

WYROK
z dnia 27 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez Panamed Sp. z o.o., ul. Duża 6A, 05-270 Marki w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, Al. Dzieci Polskich 20, 04-730, Warszawa

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień załącznika nr 2 do siwz „Istotne postanowienia umowy” przez wykreślenie w § 8 ust. 1 - 4 postanowień dotyczących zastrzeżenia kar umownych.

2. kosztami postępowania obciąża Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, Al. Dzieci Polskich 20/04-730, Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Panamed Sp. z o.o., ul. Duża 6A, 05-270 Marki tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Instytutu „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, Al. Dzieci Polskich 20, 04-730, Warszawa na rzecz Panamed Sp. z o.o., ul. Duża 6A, 05-270 Marki kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu do nawigacji śródoperacyjnej w formie sprzedaży ratalnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 marca 2014 roku, w dniu 7 marca 2014 roku zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej siwz).

W dniu 14 marca 2014 roku odwołujący – Panamed sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, którego kopię przekazał zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku niezwiązaniem z wykonaniem przedmiotu i wykorzystanie jej w sposób sprzeczny z funkcją, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, odwołujący podniósł, że zgodnie z § 8 ust. 1 - 4 Załącznika nr 2 do SIWZ Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w razie naruszenia zakazów tam wskazanych, w wysokości odpowiadającej przeniesionej, przekazanej, poręczonej lub objętej pełnomocnictwem wiarygodności. Odwołujący dostrzegł, iż Zamawiający ma możliwość kształtowania treści stosunku prawnego, w tym także zakresu kar umownych, według własnego uznania, z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane przez Zamawiającego warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, o charakterze *ius cogens*. Biorąc zatem pod uwagę uregulowania zawarte w art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować treść stosunku prawnego w granicach określonych zgodnie z treścią art. 353¹ kc oraz art. 5 kc. Kara umowna (odszkodowanie umowne) jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania, lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są

zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy. Ze względu na wskazaną wyżej funkcję kara umowna zwykle zastrzegana jest w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy (np. zwłoka w dostawie przedmiotu zamówienia, braki ilościowe lub jakościowe przedmiotu zamówienia). W takim przypadku, kara umowna co do zasady zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi. Podkreślenia wymaga, iż powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej, o znacznej wysokości w stosunku do przedmiotu zamówienia, z naruszeniem zobowiązań ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia, narusza jej istotę oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Kara umowna powiązana z naruszeniem zobowiązań dodatkowych, nie związanych z przedmiotem świadczenia, tak jak została ukształtowana przez Zamawiającego w § 8 ust. 1 - 4 Załącznika nr 2 do SIWZ, nie stanowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zatem jest ona sprzeczna z istotą kary umownej wrażeń w art. 483 § 1 kc, a dodatkowo jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, przez co narusza art. 353¹ kc oraz art. 5 kc. Kara umowna powinna zabezpieczać Zamawiającego i mobilizować Wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, nie powinna zaś stanowić ograniczenia dla Wykonawcy w możliwości korzystania z potencjału finansowego podmiotów trzecich podczas realizacji zamówienia ani ograniczać Wykonawcy w dochodzeniu należnego mu wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z § 8 ust. 1 - 4 Załącznika nr 2 do SIWZ Wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty wskazanych tam kar umownych także w przypadku, w którym naruszenie postanowień § 8 ust. 1 - 4 nastąpiłoby jako konsekwencja uprzedniego naruszenia postanowień umowy przez Zamawiającego, tj. niedotrzymania terminów zapłaty wynagrodzenia przewidzianych w § 2 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ. Odwołujący przywołał orzeczenie z dnia 25 października 2014 roku Sygn. akt. KIO 2397/13 nakazała Zamawiającemu usunięcie zapisów dotyczących kar umownych niezwiązanych z przedmiotem zamówienia stwierdzając, „że naruszenie przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ i art. 5 kc może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący przywołał także orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. akt KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13. Podniósł, że zastrzeżenie kar umownych w umowach zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego ma daleko idące konsekwencje dla Wykonawców, skoro zapłata kary umownej w wysokości co najmniej 5 % wartości realizowanego zamówienia, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1) Pzp stanowi podstawę do obligatoryjnego wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okresie 3 lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia sądu stwierdzającego powyższy obowiązek zapłaty. Tym samym, zgodnie z warunkami postawionymi przez Zamawiającego, możliwa jest sytuacja, w której pomimo dokonania przez Wykonawcę dostawy i montażu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami

przewidzianymi w SIWZ, tj. należytego wykonania świadczenia głównego, Wykonawca będzie narażony na daleko idące konsekwencje wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe konsekwencje kar umownych, o których mowa w § 8 ust. 1 - 4 Załącznika nr 2 do SIWZ powodują, iż ich zastrzeżenie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i wykracza poza dopuszczalne zgodnie z art. 353¹ kc granice swobody umów. Ponadto podniósł, że zastrzeżone w § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ obowiązki zapłaty kar umownych w wysokości odpowiednio przeniesionej, przekazanej, poręczonej lub objętej pełnomocnictwem wierzycelności mają zastosowanie niezależnie od siebie, za każdy przypadek naruszenia § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ. A zatem możliwe jest obciążenie Wykonawcy karami umownymi, których suma przewyższać będzie wartość przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykorzystują więc również przepisy o karze umownej do osiągania dodatkowych dochodów co jest całkowicie sprzeczne z ideą jako przyświeca stosowaniu tej instytucji. W tym względzie odwołujący zwrócił także uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt V ACa 483/08, którym stwierdzono, iż *„Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego”*. Odwołujący zauważył także, że choć nie stanowi to zarzutu odwołania, to *Zamawiający*, dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, potencjalnie mógł naruszyć bezwzględnie obowiązujące postanowienia prawa zamówień publicznych, tj. art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp art. 22 ust. 3 Pzp. W pkt. 8 SIWZ Zamawiający zamieścił opis warunków udziału w Postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt. 8.1.4. SIWZ zamieszczona została informacja, iż Zamawiający w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, które Wykonawca zobowiązany jest wykazać, uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną co najmniej 750.000 zł. Jednakże całościowa analiza postanowień zawartych w SIWZ, w szczególności zaś § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający stawia szczególne warunki udziału dotyczące sytuacji finansowej wykonawców. Powyższy zakres zobowiązań, jakie będzie musiał przyjąć na siebie Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie w Postępowaniu, jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający w zakresie wymaganej od Wykonawców zdolności finansowej *de facto* stawia warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu przez Wykonawcę zdolności finansowej pozwalającej na samodzielne, oparte wyłącznie na zasobach własnych Wykonawcy, sfinansowanie przedmiotu zamówienia oraz poniesienie kosztów ratałnego sposobu płatności, przewidzianego w § 2 ust. 3 Załącznika nr 2 do SIWZ. Opisane powyżej ograniczenia

skutkują bowiem bezpośrednio koniecznością dysponowania przez Wykonawcę własnymi środkami finansowymi. Udział w Postępowaniu Wykonawcy, który nie dysponuje środkami finansowymi pochodzącymi ze źródeł własnych jest niemożliwy. Odwołujący podkreśla, iż postawiony przez Zamawiającego warunek, poprzez sposób jego sformułowania oraz jego treść (tj. kary umowne za naruszenie zakazów), jest niezgodny z zasadą równego traktowania Wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Warunek posiadania zdolności finansowej w Postępowaniu został sformułowany w sposób ograniczający dostęp do zamówienia określonym Wykonawcom, tj. takim, którzy nie posiadają samodzielnie zdolności finansowej pozwalającej na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Różnicowanie pozycji Wykonawców wg kryterium źródła, z jakiego pochodzi zapewnione przez nich finansowanie przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych okolicznościach dotyczących Postępowania i prowadzi do dyskryminacji określonej grupy Wykonawców (w szczególności małych i średnich przedsiębiorców), co może oznaczać naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje także, iż Zamawiający, formułując ukryty warunek udziału w Postępowaniu, potencjalnie działa niezgodnie z art. 22 ust. 3 Pzp, pomijając opis sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku. Dodatkowo, analizując zagadnienie w/w kar umownych można dojść do przekonania, iż Zamawiający, stawiając warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej Wykonawcy zachował się niezgodnie art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez ich obwarowanie karami umownymi, jest, całkowicie niezwiązany z przedmiotem zamówienia, zakaz finansowania przedmiotu zamówienia z innych źródeł niż środki własne Wykonawcy. Tymczasem źródło finansowania przedmiotu zamówienia pozostaje bez znaczenia dla możliwości jego należytego wykonania. Rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a podmiotami trzecimi, w żadnym stopniu nie mają bowiem wpływu ani na pozycję Zamawiającego ani na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego istotne znaczenie ma dysponowanie przez Wykonawcę odpowiednim potencjałem finansowym pozwalającym na realizację zamówienia, kwestią pozostającą bez wpływu na możliwość należytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę jest natomiast źródło, z jakiego pozyskuje on wymagane środki finansowe. Odwołujący podkreśla, iż warunek udziału w postępowaniu, zawarty w § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez obwarowanie go karą umowną, jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, który polega na dostawie sprzętu określonego szczegółowo w SIWZ, Skoro przedmiotem zamówienia nie jest świadczenie przez Wykonawcę usług finansowych na rzecz Zamawiającego, to jako niezwiązany z przedmiotem zamówienia należy ocenić warunek posiadania przez Wykonawcę własnych środków finansowych, pozwalających na

sfinansowanie przedmiotu zamówienia. Warto podkreślić, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Wobec bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisu art. 26 ust. 2b Pzp stwierdzić należy, że Zamawiający nie może skutecznie ograniczyć możliwości korzystania przez Wykonawców z potencjału udostępnianego im przez podmioty trzecie, w zakresie dopuszczonym przez Pzp. Jedynym zaś warunkiem, jaki został ustanowiony przez ustawodawcę jest konieczność udowodnienia Zamawiającemu, iż Wykonawca będzie faktycznie dysponował niezbędnymi zasobami na etapie realizacji zamówienia. Zatem, w kontekście rozważań dotyczących w/w kar umownych, za potencjalnie niezgodne z art. 26 ust. 2b Pzp należy uznać obwarowanie zakazów zawartych w § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ karami umownymi, których bezpośrednim celem i skutkiem jest ograniczenie możliwości korzystania przez Wykonawców z potencjału finansowego podmiotów trzecich. Z analizy wskazanych postanowień SIWZ wynika bowiem, iż celem Zamawiającego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby w sposób faktyczny oraz dorozumiany ograniczyć możliwość korzystania przez Wykonawcę podczas realizacji przedmiotu zamówienia z innych niż własne zasobów finansowych. Jak zostało bowiem wskazane w poprzednim punkcie odwołania, kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ (tj. w/w kary umowne) *de facto* uniemożliwiają Wykonawcy ustanowienie zabezpieczenia na wynagrodzeniu należnym wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, co jest kluczowe dla możliwości uzyskania przez Wykonawcę niezbędnych środków finansowych pochodzących od podmiotu trzeciego. Możliwość taka jest zaś szczególnie istotna w niniejszym Postępowaniu ze względu na przyjęty przez Zamawiającego ratalny sposób płatności wynagrodzenia, co oznacza bezpośrednią konieczność zapewnienia finansowania zakupu sprzętu będącego przedmiotem dostawy, ze źródeł innych niż należne Wykonawcy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący tym samym podkreśla, iż sposób sformułowania postanowień zawartych w § 8 ust. 1-4 Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez obwarowanie zakazów tam występujących karami umownymi, prowadzi do naruszenia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp podstawowej zasady udzielania zamówień, jaką jest, skierowany do Zamawiającego, nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tak daleko idące ograniczenia, jakie zostały wprowadzone w kwestionowanych przez Odwołującego postanowieniach SIWZ, znacząco wpływają na możliwość pozyskania niezbędnych do udziału w Postępowaniu zasobów finansowych, co powoduje, iż Zamawiający, w sposób nie znajdujący obiektywnego uzasadnienia, premiuje udział podmiotów dużych w Postępowaniu, takich które dysponują odpowiednio wysokimi własnymi zasobami finansowymi, aby móc ponieść

