

Sygn. akt KIO/UZP 1461/09

WYROK

z dnia 26 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, DYWIDAG Bau GmbH, ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 10 września 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: NDI S.A – Lider Konsorcjum oraz SB Granit S.A. – Skopje, 8 Dmiitrije Cugowski, Skopje, Macedonia, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, DYWIDAG Bau GmbH, 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: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, DYWIDAG Bau GmbH, 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: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, DYWIDAG Bau GmbH, ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, DYWIDAG Bau GmbH, ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 – 499+800. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 24 grudnia 2008 r., pod nr 2008/S 250-333801.

W dniu 10 września 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ"), Tom II Warunki Szczególne Kontraktu (dalej "SWK") oraz Formularza umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223. poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 5, art. 58 § 1 i § 2, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471 oraz art. 487 § 2, art. 647 k.c. oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej u.z.n.k.. W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o:

- 1) zmianę 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) 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 Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. Subklauzuli 4.4 „Podwykonawcy” poprzez usunięcie zapisu rozpoczynającego się od słów: "Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający jako Konsorcjum..." do końca drugiego podpunktu b).
- 4) modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. Subklauzuli 8.7 "Kary umowne za opóźnienie" poprzez usunięcie podpunktów (d), (e) i (f), przewidujących karę umowną dla Wykonawcy:
 - a) 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;
 - b) za wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia robót, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu, braki w oznakowaniu lub wykonanie oznakowania z nienależytą starannością 10 000 PLN za każdy dzień stwierdzonych powyższych nieprawidłowości;
 - c) 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 5000 PLN za każdy dzień zwłoki; i naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

- 5) modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu, 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.
- 6) modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. Subklauzuli 1.14 „Solidarna odpowiedzialność” poprzez usunięcie w ppkt (c) zapisu, że: "Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego" lub zmianę zapisu na zgodną z obowiązującymi przepisami oraz naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.
- 7) modyfikację treści Formularza Umowy w pkt. 4.4. poprzez usunięcie Zapisu, że: "Wynagrodzenie, o którym mowa w pkt 4.1. obejmuje:
 - a) wynagrodzenie za prace przewidziane na 2009 rok w wysokości brutto zł (słownie złotych)
 - b) wynagrodzenie na kolejne lata trwania umowy, zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 249, poz. 2104), które zostanie uruchomione w drodze aneksu po określeniu limitu nakładów na lata kolejne" i naniesienie odpowiednich zmian w Formularzu Umowy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się podnosi następującą argumentację:

Ad.1

W przypadkach przewidzianych w wymienionych Subklauzulach, 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 miałyby miejsca.

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 narusza 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 celem ustawy Pzp jest wybór jak najlepszej oferty na wykonanie zamówienia publicznego, a nie wkładanie na wykonawcę wszelkich ciężarów, niezależnych od jego winy.

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 niezawinienia tego stanu przez wykonawcę, cała szkoda i odpowiedzialność za jej poniesienie ma obciążyć wykonawcę.

Wymienione Subklauzule dotyczą okoliczności, których wystąpienie 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.

Ad. 2

Obowiązek uzyskiwania zgody Zamawiającego na przekształcenia związane ze zmianą statusu prawnego wykonawcy narusza nie tylko przywołane wcześniej przepisy k.c., ale również zasadę swobody gospodarczej i Kodeks spółek handlowych. Całkowicie niejasny jest natomiast zapis o obowiązku niezmienności składu wykonawcy.

Ad. 3

Odwołujący się podnosi, że wprowadzone zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszają dobre obyczaje kupieckie i zasady współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zamawiający jest zobowiązany określać przyszłe postanowienia umowy o zamówienie publiczne zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, w szczególności podstawowymi zasadami zawierania umów, przepisami regulującymi umowy o roboty budowlane, zawierania umów z podwykonawcami przyszłego wykonawcy zamówienia publicznego.

W SIWZ Zamawiający oblige wykonawców do zawierania umów z podwykonawcami o określonej z góry treści. Zamawiający narzuca bowiem stronom umowy podwykonawczej konieczność przeniesienia zapisów SIWZ do ich umowy, jak też zakazuje umieszczenie w umowie określonych postanowień. Odwołujący się podnosi, że poprzez wprowadzenie takich warunków SIWZ, Zamawiający naruszył zasadę swobody zawierania umów. Zgodnie z art. 353¹ k.c., jak wskazano, każdy z kontrahentów może w sposób dowolny kształtować treść zawieranej umowy, niezależnie od woli innych podmiotów (Zamawiającego).

Zarówno postanowienia SIWZ, jak też art. 647¹ § 2 k.c. potwierdzają, że obowiązkiem wykonawcy jest uzyskanie zgody Inwestora na zawarcie umowy z określonym podwykonawcą, po zapoznaniu się z treścią zawieranej umowy podwykonawczej. Jeżeli Zamawiający nie zaakceptuje przedstawionych mu postanowień umowy podwykonawczej ma prawo zgłosić na piśmie swój sprzeciw lub zastrzeżenia. Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający zgodnie z warunkami SIWZ i art. 647¹ § 2 k.c. - nie ma jednak uprawnienia do wskazywania wykonawcy z góry, jakie zapisy przyszłej umowy podwykonawczej są obowiązkowe, a których nie można do umowy wprowadzić. Uprawnienie Zamawiającego nie obejmuje bowiem ingerencji w treść umowy podwykonawczej, jak również nie uprawnia Zamawiającego do narzucania zapisów umowy podwykonawczej. Odwołujący się podnosi, iż postanowienia SIWZ w tym zakresie, wpływają w sposób niedopuszczalny na relację wykonawcy z jego podwykonawcą. W ocenie Odwołującego się, Zamawiający arbitralnie i bez uzasadnienia ogranicza wykonawcę w kształtowaniu stosunku prawnego pomiędzy Wykonawcą a osobą trzecią.

Poprzez zawarcie wskazanego zapisu w SIWZ, Zamawiający w sposób sprzeczny z zasadami swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ingeruje nie tylko w treść umowy podwykonawczej, ale nawet zamierza wpływać na wysokość wynagrodzenia wykonawcy (wyłączając możliwość różnicy w cenach pomiędzy ceną kontraktową a ceną z umowy podwykonawczej), wynikającego z realizacji kontraktu i umów podwykonawczych. Odwołujący się podnosi także, że Zamawiający nie jest uprawniony do narzucenia wykonawcy zasad wystawiania świadectwa przejęcia robót i zwrotu zabezpieczenia. Zasady wykonywania umowy podwykonawczej należą bowiem jedynie do uzgodnień stron umowy podwykonawczej.

