

WYROK
z dnia 21 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie:

DTP Terrassement S.A. Guyancourt, 1, av. Eugene – Freyssinet, 78065 Saint – Quentin – Yvelines, Francja

Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH Hermann, Bad Hersfeld, Kirchner Str. nr 6, Niemcy,

Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka 54/56, Łódź,

Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, Łódź

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. śelazna 59, Warszawa** protestu z dnia 14 stycznia 2008 r.

przy **udziale Strabag Sp. z o.o. ul. Brechta 7, Warszawa i Heilit + Woerner Budowlana**

Sp. z o.o. ul. Sudecka 98, Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża DTP Terrassement S.A. Guyancourt, 1, av. Eugene – Freyssinet, 78065 Saint – Quentin – Yvelines, Francja, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH Hermann, Bad Hersfeld, Kirchner Str. nr 6, Niemcy, Hermann

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 1 z 14

Kirchner Polska Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka 54/56, Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DTP Terrassement S.A. av. Eugene – Freyssinet, 78065 Saint – Quentin – Yvelines, Francja, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH Hermann Kirchner Str. nr 6 Bad Hersfeld, Niemcy, Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka 54/56, Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, Łódź;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DTP Terrassement S.A. Guyancourt, 1, av. Eugene – Freyssinet, 78065 Saint – Quentin – Yvelines, Francja, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH Hermann, Bad Hersfeld, Kirchner Str. nr 6, Niemcy, Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka 54/56, Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, Łódź** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad ul. śelazna 59, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DTP Terrassement S.A., 1 av. Eugene – Freyssinet, Guyancourt, 78065 Saint – Quentin – Yvelines, Francja, Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH**

**Hermann Kirchner Str. nr 6 Bad Hersfeld, Niemcy, Hermann Kirchner Polska
Sp. z o.o. ul. Łagiewnicka 54/56, Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych
„Mosty Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, Łódź.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady płatnej A-1 na odcinku od węzła Belk (bez węzła) do węzła Świerklany km 534+785 – km 548+897, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 2 z 14

o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 14 sierpnia 2007 r. pod numerem 2007/S 155-193308.

W dniu 7 stycznia 2008 r. Odwołujący otrzymał zaproszenie do składania ofert zawierające specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowe zamówienie ma być realizowane w oparciu o „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” – tłumaczenie wydania FIDIC 1999. Jednak część zapisów standardowych warunków kontraktu FIDIC została zmodyfikowana przez Zamawiającego. Niektóre z tych zmian nie znalazły uznania w oczach Odwołującego, w związku z czym 14 stycznia 2008 r. wniósł on do Zamawiającego protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 5, art. 58 i art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego klauzule nr: 1.1.3.1., 1.1.3.10., 1.1.4.3., 1.1.4.6., 1.7., 1.9., 1.14., 2.1., 2.2., 4.1., 4.4., 4.6., 4.10., 4.12., 7.4., 8.4., 8.7., 8.13., 8.14., 10.2., 10.3., 11.1., 11.8., 12.3., 13.2., 13.4., 13.7., 13.8., 16.4., 18.1., 18.2., 20.1. wymagały oprotestowania jako narzucające wykonawcom rażąco niekorzystne warunki umowy.

Dlatego Odwołujący żądał przywrócenia ww. warunkom standardowej treści „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” – FIDIC 1999, tłumaczenie z 2000 r. lub, w kilku przypadkach, modyfikacji zapisów zgodnie z przedstawionymi w proteście propozycjami.

Zdaniem Odwołującego umowa o zamówienie publiczne powinna chronić nie tylko interesy Zamawiającego, ale także wykonawcy, a naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami kodeksu cywilnego może stanowić podstawę zarzutów do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym protestu.

Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą ułożyć stosunek prawny wg swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu jako zasady współżycia społecznego występują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a rażąco nierówne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i obowiązkami jest niedozwolone na gruncie art. 353 i kc, a tym samym, zgodnie z art. 58 kc powoduje nieważność umowy jako zawierającej niedozwolone postanowienia. Wykorzystując swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych i narzucając wykonawcy rażąco niekorzystne warunki przyszłej umowy Zamawiający nadużył także swojego prawa i naruszył również przepis art. 5 kc – poprzez nałożenie większości ryzyk kontraktowych na wykonawcę np. nieprzekazanie Placu

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 3 z 14

Budowy, nieudostępnienie wszystkich danych o Placu Budowy, uchylenia się od obowiązku współdziałania w zakresie uzyskania pozwoleń, uzgodnień itp., nieprzekazanie rysunków, instrukcji.

Odwołujący uznał też, iż Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nałożenie na wykonawcę zbyt rygorystycznych wymagań i obowiązków, a także zapisów dyskryminujących wykonawcę

(wyższe kary umowne, brak możliwości dochodzenia odszkodowania, nałożenie za niezależne od opóźnienia) prowadzi odpowiedzialności finansowej wykonawcy do ograniczenia konkurencji, bowiem takie warunki eliminują z możliwości ubiegania o zamówienie wykonawców, którzy nie są w stanie rzetelnie ocenić wszystkich ryzyk kontraktowych.

18 stycznia 2008 r. do postępowania protestacyjnego po stronie DTP Terrassement S.A., Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A. przyłączyli się wspólnie ubiegający się o zamówienie Strabag Sp. z o.o. ul. Brechta 7, Warszawa i Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. ul. Sudecka 98, Wrocław.

23 stycznia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w zakresie klauzul: 1.1.4.6., 4.4., 8.7. (w zakresie punktu b i akapitu 3.), 8.13. (w zakresie zmiany formularza 2.1), 8.14., 18.1. (w zakresie dotyczącym zmiany paragrafów na akapity), 20.1. (w zakresie dotyczącym przywrócenia 28-dniowego terminu), w pozostałym zaś oddalając, o czym poinformował Odwołującego 24 stycznia 2008 r.

Zamawiający stwierdził, iż, zgodnie z orzecznictwem zespołów arbitrów oraz stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, nie może przewidzieć innego wynagrodzenia niż wynikające z kosztorysu, dlatego nie może ująć w umowie dodatkowych kosztów realizacji robót ani ryzyk, a w szczególności rezerwy finansowej na pokrycie kosztów wystąpienia różnego rodzaju ryzyka.

Poza tym, zdaniem Zamawiającego, nie jest prawdą, iż całe ryzyko przenoszone jest na wykonawcę. Rozliczenie umowy nastąpi zgodnie z dokonanym obmiarem powykonawczym, więc podstawowe ryzyko – „ryzyko przedmiaru”, czyli jego zgodności z rzeczywistym zakresem prac, ponosi Zamawiający. Z tego samego powodu to Zamawiający przejmuje większość ryzyka nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Przedłużenie czasu na ukończenie robót jest zwykle spowodowane wystąpieniem robót dodatkowych, za wykonanie których wykonawca otrzymuje dodatkowe wynagrodzenie – z uwagi na które brak płatności z tytułu samego przedłużenia prac nie wydaje się istotnym ryzykiem wykonawcy.

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 4 z 14

Zamawiający podkreślił też, iż największe ryzyka, zarówno pod względem prawdopodobieństwa ich wystąpienia, jak i kosztów, ponosi Zamawiający. Poza tym większość kwestionowanych postanowień umowy dotyczy wystąpienia ryzyka, którego prawdopodobieństwo jest niewielkie, a koszty wykonawcy minimalne w porównaniu z wartością umowy.

Zamawiający nie zgodził się też z zarzutem naruszenia zasady równości stron umowy, ponieważ to wykonawca decyduje o podstawowym zobowiązaniu umownym, czyli o cenie, jaką Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić, więc to on decyduje o wycenie ryzyka i ujmuje dodatkowy koszt w cenie oferty. Dlatego podział ryzyk nie ma związku z zasadą równości stron umowy, ekwiwalentności świadczeń ani zasadami współżycia społecznego (np. w popularnym wynagrodzeniu ryczałtowym wszystkie ryzyka są przypisane wykonawcy). Także zarzut naruszenia tej zasady poprzez przyznanie wyłącznie Zamawiającemu prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych (klauzula 8.4. akapit 4 i 16.4.) nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zobowiązanie Zamawiającego ma charakter pieniężny, więc odsetki ustawowe są jedyną i wystarczającą formą odszkodowania.

Klauzula 1.14. dotyczy zakazu wyrażonego w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wyklucza przekształceń podmiotów w trybach określonych w kodeksie spółek handlowych i art. 55 § 1 kc.

W odniesieniu do klauzuli 4.10. – Zamawiający przekazał wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkie posiadane przez siebie dane, natomiast pozostałe musi zdobyć wykonawca w ramach umowy.

Na powyższe oddalenie protestu Odwołujący 29 stycznia 2007 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał i rozwinął argumenty podniesione w proteście dotyczące niezgodności kwestionowanych klauzul z

przepisami prawa, lecz zarzuty podtrzymał wyłącznie w stosunku do klauzul: 1.1.3.1., 1.1.4.3., 1.9., 1.14., 2.1., 2.2., 4.10., 4.12., 7.4., 8.4., 8.7., 10.2., 10.3., 11.1., 11.8., 13.2., 13.7., 13.8., 16.4.

Odwołujący podkreślił też, iż przedmiotowa umowa jest zobowiązaniem wzajemnym, więc uprawnienia stron winny być tożsame w zakresie ewentualnych uszczerbków majątkowych po obu stronach.

Dnia 20 lutego 2008 r. do odwołania przystąpił, po stronie Odwołującego, Strabag Sp. z o.o. ul. Brechta 7, Warszawa i Heilit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. ul. Sudecka 98, Wrocław. Przystępujący popiera argumenty Odwołującego oraz uważa, iż uzasadnienie oddalenia protestu nie znajduje oparcia w obowiązującym stanie prawnym. Istnieje możliwość

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 5 z 14

(szczególnie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) uregulowania wzajemnej sytuacji stron tak, by wykonawca na skutek sytuacji przez niego nie zawinionej albo wręcz zawinionej przez Zamawiającego miał możliwość finansowego zrekompensowania skutków takich zdarzeń, a Zamawiający mógł takie środki uruchomić zgodnie z prawem.

„Ryzyko przedmiaru” nie jest jedynie ryzykiem Zamawiającego, ponieważ wykonawca również nie ma zapewnionego określonego poziomu ilościowego wykonania robót, a rozbieżności pomiędzy przedmiarami a faktycznie wykonanymi robotami w dużej części zależy od szczegółowości przygotowanych przez Zamawiającego materiałów przetargowych. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wydłużenie czasu realizacji umowy powoduje konsekwencje finansowe po stronie wykonawcy, a wydłużenie tego czasu wynika często z uchybień leżących po stronie Zamawiającego. Z drugiej strony – prowadzenie realizacji zamówienia w wydłużonym czasie powoduje wzrost kosztów wykonania, a koszty wykonawcy związane z powyższym nie są minimalne.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 5, art. 58 oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także działanie uchybiające treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy rozważaniach dotyczących ww. naruszeń Izba wzięła pod uwagę następujące argumenty:

1. Stosowanie „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” (tzw. warunków FIDIC) przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dla Zamawiającego obowiązkowe – tym samym Zamawiający, decydując się na skorzystanie z przedstawionego wzoru, nie musi stosować wszystkich klauzul lub może je zmieniać, a także może wprowadzać nowe postanowienia umowne.

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 6 z 14

2. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach – tak więc z samych przepisów prawa wynika, iż to Zamawiający jest uprawniony do decydowania o kształcie i zapisach umowy tak, aby uwzględniała ona

jego potrzeby i wymagania i w jak najlepszym stopniu pozwalala na zrealizowanie zamówienia. Przyznana przez ustawodawcę rola Zamawiającego w tym zakresie wynika również z tego, iż po stronie potencjalnych wykonawców istnieje wiele podmiotów, które mogą mieć różne zapatrywania i oczekiwania co do zapisów umowy.

3. Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone. Na etapie zawierania umowy stronom nieznany jest jeszcze zakres prac, które rzeczywiście zostaną wykonane w trakcie tej umowy, jak też koszt i zakres obciążeń, które przypadną każdej ze stron, więc obie strony uważają, iż ponoszą większe ryzyko kontraktowe.
4. Zawarta pomiędzy stronami umowa nie musi regulować wszystkich możliwych okoliczności i ich skutków, które nastąpią lub potencjalnie mogą nastąpić w trakcie realizacji tej umowy. Bowiem, poza postanowieniami umowy, stosunek zobowiązaniowy jest kształtowany także przez inne czynniki wymienione w art. 56 kc, czyli ustawy, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z kolei postanowienia umowne nie mogą zmieniać norm bezwzględnie obowiązujących (nie mają wpływu na ich obowiązywanie).

W związku z tym, iż głównym zarzutem Odwołującego było naruszenie przez Zamawiającego zasad współżycia społecznego przede wszystkim Izba ustaliła, jak pojmowane są one w odniesieniu do ustalania warunków zobowiązań między stronami. „Zasady współżycia społecznego oznaczają oceny moralne wyrażone często w postaci uzasadnionych przez te oceny norm postępowania (norm moralnych), regulujących postępowanie jednych osób wobec innych. Ocena moralna to przeżycie polegające na udzieleniu aprobaty lub dezaprobaty jakiemuś czynowi ludzkiemu ze względu na to, w jakim stopniu przyczynia się ono do sprawiedliwego dobra innych ludzi. Stwierdzenie, że granice kompetencji stron kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego wyznaczają zasady współżycia społecznego, oznacza zatem, że kompetencja ta nie rozciąga się na umowy sprzeczne z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi lub podlegające

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 7 z 14

negatywnej ocenie moralnej (...) Umowa podlega ocenie moralnej zarówno ze względu na treść stanowiących przez strony indywidualnych norm postępowania, jak i ze względu na stan rzeczy, który ma być osiągnięty przez wykonanie zobowiązania, a który jest znany obu zawierającym umowę stronom. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe (...)

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnej i rozważnej podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

Zachowanie wymogu zapewnienia słuszności kontraktowej podlega kontroli przede wszystkim ze względu na wartość świadczeń (głównych) stron umów wzajemnych czy też dwustronnie zobowiązujących. Dla porównania świadczeń konieczne jest ustalenie ich wartości rynkowej (jeśli na danym rynku panuje swobodna konkurencja), a o naruszeniu reguł sprawiedliwości można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, czyli znacznie przekracza zwykle obserwowane wahania cen towarów i usług czy też zwykle stosowane marże zysku jednej ze stron transakcji. Inne ujęcie byłoby niepraktyczne z punktu widzenia potrzeb obrotu. (...)

Na przesłankę naruszenia słuszności kontraktowej, jaką jest brak rzeczywistej swobody kształtowania treści umowy, trafnie zwrócono uwagę we współczesnej wypowiedzi Sądu

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 8 z 14

Najwyższego, który stwierdził, iż przyjęcie przez jedną ze stron zwiększonego ryzyka prawnego nie przesądza o sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, jeżeli zawarta została na podstawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) swobodnie kalkulowanych przez strony (wyr. SN z 04.10.2001 r., I CKN 328/99, niepubl.)”
cytat z: *System Prawa Prywatnego t. 5 pod red. prof. dr hab. Ewy Łętowskiej, wyd. CH Beck 2006, s. 494 – 497*

Bezsporne wśród uczestników postępowania jest to, iż wykonawcy mogą skalkulować cenę oferty, a za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia przedstawić cenę rynkową – co więcej – Odwołujący i Przystępujący podkreślali, iż ze względu na konieczność uwzględnienia ryzyka ustalają ją na poziomie wyższym niż ustaliliby nie wliczając tego ryzyka. Jak więc widać z powyższego, trudno w tym przypadku stwierdzić, iż wykonawca będzie stroną pokrzywdzoną działaniami Zamawiającego, a tym samym trudno uznać, iż zapisy niniejszej umowy naruszają zasady współżycia społecznego. Odwołujący ani Przystępujący nie wykazali też, aby działanie Zamawiającego naruszało przepisy prawa. W związku z powyższym nie ma podstaw do stwierdzenia, iż umowa byłaby nieważna na podstawie art. 58 kodeksu cywilnego.

W stosunku do subklauzul 1.1.3.1., 1.1.4.3., 1.9., 1.14., 2.1., 2.2., 4.10., 4.12., 7.4., 8.4., 10.2., 10.3., 11.1., 11.8., 13.2., 13.7., 13.8., 16.4. Odwołujący żądał przywrócenia treści warunków w brzmieniu zawartym w „Ogólnych Warunkach Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” FIDIC wyd. 1999 – tłumaczenie z roku 2000.

Subklauzula: 1.9., 2.1., 4.12., 7.4., 10.2., 10.3., 11.1., 11.8. 13.2., 13.7., 13.8. i 16.4. – Izba nie może nie uznać racjonalności działania Zamawiającego, który, pomimo zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego, chce w jak największym stopniu mieć ustaloną cenę za wykonanie robót.

Poza tym Izba stwierdziła, iż głównym problemem, który pojawił się pomiędzy Stronami jest nieporozumienie co do interpretacji zapisów umowy. Izba daje wiarę Zamawiającemu, iż, pomimo usunięcia poszczególnych zapisów umowy, Zamawiający nie miał zamiaru obciążać wykonawcy całym ryzykiem kontraktowym, a rozliczenia za wykonanie prac niewymienionych w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym miał zamiar dokonać na zasadach określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie odmawia także słuszności obawom Odwołującego, iż nie wszystkie poniesione przez wykonawcę koszty będą możliwe do pokrycia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do takich kosztów na pewno będą zaliczały się tzw. przestoje,

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 9 z 14

podczas których wykonawca będzie musiał ponosić koszt utrzymania pracowników, sprzętu, zabezpieczenia terenu budowy, ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego itd.

Izba uznaje, iż prawem Zamawiającego jest pozostawienie takich okoliczności poza regulacją zapisów umowy i późniejsze zastosowanie zasad kodeksu cywilnego. Jednak pozostawia uznaniu Zamawiającego rozważenie kwestii, czy nie korzystniejsza dla stron umowy byłaby regulacja tego zakresu już na etapie umowy, przy czym zwraca uwagę, iż osiągnięcie przez strony poczucia „sprawiedliwości” zapisów umowy jest możliwe nie tylko

przy zastosowaniu standardowego brzmienia zapisów „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” FIDIC 1999 oraz, iż nic nie stoi na przeszkodzie, aby strony doprecyzowały budzące wątpliwości pojęcia typu „koszt” czy „rozsądny zysk”.

Poza tym, analizując zapisy „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” nie sposób nie stwierdzić, iż warunki te w swoim standardowym brzmieniu ciężar ryzyka realizacji kontraktu przenoszą na Zamawiającego – nie tylko zdarzenia lub zaniechania zawinione przez niego (co jest zrozumiałe), ale także te od stron niezależne, np. zmiana prawa, „nieprzewidywalne warunki fizyczne” a nawet epidemia – tak więc Odwołujący, zarzucając zamawiającemu zbytnie obciążenie wykonawców ryzykiem, w istocie stara się dokonać tego samego.

Warto zwrócić uwagę także na to, iż Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie może zupełnie nie brać pod uwagę opinii organów go kontrolujących i nadzorujących, ponieważ ich działania mają często wpływ na realizację kontraktu np. możliwość zablokowania środków na realizację zamówienia lub wystąpienia do sądu z wnioskiem o stwierdzenie nieważności umowy, a żadnego z tych działań nie można uznać za korzystne dla wykonawcy.

Subklauzula: 1.1.3.1. i 1.1.4.3. – Zgodnie z twierdzeniem odwołującego żądanie wprowadzenia tych klauzul ma tylko charakter porządkujący, ponieważ zawierają one definicje pojęć użytych w innych klauzulach, lecz, w związku ze stwierdzeniem braku obowiązku wprowadzenia przez Zamawiającego pozostałych subklauzul, wprowadzenie subklauzul 1.1.3.1. i 1.1.4.3. jest bezprzedmiotowe.