ciężar zakupu ze środków własnych przedmiotu dostawy oraz ratalnej płatności wynagrodzenia przez Zamawiającego. Wprawdzie nie stanowi to zarzutu, lecz w kontekście analizy w/w kar umownych należy również poddać refleksji prawdopodobieństwo naruszenie art. 26 ust 2b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Załącznika nr 2 do SIWZ poprzez usunięcie:

1. z § 8 ust. 1 zdania 2, tj.: „W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości wierzytelności będącej przedmiotem przeniesienia, niezależnie od prawnej skuteczności czynności przeniesienia wierzytelności”.
2. z § 8 ust. 2 zdania 2, tj.: „W razie niewywiązywania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości przekazanego świadczenia”.
3. z § 8 ust. 3 zdania 2, tj.: „W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości świadczenia, które poręczyciel spełnił wobec Wykonawcy”.
4. z § 8 ust. 4 zdania 2, tj.: „W razie niewywiązywania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości wierzytelności, do dochodzenia której Wykonawca udzielił pełnomocnictwa/upoważnienia”.
5. przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego według przedstawionego rachunku (faktury).

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W § 8 Załącznika nr 2 do siwz „Istotne postanowienia umowy” zamawiający wskazał, co następuje:

1. Wykonawca nie może bez pisemnej zgody Zamawiającego przenieść na osobę trzecią wierzytelności wynikających z niniejszej umowy, W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości wierzytelności będącej przedmiotem przeniesienia, niezależnie od prawnej skuteczności czynności przeniesienia wierzytelności.

2. Wykonawca zobowiązuje się do niedokonywania przekazu świadczenia Zamawiającego (w rozumieniu art. 921¹- 921⁵kc), w całości lub w części, należnego na podstawie niniejszej umowy. W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości przekazanego świadczenia.
3. Wykonawca zobowiązuje się do niezawierania umowy poręczenia przez osoby trzecie za długi Zamawiającego należne na podstawie niniejszej umowy (w rozumieniu art. 876 - 887 kc). W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości świadczenia, które poręczyciel spełnił wobec Wykonawcy.
4. Wykonawca zobowiązuje się do nieudzielania jakiegokolwiek pełnomocnictwa ani upoważnienia do dochodzenia wierzytelności wynikających lub związanych z realizacją niniejszej umowy, na drodze sądowej lub pozasądowej, za wyjątkiem pełnomocnictwa procesowego dla radcy prawnego lub adwokata. W razie niewywiązania się z niniejszego zobowiązania, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości wartości wierzytelności, do dochodzenia której Wykonawca udzielił pełnomocnictwa/upoważnienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, jak również na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istota sporu między stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia dopuszczalności w świetle art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw, z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc zastrzeżenia przez zamawiającego kar umownych, o których mowa w § 8 ust. 1-4 zdania drugie projektu umowy.

Izba uznała za zasadną argumentację przedstawioną przez odwołującego w treści odwołania. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest, wynikająca z art. 353¹ kc zasada swobody umów., której istota sprowadza się do tego, że treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny a forma umowy w zasadzie zależy od woli stron. Z przywołanego przepisu wynikają jednakże pewne ograniczenia w kształtowaniu stosunku zobowiązaniowego, polegające na tym, że treść lub

cel umowy nie mogą być sprzeczne z: właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Zasada swobody umów doznaje na gruncie prawa zamówień publicznych dalszych ograniczeń: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - to zamawiający określa założenia, w oparciu o które zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić zawartej umowy.

Zasada swobody umów pozwala na ustalenie przez strony zarówno zakresu, jak i sposobu naprawienia szkody w przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. „Zastrzeżenie kary umownej jest środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi między stronami. Przede wszystkim zaś służy dla wprowadzenia w życie zasady realnego wykonania zobowiązań. Zawiera w sobie wówczas element niejako represyjny.” (W. Czachórski Zobowiązania, str. 249). Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ kc a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W analizowanej umowie, której przedmiot zamówienia polega na dostarczeniu i uruchomieniu systemu do nawigacji śródoperacyjnej w formie sprzedaży ratalnej wraz z udzieleniem gwarancji na system, zamawiający zastrzegł w § 4 ust. 1 kary umowne na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zasadniczych dla realizacji zamówienia zobowiązań wykonawcy. Są to kary za opóźnienie w wykonaniu świadczenia, opóźnienie w usunięciu wad czy odstąpienie od umowy.

Zastrzeżone przez zamawiającego w § 8 ust. 1- 4 istotnych postanowień pozostałe kary umowne, dotyczą jedynie zabezpieczenia przed obrotem wierzytelnościami i pozostają bez żadnego związku z przedmiotem zamówienia i ewentualnymi uchybieniami wynikającymi z realizacji umowy. Kary te odnoszą się do sytuacji, które mogą wystąpić niezależnie do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, mają one charakter wyłącznie prewencyjny, a ich celem nie jest zmotywowanie wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale sankcjonowanie ewentualnych prób naruszenia wymagań określonych w § 8 ust. 1- 4.

W ust. 1 i 2 przywołanego postanowienia umownego, zamawiający zastrzegł wymagania dotyczące braku możliwości przeniesienia przez wykonawcę na osobę trzecią wierzytelności wynikających z umowy oraz zakazu dokonania przez wykonawcę przekazu świadczenia.

Obwarowanie tych wymagań karami umownymi i to w wysokości będącej przedmiotem przeniesienia lub przedmiotem przekazu należy uznać za naruszające słuszny interes strony umowy. Sytuacje te, podobnie jak okoliczność, o jakiej mowa w ust. 4 dotycząca możliwości udzielenia pełnomocnictwa lub upoważnienia do dochodzenia wierzytelności wynikających z realizacji umowy na drodze sądowej lub pozasądowej, nie dotyczą wykonania przedmiotu zamówienia, a jedynie stwarzają zamawiającemu możliwość naliczenia kar umownych w przypadku podejmowania przez wykonawcę prób odzyskania wierzytelności w drodze jej sprzedaży innemu podmiotowi lub udzielenia pełnomocnictwa. Zastrzeżenie kar umownych w sytuacji, gdy zamawiający opóźnia się z zapłatą wynagrodzenia i sankcjonowanie podejmowania przez wykonawcę prób zmierzających do odzyskania wierzytelności, jest zdaniem Izby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi nadużycie przez zamawiającego jego prawa podmiotowego do kształtowania postanowień umowy. Jako istotną dla sprawy, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że przedmiot zamówienia ma być zakupiony przez zamawiającego w formie sprzedaży ratalnej, co powoduje, że sytuacje, za które zamawiający w § 8 ust. 1-4 przewidział kary umowne stają się realne. Za naruszające równowagę stron stosunku zobowiązaniowego Izba uznała także zastrzeżenie w ust. 3 kary umownej w sytuacji zawarcia umowy poręczenia przez osoby trzecie za długi zamawiającego, wskazując że w przypadku tak określonego przez zamawiającego sposobu płatności zawarcie umowy poręczenia może okazać się konieczne dla realizacji przedsięwzięcia.

Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2013 roku Sygn. akt KIO 2397/17, w którym Izba w analogicznym stanie faktycznym, uznała za niedopuszczalne zastrzeżenie kar umownych nie związanych z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wskazując że stanowią one przekroczenie przysługującego zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ i art. 5 kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i działając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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). Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego, z uwagi na brak złożenia do czasu zamknięcia rozprawy przez Izbę rachunku.

Przewodniczący: