Sygn. akt: KIO 2085/18

Wyrok
z dnia 29.10.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Emil Kawa
Magdalena Grabarczyk
Ernest Klauziński
Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.10.2018 r. przez wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce**w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T. Boya Żeleńskiego 19A, 35-105 Rzeszów**
przy udziale **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postepowania obciąża odwołującego wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** i zalicza w poczet kosztów postepowania kwotę 20 000,00(dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący……..……..
……..
……..

Sygn. akt. KIO 2085/18

UZASADNIENIE

Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie ul. T. Boya - Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów, dalej zwany „Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj" dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności dla całości odcinka od km 17+432 do km 31+000 (etap III) oraz robót budowlanych na odcinku od km 25+150 do km 31+000 w ramach zadania pn.: „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław - Bełżec na odcinku od miejscowości Zapałów do miejscowości Oleszyce".*

Postępowanie jest na etapie składania ofert po podaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

Wykonawca Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, dalej zwany „Odwołującym" po zapoznaniu się z treścią w dokumentów wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności opisu wymagań i ustaleń w zakresie kar umownych podanych w SWZ.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp, oraz art. 5 i 353^1 Kodeksu cywilnego, a także art. 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP oraz 29 i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Pomimo podniesienia kilkunastu zarzutów to jednak wszystkie mają wskazana praktycznie taką samą podstawę prawną. Izba uznała za niezasadne osobne prezentowanie zarzutów o takiej samej podstawie prawnej przy równoczesnym ich powtarzaniu na etapie merytorycznej oceny przez Izbę.

Wskazać należy, że Odwołujący zarzucił naruszenia wskazanych powyżej przepisów w zakresie Warunków Szczególnych Kontraktu odnoszących się do:

-postanowienia znajdującego się w Subklauzuli 1.12. (Poufne szczegóły) - pkt (i)
-postanowienia znajdującego się w Subklauzula 4.1 (Ogólne zobowiązania Wykonawcy) ppkt. b) pkt (ii)
-postanowienia znajdującego się w Subklauzuli 18.2 (Ubezpieczenie Robót i Sprzętu Wykonawcy) —pkt (iii)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.7 -pkt (iv)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.7.pkt (v)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.7.(pkt vi)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.1.(pkt vii)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.7.(pkt viii)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.3.(pkt ix)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 8.7. (pkt x)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 11.1 . (pkt xi)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 10.1.(pkt xii)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - brak określonej Subklauzuli. (pkt xiii)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 11.1. (pkt xiv)
-postanowienia znajdującego się w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu - odnośnie Subklauzuli 11. (pkt xv)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości wskazując, że podniesione zarzuty są bezzasadne. Stanowisko Zamawiającego z zakresie przedstawionych zarzutów zostanie przedstawione łącznie z przedstawieniem konkretnego zarzutu i żądania Odwołującego.

Za Przystępującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa, nikt się nie stawił, nie zostało też złożone stanowisko Przystępującego na piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane nie jest zasadne i dlatego podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, chociaż należy zaznaczyć, że interes ten nie został wykazany w stopniu wystarczającym, co po części miało także wpływ na treść orzeczenia Izby. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Wskazać należy, że Odwołujący oddzielnie odniósł się do pierwszych trzech zarzutów, a następnie w sposób zbiorczy przedstawił argumentację mającą uzasadniać zasadność zarzutów wskazanych pod poz. IV – XV.

Odwołujący w zakresie zarzutu pierwszego zarzucił Zamawiającemu niezasadne ograniczenie prawa Odwołującego do posługiwania się dokumentami postępowania ustalając wymóg, aby „*Wykonawca będzie traktował szczegóły Kontraktu jako służbowe i poufne, tak dalece jak mu na to pozwala wypełnienie jego zobowiązań według Kontraktu i przestrzeganie stosownych praw. Wykonawca nie będzie publikował lub pozwalał na publikowanie, ani ujawniał żadnych szczegółów Robót w żadnym periodyku zawodowym czy technicznym lub gdziekolwiek indziej, bez uprzedniej zgody Zamawiającego. W odniesieniu do stron trzecich będzie traktował szczegóły Kontraktu jako poufne, z wyjątkiem takiego zakresu jaki może być konieczny do wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu lub zastosowania do nich obowiązujących praw. Wykonawca nie będzie publikował, ani zezwalał na publikowanie lub ujawnienie jakichkolwiek szczegółów dotyczących robót w żadnym wydawnictwie technicznym, bez uzyskania zgody Zamawiającego* ".

Wobec powyższego wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia tego postanowienia subklauzuli 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu lub ewentualnie zmianę w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie:

„Wykonawca zapewni przestrzeganie stosownych praw, co do szczegółów Kontraktu stanowiących informacje poufne w rozumieniu odpowiednich przepisów ".

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wniósł o jego oddalenie podając, że Odwołujący nie wskazał na czym polega w tym przypadku „ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji".