Subklauzula 1.14. – Odwołujący żądał przywrócenia w punkcie (c) zapisu „bez uprzedniej zgody Zamawiającego”, ponieważ jego zdaniem bezwzględny zakaz zmiany statusu prawnego poszczególnych partnerów, np. ze spółki z o.o. na spółkę akcyjną lub z cywilnej w jawną w sposób bezprawny ingeruje w zasadę wolności działalności gospodarczej,

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 10 z 14

a nawet ustawowe zobowiązania do przekształcenia. Zdaniem Zamawiającego wprowadzona zmiana dotyczy wyłącznie zakazu, o którym mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego celem nie była ingerencja w ewentualne przekształcanie przedsiębiorców. W tym zakresie Izba podziela zdanie Zamawiającego. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym przepis art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraża m. in. zakaz dokonywania zmiany strony umowy o wykonaniu zamówienia publicznego na podmioty, których oferta w danym postępowaniu nie została uznana za najkorzystniejszą zgodnie z zasadami wyboru oferty najkorzystniejszej określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet za zgodą zamawiającego.

W sprawie dopuszczalności takiej zmiany na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664), lecz pogląd ten jest aktualny także w odniesieniu do obecnie obowiązującego art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CK 97/03, OSNC 2005/2/34, Biul. SN 2004/06), stwierdzając w uzasadnieniu, że: „niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego”. Zgodnie z ww. uzasadnieniem wyroku SN „zamówienie publiczne może być udzielone wyłącznie dostawcy lub wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu oferentowi, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej (...). Przepis art. 12a ustawy o zamówieniach publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący, przeto nie może być korygowany wolą stron (...). Wynika to z celu ustawy o zamówieniach publicznych, eksponującego interes publiczny (...)”. W związku z tym faktem zrozumiałe jest, iż Zamawiający nie chce się narażać na zarzut wprowadzania do umowy postanowień niezgodnych z prawem. Poza tym, jeśli zapis taki byłby niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych, nie nadawałby on Odwołującemu

żadnych realnych uprawnień, ponieważ Zamawiający i tak nie mógłby takiej zgody wyrazić. Natomiast w przypadku, gdy w przyszłości zostanie stwierdzone, iż zmiana taka jest dopuszczalna, zapis ten nie blokuje bezwzględnie możliwości zmiany umowy w tym zakresie, ponieważ można skorzystać z możliwości zmiany umowy, jaką dają przepisy prawa.

Subklauzula: 2.2. i 4.10. – Izba stwierdziła, iż to do Zamawiającego należy określenie, jakiego zakresu usługi wymaga od wykonawcy i, tym samym, za jaki zakres usług jest zdecydowany zapłacić. W ten zakres usług może również wchodzić uzyskanie przez

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 11 z 14

wykonawcę „pozwoleń, licencji lub zatwierdzeń”, o których mowa w subklauzuli 2.2. pkt (b) ppkt (i), a także danych o Placu Budowy, których nie posiada Zamawiający. Biorąc pod uwagę pozostałą treść klauzuli 2.2. i wymieniony w niej zakres pomocy, a także charakter działalności Zamawiającego, który nie prowadzi działalności gospodarczej, zrozumiałe jest, iż Zamawiający nie widzi konieczności udziału w dostawie Dóbr, włącznie z odprawą celną czy wywozu sprzętu wykonawcy za granicę. Także uzyskanie trudno dostępnych tekstów prawnych jest przypadkiem na tyle incydentalnym, iż nie wydaje się konieczne jego ujęcie w umowie.

Jednak, zdaniem Izby, nawet brak w umowie ww. zapisu o współdziałaniu nie powoduje wyłączenia zastosowania art. 354 kodeksu cywilnego i nie oznacza, iż Zamawiający nie będzie chciał, mógł, lub nie będzie zobowiązany do współdziałania z wykonawcą przy realizacji umowy, a twierdzenie Odwołującego jest w tym zakresie zbyt daleko idące.

Subklauzula 8.4. – Izba przyznaje rację Zamawiającemu, iż w dzisiejszych warunkach możliwość wystąpienia epidemii jest znikoma, natomiast sformułowanie „działania rządowe” jest wysoce niedookreślone, zatem nie ma konieczności umieszczenia powyższego zapisu w umowie. Poza tym, jak już stwierdzono powyżej, Zamawiający nie ma obowiązku pełnego stosowania klauzul „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” ani ujęcia w umowie wszelkich możliwych wydarzeń, które potencjalnie mogą wystąpić. Natomiast, w przypadku ich wystąpienia, strony mogą skorzystać z powszechnie obowiązujących przepisów prawa np. dotyczących siły wyższej.

Subklauzula 8.7.i 16.4. – W klauzuli 8.7. Izba stwierdziła dysproporcję w zastrzeżeniu możliwości naliczenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej tylko po jednej stronie, tj. przez Zamawiającego. Jednak biorąc pod uwagę charakter zobowiązania po obu stronach i prawdopodobieństwo wystąpienia szkody, a także prawdopodobieństwo odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Izba stwierdziła, iż dysproporcję tę trudno uznać za tak rażącą i tak naganną moralnie, by naruszała zasady współżycia społecznego, a tym samym powodowała skutki określone w art. 58 kc. Także zmiana punktu (c) subklauzuli 16.4. nie narusza, zdaniem Izby, zasad współżycia społecznego – w związku z tym, iż Zamawiający przewidział karę umowną. Poza tym, na obecnym etapie niemożliwe jest stwierdzić, który z zapisów jest dla odwołującego bardziej korzystny.

Subklauzula 10.2. – Zdaniem Izby Zamawiający nie ma obowiązku naliczania kar umownych proporcjonalnie do zakresu zrealizowanego przedmiotu umowy. Podkreślić przy tym należy, iż, ze względu na obowiązek odprowadzenia ich do budżetu państwa, kary umowne

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 12 z 14

dla zamawiającego będącego jednostką budżetową nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą dla zamawiającego rolę, jest ich funkcja dyscyplinująca wykonawcę do wykonania zamówienia w całości i jak najszybszej realizacji umowy. Zwłaszcza, iż zmiana kontrahenta jest dla zamawiającego, przy zastosowaniu procedur udzielania zamówień publicznych, czasochłonna i uciążliwa. Poza tym okoliczność, że warunki umowy przewidują obligatoryjność kar umownych, nie wyłącza miarkowania tych kar na podstawie art. 484 § 2 k.c., przewidującego możliwość zmniejszenia kar umownych. (tak np. wyrok SN z 11 października 1973 r. III CRN 215/73,

Subklauzula 13.2. – Izba uznaje, iż Zamawiający ma prawo nie zgodzić się na zmianę opisu przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza na zapłatę dodatkowego wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę fakt, iż, Zamawiający, pomimo zamieszczenia w umowie tej subklauzuli, może się nie zgodzić na zastosowanie „Inżynierii wartości”, trudno uznać, iż brak tej subklauzuli w umowie narusza interes Odwołującego.

Subklauzula 13.8. – Izba uznaje, iż Zamawiający ma prawo nie zgodzić się na zmianę ceny umowy.

Poza tym warto zwrócić uwagę na to, iż nawet sam FIDIC traktuje tę klauzulę wyjątkowo fakultatywnie i uzależnia jej stosowanie od zamieszczenia w Załączniku do Oferty tabeli danych korekcyjnych (której w niniejszym postępowaniu nie zastosowano), a „jeśli nie ma tam włączonej żadnej takiej tabeli danych korekcyjnych, to niniejsza Subklauzula nie ma zastosowania.” Poza tym trudno jednoznacznie stwierdzić, iż niezastosowanie tej subklauzuli jest niekorzystne dla Odwołującego, ponieważ, oprócz wzrostu kosztów, warunek ten mówi także o spadku kosztów, a więc Odwołujący może na zastosowaniu tej subklauzuli również stracić.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 13 z 14

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO/UZP 97/08 14 z 14