Ponadto, Odwołujący się wskazuje, że zgodnie z art. 3. ust. 1 u.z.n.k., za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Odwołującego się, warunki stawiane przez Zamawiającego w SIWZ naruszają jego interes jako przedsiębiorcy poprzez ograniczenie zasad swobody zawierania umów oraz wymuszanie określonego sposobu prowadzenia przedsiębiorstwa. Zamawiający narzuca

wykonawcy działanie sprzeczne z interesem ekonomicznym wykonawcy. W świetle przedstawionych okoliczności, Odwołujący się podnosi, że wprowadzenie zaskarżonych zapisów do SIWZ należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego się, Zamawiający zawarł w SIWZ zapisy, które są sprzeczne z zasadą równego traktowania oferentów oraz zasadami uczciwej konkurencji, czym naruszył art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, iż zaskarżone zapisy SIWZ naruszają również zasady współzycia społecznego, to jest ogólną zasadę, że Zamawiający nie może wykorzystując swoją pozycję, zmuszać wykonawcy do niekorzystnych rozporządzeń i zaciągania niekorzystnych zobowiązań wobec osób trzecich. Zaskarżone zapisy w sposób jednoznaczny utrudniają wykonawcy uczciwą konkurencję i w sposób nieuprawniony wyłączają możliwość uzyskania przez wykonawcę zysku z realizacji kontraktu oraz zobowiązują wykonawcę do zawierania umów podwykonawczych na warunkach określonych przez Zamawiającego. Odwołujący się wskazuje, że zgodnie z art. 58 § 2 k.c. czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jest nieważna.

Ad. 4

Odwołujący się zarzuca, że przewidziana przez Zamawiającego wysokość kar umownych jest nadmierna i obciąża wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień w wykonaniu umowy. Odwołujący się 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 się, przewidziane przez Zamawiającego kary umowne, które z powodów drobnych uchybień będzie zobowiązany zapłacić wykonawca (nawet 10 000 PLN 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 wykonawcy żadnych kwot umownych, poza odstępniem od umowy.

Ad. 5

Odwołujący się zarzuca, że zapis SIWZ, zaproponowany przez Zamawiającego narusza art. 484 § 2 k.c. Odwołujący się podnosi, 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 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 I, pod redakcją Gerarda Bieńka, Wydawnictwo Prawnicze Lewis Nexis, Warszawa 2005 r., strona 587). Obowiązek zapłaty kary umownej bez względu na istnienie szkody po stronie Zamawiającego ograniczy możliwość żądania miarkowania kary przez wykonawcę. Odwołujący się, podkreśla także, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś redakcja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. "Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna" - wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2007r., sygn. akt V ACa 483/08.

Odwołujący się zarzuca ponadto, że ww. zapisy SIWZ naruszają art. 58 § 1 k.c. Zaskarżone postanowienia SIWZ są sprzeczne z przepisami k.c. i zmierzają do obejścia unormowań związanych z możliwością miarkowania kar umownych.

Ad. 6

Odwołujący się zarzuca, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawcy, aby zmiana statusu prawnego następowała wyłącznie za jego zgodą. Odwołujący się podnosi, że taki zapis SIWZ w sposób niedopuszczalny ogranicza swobodę działalności gospodarczej wykonawców, składających oferty, a także jest sprzeczny z przepisami kodeksu spółek handlowych.

Ad. 7

Narzucenie przez Zamawiającego podziału wynagrodzenia Wykonawcy na rok 2009 oraz kolejne lata z określeniem wysokości tego wynagrodzenia w takim rozbiściu, prowadzi do sytuacji, w której wykonawca może nie otrzymać wynagrodzenia w 2009 r. w pełnej wysokości ze względu na przekroczenia sumy określonej w formularzu Umowy. Tego rodzaju zapis jest sprzeczny z treścią art. 647 k.c., który przewiduje, że za wykonane roboty Zamawiający (w przepisie nazwany Inwestorem) zobowiązuje się zapłacić umówione wynagrodzenie. Ponadto w punkcie "b" postanowienia 4.4 formularza umowy Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie za kolejne lata "zostanie uruchomione" w drodze aneksu po określeniu limitu nakładów na lata kolejne", co oznacza, że wypłata wynagrodzenia uzależniona jest od zdarzeń niezależnych od wykonawcy i może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, jeżeli nie zostanie podpisany aneks. Oprotestowany zapis jest również sprzeczny z punktem 4 formularza umowy.

Zakwestionowane zapisy SIWZ uzasadniają odwołanie się przez Odwołującego się do przepisów art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp, zawierających odesłanie do przepisów k.c. w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy 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 przepisów Tytułu III Księgi Trzeciej "Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych". Tezę tę potwierdził Zespół Arbitrów m. in. w wyroku z dnia 29 października 2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1736/03) oraz w wyroku z dnia 6 września 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-2430/06).

W niniejszej sprawie zakwestionowane zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu stawiają potencjalnego wykonawcę w niekorzystnej sytuacji, wbrew przepisom wynikającym z k.c. Odwołujący się wskazuje ponadto na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 k.c. 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.

W dniu 18 września 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że Zamawiający uznał, iż zarzuty Odwołującego się są zasadne w zakresie w jakim dotyczą one treści pkt 4.4 Formularza Umowy (Tom II Rozdział 1 SIWZ) oraz zapisu w brzmieniu: "Warunki umowy z Podwykonawcą nie mogą być gorsze od Warunków niniejszego Kontraktu", wynikającego z treści Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy", zawartej w Szczegółowych Warunkach Kontraktu (Tom II Rozdział 3 SIWZ). Pozostałe zarzuty protestu Zamawiający uznał za nieuzasadnione i przedstawił następującą argumentację:

Ad. 1

Zaskarżenie treści Subklauzul 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2 oraz 10.3 w brzmieniu określonym przez Zamawiającego w Szczególnych Warunkach Kontraktu (dalej SWK) wynika z błędnej interpretacji cytowanych fragmentarycznie zapisów umowy. Każda z wymienionych Subklauzul reguluje różne sytuacje, do których może dojść w trakcie realizacji robót budowlanych i w wyniku których wykonawca doznaje opóźnienia lub ponosi koszt z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (jest to np. sytuacja opóźnienia w przekazaniu rysunków lub instrukcji czy opóźnienia dostępu do placu budowy). Nie jest możliwe interpretowanie zapisów SWK w oderwaniu od zapisów warunków ogólnych ("Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego". Cosmopoli Consultans, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999). Dopiero analiza pełnej treści poszczególnych Subklauzul (pierwotnego brzmienia z uwzględnieniem zmian wprowadzonych przez SWK) może

doprowadzić do prawidłowej wykładni przepisów umowy. W żadnej z opisanych powyżej sytuacji nie może dojść do zarzucanego przez Odwołującego się, dokonywania na rzecz Inwestora świadczeń w postaci usług i robót budowlanych po kosztach. Podobnie nie można zgodzić się z argumentami przystępującego konsorcjum Alpine, że poprzez wprowadzenie takiej regulacji Zamawiający oczekuje, że wykonawca wykona całe swoje świadczenie jedynie za zwrot poniesionych kosztów. Zysk wykonawcy zawiera się w wynagrodzeniu za wykonanie robót budowlanych, do którego zapłaty zobowiązuje się Zamawiający, a które w kosztorysach załączonych do oferty określa sam wykonawca. Wzór umowy w sposób szczegółowy reguluje zasady wypłaty wynagrodzenia, gwarantując wykonawcy niezmiennosc cen jednostkowych zaoferowanych przez niego w przetargu i to, że uzyska on wynagrodzenie za wszelkie wykonane przez siebie roboty. Tymczasem, zarówno w proteście, jak i w przystąpieniach do niego, wykonawcy mylą pojęcie wynagrodzenia za wykonywanie robót budowlanych z odszkodowaniem, którego zasady szczegółowo regulują zaskarżone Subklauzule. Każda z nich dotyczy bowiem nie prowadzenia robót i ich wynagradzania, ale przypadków, gdy świadczenie robót zostaje wstrzymane, precyzując jednocześnie łączące się z nimi obowiązki kompensacyjne Zamawiającego.

