

WYROK

z dnia 23 września 2021 roku
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w

Katowicach, ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048

Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów numer 1, 2 i 4;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie, ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP” postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II”, numer referencyjny: IREZA1.293.14.2021.u Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 lipca 2021 r., pod numerem 2021/S 141-376112. Zamawiający zamieścił dokumentację postępowania na stronie internetowej.

Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca Thales Polska sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 2 i 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 PZP - poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie wymagań Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowania innych, w związku z określeniem w SWZ wymogów stanowiących o obowiązku zastosowania urządzeń i systemów określonego typu dla kontroli niezajętości torów i rozjazdów, która ma się odbywać przy wykorzystaniu liczników osi bez elektroniki przytorowej, a tym samym niedopuszczenie innego rozwiązania w tym zakresie. Powyższe utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję oraz wprowadza nierówne traktowanie wykonawców oraz jest nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nieproporcjonalne do jego celów.

2) art. 99 ust. 2 i 4 oraz ust. 5 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 PZP - poprzez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. określenie w SWZ obowiązku, polegającego na tym, że dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować należy urządzenia typu CBL 2010, a przez to sformułowanie wymagań Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowania innych, a także poprzez wprowadzenie obowiązku zastosowania przy realizacji zamówienia urządzenia konkretnego producenta, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, a tym samym niedopuszczenie innych urządzeń. Powyższe utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję oraz wprowadza nierówne traktowanie wykonawców, a także jest nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia oraz nieproporcjonalne do jego celów.

3) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, z uwzględnieniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego („KC” lub „k.c.”) w zw. art. 5 KC - poprzez brak określenia limitu odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, tj. zgodnie z par. 28 ust.8 Warunków umowy ustanowieniu prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej, bez określenia limitu tej odpowiedzialności. To prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań i praktyk rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

4) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, z uwzględnieniem art. 353¹ KC w zw. art. 5 KC - poprzez określenie w par. 19 ust. 7 Warunków umowy uprawnienia Zamawiającego do żądania od Wykonawcy usunięcia z Placu budowy (lub spowodowania usunięcia) każdej osoby zatrudnionej przy wykonaniu zamówienia, której usunięcia zażąda Inżynier lub Zamawiający, bez sprecyzowania okoliczności uzasadniających takie żądanie. Powyższe prowadzi w istocie do braku jakiejkolwiek kontroli zasadności podejmowanych przez Zamawiającego decyzji o usunięciu osób wykonujących umowę i powoduje dezorganizację przy wykonywaniu umowy. Nadto prowadzi też do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, co

powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współzycia społecznego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ przez:

a) dokonanie w pkt 4.1.3) oraz 4.5.2) Projektu budowlanego zmiany poprzez wykreślenie w obu w/w postanowieniach słów "w wersji bez elektroniki przytorowej" 2) dokonanie w pkt 4.8) Projektu budowlanego zmiany poprzez wykreślenie ostatniego zdania, tj. określającego wymóg, że "Dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować urządzenia typu CBL 2010.", alternatywnie zmiany wskazanego punktu Projektu budowlanego poprzez dopuszczenie urządzeń równoważnych;

b) dokonanie w par. 28 ust. 8 Warunków umowy zmiany poprzez dodanie na końcu kolejnego zdania o treści „Odpowiedzialność Wykonawcy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100 % całkowitej wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 31 ust. 2 Umowy. Niniejszy ustęp nie ogranicza pełnej odpowiedzialności Wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej."

c) dokonanie w par. 19 ust. 7 Warunków umowy (zdanie pierwsze) zmiany poprzez dodanie na końcu zdania podkreślonych słów „Wykonawca usunie z Placu budowy (lub spowoduje usunięcie) każdą osobę zatrudnioną przy wykonaniu Umowy na jakiegokolwiek podstawie prawnej, której usunięcia zażąda Inżynier lub Zamawiający, w przypadku zaistnienia jakiejkolwiek z przesłanek wskazanych w ust. 6 powyżej”.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący wskazał m.in., że zgodnie z Projektem Budowlanym pkt 4.1.3, Zeszyt 3 - Sterowanie ruchem kolejowym (stanowiącym załącznik nr 4 do PFU) dla urządzeń SRK Zamawiający określił wymóg: „Kontrola niezajętości oparta na systemie liczenia osi w wersji bez elektroniki przytorowej.” Konsekwentnie również w punkcie 4.5.2 Projektu Budowlanego dla zewnętrznych urządzeń SRK, Zamawiający wprowadził wymóg, że: Czujniki koła systemu liczenia osi w wersji bez elektroniki przytorowej z wymiennym kablem zasilającym, wyposażone w ochronę przeciwprzepięciową.” Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień zmiany SWZ, poprzez nadanie obu postanowieniom brzmienia w którym wykreśla się sformułowanie "w wersji bez elektroniki przytorowej", wskazując oczekiwaną treść postanowień, wskazując, że narzucenie Wykonawcy obowiązku zastosowania przy nowych urządzeniach kontroli systemu wyłącznie licznika osi bez elektroniki przytorowej, utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję. Stanowi też naruszenie podstawowej zasady dot. opisu przedmiotu zamówienia wskazanej w art. 99 ust. 4 PZP. Podany przez Zamawiającego sposób kontroli niezajętości torów i rozjazdów determinuje wyłącznie jeden rodzaj urządzeń, który może znaleźć zastosowanie. Odwołujący podkreślił, że wprowadzony przez Zamawiającego wymóg co do przyjętego sposobu kontroli niezajętości toru i rozjazdu poprzez zastosowanie licznika osi wyłącznie bez elektroniki przytorowej (czyli z całością aparatury za wyjątkiem głowic licznika, która powinna być zabudowana w kontenerach bądź nastawniach) jest wymogiem nadmiernym, którego wprowadzenie nie ma żadnego wpływu na funkcjonalność i bezpieczeństwo rozwiązań przedmiotu zamówienia. Takie ograniczenie nie jest również uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia narusza również ustanowiony w art. 99 ust. 2 PZP wymóg takiego określania opisu, aby był proporcjonalny do wartości i celów zamówienia. Tak określony wymóg SWZ prowadzi do uniemożliwienia zaproponowania innych rozwiązań systemów licznika osi w pełni odpowiadających wymogom Zamawiającego, stosowanych przez zainteresowanych udziałem w postępowaniu, w tym Odwołującego, ale posiadających inne rozwiązania techniczne, tj. oparte o elektronikę przytorową. Dopuszczalność zastosowania w inwestycjach kolejowych urządzeń kontroli toru i rozjazdu opartych na systemie licznika osi zarówno bez elektroniki przytorowej jak i z tą elektroniką jest okolicznością bezsporną. Urząd Transportu Kolejowego dopuścił w takim samym zakresie do stosowania na kolei urządzenia oparte o oba systemy licznika osi. Oba te rozwiązania są w pełni bezpieczne, spełniają wszystkie funkcjonalne wymogi Zamawiającego, posiadają wszystkie wymagane prawem dopuszczenia do stosowania. Z tych względów brak pozostawienia dowolności Wykonawcy w zastosowaniu przyjętego rozwiązania systemu licznika osi, nie znajduje uzasadnienia i w ocenie Odwołującego stanowi nadmierny wymóg, który faworyzuje jednych konkretnych wykonawców, będących jednocześnie producentami tego typu rozwiązania, dyskryminując

tym samym pozostałych. Odwołujący jako producent posiada bezterminowe świadectwo nr U/2011/0861 z 31.10.2011 r. dopuszczenia do eksploatacji urządzenia system licznika osi typu AzLM oraz typu AzLS, wydane przez UTK. W tym świadectwie Prezes UTK potwierdza wykonanie badań typu urządzeń, które dały wynik pozytywny, a dotychczasowa eksploatacja potwierdziła poprawność przyjętych rozwiązań. Ponadto, z w/w świadectwa wynika, iż wielosekcyjny system licznika osi typu AzLM przeznaczony jest do kontroli dowolnych - a zatem wszelkich (również bardzo rozbudowanych i skomplikowanych) układów torowych. Nie

ma więc podstaw, aby Zamawiający wprowadzał zakaz zastosowania urządzenia dopuszczonego przez UTK do prowadzenia ruchu kolejowego. (Dowód: - Świadectwo nr U/2011/0861 dopuszczenia do eksploatacji urządzenia system licznika osi typu AzLM oraz typu AzLS). Zastosowanie urządzeń kontroli niezajętości toru i rozjazdu opartych o system licznika osi z elektroniką przytorową, jest korzystne dla Zamawiającego. Urządzenia te są bowiem zdecydowanie mniej awaryjne niż rozwiązania polegające na zastosowaniu systemu licznika osi bez elektroniki przytorowej, co potwierdza sam Zamawiający. Zamawiający sporządza bowiem cyklicznie raporty w sprawie awaryjności urządzeń i wnioski z nich nie pozostawiają wątpliwości. Zarówno opracowane za okres lat 2016-2018 zestawienie pn.

„Wskaźniki awaryjności licznikowe obwody kontroli niezajętości torów i rozjazdów”, jak i analogiczne zestawienie przygotowane za lata 2012-2016, potwierdzają, że wskazane w tych wskaźnikach najmniej awaryjne urządzenie, to urządzenie o symbolu SK 30 H należące do Odwołującego. Celem wyjaśnienia - symbol SK 30 H dotyczy głowicy czujnika, którą zawiera w sobie system licznika osi Typu AzLM, na które Odwołujący otrzymał bezterminowe świadectwo dopuszczenia. W zestawieniu Zamawiającego, to urządzenie Odwołującego plasuje się na najlepszej pozycji, tj. jako najmniej awaryjne. Zamawiający jako najbardziej awaryjne uznał zaś urządzenia o symbolu RSR 123, tj. oparte są na systemie licznika bez elektroniki przytorowej. Jest to kolejny dowód na dowolne, w ocenie Odwołującego, ograniczania konkurencji w postępowaniu przez żądanie zastosowania rozwiązań opartych o bardziej awaryjne systemy licznika osi (Dowody: Wskaźniki awaryjności licznikowe obwody kontroli niezajętości torów i rozjazdów za okres 2016-2018, Wskaźniki awaryjności licznikowe obwody kontroli niezajętości torów i rozjazdów za okres 2012-2016). Odwołujący podkreślił, że rozwiązanie do kontroli niezajętości toru i rozjazdu oferowane przez niego i innych producentów na rynku oparte na systemie licznika osi z elektroniką przytorową zostało zastosowane już w szeregu inwestycji. Odwołujący stosuje je od 2011 r. i w okresie tym zainstalował tysiące tego typu urządzeń, w tym na sieci Zamawiającego. Należyte wykonanie wskazanych urządzeń jak i spełnienie przez to rozwiązanie w pełni wymogów funkcjonalnych dla urządzeń badających niezajętość toru potwierdził Zamawiający, wystawiając Odwołującemu referencje, np. list referencyjny z 2.10.2009 r. (nr IIW1m-024-50-09), w którym potwierdził, iż Konsorcjum z udziałem Odwołującego, wykonało w sposób prawidłowy i zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi modernizację Poznańskiego Węzła Kolejowego, która obejmowała również instalację urządzeń kontroli niezajętości odcinków oparte licznikach osi typu AzLM (czyli urządzeniach, których producentem jest Odwołujący). Odwołujący uzyskał pozytywne referencje dotyczące proponowanego rozwiązania dla urządzeń kontroli niezajętości toru i rozjazdów również realizując ten zakres robót jako podwykonawca Głównych Wykonawców realizujących zamówienia na rzecz Zamawiającego, np. referencje wydane przez Torpol S.A. z 26.08.2013 r. potwierdzające należyte wykonanie przez Odwołującego zleconego mu zakresu prac w ramach realizacji inwestycji na Modernizację linii kolejowej nr 356 Poznań - Bydgoszcz oraz referencje z dnia 7.12.2015 r. na wykonane na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. roboty budowlane w obszarze LCS Gdańsk LOT A- stacje, LOT B- szlaki, w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej E65/ C-64 na odcinku Warszawa Gdynia. (Dowody: list referencyjny PKP PLK S.A. z 2 października 2009 r., referencje Torpol S.A. z dnia 26 sierpnia 2013 r., - referencje Torpol S.A. z dnia 7 grudnia 2015 r.). Zamawiający wielokrotnie dopuszczał już w prowadzonych przez niego przetargach prawo dowolnego doboru przez wykonawcę rozwiązania w zakresie systemu licznika osi, np.:

a) przetarg na wykonanie robót budowlanych wraz z opracowaniem projektów wykonawczych dla Projektu POIŚ 7.1.-21 pn. „Budowa połączenia kolejowego MPL „Kraków-Balice” z Krakowem odcinek Kraków Główny - Mydlniki - Balice” wraz z nadzorem autorskim. W ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ, Zamawiający przyznał rację argumentom przedstawionym przez Odwołującego i na ich podstawie zmienił swoje dotychczasowe stanowisko (pismo z dnia 12.12.2012 r. pn. „Odpowiedzi na pytania”, pyt. nr 31). Odwołujący już wówczas podnosił, co nadal pozostaje aktualne w ramach niniejszego odwołania, że określenie sposobu niezajętości torów wyłącznie za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej w sposób bezpośredni i pośredni utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję (Dowód: Odpowiedzi na pytania do w/w SIWZ z dnia 12.12. 2012 r.),

b) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Prace na linii nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050 - 175,850”

c) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 odcinek Kunowice-Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego)" (Dowód: Wyciągi z SIWZ z w/w postępowań o udzielenie zamówienia publicznego określające wymogi postawione w zakresie urządzeń kontroli niezajętości toru i rozjazdu, w tym stosowanych systemów licznika osi)

d) przetarg z 2019 r. na Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz

infrastrukturą towarzyszącą”, nr postęp. 9090/IRZR1/14014/03959/19/P, na skutek wniesionego przez Thales Polska sp. z o.o. odwołania z dnia 3.10.2019 r., Zamawiający uwzględnił żądanie i dokonał stosowanej zmiany w SIWZ. (Dowód: Modyfikacja SIWZ z dnia 14.10.2019 r.).

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący wskazał m.in., że w Projekcie budowlanym, Zeszyt 3 - Sterowanie Ruchem Kolejowym w pkt. 4.8 Zamawiający określając, że wszystkie tory szlakowe "Zw" - "ŁA" nr 1, 2, 3, 4 należy wyposażyć w komputerową jednodostępową blokadę liniową z możliwością ustawienia zasadniczego kierunku ruchu w celu umożliwienia samoczynności przebiegów, stawia wymóg, że: Dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować urządzenia typu CBL 2010." Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji tych postanowień SWZ poprzez wykreślenie ostatniego zdania, tj. o treści: „Dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować urządzenia typu CBL 2010." Alternatywnie wniósł o zmianę wskazanego punktu Projektu budowlanego poprzez dopuszczenie urządzeń równoważnych. Odwołujący zwrócił uwagę, że opisując w tym samym Projekcie budowlanym Szlaki styczne (Szlaki styczne pkt. 3.4.4 i 3.4.5) Zamawiający nie definiuje, aby na szlaku pomiędzy stacjami Zawiercie a Łazy istniała blokada CBL 2010. Zgodnie z opisem szlaku stycznego zawartym w punkcie 3.4.4 wskazano, że na tym szlaku jest zastosowana blokada EAC. W pkt 3.4.5 wskazano natomiast, że nie ma w ogóle zabudowanych urządzeń blokady. Nieuzasadnionym jest zatem powołanie się przez Zamawiającego na potrzebę zachowania „jednolitości urządzeń”, w w/w sytuacji, w której jasno z Projektu budowlanego wynika, że na wskazanym szlaku Zawiercie - Łazy nie została zabudowana blokada liniowa typu CBL 2010. Nawet gdyby okazało się (np. po wizji lokalnej lub w skutek wprowadzenia odpowiednich zmian/aktualizacji do SWZ przez Zamawiającego), że stan opisany w Projekcie budowlanym opisany jest błędnie i nie odzwierciedla rzeczywistości i faktycznie na którymś z torów szlaku Zawiercie-Łazy jest obecnie eksploatowana blokada CBL2010, to wymaganie wskazywania konkretnego typu blokady liniowej dla torów pozostałych nie znajduje wg Odwołującego żadnego uzasadnienia. Co do zasady sterowanie nią musi być zintegrowane w urządzeniach stacyjnych i nie wpływa na sposób obsługi urządzeń srk. Zgodnie z Instrukcją kolejową przyjętą przez Zarząd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ie-104 Wytyczne w zakresie zobrażenia, wprowadzania poleceń oraz rejestracji zdarzeń dla komputerowych stanowisk obsługi urządzeń sterowania ruchem kolejowym (par. 8 ust 17) oraz Instrukcją Ie-4 Wytyczne techniczne budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym (par 48) Zamawiający w bardzo detaliczny sposób opisuje zasadę działania oraz sposób obsługi blokady jednodostępowej w urządzeniach komputerowych. Taki szczegółowy opis pozwala Zamawiającemu ujednolicić sposób eksploatacji urządzeń blokad jednodostępowych niezależnie od zastosowanego typu (producenta) takiego urządzenia, a jednocześnie producentom pozwala stosować własne autorskie rozwiązania, nie będąc uzależnionym od dobrej woli konkurencyjnego podmiotu. (Dowody: Wyciąg z Instrukcji Ie-4, Wyciąg z Instrukcji Ie-104). Instrukcje te jednoznacznie opisują sposób blokady i nie ma znaczenia z punktu widzenia prowadzenia stacji jakiego rodzaju (producenta) będzie to blokada. Tego typu rozwiązania (stosowania różnego typu blokad na szlakach) są częstą praktyką Zamawiającego chociażby na obecnie eksploatowanym obrębie krakowskiego węzła kolejowego, gdzie na szlakach pomiędzy stacjami Kraków Główny, Kraków Zabłocie oraz Kraków Płaszów, a także Kraków Główny Towarowy - Kraków Łobzów, Kraków Mydlniki oraz Kraków Balice (lotnisko) stosowane są z powodzeniem trzy rodzaje blokad, tj. ESTW (producent Thales), SHL-12 (producent Bombardier) oraz CBL 2010 (producent SIG-MONT). Odwołujący podkreślił, że jego celem nie jest ograniczenie rozwiązań tylko do tych stosowanych przez Odwołującego, ale dopuszczenie możliwości zastosowania przez wykonawcę typu blokad na szlakach, bez narzucania konkretnego typu rozwiązania jednego Producenta (firma Sig-MONT J. M.).

(Dowód: Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu UTK, dla blokady CBL 2010. Producent wskazany w świadectwie to: SIG-MONT J. M. z Katowic.) Wymóg zabudowy konkretnej blokady nie ma żadnego wpływu na funkcjonalność i bezpieczeństwo rozwiązań przedmiotu zamówienia. Narzucenie konkretnego urządzenia Producenta nie jest również uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Nie jest to uzasadnione pod kątem eksploatacyjnym, bezpieczeństwa ani żadnym innym. Z tych względów brak pozostawienia przez Zamawiającego dowolności Wykonawcy w zastosowaniu typu blokady liniowej nie

znajduje uzasadnienia i w ocenie Odwołującego stanowi nadmierny wymóg, który faworyzuje producenta tego typu rozwiązania, dyskryminując tym samym pozostałych Wykonawców mogących zaproponować inne rozwiązania spełniające wszystkie wymogi Zamawiającego.

Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie zasady opisanej w art. 99 ust. 4 PZP zakazującej opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opisane żądanie zastosowania urządzenia typu CBL 2010 wskazującego na konkretnego producenta, bez jednoczesnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych stanowi naruszenie art. 99 ust. 5 PZP.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego § 28 ust. 8 Warunków umowy, Odwołujący wskazał, że Zamawiający postanowił w nim, że „Zapłata kary umownej nie pozbawia

Zamawiającego prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej”. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji tego postanowienia poprzez dodanie na końcu kolejnego zdania o treści: „Odpowiedzialność Wykonawcy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100 % całkowitej wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 31 ust. 2 Umowy. Niniejszy ustęp nie ogranicza pełnej odpowiedzialności Wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej.”

Zdaniem Odwołującego brzmienie § 28 ust. 8 Warunków Umowy, powoduje, że Wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność z tytułu odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej. Z uwagi na zasady współzycia społecznego oraz konieczność oszacowania przez Wykonawcę ryzyka kontraktowego i tym samym wartości oferty niezbędnym jest wprowadzenie ograniczenia procentowego całościowej wysokości odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Takie zagwarantowanie sobie przez Zamawiającego prawa do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych bez jego kwotowego ograniczenia prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy. Brak takiego limitu wpłynie znacząco na krąg podmiotów biorących udział w przetargu lub sprawi, że ceny ofert wzrosną poprzez konieczność uwzględnienia tego ryzyka kontraktowego przez Wykonawców.

Odwołujący dodał, że Zamawiający w znakomitej większości prowadzonych postępowań stosuje do umów postanowienia Warunków Kontraktowych FIDIC, które zawierają ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy wynikające z subklauzuli 17.6 stanowiącej, że „Całkowita odpowiedzialność wykonawcy wobec zamawiającego na mocy

lub w związku z kontraktem (...) nie może przekroczyć kwoty ustalonej w warunkach szczególnych, a jeżeli tam nie jest ustalona to zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”. Warunki Kontraktowe FIDIC, zawierają opisy standardów w zakresie przygotowania i prowadzenia inwestycji, oraz wzorce umów i zapisów umownych. Warunki te, wydawane od 1999, stanowią uznany wzór i są jednymi z najczęściej stosowanych na świecie standardów w umowach w branżach technologicznych. Stosowanie FIDIC jest wymagane przy realizacji kontraktów na zlecenie Banku Światowego i w ramach programów unijnych (Propozycje zasad zawierania umów o zamówienie publiczne na tle analogicznych opracowań Banku Światowego, SIDIIR 01.01.2004). Zupełnie niezrozumiałym jest zatem dlaczego do odpowiedzialności Wykonawcy nie został ustanowiony limit w tym postępowaniu, podczas gdy Zamawiający przewiduje go dla zdecydowanej większości realizowanych zamówień na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC. Co więcej, Zamawiający godzi się na wprowadzenie do warunków umowy takiego limitu odpowiedzialności także w umowach zawieranych bez zastosowania ww. Warunków FIDIC. Przykładowo zawarta w br. w trybie z wolnej ręki umowa z Odwołującym na świadczenie usługi utrzymaniowo-serwisowej systemu ERTMS/ETCS poziom 1 na liniach kolejowych 570 i 64 na odcinku Psary - Kozłów na lata 2021 - 2024, gdzie limit odpowiedzialności kontraktowej Odwołującego ustalono na poziomie wartości wynagrodzenia.

W ocenie Odwołującego ustanawianie limitu odpowiedzialności kontraktowej jest obecnie standardem rynkowym i dobrym obyczajem obowiązującym przy zawieraniu umów, szczególnie o znacznej wartości i stopniu skomplikowania. Świadczą o tym chociażby wskazane powyżej Warunki Kontraktowe FIDIC, powszechnie stosowane i wymagane przy zamówieniach realizowanych przy udziale środków UE, także przez Zamawiającego. Wskazane rozwiązanie jest także korzystne dla Zamawiającego ponieważ umożliwia wykonawcom, dzięki określeniu limitu ryzyka kontraktowego na określonym poziomie, rzetelne skalkulowanie ceny, bez określania jej „na wyrost”. Tym bardziej, że limit odpowiedzialności ustanawiany na pułapie 100 % wynagrodzenia brutto jest limitem bardzo wysokim i w pełni zabezpieczającym interesy Zamawiającego, przy jednoczesnym

uwzględnieniu uzasadnionych interesów wykonawcy. Limit odpowiedzialności nie dotyczyłby bowiem odpowiedzialności Wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej. Oczywiście co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z PZP. Jednakże zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Kwestionowane zapisy Warunków umowy prowadzą zdaniem Odwołującego do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających również wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP zasadę proporcjonalności.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu Odwołujący wskazał m.in., że w par. 19 ust.6 Warunków umowy Zamawiający przewidział przesłanki uprawniające Zamawiającego do żądania usunięcia każdej osoby zatrudnionej na Placu budowy lub przy robotach w przypadkach tam enumeratywnie przewidzianych. W Par. 19 ust.7 Warunków umowy, Zamawiający przewidział już ogólnie, że „Wykonawca usunie z Placu budowy (lub spowoduje usunięcie) każdą osobę zatrudnioną przy wykonaniu Umowy na jakiegokolwiek podstawie prawnej, której usunięcia zażąda Inżynier lub Zamawiający. Zmiana personelu, z przyczyn określonych w ust.5 i 6, na żądanie Inżyniera lub Zamawiającego nie będzie wymagała aneksu do Umowy. Jeżeli wystąpi taka okoliczność, to Wykonawca wyznaczy niezwłocznie odpowiednią osobę na zastępstwo (lub spowoduje jej wyznaczenie).” Odwołujący wniósł o modyfikację par. 19 ust. 7 (zdanie pierwsze) i nadanie mu następującej treści: „Wykonawca usunie z Placu budowy (lub spowoduje usunięcie) każdą osobę zatrudnioną przy wykonaniu Umowy na jakiegokolwiek podstawie prawnej, której usunięcia zażąda Inżynier lub Zamawiający, w przypadku zaistnienia jakiegokolwiek z przesłanek wskazanych w ust. 6 powyżej”. Z literalnego brzmienia zdania pierwszego powołanego par. 19 ust.7 Warunków umowy, wynika, że Zamawiający na tej podstawie może żądać usunięcia każdej osoby zatrudnionej przy wykonywaniu Umowy niezależnie od zaistnienia przesłanek wskazanych w par. 19 ust. 6. Wprawdzie mogłoby się wydawać, że oba postanowienia tj. par. 19 ust. 6 jak i par. 19 ust.7 należałoby czytać łącznie. Intencja Zamawiającego jest jednak zupełnie inna. Zamawiający zdanie pierwsze par. 19 ust. 7 Warunków umowy interpretuje, jako szczególne uprawnienie Zamawiającego do usunięcia wszelkich osób zatrudnionych przy realizacji Umowy, bez względu na przyczynę tego żądania. Taka rozszerzająca wykładania zapisu par. 19 ust. 7 Warunków umowy została bowiem potwierdzona przez samego Zamawiającego, który przy realizacji inwestycji na „Zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże-Rzeszów” przy analogicznym zapisie Umowy dokładnie takie stanowisko prezentuje. (Dowody: Stanowisko PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 06.07.2021 r., Wyciąg z umowy nr 90110310043117IIII- par. Subklauzula 6.9.) Powyższe powoduje stan zagrożenia dla Wykonawcy, który w każdym momencie realizacji Umowy narażony jest na żądania Zamawiającego usunięcia dowolnie wybranych (a nawet wszystkich) osób dotychczas realizujących umowę. Zamawiający oczekuje wykonania umowy z należytą starannością, nie dając Wykonawcy pewności co do możliwości jej realizacji przez wybrany przez Wykonawcę personel. Żądana przez Odwołującego zmiana tego zapisu Warunków umowy jest tym bardziej uzasadniona, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek określony w par. 15 ust. 7 Warunków umowy, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia, że podmioty, na zdolnościach których polegał w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizują roboty budowlane lub usługi wchodzące w zakres Umowy, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Nieograniczone prawo Zamawiającego do ingerowania w potencjał ludzki wykonawcy zaangażowany do realizacji zamówienia może w szczególności powodować niemożność wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku, o którym mowa w w/w par. 15 ust. 7 Warunków umowy. Ponadto przy formułowaniu dowolnego żądania zmiany osób zatrudnionych przez Wykonawcę i konieczności niezwłocznego ich zastąpienia, nie bez znaczenia jest fakt, że przecież Personel Wykonawcy nie tworzą „dowolnie zatrudnione osoby”. Personel musi spełniać wszelkie wymogi określone w Warunkach umowy (m.in. par. 15 ust.8,9,10), co Zamawiający może kontrolować na każdym etapie. Takie dowolne żądanie zmiany osób zatrudnionych przy realizacji umowy wiąże się zatem ze znacznymi trudnościami ze strony Wykonawcy. Tak sformułowane postanowienie Warunków umowy stawia w uprzywilejowanej sytuacji Zamawiającego, który może w sposób dowolny i w dowolnym momencie realizacji Kontraktu żądać usunięcia z Placu budowy osób zatrudnionych przy jego realizacji. Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do ingerowania w personel Wykonawcy, ale w sytuacjach taką ingerencję uzasadniających, wskazanych w umowie, wiążących się w szczególności z nieprawidłową realizacją zamówienia lub innymi nieprawidłowościami leżącymi po stronie osób

zatrudnianych przez wykonawcę (tak jak przewiduje to par. 19 ust. 6). Takie jednostronne, arbitralne ustanawianie warunków umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współzycia społecznego. Ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c.

Pismem z 17 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1, pkt 2 i pkt 4 odwołania i umorzenie postępowania odnośnie tych zarzutów z uwagi ich uwzględnienie przez Zamawiającego i wprowadzoną zmianę SWZ w tym zakresie, a także wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, a w konsekwencji o oddalenie wniosku o

zmianę § 28 ust. 8 Warunków umowy. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że zarzut dotyczący niezgodności § 28 ust. 8 Umowy z ustawą Pzp uznaje jako w całości niezasadny. Nie ma bowiem żadnych podstaw prawnych, umownych ani ustalonych zwyczajów, które nakazywałyby Zamawiającemu zrzeczenie się roszczeń, które jeszcze nie powstały, ograniczenia wysokości odpowiedzialności Wykonawcy do kwoty 100 % wartości umowy, o co postuluje Odwołujący. Postanowienie zawarte w § 28 ust. 8 Warunków Umowy nie stoi w sprzeczności z art. 433 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wprowadza w nim kary umownej, czy odszkodowania za zachowania Wykonawcy, niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej wykonaniem. Zamawiający wskazał również na łączną wysokość kar umownych przewidzianą w § 28 ust. 4 Warunków Umowy. Ponadto, postanowienia zawarte w § 28 ust. 8 Warunków Umowy są zgodne z treścią przepisów prawa cywilnego. Brak zastrzeżenia przez Zamawiającego w umowie dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania przewyższającego zastrzeżone kary umowne wyklucza ich późniejsze dochodzenie. Kwestionowany przez Odwołującego zapis odnosi się zarówno do odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej. Odpowiedzialność kontraktowa co do zasady nie wyłącza odpowiedzialności deliktowej, na co wskazuje wprost przepis art. 443 Kodeksu Cywilnego. Zamawiający obecnie realizuje kilkadziesiąt/ kilkadziesiąt Kontraktów (biorąc pod uwagę Kontrakty, które zostały zakończone, ale których okres gwarancji i rękojmi jeszcze nie upłynął), przy czym rozpiętość wartości tych Kontraktów może wynosić nawet kilkadziesiąt/ kilkadziesiąt milionów złotych. Postanowienia Warunków Umowy kwestionowane przez Odwołującego dotyczą Kontraktu polegającego na projektowaniu i budowie urządzeń srk, gdzie zakres odpowiedzialności Wykonawcy podczas budowy tych urządzeń będzie zupełnie inny, niż przy realizacji kontraktu związanego np. wyłącznie z projektowaniem, bądź mającym na celu opracowanie studium wykonalności. Wprowadzenie kar umownych na grunt umowy stanowi zabezpieczenie Zamawiającego przed potencjalnymi działaniami lub zaniechaniami Odwołującego polegającym na nienależytym wykonaniu zobowiązania o charakterze niepieniężnym bądź na całkowitym jego niewykonaniu. Kara umowna nie zabezpiecza Zamawiającego w zakresie odpowiedzialności deliktowej, ale także w zakresie roszczeń pieniężnych. Kara umowna ze swej istoty zabezpiecza wyłącznie roszczenia niepieniężne.

Zamawiający wskazał, że postanowienia niezgodności § 28 ust. 8 Umowy z ustawą Pzp nie ograniczają zasady proporcjonalności. Odwołujący również ma możliwość dochodzenia od Zamawiającego kary umownej, stąd zarzut Wykonawcy odnośnie wykorzystania przez Zamawiającego silniejszej pozycji jest niezasadny. Argumentacja przedstawiona przez Wykonawcę w zakresie wprowadzenia limitów kar na kontraktach, prowadzonych na podstawie Warunków FIDIC jest nieuzasadniona. Niniejsze postępowanie nie jest prowadzone na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC. Nie jest również aktualne stanowisko, że dla kontraktów finansowanych z programów unijnych konieczne jest stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC. Odwołujący nie wykazał też w jaki sposób § 28 ust. 8 Warunków Umowy mógłby ograniczać zasadę swobody umów lub naruszać dobre obyczaje, czy być sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.

Za pismem z 17 września 2021 r. Odwołujący przekazał do Prezesa Izby oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w punktach 1, 2 i 4 części II odwołania oraz o podtrzymaniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego Warunków umowy dotyczącego § 28 ust. 8 Warunków umowy, wskazanego w punkcie 3 tej części odwołania.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się jego uczestnikami. Przystępujący prawidłowo powiadomieni o terminie nie stawili się na posiedzenie i rozprawę.

Na posiedzeniu Strony podtrzymały swoje stanowiska zaprezentowane w złożonych pismach. W związku z tym odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1, 2 i 4 podlegało umorzeniu, natomiast w zakresie zarzutu nr 3 podlegało rozpatrzeniu przez Izbę.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do odwołania i złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci wykazu przykładowych zamówień i kopii umów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia, jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem niniejszego przetargu i jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a zatem potencjalnie może uzyskać zamówienie. Wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP, zostaje pozbawiony realnej możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia i w konsekwencji pozbawiony zostaje realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący deklaruje zainteresowanie uzyskaniem zamówienia - jak twierdzi - jest zdolny do wykonania zamówienia, ma więc szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z tym treść SWZ może mieć znaczenie dla podjęcia decyzji co do wzięcia udziału w postępowaniu i możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 28 ust. 8 Warunków umowy: „Zapłata kary umownej nie pozbawia Zamawiającego prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej”.

Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia przez dodanie: „Odpowiedzialność Wykonawcy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100 % całkowitej wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 31 ust. 2 Umowy. Niniejszy ustęp nie ogranicza pełnej odpowiedzialności Wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Art. 16 pkt 3 ustawy Pzp stanowi: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Z przepisu tego wynika, że zastosowane przez Zamawiającego środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego przez niego celu, przez który rozumie się zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, które zostaje wszczęte dla zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W związku z tym zasada proporcjonalności odnosi się w szczególności do opisu przedmiotu zamówienia, stawianych wykonawcom wymagań w postępowaniu, które winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, nie powinny nadmiernie i bez uzasadnienia ograniczać prawa wykonawców do udziału w postępowaniu, czy stanowić dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: 1. Do czynności podejmowanych przez

zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie do art. 353¹ Kodeksu cywilnego: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Przepis ten przewiduje swobodę umów, w ramach której podmioty zawierające umowę mogą kształtować stosunki prawne odpowiadające wyznaczonym w ustawie typom, ale o treści odbiegającej od określonej przez ustawę normami dyspozytywnymi, a także tworzyć stosunki zobowiązaniowe nieodpowiadające żadnemu wymienionemu w ustawie typowi. Może to następować w granicach wskazanych w tym przepisie, tj. nie może to następować w sposób sprzeczny z właściwościami (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współzycia społecznego. Przy badaniu czy dana regulacja sytuacji prawnej dokonana przez strony w umowie mieści się w tych granicach, bierze się pod uwagę treść postanowień co do uprawnień i obowiązków stron oraz cel umowy, rozumiany jako stan rzeczy powstały w następstwie wykonania uprawnień i obowiązków wynikających z dokonanej czynności prawnej. Skutkiem przekroczenia granic swobody umów jest uznanie czynności prawnej za dokonaną poza zakresem ustawowej kompetencji.

W myśl art. 5 Kodeksu cywilnego: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Z przepisu tego wynika, że zachowanie podejmowane w warunkach nadużycia prawa jest zachowaniem bezprawnym w tym znaczeniu, że podejmujący je nie może powołać się na przysługujące mu uprawnienie, zachowanie osoby formalnie uprawnionej traktowane jest tak, jakby było zachowaniem nieuprawnionego.

Odwołujący naruszenie ww. przepisów wiąże z tym, iż Zamawiający przewidział odszkodowanie uzupełniające ponad zastrzeżone kary umowne, ale nie przewidział limitu takiego odszkodowania, który wg Odwołującego powinien zostać ustalony na poziomie 100% wynagrodzenia brutto określonego w umowie. Zdaniem Odwołującego brak limitu odszkodowania narusza również zasadę równego traktowania i równości stron umowy i powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, nie mieści się w granicach swobody umów i stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku, który jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego z uwagi na to, iż § 28 ust. 8 Warunków umowy nie narusza wskazanych przez Odwołującego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie wskazuje na przekroczenie granic swobody umów i nie stanowi nadużycia prawa.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, iż zgodnie z art. 484 § 1 k.c.: W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Powyższe oznacza, że ustawa Kodeks cywilny przewiduje możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego ponad wysokość zastrzeżonej kary umownej, stanowiącej tzw. surogat odszkodowania. Tym samym skorzystanie z takiej możliwości przez Zamawiającego nie narusza ustawy. Górną wysokość odszkodowania w takim przypadku wyznacza wysokość powstałej szkody. Łączna kwota kary umownej i odszkodowania uzupełniającego nie może bowiem przekraczać wysokości szkody, powstałej na skutek wskazanych w umowie okoliczności, przy czym w zakresie przekraczającym karę umowną Zamawiający będzie zmuszony wykazać wszystkie przesłanki odpowiedzialności wykonawcy na zasadach ogólnych, tj. udowodnić fakt powstania szkody i jej wysokość, a także adekwatny związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu przy roszczeniach odszkodowawczych.

Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby wprowadzenie w analizowanej umowie odszkodowania uzupełniającego, bez wprowadzenia limitu takiego odszkodowania

do wysokości wynagrodzenia umownego wykonawcy, sprzeciwiało się właściwości (naturze) stosunku, bądź określonym zasadom współżycia społecznego. Okoliczności sprawy nie wskazują, aby brak wprowadzenia takiego limitu odpowiedzialności odszkodowawczej stanowił nadużycia prawa ze strony Zamawiającego.

Celem udzielenia i przyjęcia do realizacji zamówienia jest jego należyte wykonanie przez wykonawcę, tj. zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk oraz roboty towarzyszące. Obie strony mają zatem osiągnąć dozwoloną korzyść w wyniku realizacji tej umowy. Zamawiający ma uzyskać należyte wykonany przedmiot umowy, a druga strona zapłatę za jego wykonanie. Wykonawca, do którego stosuje się miernik staranności przewidziany dla profesjonalisty, winien zatem tak działać, aby nie doszło po stronie Zamawiającego do szkody, która byłaby następstwem okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ponadto zauważenia wymaga, że Zamawiający na równych zasadach przekazał wykonawcom informację o skorzystaniu z możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego ponad zastrzeżone kary umowne od wykonawcy, nie ograniczając przy tym swojej odpowiedzialności na zasadach ogólnych.

Także podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż postulowana przez niego zmiana § 28 ust. 8 umowy w wystarczający sposób zabezpieczałaby interesy Zamawiającego, nie została wykazana, jak też nie zostało wykazane, że obecna treść umowy powoduje, że nie jest możliwe skalkulowanie ceny oferty. W ocenie Izby przedmiotowy brak limitu odszkodowania uzupełniającego ponad wysokość zastrzeżonych kar umownych nie wpływa na możliwość skalkulowania oferty. Wbrew niczym nie popartym twierdzeniom Odwołującego zaprezentowanym na rozprawie, brak limitu ewentualnego odszkodowania nie uniemożliwia bowiem skalkulowania ryzyka ewentualnej szkody i określenia środków na zabezpieczenie realizacji inwestycji. Nie zostało wykazane, aby takie uregulowanie był nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji aby naruszało wskazane w odwołaniu zasady.

Również podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż w innych umowach Zamawiający przewidział limit odszkodowania (na potwierdzenie czego złożył niepodpisany wykaz przykładowych zamówień i niepoświadczone za zgodność kopie wyciągów z umów wymienionych w wykazie) nie wpływa na powyższą ocenę. Jak zauważył Zamawiający, który nie potwierdził twierdzeń Odwołującego w tym zakresie, Odwołujący nie wykazał m.in. wartości kontraktów wymienionych w tabeli, a Zamawiający realizuje kilkaset takich kontraktów, przy czym występuje znaczna rozpiętość ich wartości oraz różny jest zakres odpowiedzialności wykonawcy i różne są postanowienia, co do kar umownych. Inna jest odpowiedzialność wykonawcy w przypadku umowy na usługi utrzymaniowo-serwisowe, a inna w przypadku umowy na wykonanie projektu i budowę. Nadto obecne postępowanie nie jest prowadzone według wzorca FIDIC.

W ocenie Izby okoliczność, że w ramach swobody umów Zamawiający może ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy uzupełniającą zastrzeżone kary umowne, nie oznacza, że brak takiego ograniczenia stanowi naruszenie prawa.

W związku z tym żądanie Odwołującego uzupełnienia postanowienia o wnioskowaną treść dotyczącą limitu odszkodowania, z uwagi na to, że dotychczasowa treść nie narusza przepisów prawa, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono

stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w wysokości przewidzianej w ww. rozporządzeniu.

Przewodniczący: