 9, w której zamawiający zastrzegł prawo do jednostronnej zmiany umowy. Zmiana tych postanowień, dokonana zgodnie z żądaniem odwołującego, czyniła zarzut dotyczący postanowienia § 16 ust. 1 lit e, niezasadnym.

Postanowieniami zwartymi w § 16 ust. 6 i 7 oraz § 17 ust. 6 wzoru umowy, w ocenie odwołującego zamawiający miał znacznie ograniczyć roszczenia odszkodowawcze wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z winy zamawiającego. W tym znaczeniu przekreślają one istotę zobowiązania, gdyż na ich podstawie dłużnik przejmuje odpowiedzialność za okoliczności dotyczące wierzyciela. Odwołujący wskazywał na konieczność zobowiązania zamawiającego do odkupienia od wykonawcy, w przypadku odstąpienia od umowy, materiałów i urządzeń nabytych przed rozwiązaniem umowy, które zostały dostosowane do indywidualnych rozwiązań projektowych i nie mogą bez zmiany zostać wykorzystane na innych budowach. Stanowisko odwołującego nie zostało poparte żadnymi dodatkowymi informacjami, które mogłyby uprawdopodobnić potrzebę zakupu specjalistycznych rozwiązań dostosowanych do indywidualnych potrzeb zamawiającego, których odwołujący nie mógłby wykorzystać przy innych inwestycjach. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą na szeroką skalę, realizującym liczne zamówienia budowlane. Rzeczą powszechnie znaną jest to, że tacy wykonawcy korzystają z wysokich upustów cenowych producentów materiałów budowlanych, co faktycznie uniemożliwia ustalenie ceny, za jaką zamawiający miałby je odkupić. Zobowiązanie zamawiającego do odkupienia materiałów, których nie będzie mógł wykorzystać byłoby rażącym naruszeniem zasad gospodarności środków publicznych, co zdaniem Izby zasługuje na szczególną uwagę, gdyż zamawiający zobowiązany jest do dbałości o środki publiczne. Stąd zarzuty odwołującego wydają się być gołosłownymi i nie zasługują na uwzględnienie.

§ 18 ust. 4 wzoru umowy stanowi jedno z postanowień końcowych, odnoszący się do zabezpieczenia zamawiającego przed roszczeniami osób trzecich za szkody wyrządzone przez wykonawcę. W ocenie odwołującego postanowienie to narusza art. 473 k.c., gdyż przenosi na dłużnika odpowiedzialność za okoliczności dotyczące wierzyciela (zamawiającego). W ocenie Izby zarzut ten nie może być odnoszony do postanowienia, iż „Wykonawca zapewni, ażeby osoby trzecie (w tym właściciele nieruchomości sąsiednich do placu budowy, podwykonawcy, pracownicy Wykonawcy) nie ponosili jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego w związku z wykonaniem umowy przez Wykonawcę, w szczególności z tytułu wyrządzonych im szkód”. Dalsze postanowienia stanowią rozwinięcie co do rodzaju kosztów i świadczeń, jakie zamawiający miałby spełnić w wyniku roszczeń osób trzecich. Zdaniem Izby postanowienie to nie wskazuje na przeniesienie na dłużnika

odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Zapis taki nie wynika wprost z przywołanego postanowienia. W postanowieniu tym wskazuje się na przeniesienie na wykonawcę ciężaru związanego z roszczeniami, z jakimi występowałyby osoby trzecie względem zamawiającego z tytułu doznanych szkód pozostających w związku z wykonaniem umowy przez wykonawcę. W postanowieniu tym nie ma mowy o jakimkolwiek świadczeniu, jakie zamawiający będzie zobowiązany spełnić wobec osoby trzeciej, jedynie o roszczeniach pozostających w związku z wykonaniem umowy przez wykonawcę. Postanowienie to nie odnosi się do sposobu wykonania umowy przez zamawiającego, do którego obowiązków należy między innymi przygotowanie dokumentacji projektowej, a tym samym nie jest zasadne twierdzenie odwołującego, że zamawiający przenosi na dłużnika odpowiedzialność za okoliczności dotyczące wierzyciela.

W oparciu o powyższe odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....