Sytuacje opisane w ww. Subklauzulach należą do sytuacji wyjątkowych i nie mogą dotyczyć, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, obciążenia go "nieograniczoną liczbą świadczeń". Wykonawcy nie grozi masowe opóźnianie realizacji kontraktu przez Zamawiającego, zwłaszcza, że zgodnie z art. 354 § 1 k.c. każda ze stron umowy wzajemnej, a taką bez wątpienia będzie umowa na realizację przedmiotowego odcinka autostrady A4, powinna wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Każde zachowanie strony umowy, które naruszać będzie te zasady będzie rodziło odpowiedzialność tej strony na zasadach określonych w kontrakcie oraz na zasadach ogólnych. Celem Zamawiającego w realizacji zamówienia publicznego jest terminowa i rzetelna realizacja tego zadania. Przyjmowanie założenia, że Zamawiający złośliwie będzie opóźniał i utrudniał wykonawcy realizację robót budowlanych (np. przez nie przekazanie dokumentacji projektowej czy nie przekazanie terenu budowy), bez względu na możliwe konsekwencje, jest bezpodstawne i niemożliwe do obrony. Oznaczałoby to świadome i celowe naruszenie przez Zamawiającego podstawowych obowiązków Inwestora określonych dla umów o roboty budowlane, co rodziłoby, oprócz odpowiedzialności na podstawie przepisów umowy, także odpowiedzialność na zasadach ogólnych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, żadne zapisy wzoru umowy nie mogą dać Inwestorowi "całkowitej swobody w popełnianiu błędów", ani nie "zobowiązują wyłącznie wykonawcy do ich naprawy". Przeciwnie, na podstawie tych Subklauzul Zamawiający zobowiązuje się do

zwrotu wszelkich uzasadnionych kosztów poniesionych przez wykonawcę oraz do przesunięcia terminu realizacji umowy, jeżeli te koszty i to przesunięcie wynika z nieprawidłowych działań Zamawiającego i Inżyniera. Na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z art. 473 § 2 k.c., nieważny byłby jakikolwiek zapis umowy, który zwalniałby którąkolwiek ze stron od odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie.

Argumenty Odwołującego się odnoszące się do naruszenia przez Zamawiającego przepisów k.c. nie znajdują uzasadnienia. Odwołujący się nie uzasadnił, w jakim zakresie Zamawiający naruszyć miał reguły opisane w art. 5, 353¹ oraz 487 § 2 k.c. Subklauzule, których brzmienie zostało zakwestionowane w proteście, w żadnym wypadku nie uprawniają Zamawiającego do uzyskiwania od wykonawcy świadczenia w postaci usług i robót. Przeciwnie, zobowiązują one Zamawiającego w szczególności do zwrotu uzasadnionych kosztów, które poniósł wykonawca w wyniku zajścia sytuacji określonych w odpowiednich Subklauzulach. Zgodnie z ich treścią, w przypadku zajścia określonych w nich okoliczności, to wykonawca będzie uprawniony do wniesienia do Zamawiającego roszczeń (z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1, regulującej postępowanie w przypadku zaistnienia roszczeń). W związku z tym, jeżeli wykonawca uzasadni w pełni poniesione w związku z zajściem sytuacji opisanej w którejś z kwestionowanych Subklauzul, wówczas roszczenie to będzie zaspokajane przez Zamawiającego, zgodnie z warunkami umowy i zasadami ogólnymi.

Twierdzenia Odwołującego się, że zapisy Subklauzul 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2 oraz 10.3 będą pozwalać Zamawiającemu na obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za szkody, spowodowane przez Zamawiającego umyślnie nie znajdują żadnego uzasadnienia w wykładni przepisów umowy, zwłaszcza w świetle art. 473 § 2 k.c. Odwołujący się dokonuje wadliwej wykładni przedmiotowych Subklauzul, twierdząc, że w wyniku ich zastosowania "cała szkoda i odpowiedzialność za jej poniesienie ma obciążyć Wykonawcę". Treść każdej ze wskazanych w proteście Subklauzul nie uzasadnia w żadnym stopniu obaw i zarzutów Odwołującego się. Zdaniem Zamawiającego, nie wykluczają one w żadnym stopniu jego odpowiedzialności za działania i zaniechania własne oraz Inżyniera. Odwołujący się w żaden sposób nie uzasadnia zarzutu, w jaki ukształtowanie zapisów Subklauzul 1.9, 2.1, 4.7, 7.4, 10.2 oraz 10.3 narusza przepisy art. 471 oraz 474 k.c. Zamawiający stoi na stanowisku, że zapisy SIWZ są w pełni zgodne z treścią nie tylko art. 471 i 474 k.c., ale także z przepisami art. 361 i 362 k.c., limitując jedynie odpowiedzialność Zamawiającego z określonych w Subklauzulach zdarzeń, do rzeczywiście poniesionego i uzasadnionego kosztu wykonawcy. Ograniczenie takie, dopuszczone przez art. 361 § 2 k.c., jest w pełni uzasadnione. Trudno oczekiwać, żeby Zamawiający finansujący zamówienie ze środków publicznych nie ograniczał w zakresie dopuszczonym ustawami, wysokości swojej odpowiedzialności, zwłaszcza poprzez dopuszczenie do roszczeń odszkodowawczych przekraczających

rzeczywiste koszty za okres, w którym wykonawca nie wykonuje robót (swojego świadczenia).

Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu to grupa profesjonalnych i najbardziej doświadczonych przedsiębiorstw, specjalizujących się w budownictwie drogowym. W związku z tym Zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem, że niemożliwe jest określenie przez wykonawców ryzyka i w związku z tym przygotowania rzetelnych ofert, zwłaszcza, że na mocy zaskarżanych Subklauzul Zamawiający zobowiązuje się do pokrycia wszelkich uzasadnionych kosztów, które poniósłby wykonawca w wyniku zaistnienia wskazanych w tych Subklauzulach sytuacji. Taka regulacja przenosi na Zamawiającego ekonomiczne ryzyko związane z przestojami i utrudnieniami w realizacji umowy, wynikającymi z przyczyn leżących po jego stronie. Zwłaszcza, że poza roszczeniami dotyczącymi pokrycia kosztów poniesionych przez wykonawcę, jest on uprawniony również do żądania przedłużenia czasu przeznaczonego na realizację prac, jeżeli opóźnienie wynika z tych okoliczności.

Ad. 2 i 6

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, iż powoływany przez Odwołującego się Załącznik do Oferty (Formularz 2.1) nie zawiera żadnego odesłania do Subklauzuli 1.14, wobec czego żądanie wprowadzenia do treści tego dokumentu zmian sugerowanych przez Odwołującego się jest niemożliwe do spełnienia.

Również dalsze żądania Odwołującego się, dotyczące usunięcia lub zmiany treści Subklauzuli 1.14 punkt (c) nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ opierają się one na fragmentarycznej analizie treści SIWZ w zakresie odnoszącym się do Warunków Kontraktu. W tym miejscu przywołać należy pełną treść punktu (c) Subklauzuli 1.14, która uwzględnia zarówno postanowienia Rozdziału 2 ("Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych I inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego". Cosmopoli Consultans, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999), jak i Rozdziału 3 ("Szczególne Warunki Kontraktu") z Tomu II SIWZ zatytułowanego "Warunki Kontraktu". Pełna treść tej części Warunków Kontraktu jest następująca: Jeżeli Wykonawcą stanowi (według stosowanych Praw) konsorcjum lub inne, nie mające osobowości prawnej, ugrupowanie dwóch lub więcej osób, to: (...) (c) Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego". Obowiązujący zapis stanowi modyfikację w stosunku do pierwotnej treści punktu (c) Subklauzuli 1.14 zgodnej z "Warunkami kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego" (Rozdział 2 Tomu II SIWZ), który brzmi następująco: Jeżeli Wykonawcą stanowi (według stosowanych Praw) spółka solidarnego ryzyka, konsorcjum lub inne, nie mające osobowości prawnej, ugrupowanie dwóch lub więcej osób, to: (...) (c) Wykonawca nie zmieni swojego składu ani

statusu prawnego bez uprzedniej zgody Zamawiającego". Opisana wyżej modyfikacja pkt (c) Subklauzuli 1.14 wprowadzona zapisami "Szczególnych Warunki Kontraktu" (Rozdział 3 Tomu II SIWZ) sankcjonuje jedynie wynikający z przepisów ustawy Pzp zakaz zmian podmiotowych w umowie o zamówienie publiczne. Zamówienie publiczne może być bowiem udzielone wyłącznie temu wykonawcy, który został wybrany w trybie ustawy Pzp oraz podlegał weryfikacji przeprowadzonej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r. do sygn. akt V CK 97/03).

Ponadto należy podkreślić, iż wynikające z treści pkt. (c) Subklauzuli 1.14 zakazy: zmiany składu oraz zmiany statusu prawnego bez zgody Zamawiającego odnoszą się wyłącznie do konsorcjów jako całości, nie zaś do poszczególnych uczestników tych konsorcjów. W rozpatrywanym przypadku oznacza to, iż nie można mówić o niezgodności pkt (c) Subklauzuli 1.14 "Solidarna odpowiedzialność" z przepisami kodeksu spółek handlowych, skoro kodeks ten w ogóle nie odnosi się i nie reguluje tworzenia, organizacji, funkcjonowania, rozwiązywania, łączenia, podziału i przekształcania "konsorcjów i innych nie mających osobowości prawnej ugrupowań" przedsiębiorców, co wprost wynika z treści § 1 Kodeksu spółek handlowych.

Ad. 3

Zamawiający zwraca uwagę, że art. 647¹ § 2 k.c. uzależnia możliwość zawarcia umowy z podwykonawcą od zgody inwestora, a ponadto przyznaje inwestorowi prawo do składania sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy lub projektu umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W tej sytuacji uznać należy, że Zamawiający, jako inwestor, ma prawo do określenia ogólnych zasad, na jakich akceptował będzie treść zawieranych umów podwykonawczych. Zamawiający już na etapie formułowania warunków kontraktu w SIWZ może określić, jakie wymagania powinna spełnić umowa podwykonawcza, a jakich postanowień taka umowa nie może zawierać i wbrew twierdzeniom Odwołującego się, nie narusza to ani właściwości (natury) stosunku prawnego, który powstaje w wyniku zawarcia umowy podwykonania, ani przepisów prawnych, ani też zasad współżycia społecznego. Wprowadzenie kwestionowanych przez Zamawiającego zapisów Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy" nie jest spowodowane zamiarem ograniczenia zasady swobody zawierania umów, lecz służy zabezpieczeniu interesów wszystkich stron stosunku prawnego, jaki powstaje w wyniku zawarcia umowy podwykonania.

Ze sformułowania żądania zmiany treści SIWZ wynika, iż Odwołujący się domagał się od Zamawiającego usunięcia z treści Warunków Kontraktu m. in. następującego zapisu: "Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający jako Konsorcjum, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum". Odwołujący się w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego jego zdaniem powyższy zapis

narusza swobodę zawierania umów. Należy mieć przy tym na względzie, iż zapis ten jest konsekwencją uregulowań wynikających z art. 23 ustawy Pzp, art. 647 1 § 5 k.c. oraz punktu (a) Subklauzuli 1.14 zgodnej z "Warunkami kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego" (Rozdział 2 Tomu II SIWZ), z których wynika solidarna odpowiedzialność wszystkich uczestników konsorcjum wobec Zamawiającego oraz podwykonawcy (w zakresie zapłaty wynagrodzenia). Skoro, zatem zgodnie z art. 23 ustawy Pzp wykonawcą jest konsorcjum, to również umowy podwykonawcze powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum, nie zaś pomiędzy podwykonawcami a poszczególnymi uczestnikami tego konsorcjum.

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

Zarzut Odwołującego się dotyczący zapisu: "Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia: a) W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci Podwykonawcy żadaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą, niż kwota wynikająca z obmiaru robót wykonanych przez Podwykonawcę, zatwierdzonego przez Inżyniera przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy stanowiącym część oferty" oparty został na niewłaściwej wykładni tego zapisu dokonanej w oderwaniu od pozostałych zapisów Subklauzuli 4.4 "Podwykonawcy", w szczególności zapisów zawartych w punkcie (e) tej Subklauzuli. W pierwszej kolejności ponieść należy, iż Zamawiający nie zamierza ingerować w sprawy związane z wysokością wynagrodzenia ustalonego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Z kwestionowanego przez Odwołującego się zapisu wcale nie wynika, iż podwykonawca ma otrzymywać wynagrodzenie obliczone według wysokości cen jednostkowych, zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy, lecz jedynie, że może otrzymać wynagrodzenie nie wyższe niż ustalone przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego wykonawcy. Powyższy zapis ma jedynie zabezpieczać Zamawiającego w wypadku, gdy wynagrodzenie za wykonanie określonego zakresu robót, ustalone pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, było wyższe niż wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych z kosztorysu

ofertowego wykonawcy. W następnej kolejności należy podnieść, iż kwestionowany przez Odwołującego się zapis nie może spowodować wypłaty na rzecz podwykonawcy wynagrodzenia bez wyjaśnienia podstaw do wstrzymania przez wykonawcę wypłaty tego wynagrodzenia, skoro zgodnie z treścią punktu (e) Subklauzuli 4.4, podwykonawca zwracając się do Zamawiającego o wypłatę wynagrodzenia na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. musi udokumentować zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót.

Kwestionując zapis: "Umowa z Podwykonawcą nie będzie zawierała zapisów: a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę przejściowego świadectwa płatności od Wykonawcy, od wystawienia przez Inżyniera, Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę; b) warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę, od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego", Odwołujący się podniósł, iż Zamawiający nie jest uprawniony do narzucania wykonawcy zasad wystawiania świadectwa przejęcia i zwrotu zabezpieczenia. Formułując powyższy zarzut Odwołujący się pominął jednak tę część Warunków Kontraktu zawartą w punkcie (e) Subklauzuli 4.4, zgodnie z którą "W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych z Podwykonawcą". Zakresy i terminy realizacji robót wykonywanych przez podwykonawcę nie muszą pokrywać się z zakresami i terminami robót, za które odpowiada wykonawca. W sytuacji, gdy podwykonawca terminowo wykona powierzony mu zakres robót, a roboty te zostaną odebrane przez Wykonawcę, to nie ma żadnego uzasadnienia dla uzależniania wystawienia przez Wykonawcę przejściowego świadectwa płatności lub zwrotu na rzecz podwykonawcy zabezpieczenia od dokonania analogicznych czynności względem wykonawcy przez Zamawiającego.

