

Sygn. akt X Ga 67/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 kwietnia 2008r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO J. Gołaczyński (spr)

SSO Jolanta Bojko

SSR (del) Wojciech Łukowski

po rozpoznaniu w dniu 3 kwietnia 2008 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH z siedzibą w Bad Hersfeld w Niemczech, Hermann Kirchner Polska spółka z o.o. w Łodzi Bickhard AG z siedzibą Kirchheim w Niemczech, Eneropol-Szczecin S.A. w Szczecinie, Henschke Bau GmbH z siedzibą w Bauzten w Niemczech, Max Boegl Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Sengenthal w Niemczech

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 7 lutego 2008 r. sygn. akt KIO UZP 35/08

z udziałem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w pkt. II ppkt. 4 wyroku w ten sposób, że w miejsce kwoty 15.936,00 zł nakazuje dokonać zwrotu kwoty 35.936,00 zł;
- II. w pozostałej części skargę oddala;
- III. zasądza od skarżącego na rzecz uczestnika postępowania kwotę 1.200 zł tytułem

zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt X Ga 67/08

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, wszczął w dniu 8 sierpnia 2007r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zaprojektowanie i zabudowanie autostradowej obwodnicy Wrocławia: Część 2 zamówienia: Autostrada A8 na odcinku od km 13+500 do km 18+174 i od km 19+960 do km 28+3687,75, odcinek drogi ekspresowej S8 od km 0+000 do km 0+500 w węźle „Pawłowice” oraz łącznik „Długoleka” od km 0+575 do km 6+235,85. W dniu 19 grudnia 2007r. Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W dniu 27 grudnia 2007r. Skarżący - Konsorcjum Kirchner/Bickhardt/Energopol/Henschke/Bogl, wniósł protest na czynność Zamawiającego w postępowaniu przetargowym na ww. zadanie tj. na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom II Warunki Kontraktu, Rozdział 3 Szczególne Warunki Kontraktu. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art.5, art.58 oraz art.353¹ Kodeksu Cywilnego w związku z treścią przepisu art.14 i art.139 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655), a poprzez charakter zarzucanych naruszeń także działanie Zamawiającego uchybiające art.7 ust.1 PZP. W odwołaniu od rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2008r. Skarżący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście.

Wyrokiem z dnia 7 lutego 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Skarżącego w części nakazując Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Istotnych Warunków Kontraktu oznaczonych numerami 1.1.4.3., 8.4, 11.1, 11.8.

Od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 35/08 Skarżący wniósł skargę do Sądu Okręgowego we Wrocławiu domagając się modyfikacji Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie nieuwzględnionym przez Krajową Izbę Odwoławczą tj. w zakresie warunków kontraktu oznaczonych numerami: 1.9, 2.1, 2.2, 4.6, 4.10, 4.12, 7.4, 8.7, 10.3, 16.4. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu Skarżący zarzucił uchybienie dyspozycji przepisu art.179 ust.1 PZP poprzez pominięcie interesu prawnego potencjalnego wykonawcy w zakresie zgłoszonych żądań modyfikacji zapisów Warunków Szczególnych kontraktu, stwarzających rażące dysproporcje pomiędzy stronami przyszłej umowy i uniemożliwienie ochrony zagrożonego interesu poprzez ograniczenie możliwości żądania odszkodowania tylko jednej ze stron ewentualnej umowy. Skarżący zarzucił także naruszenie normy art.1 PZP w zw. z art.14 PZP, art.36 ust.1 pkt 6 PZP oraz art.139 ust.1 PZP wskazując na brak zastosowania przepisów Kodeksu Cywilnego w przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pominięcie zasady równości stron stosunku obligacyjnego poprzez utrzymanie wbrew żądaniom Skarżącego dominującej pozycji Zamawiającego. Dodatkowo Skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art.7 ust.1 PZP, a także nieuprawnione uwzględnianie ocen prawnych wyrażonych w aktach administracyjnych, które nie mogą stanowić prawnej i faktycznej podstawy udzielenia zamówienia publicznego.

Skarżący wnosi zastrzeżenia do „Warunków Kontraktu” (projektu umowy) stanowiących część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. „Warunki Kontraktu” przedstawione przez Zamawiającego stanowią skonkretyzowanie postanowień „Warunków Kontraktu na budowę FIDIC”, które Zamawiający zamierza wprowadzić do umowy na wykonanie zamówienia publicznego.

W punkcie II skargi Skarżący zaskarżył punkt 2 podpunkt 4 orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwrotu uiszczonego przez Skarżącego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych wpisu od odwołania, wskazując na błędne zastosowanie art.193a pkt2 PZP w zw. z par. 4 pkt3 w zw. z pkt4 ppkt2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich obliczania poprzez błędne oznaczenie kwoty zwrotu tj. wskazanie kwoty zwrotu w wysokości 15.936,- zł (piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych 0/100) zamiast podlegającej zwrotowi kwoty 35.936,- zł (trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych 0/100).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych określają m.in. zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, wprowadzając określone ograniczenia, mające przede wszystkim na celu zapewnienie racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Cel, który przyświecał ustawodawcy, musi więc być uwzględniony zarówno przy dokonywaniu wykładni, jak i przy stosowaniu przepisów tej ustawy.

Stosownie do treści art.14 PZP oraz odpowiednio art. 139 ust.1 PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje zatem przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Takie uregulowanie oznacza, że nie było wolą ustawodawcy wyodrębnić samodzielnego typu umowy nazwanej i do umów o zamówienie publiczne powinno się stosować poszczególne typy umów nazwanych, przewidzianych w kodeksie cywilnym, oraz przepisy ogólne dotyczące zobowiązań, z uwzględnieniem jednak uregulowań przyjętych w ustawie o zamówieniach publicznych. Procedury ofertowo-eliminacyjnego udzielania zamówień publicznych mają cywilnoprawny charakter, choć w interesie publicznym zdeterminowane są w znacznym stopniu bezwzględnie wiążącymi przepisami ustawy.

Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art.353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy.

Od razu nasuwa się doniosłe praktycznie pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje

interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.

Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.).

Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art.7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art.7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Wymóg równego traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów (tak: Emil Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, str. 37, LexisNexis 2004). W przedmiotowej sprawie wykonawcy są równo traktowani przez Zamawiającego gdyż otrzymali oni jednakowe specyfikacje i dlatego nie można mówić o naruszeniu art.7 ust.1 PZP i kodeksowej zasady równości stron. Z zasad tych Zamawiający, zdaniem sądu orzekającego wywiązał się w sposób zgodny z przepisami prawa, a Skarżący nie sprecyzował i nie udowodnił, jakiego typu naruszenia miałyby wchodzić w tym zakresie w grę. Sąd nie doszukiwał się także w działaniu Zamawiającego działania, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję

Wbrew stanowisku Skarżącego, nie sposób podzielić jego oceny, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej narusza zasady współzycia społecznego, bez próby bliższego nawiązania do konkretnych zasad. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się, także wobec ewentualnego przyszłego kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każdy z negocjatorów, a więc także udzielający zamówienia publicznego, powinien powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku

respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach. Chodzi tu jednak o przypadki wyraźnego działania na szkodę partnera lub powstrzymania się od określonych działań, jeżeli następują one ze świadomością działania na szkodę partnera. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie dopatrył się takich działań ze strony Zamawiającego. Naturalnym jest, że Zamawiający zmierza do rozszerzenia odpowiedzialności Wykonawcy a Wykonawca dąży do jej ograniczenia. Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, decyzja o złożeniu oferty odpowiadającej tym warunkom zawsze jednak należy do potencjalnego oferenta.

Wobec zarzutu uchybienia dyspozycji art. 179 ust. 1 PZP poprzez pominięcie interesu prawnego potencjalnego Wykonawcy rozważenia wymaga kwestia interesu prawnego Skarżącego do wniesienia środków ochrony prawnej. Skarżący wniósł protest a następnie odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego w zakresie klauzul szczególnych Warunków Kontraktu na realizację zadania publicznego na zaprojektowanie i zbudowanie autostradowej obwodnicy Wrocławia zarzucając naruszenie art. 7 PZP w tym również przepisów Kodeksu Cywilnego w zakresie czynności podejmowanych przez Zamawiającego w przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno ze skargi jak i protestu oraz odwołania wynika, że Skarżący opiera swój interes prawny na zarzucie wobec Zamawiającego, że odmowa modyfikacji zapisów Warunków Szczególnych kontraktu stwarza rażące dysproporcje pomiędzy stronami przyszłej umowy. Odmowa ta uniemożliwia także ochronę zagrożonego interesu poprzez ograniczenie możliwości żądania odszkodowania tylko jednej ze stron ewentualnej umowy.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują podmiotowi uprawnionemu do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W orzecznictwie Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych utrwalił się pogląd, że interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Interes prawny Skarżącego musi polegać na tym, że traci on możliwość wygrania przetargu, nie może uzyskać zamówienia, nie może skorzystać z rezultatów tego postępowania. A zatem uszczerbek Skarżącego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 PZP winien polegać na wyeliminowaniu go z postępowania przy jednoczesnym zaniechaniu takich samych czynności wobec innych wykonawców, a więc nierównym traktowaniu wszystkich wykonawców, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. W tej sytuacji należy uznać, iż interpretacja treści art. 179 ust. 1 PZP prezentowana przez Skarżącego okazała się błędna, a Zamawiający nie naruszył kwestionowanego przez Skarżącego przepisu.

Art. 14 PZP w powiązaniu z art. 139 ust. 1 PZP przesądza o tym, że nie tylko do umów, których przedmiotem jest zamówienie publiczne, ale również do czynności poprzedzających zawarcie umowy, tj. do postępowania o zamówienie publiczne, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego ze zmianami wynikającymi z ustawy. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych jako *lex specialis* mają jednak pierwszeństwo przed przepisami Kodeksu cywilnego. Odnosząc się do zarzutu uwzględniania przez

Zamawiającego ocen prawnych wyrażonych w aktach administracyjnych, które nie mogą stanowić podstawy udzielenia zamówienia publicznego zważyć należy, iż pozycja zamawiającego jako strony stosunku zobowiązaniowego jest szczególna i inna od pozycji pozostałych uczestników postępowania. Czynności podejmowane przez Zamawiającego, a zmierzające do zawarcia umowy o zamówienie publiczne winny uwzględniać opinie i interpretacje organów nadzoru i kontroli (tu: w zakresie dopuszczalnych zmian wysokości zobowiązania zamawiającego).

Sąd Odwoławczy podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przyjmując jej ustalenia dotyczące poszczególnych zarzutów Skarżącego jako własne.

Sąd Okręgowy przyjął za Krajową Izbą Odwoławczą, iż Zamawiający miał prawo wykreślić w poszczególnych klauzulach postanowienia dotyczące dodatkowych płatności ze względu na opóźnienia oddania przedmiotu zamówienia do użytku - lit. b warunków:

- 1.9 dotyczący możliwości żądania przez potencjalnego oferenta odszkodowania z

tytułu opóźnienia Zamawiającego w przekazaniu rysunku lub instrukcji niezbędnych do wykonania kontraktu

- 2.1 dotyczący możliwości żądania przez potencjalnego oferenta odszkodowania w przypadku opóźnienia w przekazaniu placu budowy przez Zamawiającego
- 4.12 dotyczący możliwości żądania przez potencjalnego oferenta dodatkowego wynagrodzenia w przypadku wystąpienia warunków fizycznych uniemożliwiających wykonanie kontraktu w terminie
- 7.4 dotyczący możliwości żądania przez potencjalnego oferenta zwrotu kosztów w przypadku gdy Inżynier zażąda dokonania dodatkowych prób lub wyda inne polecenia odnośnie prób a wykonawca dozna z tego powodu opóźnienia

10.3 dotyczący uprawnienia potencjalnego oferenta do żądania dodatkowego wynagrodzenia w przypadku gdy z winy Zamawiającego nie będzie mógł przeprowadzić Prób Końcowych

Zamawiający wykreślił z poszczególnych klauzul litery b przewidujące płatności dodatkowe. Jednocześnie we wszystkich omawianych klauzulach Zamawiający godzi się - pozostawiając litery a, na przedłużenie terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia w przypadkach ściśle w tych klauzulach określonych. Sąd Okręgowy uznał, iż Zamawiający ma prawo nie dopuszczać do zwiększania kosztów inwestycji wykreślając litery b i umożliwiając w razie zajścia nieprzewidzianych okoliczności rozwiązanie sytuacji przez pozostawienie liter a w poszczególnych warunkach - a więc Wykonawca będzie mógł żądać przesunięcia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia bez prawa zwiększania wynagrodzenia.

Ryzyko to Wykonawca będzie mógł w określonych samodzielnie granicach wkalkulować do ceny ofertowej. Przerzucenie przez Zamawiającego ryzyka kosztów uchybień na Wykonawcę uznać należy za zgodne z charakterem instytucji zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie przerzucenie odpowiedzialności na Wykonawcę, jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający musi się zatem liczyć z tym, iż koszty tych ryzyk wpłyną na cenę ofertową. W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, iż działanie Zamawiającego nie jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP i KC, tym samym Zamawiający może zgodnie z przepisami prawa pozostawić we wzorze umowy (wskazanych punktach) tylko literę a dającą możliwość przedłużenia terminu oddania do użytku przedmiotu zamówienia i pominąć literę b dającą możliwość zwiększenia kosztów.

Co do punktu 4.12 Sąd Okręgowy stwierdza, iż nie stanowi naruszenia przepisów prawa ustalenie przez Zamawiającego płatności za wykonanie większej ilości robót według cen kosztorysu ofertowego i obmiarów robót lub poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki (stosownie do przewidzianego we wzorze umowy kosztorysowego charakteru płatności).

Nie stanowi naruszenia art.354 k.c. usunięcie warunku 2.2 w brzmieniu Ogólnych Warunków Kontraktu FIDIC 1999. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania wykonawcy dokumentacji (w tym stosownych upoważnień, pozwoleń na budowę) i w tym aspekcie nie można zarzucić Zamawiającemu braku współdziałania w wykonaniu zobowiązania. Powoływanie się przez Skarżącego na wyrażoną w art.354 §2 k.c. zasadę współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zobowiązania nie może prowadzić do przerzucenia na wierzyciela obowiązków leżących po stronie dłużnika. SIWZ w sposób dokładny określa zakres obowiązków przyjętych przez Zamawiającego. Obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania obejmuje działania podjęte w celu umożliwienia prawidłowej realizacji zobowiązania, co obejmuje przekazanie wykonawcy stosownej dokumentacji i upoważnień. Nie dotyczy zaś współdziałania w przypadku niewywiązania się z zobowiązania przez dłużnika, a więc sytuacji, w której wykonawca wbrew przyjętemu w Kontrakcie obowiązkowi nie uzyskuje stosownych pozwoleń oczekując współudziału Zamawiającego w procedurach związanych z ich uzyskaniem.

Sąd Okręgowy uznał za chybione zarzuty Skarżącego odnoszące się do warunku 4.6

oraz 4.10. Jak słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza gospodarzem na terenie budowy po jego przekazaniu jest Wykonawca i Zamawiający nie będzie miał prawa wstępu na budowę bez zgody Wykonawcy. Co do danych o placu budowy Zamawiający przekazał wykonawcom wszelkie dane będące w jego posiadaniu w ramach SIWZ. Nie stanowi naruszenia normy art.354 k.c. zastrzeżenie Zamawiającego, iż pozyskanie wszelkich dodatkowych informacji mieści się w zakresie obowiązków Wykonawcy, a nie Zamawiającego i nastąpi na jego koszt.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia zasady równości stron umowy poprzez przyznanie prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych wyłącznie Zamawiającemu (klauzula 8.7 i 16.4). Zważyć należy, iż zobowiązanie Zamawiającego jest zobowiązaniem pieniężnym, stąd Zamawiający przewiduje dla Wykonawcy jedynie możliwość naliczania odsetek ustawowych. Zobowiązanie wykonawcy zaś ma charakter rzeczowy stąd Zamawiający ma prawo wprowadzić w umowie z góry sprecyzowaną karę umowną. Wprowadzenie tylko dla jednej strony (Zamawiającego) możliwości dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość kar umownych nie jest sprzeczne z przepisami prawa, tym bardziej, że w wielu przypadkach wykonawca będzie mógł przedłużyć termin oddania do użytku przedmiotu zamówienia i „uniknąć” zapłaty kary.

Odnosząc się do zarzutu Skarżącego, iż rozszerzenie zakresu odpowiedzialności ewentualnej strony umowy na okoliczności, za które oferent odpowiedzialności nie ponosi (zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej z tytułu opóźnienia) jest sprzeczne z naturą zobowiązań wzajemnych i narusza normę art.179 ust.1 PZP w zw. z art.36 ust.1 pkt 16 PZP Sąd zważył co następuje.

Przede wszystkim zanegować należy pogląd Skarżącego, że roszczenie o kary umowne przysługuje jedynie w przypadku zwinionego niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania. Aczkolwiek w literaturze istotnie wyrażane są poglądy, że nałożenie na dłużnika obowiązku zapłaty kary umownej niezależnie od przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania stanowi w istocie gwarancję za ustalony w umowie wynik (określana jako klauzula gwarancyjna) jednak Sąd orzekający poglądów tych nie podziela. Są one bowiem uzasadniane funkcją kary umownej, która ma zastępować odszkodowanie, a pomijają jej funkcję stymulującą oraz unormowanie przepisu art. 473 § 1 k.c. według którego strony mogą zastrzec w umowie, że dłużnik jest obowiązany zapłacić określoną sumę pieniężną w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a więc także wtedy, gdy jest ono następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Kara umowna w ujęciu kodeksowym, z jednej strony ma skłaniać dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, z drugiej, stanowi rodzaj dolegliwości w postaci obowiązku zapłaty kary bez względu na przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

W przedmiocie zwrotu kosztów wpisu od odwołania Sąd rozpoznający niniejszą sprawę orzekł na podstawie §4 ust.4 pkt2 w zw. z §4 ust.1 pkt1 i ust.2 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. W punkcie 2 podpunkt 4 orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza błędnie wskazała kwotę zwrotu w wysokości 15.936zł Ogr podczas gdy kwota podlegająca zwrotowi zgodnie z żądaniem Skarżącego winna wynosić 35.936zł, tyle bowiem wynosi różnica pomiędzy kwotą uiszczoną tytułem wpisu a kosztami, o których mowa w §4 ust.1 pkt1. W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Orzeczenie o kosztach postępowania oparto o przepisy art. 98 k.p.c.