Wskazał, że Zamawiający bez udzielenia swojej zgody nie pozwala wykonawcy na dokonanie określonych w tej klauzuli czynności. W ten sposób zamawiający sprawuje kontrolę nad przepływem informacji, a także dostępem do informacji które mogą korzystać z ochrony prawnej przewidzianej prawem autorskim. Zamawiający kupując projekt nabywa prawa autorskie do prac projektowych, tym samym technologii wykonania i wszystkich pól eksploatacji, zgodnie z ustawą o prawie autorski i prawach pokrewnych. Dodał, że Odwołujący nie wskazał na czym polega utrudnianie uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy każdy z potencjalnych wykonawców posiada takie same informacje.

Izba powyższy zarzut uznaje za niezasadny. Nie zostało w jakikolwiek sposób wykazane, że takie postanowienie ma wpływ na ograniczenie prawa wykonawcy kontraktu do możliwość korzystania przez niego z pomocy przy realizacji np. kancelarii prawnej, biur rachunkowych itp. Ponadto niewątpliwym jest, że zakres objętym poufnością jest wąski i dotyczy przede wszystkim ochrony praw autorskich do których treści, będzie przy wykonywaniu zamówienia dopuszczony tylko wykonawca realizujący zamówienie. Nie zostało wykazane, że powyższe ograniczenie w jakikolwiek sposób narusza konkretny przepis prawa i stanowi utrudnienie dla wykonawcy przy założeniu konkurencyjnej oferty i realizacji zamówienia. Stanowisko Izby uzasadniają także postanowienia subklauzuli, gdzie wskazano, że nie ulega wątpliwości, że dane ustawowo jawne nie mogą stanowić jednocześnie informacji poufnych. Zamawiający w tym kontekście wskazał na użyte w tej klauzuli sformułowania

„ (...) tak dalece jak mu na to pozwała wypełnienie jego zobowiązań według Kontraktu i przestrzeganie stosownych praw (...)"

oraz „ W odniesieniu do stron trzecich będzie traktował szczegóły Kontraktu jako poufne, z wyjątkiem takiego zakresu jaki może być konieczny do wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu lub zastosowania do nich obowiązujących praw". „Stosowne" i „obwiązujące" prawa to między innymi Prawo zamówień publicznych, ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy prawa i obowiązki wynikające z Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

W zarzucie drugim Odwołujący zarzucił Zamawiającemu użycie w subklauzuli 4.1. ppkt, b) Warunków Szczególnych Kontraktu niedookreślonego zwrotu : „*lub względy praktyczne"* wnosząc o jego wykreślenie.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut podniósł brak wykazania naruszenia możliwości konkurowania wykonawców, a także wskazał, że biorąc pod uwagę doświadczenie jakie zdobył podczas realizowania licznych kontraktów wskazuje, że treść tej klauzuli jest zgodna z realiami realizowanych inwestycji (żądania nadzoru budowlanego weryfikacji dokumentów przez weryfikatorów niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie od WINB). Zapis ten nie jest związany z opisem przedmiotu zamówienia bowiem opis przedmiotu zamówienia w tej inwestycji o którym mowa w art.31 Pzp (program funkcjonalno-użytkowy) wynika z warunków realizacji.

Izba uznaje stanowisko Zamawiającego za zasadne i tym samym przedmiotowy zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił niezasadne ujęcie w postanowieniu „b) subklauzuli 18.2 Warunków Szczególnych Kontraktu wymagania objęcia ubezpieczeniem wartości wyższej niż kwota kontraktowa tj.*„kwotę wyższą o 15 % od kwoty jaka może być wymieniona w Warunkach Szczególnych, przeznaczoną na pokrycie dodatkowych bezpośrednich lub pośrednich kosztów związanych z naprawą strat lub szkód, wliczając w to honoraria i koszty rozbiórki i usunięcia danej części Robót oraz usunięcia wszelkiego rodzaju gruzu."*, wnosząc o wykreślenie takiego postanowienia.

W uzasadnieniu podał, że żądanie wyższej o 15 % kwoty wymienionej w Warunkach Szczególnych, będzie powodowała sytuację, iż żaden Wykonawca nie będzie mógł uzyskać polisy zawierającej w pełni oczekiwania Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił stanowisko, iż wymaganie postawione przez Zamawiającego

posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia wysokości 115 % jego wartości jest powiązana z jasno określonym w umowie obowiązkiem wykonawcy - odnosi się do klauzuli 18.2 Szczególnych warunków umowy w powiazaniu z subklauzulami 4.22, 4.23. Zgodnie z wiedzą posiadaną przez Zamawiającego uzyskanie takiego ubezpieczenia nie jest działaniem nadmiernym i pociągającym za sobą nadmierne koszty po stronie Wykonawców.

Izba oddaliła przedmiotowy zarzut, gdyż nie zostało wykazane przez Odwołującego, że brak jest możliwości pozyskania takiego ubezpieczenia. W tym zakresie Zamawiający przedstawiłna rozprawie jako dowód polisy ubezpieczeniowe z innych prowadzonych postępowań wykazując, że brak jest jakichkolwiek przeszkód w uzyskaniu takiego ubezpieczenia przewyższającego o 15% wartość kontraktu. Tym samym nie zostało wykazane, aby taki wymóg powodował negatywne konsekwencje dla wykonawców w szczególności uniemożliwiając złożenie ofert z powodu niemożliwości uzyskania takiej polisy ubezpieczeniowej. Niewątpliwie wyższa kwota ubezpieczenia stanowi dodatkowy koszt wykonywania zamówienia, ale jest to koszt możliwy do jednoznacznego określenia jego wysokości, który wykonawca może wliczyć w koszt ceny ofertowej.

Pozostałe podniesione zarzuty odwołania tj od IV do XV dotyczą kar umownych, których możliwość naliczenia w postanowieniach SIWZ ustalił Zamawiający. Wskazać należy, że argumentacja Odwołującego, a także po części i Zamawiającego w zakresie tych zarzutów została przedstawiona w sposób zbiorczy. Powyższe zdaniem Izby determinuje potrzebę przedstawienia zarzutów i żądań od (IV do XV) 4 – 15 wraz z łączą argumentacją stron w tym zakresie.

Wskazać należy, że w zakresie powyższych zarzutów oraz wskazanych żądań Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

4)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez zmianę treści postanowienia:

„Kara umowna za nieterminowe (zwłokę) rozpoczęcie robót - 1 % wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie/ harmonogramie/ SIWZ Przez pojęcie zwłoka należy rozumieć upływ wyznaczonego terminu do rozpoczęcia robót budowlanych."

I nadanie mu treści:

„Kara umowna za zwłokę w rozpoczęcie robót - 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie."

5)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Kara umowna za niekontynuowanie/niezrealizowanie przedmiotu umowy przez okres 7 dni pomimo pisemnych wezwań Zamawiającego - 1% wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień niekontynuowania/niezrealizowania przedmiotu umowy licząc od dnia wyznaczonego w piśmie."

lub ewentualnie zmianę w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie:

„Kara umowna za niekontynuowanie wykonania robót z przyczyn zależnych wyłącznie od Wykonawcy przez okres przekraczający 7 dni pomimo pisemnych wezwań Zamawiającego - 0,05% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień niekontynuowania wykonania robót licząc od dnia wyznaczonego w piśmie Zamawiającego."

6)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez zmianę treści postanowienia:

„Kara umowna za nieterminowe wykonanie/zakończenie robót lub jakiegokolwiek etapu robót (np. etapu remontów cząstkowych) Zakończenie robót stwierdza się wpisem do Dziennika Budowy, a następnie w Protokole odbioru końcowego robót. Terminem wykonania danego etapu jest data podpisania przez obie strony protokołu odbioru częściowego – 1 % wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie/ harmonogramie/ SIWZ".

I nadanie mu treści:

„Kara umowna za zwłokę w zakończeniu robót – 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie."

7)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez zmianę treści postanowienia:

„Nieterminowe przejęcie/przekazanie placu budowy - 1 % wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych) za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie/ harmonogramie/ SIWZ"

I nadanie mu treści;

„Kara umowna należna Wykonawcy w przypadku zwłoki Zamawiającego w przekazania placu budowy - przejęcie/przekazanie placu budowy - 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie.

Kara umowna należna Zamawiającemu w przypadku zwłoki Wykonawcy w przejęciu placu budowy - przejęcie/przekazanie placu budowy - 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie."

8)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Opóźnienia w związku z niewykonywaniem umowy zgodnie z terminami umownymi zwłaszcza zawartymi w harmonogramie 10 % wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie
w górę do pełnych stu złotych) niezależnie od wartości robót niewykonanych."

9)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Niewykonanie robót na wartość przewidzianą w zatwierdzonym harmonogramie finansowym na dany rok - 10 % wynagrodzenia brutto przewidzianego na dany rok (zaokrąglenie
w górę do pełnych stu złotych) niezależnie od wartości robót niewykonanych."

lub ewentualnie zmianę w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie:

„Niewykonanie przez Wykonawcę robót z przyczyn zależnych wyłącznie od Wykonawcy na wartość przewidzianą w zatwierdzonym harmonogramie finansowym na dany rok - 1 % wynagrodzenia brutto niewykorzystanego w danym roku wynagrodzenia zgodnie z harmonogramem finansowym."

10)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Niewykonywanie/niewykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami - 10 % wynagrodzenia umownego brutto (zaokrąglenie w górę do pełnych stu złotych)"

11)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez zmianę treści postanowienia:

„Stwierdzenie opóźnień w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji/rękojmi - 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad"

I nadanie mu treści:

„Kara umowna za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji/rękojmi- 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu wyznaczonego w umowie."