Ad. 4

Uchybienia szczegółowo opisane w pkt (d)-(f) Subklauzuli 8.7, są dla Zamawiającego istotnymi uchybieniami w sposobie realizacji umowy, dlatego też przewidziane w tych zapisach kary umowne mają wpływać dyscyplinująco na wykonawcę. Nie przestrzeganie przez wykonawcę poszczególnych terminów przywołanych w punkcie (d) Subklauzuli 8.7 utrudni Zamawiającemu możliwość szybkiego reagowania na pojawiające się problemy i zagrożenia, a tym samym naraża Zamawiającego na ryzyko opóźnienia realizacji całej inwestycji, polegającej na budowie przedmiotowego odcinka autostrady A4. Analogiczne znaczenie ma dla Zamawiającego kwestia terminowego usuwania przez wykonawcę wad i wykonywania prac zaległych, stwierdzonych podczas odbioru oraz w okresie obowiązywania rękojmi, co wynika z zapisów punktu (f) Subklauzuli 8.7. Równie istotne znaczenie ma

również kwestia przestrzegania obowiązku prawidłowego oznakowania, w czasie prowadzenia przez wykonawcę robót drogowych, wynikającego z zapisów punktu (e) Subklauzuli 8.7, ponieważ zgodnie z obowiązującymi przepisami, to Zamawiający, jako zarządca drogi, ponosić będzie odpowiedzialność za szkody wynikające z niewłaściwego oznakowania oraz organizacji ruchu.

Należy mieć również na uwadze, iż wysokość kar umownych przewidzianych w pkt d) -(f) Subklauzuli 8.7 waha się wprawdzie w przedziale od 2 000 PLN do 10 000 PLN za każdy dzień zwłoki lub każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości, jednakże w porównaniu z szacowaną wartością kontraktu (wartością zamówienia) wysokości te stanowią jedynie ułamek promila. Nieuzasadniony jest zatem zarzut, iż wysokość kar umownych jest nadmierna i obciąża wykonawcę w sposób nieadekwatny do ewentualnych uchybień.

Za nieuzasadniony uznać należy również zarzut, iż określone, w SIWZ kary umowne stanowią jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego jako strony umowy, ponieważ w sytuacji, gdy to Zamawiający nie wykona ciężących na nim obowiązków, umowa nie przewiduje zapłaty na rzecz wykonawcy żadnych kar umownych. W odpowiedzi na ten zarzut podnieść należy, iż po pierwsze Odwołujący się nie sprecyzował, które konkretnie obowiązki umowne Zamawiającego powinny zostać zabezpieczone karami umownymi, a po drugie, poza prawem odstąpienia od umowy, wykonawca może na zasadach ogólnych dochodzić od Zamawiającego roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem przez Zamawiającego umowy.

Ad. 5

W ocenie Zamawiającego, kwestionowany przez Odwołującego się zapis Warunków Kontraktu jest zgodny z funkcją oraz charakterem kary umownej jako instrumentu umacniania umów, skłaniającego dłużnika do ścisłego wypełniania zobowiązania. Zgodnie z poglądami doktryny prawa, karą umowną mogą zostać również objęte zobowiązania niepieniężne o charakterze niemajątkowym, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie powoduje w ogóle powstania szkody majątkowej. Brak możliwości podniesienia przez dłużnika zarzutu peremptoryjnego w postaci nie wystąpienia szkody nie oznacza, że strony zastrzegły inną klauzulę umowną niż przewidziana w art. 483-484 k.c.. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie m. in. w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 6 listopada 2003 r. do sygn. akt III CZP 61/03 (OSN z 2004 r. Nr 5 poz. 69), zgodnie z którą "Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnik z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody". Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, kwestionowany przez niego zapis Warunków Kontraktu nie stoi na przeszkodzie w korzystaniu z instytucji sądowego miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art.

484 § 2 k.c.. Przepis ten ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego i jego stosowanie nie może być skutecznie wyłączone przez strony umowy.

W dniu 28 września 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przepisów: art. 7 ustawy Pzp, art. 353¹, art. 647, art. 647¹, art. 484 § 2, art. 58 § 1 i § 2, art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp oraz powtórzył żądania sformułowane w proteście, w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Ad. 3

Nie sposób się zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, że skoro Inwestor może decydować o zaakceptowaniu umowy z podwykonawcami to posiada również prawo do wskazywania, jakie postanowienia powinny zawierać przyszłe umowy podwykonawcze. Odwołujący podnosi bowiem, że z treści art. 647¹ § 2 k.c. nie wynika uprawnienie Inwestora do narzucenia wykonawcy z góry, jakie zapisy przyszłej umowy podwykonawczej są obowiązkowe, a których nie można do umowy wprowadzić. Uprawnienie Inwestora (Zamawiającego) ogranicza się bowiem wyłącznie do zaakceptowania lub odmowy zatwierdzenia umowy podwykonawczej, przedstawionej przez wykonawcę. Gdyby ustawodawca przewidział możliwość określania przez Inwestora treści umów podwykonawczych, uprawnienie takie wynikałoby wprost z przepisów k.c. Należy wyraźnie zaznaczyć, że zatwierdzenie umowy podwykonawczej przez Inwestora nie jest tożsame z możliwością ustalania przez niego treści umów podwykonawczych. Uprawnienie Zamawiającego nie obejmuje ingerencji w treść umowy podwykonawczej, jak również nie uprawnia Zamawiającego do narzucania zapisów umowy podwykonawczej.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że z zaskarżonego zapisu SIWZ nie wynika, że Zamawiający zamierza ingerować w wysokość wynagrodzenia podwykonawcy.

Ad. 4

Odwołujący kwestionuje jednocześnie 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. 5

Odwołujący się podtrzymał argumentację przytoczoną w proteście.

Ad. 2 i 6

Odwołujący się podtrzymał argumentację przytoczoną w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz innych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Podstawą sformułowanych przez Odwołującego się zarzutów są postanowienia SIWZ w zakresie rozdziału 3 Szczególne warunki kontraktu do „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego.” Tłumaczenie wydania FIDIC 1999. I tak, Odwołujący się zakwestionował treść następujących Subklauzul:

1) Subklauzula 1.14 „Solidarna odpowiedzialność”.

pkt (c) „Wykonawca w żadnym wypadku nie zmieni swojego składu, zaś zmiana statusu prawnego nie nastąpi bez uprzedniej zgody Zamawiającego.”

2) Subklauzula 4.4 Podwykonawcy”

„Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający jako Konsorcjum, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum.

Na końcu Subklauzuli dodaje się następujące zapisy:

Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia:

- a) W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10% Wykonawca poinformuje o tym Zamawiającego na piśmie.
- b) W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci podwykonawcy żądaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą, niż kwota wynikająca z obmiaru robót wykonanych przez Podwykonawcę, zatwierdzonego przez Inżyniera, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy stanowiącym część oferty.
- c) Prawo wykonawcy do odstąpienia od umowy będzie oparte na zamkniętym katalogu zdarzeń, które uprawniają go do odstąpienia.

Umowa z Podwykonawcą nie będzie zawierała zapisów:

- a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę przejściowego świadectwa płatności od Wykonawcy, od wystawienia przez Inżyniera, Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę;
- b) warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę, od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego.”

3) Subklauzula 8.7 „Odszkodowanie umowne za opóźnienie

„Wykonawca, z uwzględnieniem Subklauzuli 2.5 (roszczenia Zamawiającego), zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...)

- 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 wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia robót, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu, braki w oznakowaniu lub wykonanie oznakowania z nienależytą starannością 10 000 PLN za każdy dzień stwierdzonych powyższych nieprawidłowości;
- f) 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 5 000 PLN, za każdy dzień zwłoki.

Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14”.

W tych okolicznościach oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ k.c. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż sformułowanie tej zasady oznacza, że: istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, istnieje możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny, forma umowy w zasadzie zależy od woli stron.

Jednakże z przedmiotowego przepisu wynika, że swoboda stron w określeniu stosunku zobowiązaniowego doznaje ograniczeń, zarówno co do treści, jak i co do celu. Ograniczenie polega na tym, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z: właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego.

Redakcja powołanego przepisu wyraźnie wskazuje, iż nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, że chodzi jedynie o przepisy o charakterze *iuris cogentis* i to zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw. Oznacza to, że zasada swobody doznaje ograniczeń w takim zakresie, jaki wynika z innych przepisów rzędu ustawowego. Przejawem ograniczenia tej zasady są regulacje wynikające z ustawy Pzp. Wystarczy chociażby wskazać na brak możliwości swobodnego wyboru kontrahenta (art. 94 ustawy Pzp), istnienie, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty (art. 144 ustawy Pzp), wprowadzenie ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy (art. 142 ustawy Pzp), brak możliwości wyboru formy zawieranej umowy (art. 139 ust. 2 ustawy Pzp).

Na powyższą okoliczność zwrócił również uwagę Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00 (OSNC 2001, nr 1, poz.9)

stwierdził, że „zawarta umowa o zamówienie publiczne nie może ulegać zmianom w trakcie jej wykonywania, co stanowi ograniczenie – w odniesieniu do zamówień publicznych – zasady wolności umów.”

Na tym tle jawi się pytanie, czy ustanowiony przez Zamawiającego w Subklauzuli 1.14 zakaz zmiany składu wykonawcy oraz wymóg uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę statusu prawnego wykonawcy stanowi złamanie zasady swobody umów. Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Powyższe postanowienia nie sprzeciwiają się ani naturze stosunku prawnego, który strony zamierzają zawrzeć, ani też zasadom współżycia społecznego. Odwołujący się w żaden sposób nie uzasadnił swojego twierdzenia wskazując jedynie na naruszenie przepisów k.c. Zaś, w odniesieniu do analizowanego przepisu nie wskazał żadnych zasad współżycia społecznego, które jego zdaniem zostały naruszone. W tym miejscu wypada przypomnieć, że umowa o zamówienie publiczne jest umową adhezyjną, co oznacza, że jej zawarcie następuje przez przystąpienie do warunków przedstawionych przez jedną stronę. To zamawiający bowiem uprawniony jest do określenia istotnych dla stron postanowień umowy, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). Wykonawca zaś ma jedynie swobodę co do powzięcia decyzji w zakresie udziału w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne. Z chwilą bowiem złożenia oferty akceptuje treść sporządzonej przez zamawiającego umowy. Wykonawcy zatem wyraża swoją wolę w przedmiocie zawarcia umowy, ale nie wpływa kształtująco na jej treść, gdyż ta pochodzi od zamawiającego. Odwołujący się chcąc wykazać naruszenie analizowanego przepisu musiałby udowodnić naruszenie norm prawnych wynikających z innych przepisów rangi ustawowej. W dalszym więc zakresie należy więc dokonać analizy wskazanych przez Odwołującego się przepisów, w aspekcie ich naruszeń, na tle wskazanego stanu faktycznego. Skoro bowiem Odwołujący się nie określił w jaki sposób kwestionowane postanowienia sprzeciwiałyby się naturze, mającego powstać, stosunku prawnego i nie wskazał zasad współżycia społecznego, których nie dałoby się pogodzić z przedmiotowymi postanowieniami, to brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 353¹ k.c. z tych przyczyn, choć jest on punktem wyjścia do dalszych rozważań w aspekcie naruszenia wskazanych przez Odwołującego się przepisów ustawy.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zagadnienia, czy czynność prawna Zamawiającego w postaci określenia kwestionowanych klauzul umownych mieści się w granicach art. 58 § 1 i 2 k.c. Jak wynika z powołanego przepisu zachowanie Zamawiającego podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z ustawą i zasadami współżycia społecznego. W ocenie Izby kwestionowane postanowienia nie naruszają żadnych norm słusznościowych, moralnych czy zdrowego rozsądku. Zaproponowane rozwiązania są wyrazem dążenia Zamawiającego do pełnej ochrony interesu publicznego, z jednoczesnym poszanowaniem praw wykonawcy. Sprzeczność z ustawą występuje, gdy „czynność nie respektuje zakazu

ustawowego oraz gdy nie zawiera treści lub innych elementów objętych nakazem wynikającym z normy prawnej (Z. Radwański: „System prawa prywatnego”, t. II, str. 224).

Odwołujący się nie wskazał zaś jaki przepis ustawy zabrania zamawiającemu zastrzegania niezmienności składu konsorcjum oraz uzyskania zgody na zmianę statusu prawnego wykonawcy. Stwierdzenie, iż „ogranicza swobodę działalności gospodarczej” nie może być w ogóle kwalifikowane jako zarzut. Niezbędne jest wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających sformułowanie zarzutu, a nie posługiwanie się hasłami, które nie wyznaczają sfery możliwości działania danego podmiotu. Podobnie należy również ocenić stwierdzenie Odwołującego się o sprzeczności analizowanych postanowień z „przepisami kodeksu spółek handlowych.” Poprawne sformułowanie zarzutu nie sprowadza się bowiem do podania nazwy aktu prawnego, który zdaniem Odwołującego się, został naruszony, a wymaga konkretyzacji w zakresie normy prawnej i wskazania stanu faktycznego, który pod tę normę podpada. Ciężar udowodnienia faktu nie spoczywa bowiem na Izbie, czy też stronie przeciwnej. Odwołujący się w sposób nieuprawniony, wbrew regulacji przepisu art. 6 k.c., stara się odwrócić ciężar dowodu, oczekując, iż to Izba wskaże, które ewentualnie przepisy zostały naruszone. Tymczasem Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów poprzedzonych protestem, nie dokonuje natomiast jednoczesnej konkretyzacji zarzutów i ich oceny.

Do rozstrzygnięcia pozostaje pytanie, czy postanowienia umowy odnoszące się do warunków umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą dadzą się pogodzić na gruncie przepisu art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 647¹ § 2 k.c. W opinii Izby możliwe jest uprzedzenie wykonawcy, jakie konkretnie postanowienia przedmiotowej umowy nie uzyskują akceptacji Zamawiającego, a jakie postanowienia będą konieczne z punktu widzenia Zamawiającego. Zamawiający w ten sposób daje możliwość wykonawcy przygotowania umowy, która z dużą dozą prawdopodobieństwa uzyska akceptację Zamawiającego. Nie ma powodu, żeby Zamawiający ukrywał swoje wymagania w tym zakresie, a przynajmniej wstrzymywał się z ich ujawnieniem do czasu przedstawienia przedmiotowej umowy lub jej projektu, co z pewnością wydłużyłoby termin prowadzonych uzgodnień. Skoro zamawiający może po terminie zawarcia umowy lub po przedłożeniu jej projektu wyrazić sprzeciw wobec jej postanowień lub zgłosić zastrzeżenia (może więc postawić warunek, iż bez określonych postanowień umowy nie zawrze), to tym bardziej może to uczynić, zanim wykonawca przedstawi mu własne rozwiązania w tym zakresie, w postaci przedmiotowej umowy.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż działania Zamawiającego w zakresie kształtowania treści umów zawieranych przez wykonawców z podwykonawcami nie mogą być oceniane w aspekcie naruszenia przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Hipotezą powołanego przepisu objęte są następujące okoliczności: działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami

oraz działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Brak zaistnienia w niniejszym stanie faktycznym pierwszej z wymienionych przesłanek powoduje, że sformułowany zarzut należy ocenić jako bezprzedmiotowy.

Przedmiotem dalszej oceny, w aspekcie naruszenia przepisu art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c., są postanowienia kontraktu dotyczące kar umownych. Na wstępie należy zwrócić uwagę, iż 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. Zwiera w sobie wówczas element niejako represyjny.” (W. Czachórski: „Zobowiązania”, str. 249). Przedstawione twierdzenie stanowi punkt wyjścia do oceny wysokości zastrzeżonej kary. Zdaniem Izby, o karze rażąco wygórowanej w okolicznościach niniejszej sprawy możemy mówić w sytuacji, w której jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do wykonania zamówienia, stanowiąc dla Zamawiającego przyczynek do wzbogacenia się. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, zastrzeżone kary umowne nie wykazują cech niezmiernie wygórowanych. Po pierwsze, należy zauważyć, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest ogromne przedsięwzięcie inwestycyjne realizowane w okresie 24 miesięcy, które Zamawiający zobowiązany jest nadzorować. Sprawowanie nadzoru jest niemożliwe bez dysponowania dokumentami przedstawionymi i sporządzonymi przez wykonawcę. Ponadto, brak przedmiotowych dokumentów powoduje brak możliwości realizacji obowiązków zamawiającego wynikających z SIWZ, czy też Ogólnych Warunków Kontraktu („czerwony” FIDIC), co implikuje dalsze czynności w toku realizacji zamówienia, a w konsekwencji wpływa na czas jego realizacji. Z tych względów należy uznać, iż zastrzeżenie kary umownej w wysokości 2 000 PLN za każdy dzień zwłoki z powodu przekroczenia terminu przekazania: harmonogramu, raportu, projektu umowy z podwykonawcą oraz szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych, jest uzasadnione. Miesięczne raporty o postępie pracy oraz harmonogram stanowią element bieżącej kontroli realizacji zamówienia przez zamawiającego. Jakikolwiek przekroczenia terminów zakreślonych w Subklauzulach 4.21 i 8.3 powodują, że Zamawiający utraci nie tylko możliwość sprawowania skutecznego nadzoru, ale również będzie pozbawiony wiedzy co do wielu zdarzeń wynikłych w toku realizacji zamówienia, także tych mających wpływ na postęp pracy. Ponadto, przekazanie harmonogramu ze znacznym opóźnieniem w określonym zakresie zmniejsza jego znaczenie dla Zamawiającego, co jest zjawiskiem niepożądanym. Trudno sobie wyobrazić, żeby zamawiający nie oczekiwał comiesięcznych informacji na temat postępu prac i porównania faktycznego i planowanego postępu robót (ze szczegółami wszelkich wydarzeń i okoliczności, które mogłyby zagrozić ukończeniu robót zgodnie z kontraktem oraz środków

przedsięwziętych w celu zapobieżenia opóźnieniom), fotografii przedstawiających stan zaawansowania robót, kopii dokumentów zapewnienia jakości, wyników prób i atestów materiałów. Przekazanie zaś tych harmonogramów z opóźnieniem powoduje, że wykonywanie kontroli jest bardzo utrudnione i nie pozwala na natychmiastowe reagowanie w sytuacjach kryzysowych. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę obszerność i czasochłonność sporządzenia tego dokumentu, 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 przygotowanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych. Natomiast, co do raportu i projektu umowy z podwykonawcą podkreślenia wymaga fakt, że nieterminowość wykonania obowiązków przez wykonawcę może wpłynąć na termin realizacji zamówienia. Skoro bowiem wykonawca w ciągu 28 dni od powiadomienia o dacie rozpoczęcia robót jest zobowiązany przedstawić harmonogram, a Inżynierowi w ciągu 21 dni od otrzymania tego harmonogramu będzie przysługiwać prawo do zweryfikowania harmonogramu, to oznacza to, że realizacja obowiązków wykonawcy pozostaje w korelacji z wykonaniem obowiązków przez Zamawiającego. Dopóki bowiem wykonawca nie spełni ciężących na nim obowiązków, dopóty zamawiający nie będzie mógł zrealizować swoich uprawnień. Powyższe uwagi dotyczą również projektów umów zawieranych przez wykonawców z podwykonawcami, dla których wymagana jest zgoda Zamawiającego. Przedłożenie projektu 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. Nieterminowość w dostarczaniu dokumentów harmonogramu i przedmiotowej umowy grozi zaburzeniem toku realizacji zamówienia, a w konsekwencji wpływa na czas wykonania zamówienia, stąd nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego się, iż zastrzeżone kary dotyczą nieistotnych zdarzeń. Waga tych dokumentów i negatywne skutki ich nieterminowego przekazania uzasadniają pogląd, iż zastrzeżona kara nie jest rażąco wygórowana, a ma jedynie charakter motywujący.

W odniesieniu do kary zastrzeżonej za wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia robót, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu oraz z powodu braków w oznakowaniu lub wykonania oznakowania z nienależytą starannością stwierdzić należy, że z pewnością w tym zakresie nie można mówić o drobnych uchybieniach, jak chciałby tego Odwołujący się. Nie można marginalizować i umniejszać rangi czynności, których skutki wywierają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego. Wadliwe oznakowanie organizacji ruchu stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi korzystających z dróg publicznych, stąd też znaczenia tych czynności nie można przecenić.

Oczywistym jest, iż w toku realizacji tak 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, jak i wszystkich inwestorów 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. Z doświadczenia życiowego wiadomo jednakże, 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.

Postanowienie, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody jest wyrazem tradycyjnego poglądu prezentowanego w doktrynie co do relacji między karą umowną a szkodą. Zwolennicy tego poglądu stoją na stanowisku, iż 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 się, iż przedmiotowe postanowienie wyłącza możliwość, po stronie wykonawcy, wystąpienia z roszczeniem o zmniejszenie kary umownej, na podstawie art. 484 § 2 k.c. Kwestionowane postanowienie ma bowiem 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.

W zakresie oceny postanowień Subklauzuli 4.4 przez pryzmat przepisu art. 58 § 2 k.c. stwierdzić należy, że Izba nie podziela opinii Odwołującego się, iż wskazanie przez Zamawiającego postanowień umowy, które mają znaleźć odzwierciedlenie w umowie zawieranej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, czy też sformułowanie zakazu umieszczania pewnych postanowień w powołanej umowie nie narusza zasad współzycia

społecznego. Nie sposób uznać obowiązku informacyjnego wykonawcy jako sprzecznego z zasadami współzycia społecznego. Podobnie należy ocenić sformułowany wobec wykonawcy obowiązek, w postaci skonkretyzowania katalogu zdarzeń, które będą stanowić podstawę do odstąpienia przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą. Zamawiający poprzez nałożenie takiego obowiązku dał wyraz temu, iż jest zainteresowany trwałością stosunku zobowiązaniowego łączącego wykonawcę z podwykonawcą, która to trwałość przekładać się będzie na realizację zamówienia. Jeśli idzie zaś o postanowienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom w sytuacji, gdy nie dokona tej zapłaty w terminie wynikającym z umowy z podwykonawcą, to nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego się, iż Zamawiający dokona zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy według cen wynikających z kosztorysu ofertowego wykonawcy. Jak wynika bowiem z pkt e analizowanej Subklauzuli podstawą zapłaty będzie kwota wynikająca z faktury zaakceptowanej przez wykonawcę. Kwestionowane zastrzeżenie ma jedynie to znaczenie, że gdyby kwota wynikająca z faktury była wyższa niż kwota należna wykonawcy, z uwzględnieniem cen wynikających z kosztorysu ofertowego, to Zamawiający zapłaci kwotę nie wyższą niż tą, którą otrzymałby wykonawca. Powyższe postanowienie ma bowiem zabezpieczyć Zamawiającego przed roszczeniami podwykonawców przewyższającymi zobowiązanie Zamawiającego względem wykonawcy. Jeśli idzie zaś o zakaz zawierania w umowie z podwykonawcą postanowień uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę od wykonawcy przejściowego świadectwa płatności i kwoty zabezpieczenia od wystąpienia tych okoliczności po stronie wykonawcy, stwierdzić należy, iż proponowane regulację stanowią zabezpieczenie interesów podwykonawców, którzy ze względu na swoją słabą pozycję ekonomiczną względem wykonawców narażeni są na nie licujące z dobrymi obyczajami kupieckimi działania ze strony wykonawców. Nie ma również uzasadnienia, aby podwykonawca był uzależniony od warunków, które dotyczą wykonawcy. Podwykonawca nie ma bowiem bezpośredniego wpływu na uzyskanie przez wykonawcę przejściowego świadectwa płatności, czy też zwrotu zabezpieczenia, tym bardziej, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za realizację zamówienia jako całości, zaś podwykonawca realizuje jedynie pewien zakres zamówienia i nie ma wpływu na realizację obowiązków wykonawcy, których wykonanie przekłada się na uzyskanie świadectw płatności, czy też zwrotu zabezpieczenia. Powyższe postanowienia nie dają żadnych podstaw, żeby twierdzić, iż wykonawcy zmuszeni są do niekorzystnych rozporządzeń i zaciągania niekorzystnych zobowiązań wobec osób trzecich, ograniczeni są natomiast w możliwości kreowania niekorzystnych dla podwykonawców postanowień umowy, które nie są uzasadnione względami prawnymi, ani faktycznymi, a stanowią jedynie wykorzystanie silnej pozycji ekonomicznej (czy wręcz dominującej) w danym segmencie rynku. Zaś, sam fakt ingerowania przez Zamawiającego w treść stosunku zobowiązaniowego łączącego

wykonawcę z podwykonawcą również nie może być uznany za sprzeczny z zasadami współżycia społecznego skoro ma na celu ochronę interesów (w ujęciu słusznościowym) podmiotów odpowiedzialnych za realizację zamówienia z jednoczesną ochroną interesu publicznego.

Czynność zastrzeżenia kar umownych nie może być postrzegana w kategoriach niezgodności z zasadami współżycia społecznego. Powszechnie akceptowalne są tego rodzaju rozwiązania, które za pomocą środków prawnych, przyczyniają się do faktycznej realizacji zobowiązania. Doświadczenie życiowe pokazuje również, iż oczekiwania społeczne są takie, po wielu negatywnych wrażeniach, jakich doświadczyli uczestnicy ruchu drogowego, żeby kary umowne służyły do wyeliminowania patologii, występujących na rynku budowy dróg się obserwuje (związane z wykonawstwem, terminowością, usuwaniem usterek). Jednakże, aby taką rolę spełniły niezbędne jest ustalenie jej w odpowiedniej wysokości. W niniejszym stanie faktycznym, w tym zakresie, reguły rozsądku i słuszności nie zostały przekroczone.

Ocena działań Zamawiającego w aspekcie przepisu art. 5 k.c. sprowadza się do stwierdzenia, czy zachowanie to jest zgodne z kryteriami określonymi we wskazanym przepisie.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej wykonywanie prawa podmiotowego w postaci wpływania na treść umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcą nie pozostaje w sprzeczności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Ochrona interesów podwykonawców, którzy są uczestnikami procesu budowlanego i którzy mają realny wpływ na realizację zamówienia publicznego jest jak najbardziej pożądana i stanowi urzeczywistnienie zasady słuszności. Jednocześnie przedmiotowa regulacja daje wyraz dążeniu przez Zamawiającego do zachowania równowagi pomiędzy interesem społecznym a zabezpieczeniem praw zarówno po stronie wykonawców, jak i podwykonawców.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na niedopuszczalność powoływania się na nadużycie prawa podmiotowego, która jest powszechnie przyjęta na tle art. 484 k.c. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, zgodnie stoją na stanowisku, że kara umowna należna na podstawie art. 484 § 1 k.c. może być obniżona wyłącznie w razie spełnienia przesłanek z kolejnego paragrafu, tj. w razie wykonania w znacznej części zobowiązania lub gdy kara jest rażąco wygórowana (T. Justyński: Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000, str. 89, wyrok SN z dnia 8 listopada 1985 r., III CRN 343/85, OSNC 1986, nr 10, poz. 161, wyrok SN z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 109). Oznacza to, że kryteria, którymi posługuje się przepis art. 5 k.c. nie dają podstawy do korygowania wysokości kar umownych, jedynymi przesłankami wpływającymi na ich obniżenie mogą być te, wymienione w art. 482 § 2 k.c.

Zarzut naruszenia przepisu art. 647 k.c. jest bezprzedmiotowy. Zwrócić należy bowiem uwagę, iż zarzut dotyczący ustanowienia limitów wypłaty wynagrodzenia z przyczyn dotyczących Zamawiającego został uwzględniony przez Zamawiającego.

W kwestionowanych postanowieniach Izba nie dopatrzyła się również naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi postawione przez Zamawiającego w żaden sposób nie uprzywilejowują żadnej grupy wykonawców. Każdy z wykonawców musi spełnić identyczne warunki udziału w postępowaniu i każdy według takich samych zasad zobowiązany jest przygotować ofertę.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania, uznając je za uzasadnione, koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, w kwocie 3 600, 00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:

.....

.....