12)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Zgłoszenie do odbioru wykonanych robót lub zgłoszenia usunięcia wad/usterek które faktycznie nie zostały wykonane lub zakończone - 0,5% wartości kwoty umownej brutto"

13)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Niewykonywanie lub niewykonanie lub nienależyte wykonywanie lub nienależyte wykonanie lub niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań - niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu umowy. Poprzez określenie „niedbałe" należy rozumieć wykonywanie przedmiotu umowy w szczególności: „byle jak, na odczepnego, niedobrze, niefachowo, niestarannie, źle, niechlujnie, niedokładnie, lekceważąco, obcesowo, brudno, niehigienicznie, nieobowiązkowo, nieporządnie, nieprofesjonalnie, nierzetelnie, niesumiennie, nieuważnie, powierzchownie ,tandetnie, niesolidnie, partacko".

14)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Wystąpienie zwłoki w usunięciu wad - 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki; Przez pojęcie zwłoka należy rozumieć upływ wyznaczonego terminu do usunięcia wad."

15)nakazanie Zamawiającemu zmiany w Załączniku do Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez skreślenie postanowienia:

„Kara umowna z tytułu zwłoki za nieterminowe usunięcie wad - 1000 zł za każdy dzień zwłoki lecz nie więcej niż 50 % Ceny Kont"

Odwołujący w zbiorczym uzasadnieniu ww. zarzutów podał, że jego zdaniem zasadnym jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c, 3531 k.c. i 58 k.c. Kwestionowane niniejszym odwołaniem działanie Zamawiającego wymaga stanowczej krytyki. Odwołujący sprzeciwia się nadużywaniu przez Zamawiającego swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców zupełnie nieproporcjonalnymi i nieuzasadnionymi karami oraz ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Odnosząc się do szerokiego orzecznictwa zarówno sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej podał, że niezasadnym jest przyjmowanie stanowiska iż fakt, że umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem „wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty", (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08). Wskazał, że o ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy, jedyną formą „negocjacji" jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący dodatkowo przed złożeniem niniejszego odwołania zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o modyfikację projektu umowy w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (analogiczne zapisy umowne) poprzez dokonanie stosownych zmian w zakresie kwestionowanych postanowień, przy czym do dnia wniesienia odwołania pismo pozostało bez odpowiedzi.

Podniósł, że w realiach naszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Dodać też należy, że umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353^1 k.c. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na treść zasad współżycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też umowach w sprawie zamówień publicznych.

Wskazał na wyrok KIO z 19.12.2016 gdzie Krajowa Izba Odwoławcza, gdzie Izba wskazała, że „obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą". (KIO 2280/16,LEX nr 217409).

Podkreślił, że odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. Przywołując się na kolejno przywołane orzeczenia KIO stwierdził, iż zgadza się z standardową praktyką jaką jest zastrzeganie przez zamawiających w kontraktach kar umownych. Jeżeli kary umowne zostały zastrzeżone, a zamawiający wydatkuje środki publiczne, jest uprawniony do naliczenia kar umownych oraz domagania się ich zapłaty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednak dokonał opisu poszczególnych kar umownych - jakoby kopiując zapisy penalizujące z wielu różnych umów. W takim odniesieniu doszło do powtórzenia kar z tego samego tytułu i de facto chaotycznej systematyki treści umowy.

Obowiązkiem zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy, które wpływają na szacowanie przez wykonawcę ryzyka związanego z jej wykonaniem. Postanowienia umowy powinny zostać określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.

Zwrócił uwagę iż w orzecznictwie sądowym dominuje pogląd, iż rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, LEX nr 341635, oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, LEX nr 81615), Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Reasumując swoje stanowisko w sprawie tej grupy podniesionych zarzutów podkreślił, że jednostronne kształtowanie postanowień umownych przez zamawiających ma niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych oraz konkurencyjność. Określanie przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny.

Zamawiający w ogólnym odniesieniu do zarzutów i żądań wskazanych w pkt 4 -15 wskazał na szereg orzeczeń KIO mających uzasadniać jego stanowisko odnośnie zarzutów odwołania i podał, że Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy i tym samym ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zabezpieczyć ten interes społeczny zastrzegając możliwość naliczenia kar umownych dla niesolidnego wykonawcy.

Podał, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez Odwołującego nie prowadzą w żaden sposób do wykazania, że zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust.1 Pzp. .Odwołujący przywołując naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp skoncentrował się na zasadach uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców - w związku z kwestionowanymi postanowieniami dotyczącymi kar umownych.

Zamawiający podkreślił, że stoi na stanowisku, że nie uchybił zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał wszystkie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty i wyliczenie ceny oraz środki służące do weryfikacji treści oferty - czyli sposób oceny. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiejkolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc także stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia. Zamawiający wskazuje, w tym kontekście, że wszyscy potencjalni wykonawcy są w tej samej sytuacji, posiadają jednakową wiedzę na temat treści SIWZ i żaden z nich nie jest dyskryminowany.

W opinii Zamawiającego Odwołanie nie wskazuje w jaki sposób Zamawiający nierówno traktuje potencjalnych wykonawców oraz w jaki sposób zakłóca mechanizm wolnej i uczciwej konkurencji, ogranicza dostęp do zamówienia dla nieoznaczonej grupy wykonawców, którzy mogliby wykonać przedmiotowe zamówienie z pozytywnym skutkiem. Odwołujący wprawdzie powołuje się na naruszenie w prowadzonym postępowaniu art. 7 ust. 1 Pzp, ale z treści wywodów wynika, że chodzi o równowagę między Zamawiającym a Wykonawcą w zakresie wzajemnych relacji.

Podniósł, że jego zdaniem Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353^1 k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien uwzględnić wszystkie zobowiązania zobowiązań i wynikające z nich ryzyko i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Podniósł, że w odpowiedzi na stawiane mu zarzuty co do niezasadności ustaleń w zakresie kar umownych pragnie przytoczyć założenia, którymi kierował się formułując kwestionowany katalog kar umownych. Poglądem ugruntowanym w orzecznictwie jest fakt, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania przetargowego i to na jego barkach spoczywa takie ukształtowanie postanowień umowy aby odpowiadały one potrzebom i wymaganiom zgodnym z celem zamówienia. W związku z tym, to właśnie Zamawiający jest zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należycie zabezpieczą jego interes, a tym samym interes publiczny. W ocenie Zamawiającego kary umowne są zabezpieczeniem interesu publicznego przed nierzetelnymi wykonawcami.

Zamawiający formułując SIWZ miał na uwadze ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która akceptowała prawo instytucji zamawiającej do obwarowania umowy o zamówienie publiczne karami umownymi nakładanymi na wykonawcę. Wskazał między innymi na kwestię, że Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy (vide wyrok z dnia 29 stycznia 2014 r. o sygn. KIO 69/14).

Podniósł, że kary umowne nie będą naliczane w przypadku, gdy nie zaistnieją ku temu przesłanki. W ocenie Zamawiającego oczywiste jest, że wykonawca nie może płacić kary umownej za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że kary umowne są stosowane przez Zamawiającego w ostateczności, kiedy wszystkie inne sposoby zmotywowania Wykonawcy do należytego i terminowego wykonania umowy zawiodą. Naliczenie kary umownej zwyczajowo poprzedzone jest korespondencją wskazującą uchybienie i nakazującą jego usunięcie pod groźbą naliczenia kary. Ponadto cykliczne spotkania na Radach Budowy również bywają poświęcone jakości świadczonych usług czy robót budowlanych.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że w wypadku naliczenia kary która w ocenie wykonawcy jest nie adekwatna do jego przewinienia, istnieje możliwość skierowania przez niego powództwa do Sądu Powszechnego o zmiarkowanie kary. Jednakże ta instytucja może być wykorzystana na etapie realizacji umowy, a nie na etapie prowadzenia postępowania przetargowego.

Odnosząc się do żądań zmniejszenia wysokości wskazanych kar umownych podał, że przy konstruowaniu kar umownych, nie przewiduje się miarkowania kar. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 K.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Żądanie dłużnika z powołaniem się na wymienione wyżej przesłanki może być jednak zgłoszone przed sądem, jeżeli wykonawca uznaje, iż zapłata kar umownych w pełnej zastrzeżonej w umowie wysokości byłaby niezasadna, gdyż zobowiązanie zostało w przeważającej części wykonane. Nie można też pomijać, iż zgodnie z art. 471 kc. dłużnik w ogólności może być zwolniony od kar za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, z tytułu czego kary zostały naliczone, było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Podkreślił, że Zamawiający prawidłowo zadbał o realizację inwestycji, dokonując jej zabezpieczenia nie tylko za pomocą odpowiedzialności kontraktowej przysługującej na mocy samych przepisów z art. 471 i następnych Kodeksu Cywilnego, ale także poprzez zastosowanie konstrukcji kary umownej,

wymagającej dla skuteczności jej dochodzenia dodatkowego postanowienia w treści umowy zawartej z Wykonawcą prac. Ponadto Zamawiający uczynił zastrzeżenie w postaci możliwości dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego kary umowne, do wysokości rzeczywiści poniesionej straty lub szkody. Należy również pamiętać, że każda ze stron przystępująca do umowy kieruje się własną korzyścią.

W dalszej argumentacji dotyczącej brak podstaw uwzględnienia danego zarzutu poprzez dokonanie jego zmiany lub skreślenia przedstawił argumentację zbieżną treściowo wskazując, iż wprowadzenie kar za dane niewykonanie zamówienia w określonej wysokości jest w pełni zasadne.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację obu stron postępowania Izba zważyła, że tak sformułowane zarzuty i żądania nie wykazują, że kwestionowana treść SIWZ uniemożliwia wykonawcy złożenia oferty oraz stanowinaruszenia przepisów prawa co do możliwości ustalania kar umownych. Izba nie znalazła w materiale dowodowym dowodu przeciwnego w powyższym zakresie i wobec tego uznała, że odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

Na wstępie zdaniem Izby wskazać należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jak każde oświadczenie woli podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Aby dokonać jednak tej wykładni trzeba wcześniej zdefiniować założenia na jakiej będzie ona oparta. Zasadniczą przesłanką interpretacji kwestionowanych treści postanowień SIWZ winno być przede wszystkim zachowanie konkurencji. Tym samym Interpretacja treści postanowień SIWZ nie powinna prowadzić do sytuacji, gdy warunki zamówienie spełniał będzie tylko jeden wykonawca, lub będą na tyle uciążliwe, że zainteresowanym udziałem w postepowaniu będzie bardzo ograniczony krąg wykonawców.

Podkreślić należy, że Izba rozpatrując zarzuty co od prawidłowego sformułowania treści SIWZ ocenia ich zasadność z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Tym samym istotny wpływ na uwzględnienie odwołania dotyczącego żądania zmiany treści SIWZ mają sformułowane przez Odwołującego żądania.

Ponadto za wyrokiem SO w Warszawie z 30 maja 2018 r sygn. akt XXIII Ga2057/17 wskazać należy, że aby odwołanie zostało uwzględnione to wpierw należy ustalić, że rozpatrzenie podniesionych zarzutów ma lub może mieć wpływ na wynik postepowania. W tym zakresie sąd wskazał, że punktem wyjścia dla oceny zasadności zarzutów jest norma opisana w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp dotycząca wpływu orzeczenia na wynik postepowania . Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ rozpatrywanych zarzutów na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto sąd wskazał, że warunkiem sine qua non uwzględnienia odwołania jest spełnienie przez odwołującego się wykonawcę materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W stanowisku sądu podkreślono, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest skonkretyzowany do określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. tego, w związku z którym środek ochrony prawnej jest wnoszony.

Wskazać należy także, że dla oceny zasadności zarzutów i żądań co do potrzeby zmiany treści konkretnych postanowień SIWZ istotne znaczenie ma treść odpowiedzi Zamawiającego, którą zdaniem Izby należy traktować jako wykładnie i wyjaśnienie treści danych postanowień SIWZ. Tym samym wskazane stanowisko, jest zdaniem Izby, wiążące dla Zamawiającego na każdym etapie danego postepowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe wskazania są wskazaniami istotnymi dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, gdyż w znacznej mierze miały wpływ na treść orzeczenia Izby.

Wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa zasad ustalania oraz wysokości kar umownych, które mogą zostać naliczone w przypadku nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Wobec powyższego w odniesieniu do kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne odnieść się trzeba do przepisów Kodeksu cywilnego. Kara umowna nie jest instytucją samodzielną, jest bowiem postanowieniem umownym, które strony mogą dobrowolnie zamieścić w umowie. Co do zasady, zastrzeganie kar umownych nie jest obowiązkowe i zależy wyłącznie od woli stron, a w szczególności od Zamawiającego, jako strony co do zasady decydującej o treści umowy która ma być zawarta na wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podstawowym przepisem w zakresie możliwości zastrzegania kar umownych jest przepis art. 483 § 1 K.c., z którego wynika, że można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Natomiast zasada swobody umów wynikająca z art. 353^1 Kodeksu cywilnego znajdująca zastosowanie także na gruncie ustawy Pzp, stanowi, iż strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

Według ukształtowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa kara umowna pełni funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, a także represyjne czyli prowadzące do zmniejszenia zysku wykonawcy poprzez zapłacenie kary umownej. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 30 listopada 2016 roku, sygn. akt I ACa 491/16).

Z powyższego można jednoznacznie wywieść, że Zamawiający ma możliwość formułowania w dowolny sposób postanowień dotyczących kar umownych regulujących zarówno wysokość jak i zakres przedmiotowy przewidywanych kar umownych. Wskazać należy, że podmiot dochodzący kary nie jest zobowiązany do wykazywania faktycznie poniesionej szkody, jej rozmiaru i związku pomiędzy zdarzeniem a szkodą. Jedyną przesłanką naliczenia kary umownej jest bowiem ziszczenie się postanowień zawartych w umowie, a więc np. wykonanie dzieła po terminie. W praktyce oznacza to, że zamawiający może dochodzić kary umownej nawet gdy wskutek działania wykonawcy nie doznał szkody.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny przedmiotowego odwołania wskazać należy, że Odwołujący jako podstawę swoich zarzutów i żądań wskazał na przepisy:

- art. 7 ust.1 i 3 Pzp. - w tym zakresie wskazać należy, że możliwość ustalenia w umowie kar umownych, a także określenie ich wysokości nie może być podstawą do uznania naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż każdy podmiot które weźmie udział w tym postepowaniu przetargowym będzie „narażony" na nałożenie na niego takich samych kar umownych. Również niezasadne jest przywołanie ust.3 art. 7 Pzp, gdyż przepis ten odnosi się do sytuacji udzielenia zamówienia, a więc zarzut z tego przepisu może być najwcześniej podnoszony, kiedy Zamawiający wskaże wykonawcę z którym zamierza zawrzeć umowę o wykonanie zamówienia. W tym przypadku mamy dopiero etap składania ofert, a więc trudno zasadnie wywieść naruszenia ust.3 ww. przepisu.

- art. 29 Pzp. - na wstępie oceny zasadności przywołanej podstawy prawnej odwołania wskazać należy, iż zarzut w tym zakresie jest co najmniej blankietowy, gdyż przepis ten jest bardzo rozbudowany, zawiera miedzy innymi sześć

ustępów z podziałem na punkty. Część treści tego przepisu w żaden sposób nie da się powiązać z przedmiotowym zamówieniem, a odwołujący nie wskazał, jaki konkretny przepis dokonanym opisem przedmiotu zamówienia miałby zostać naruszony. Ponadto Izba uznaje, że kwestionowane naruszenie art. 29 Pzp nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym, gdyż podniesione zarzuty dotycząca zasadności ustalenia i wskazanej wysokości kar umownych, a nie opisu przedmiotu zamówienia.
Podkreślić należy, że przedmiotowe zamówienie jest ujęte w formule ”zaprojektuj i wybuduj”, a podstawowymi jego elementami jest opracowanie dokumentacji projektowej i w oparciu o nią wykonanie zamówienia. To wykonawca w oparciu o sporządzony i zatwierdzony projekt budowlany sporządzi w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy harmonogram robót. (oczywiście w ramach wskazanych przez Zamawiającego założeń).
Powyższe ustalenie ma istotne znaczenie dla dalszej oceny zasadności kwestionowanej zasadności ustalenia kar umownych za niedotrzymanie terminów realizacji zamówienia, gdyż podkreślić należy, że to wybrany wykonawca przygotuje w oparciu o sporządzony projekt i pozwolenia (środowiskowe, ZRiD) harmonogram robót, które winny być wykonane zgodnie z tym harmonogramem i projektem.

Pozostałe wskazane przepisy tj. art. 471 i 473 § 1, 353^1 kc umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej.
Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia , bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 listopada 2003 r mającym moc zasady prawnej, sygn. akt III CZP 61/03. SN uznał, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Wskazać należy, że elementem przesadzającym o oddaleniu zarzutów odwołania przez Izbę była kwestia braku wykazania wpływu tak ustalonych kar umownych na możliwość złożenia oferty w postępowaniu, a także możliwość wykonania zamówienia. Odwołujący kwestionując fakt ustalenia kary i ich wysokości wskazywał, iż brak jest możliwości ustalenia z jakiej przyczyny i w jakiej wysokości kary mogą zostać naliczone wykonawcy. Podkreślił, ze powyższe miało powodować brak możliwości oszacowania ryzyka nieterminowego wykonania zamówienia, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty kwot kar, które wykonawca zapłaci.
Izba kwestionuje zasadność takiej argumentacji, związanej niewątpliwie z wykazywanym interesem wykonawcy o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Niewątpliwym jest, że cena ofertowa winna obejmować koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym także koszty ryzyka wykonania robót niedających się w pełni przewidzieć w kosztorysie ofertowym . Nie do zaakceptowania jest sytuacji, iż cena ofertowa będzie obejmowała z założenia, także należności wykonawcy z tytułu kar umownych. Zdaniem Izby kwestia naliczania kar umownych winna odnosić skutek w postaci zmniejszenie dochodowości wykonawcy z realizacji danego zamówienia, a nie stanowić zapłatę z puli środków zarezerwowanych na ten cel w cenie ofertowej, wliczonej w koszt wykonania zamówienia.

W zakresie wskazanego naruszenia przez Zamawiającego art. 5 kc Izba stoi na stanowisku, iż przywoływanie tego przepisu w zakresie działalności gospodarczej jak również w tym stanie faktycznym jest zupełnie niezasadne. Wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którymSąd wskazał, że norma zawarta w tym przepisie ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współżycia społecznego. Podkreślić należy także, że zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym stanie faktycznym chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Ustalenie możliwości naliczenia kar umownych dopuszczonych przez prawo nie może być uznawane za „sprzeczność z zasadami współżycia społecznego”.

Nawiązując do wskazanej w odwołaniu podstawy z art. zgodnie z art 353^1 k.c. wskazać należy, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Izba stoi na stanowisku, że samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień, przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. W tym przypadku takie okoliczności nie zostały w żadnej mierze wykazane. Przywołać należy także ww. argumentację, że zamówienie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj” i to wykonawca wskaże harmonogram prac, który następnie będzie realizował. Zakładanie, iż tak ustalony harmonogram robót będzie niewykonalny i wykonawca będzie musiał zapłacić kary za brak zrealizowania robót w określonych przez siebie terminach, jest całkowicie niezasadne.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o miarkowanie ustalonych kwot kar, Izba w tym zakresie akceptuje i uznaje za własne stanowisko Zamawiającego, iż kwestia miarkowania kar dotyczy etapu realizacji zamówienia i po naliczeniu konkretnej kary przez Zamawiającego. W powyższym zakresie, zdaniem Izby ustalona w SIWZ kara umowna mogłaby zostać uznana za wygórowaną wtedy, gdyby to strona żądająca zapłaty kary umownej przyczyniła się do powstania szkody.
Odwołujący oprócz wskazywania na niezasadność ustalenia wielości kar przez Zamawiającego podnosił także zarzut co do ustalonej ich wysokości, wnosząc o ich znaczne nawet dwudziestokrotne zmniejszenie. Odnosząc się do takich żądań Odwołującego Izba uznaje, że ustalona kara, aby miała znaczenie stymulujące, a więc mobilizujące wykonawców do prawidłowego i terminowego realizowania zamówienia nie może być karą symboliczną, jak o to wnosi Odwołujący w postawionych żądaniach. Wskazać należy za wyrokiem SA w Łodzi, który w wyroku z dnia 24 marca 2017 r. I ACa 1238/16 stwierdził,, iż o karze wygórowanej można mówić, gdyby Odwołujący wykazał, że jest to wygórowanie sięgające stopnia “rażącego”, a zatem niewspółmiernego do celów i założeń jakim ma służyć”. Tym samym samo powołanie się na

kwestie, iż dana wysokość kary jest niezasadna, a nawet wygórowana, nie jest argumentem na obniżenie jej wysokości już na etapie składania ofert. Również wskazywanie na nadmiernie obciążanie wykonawcy ryzykiem kontraktowym nie jest wystarczające do ingerencji KIO w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przyjęcie innego stanowiska byłoby uznaniem zasadności przyjęcia już na etapie konstruowania oferty, że wykonawca będzie opóźniał się z realizacją zamówienia, bądź będzie je wykonywał w sposób niezgodny z harmonogramem i projektem.

Reasumując, stanowiska stron postępowania zaprezentowane zarówno na piśmie jak i prezentowane na rozprawie Izba uznała, że odwołanie nie mogło być uwzględnione gdyż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał podstawowej kwestii, iż brak zmiany postanowień SIWZ w wskazanym zakresie uniemożliwi lub znacznie utrudni mu złożenie oferty, jak również treść kwestionowanych postanowień SIWZ narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Zdaniem Izby nie potwierdziło się naruszenie żadnego z przepisów przywołanych w odwołaniu, a tylko naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego może stanowić podstawę do postawienia zarzutów Zamawiającemu (art. 180 ust.3 Pzp) mogącego skutkować ich uwzględnieniem przez Izbę.

Podkreślenia wymaga także fakt, że wskazywanie przez Odwołującego na potrzebę miarkowania wysokości kar ustalonych przez Zamawiającego nie jest objęte zakresem kognicji Izby. Izba orzeka o zmniejszeniu wysokości kar, kiedy stwierdzi, że naruszają one zasady prawa zamówień publicznych, bądź ustalone kary są powiązane z nakazem takiego prowadzenia postępowania, że jego wykonanie bez możliwości uniknięcia zapłaty kary jest niemożliwe (np. ustalenie niemożliwego terminu realizacji danego zakresu zamówienia)

Pomimo oddalenia przedmiotowego odwołania, Izba na marginesie rozstrzygnięcia wskazuje na niektóre kwestie w zakresie ilości i wysokości ustalonych przez Zamawiającego, w tym postępowaniu kar umownych, mogących mieć znaczenie dla zachowania zasad i reguł prawidłowego funkcjonowania rynku zamówień publicznych.

Niewątpliwym jest, że ustalenie w tym postępowaniu możliwości naliczenia wykonawcy kar umownych za kilkanaście rodzajów zdarzeń mogących nastąpić w postepowaniu, jest zdecydowanie ilością nadmierną. Zamawiający musi mieć na względzie fakt, że postawienie tak restrykcyjnych wymagań nie przekłada się na wybór najkorzystniejszej oferty, jaka mogłaby być złożona w postępowaniu. Podstawową zasadą w zakresie udzielania zamówień publicznych jest takie ustalenie warunków podmiotowych i przedmiotowych, które umożliwi każdemu wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia wzięcie w nim udziału. Natomiast ustalenie tak restrykcyjnej polityki kar spowoduje – czego na rozprawie nie krył sam Zamawiający, umożliwia złożenie ofert tylko przez dużych wykonawców, którzy w sytuacji wystąpienia problemów z wykonywanie zamówienia, będą w stanie uiścić należności z tytułu kar bez obawy o możliwość dalszego funkcjonowania firmy. Podkreślić należy, że Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na możliwości dokonania wyboru wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować (odstraszać od złożenia ofert) przez wprowadzenie nadmiernych wymagań w zakresie kar umownych.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Zamawiający dla realizacji tego zamówienia wydatkuje środki publiczne. Wydatkowanie środków publicznych winno być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, jak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Zły dobór miar efektu wydatków publicznych prowadzi do złych wskaźników efektywności, co powoduje brak racjonalności w ich wydatkowaniu. Postawienie, (zgodnych z prawem), ale tak restrykcyjnych wymogów z reguły powoduje sytuację, iż zostają złożone oferty z wysoką ceną nie mającą uzasadnienia w faktycznych kosztach wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem dokonanym przez Zamawiającego.

Na powyższą sytuacje zwrócił uwagę Urząd zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym prawidłowości stosowania przez zamawiających kar umownych (https://noweprzetargi.pl/2018/04/Raport-kary_umowne_2018.pdf) stwierdził, że „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu.(…). Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia.

Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy".

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 22 maja 2018r. poz. 972 .)

Przewodniczący …….

……..

……..