



Wyrok z 21 lutego 2008 r. sygn. akt

KIO/UZP 97/08 odnosi się do sprawy, w przypadku której zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamówienie miało 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. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 5, art. 58 i art. 353¹ 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.

Zakres warunków

Wykonawca zarzucił wadliwość postanowień umowy w zakresie warunków nr: 1.1.3.1 [Data odniesienia], 1.1.4.3 [Koszt], 1.9 [Opóźnienie rysunków lub instrukcji], 1.14 [Solidarna odpowiedzialność], 2.1 [Prawo dostępu do placu budowy], 2.2 [Pozwolenia, licencje lub zatwierdzenia], 4.10 [Dane o placu budowy], 4.12 [Nieprzewidywalne warunki fizyczne], 7.4 [Dokonywanie prób], 8.4 [Przedłużenie czasu na ukończenie], 8.7 [Odszkodowanie umowne za opóźnienie], 10.2 [Przejęcie części robót], 10.3 [Przeszkoda w próbach końcowych], 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad], 11.8 [Obowiązek poszukiwania przez wykonawcę], 13.2 [Inżynieria wartości], 13.7 [Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego], 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu], 16.4 [Płatność przy odstąpieniu], jako narzucających wykonawcom rażąco niekorzystne warunki umowy.

Wykonawca zażądał przywrócenia wymienionym warunkom standardowej treści Warunków Kontraktu FIDIC lub, w kilku przypadkach, modyfikacji zapisów zgodnie z przedstawionymi propozycjami. W opinii wykonawcy umowa o zamówienie

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk – cz. III wybór orzecznictwa

Utworzono: poniedziałek, 22, luty 2010 08:16 Iwona Zielińska

publiczne powinna chronić nie tylko interesy zamawiającego, ale także wykonawcy.

Wykonawca podkreślił, że jako zasady współżycia społecznego występują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i obowiązkami jest niedozwolone na gruncie art. 353¹ Kc, a tym samym, zgodnie z art. 58 Kc powoduje nieważność umowy jako zawierającej niedozwolone postanowienia. Podniósł również, że 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 budowy, nieudostępnienie wszystkich danych o placu budowy, uchylenia się od obowiązku współdziałania w zakresie uzyskania pozwoleń, uzgodnień itp., nieprzekazanie rysunków, instrukcji.

Zarzucił również naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nałożenie na wykonawcę zbyt rygorystycznych wymagań i obowiązków, a także zapisów dyskryminujących wykonawcę (wyższe kary umowne, brak możliwości dochodzenia odszkodowania, nałożenie odpowiedzialności finansowej za niezależne od wykonawcy opóźnienie) prowadzi do ograniczenia konkurencji, bowiem takie warunki eliminują z możliwości ubiegania o zamówienie wykonawców, którzy nie są w stanie rzetelnie ocenić wszystkich ryzyk kontraktowych.

Ciekawe stanowisko zajął zamawiający w odpowiedzi na protest poprzedzający odwołanie. Nie zgodził się on 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). Uznał, że również zarzut naruszenia tej zasady poprzez przyznanie wyłącznie zamawiającemu prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych (Warunek 8.4, akapit 4 i 16.4) nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zobowiązanie zamawiającego ma charakter pieniężny, więc odsetki ustawowe są jedyną i wystarczającą formą odszkodowania.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W wyroku znalazł się bardzo istotny zapis:

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.
2. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk - cz. III wybór orzecznictwa

Utworzono: poniedziałek, 22, luty 2010 08:16 Iwona Zielińska

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 pozwalała 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)".

Są to stwierdzenia bardzo ważne i wskazujące na kierunki możliwych działań zamawiającego i wykonawców w zakresie prawnych możliwości kształtowania umów o zamówienie publiczne.

Jak orzekła KIO w cytowanym wyżej wyroku: „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 swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdy 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

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk – cz. III wybór orzecznictwa

Utworzono: poniedziałek, 22, luty 2010 08:16 Iwona Zielińska

zasad współzycia 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 Najwyższego, który stwierdził, iż przyjęcie przez jedną ze stron zwiększonego ryzyka prawnego nie przesądza o sprzeczności umowy z zasadami współzycia 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 ustala 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 współzycia społecznego”.

W zakresie Warunków 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 KIO podkreśliła jednak brak racjonalności działania zamawiającego, który, pomimo zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego, chce w jak największym stopniu mieć ustaloną cenę za wykonanie robót.

KIO podzieliła zdanie wykonawcy, że nie wszystkie poniesione przez wykonawcę koszty będą możliwe do pokrycia poprzez udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe. Będą to m.in. koszty przestojów. KIO uznała jednak, że „... 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”.

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk – cz. III wybór orzecznictwa

Utworzono: poniedziałek, 22, luty 2010 08:16 Iwona Zielińska

KIO zwróciła również uwagę na istotny problem podnoszony przez zamawiającego, a więc problem opinii organów go kontrolujących i nadzorujących. Niesporne jest bowiem, że mają one kluczowe znaczenie dla realizacji kontraktu (np. możliwość zablokowania środków na realizację zamówienia lub wystąpienia do sądu z wnioskiem o stwierdzenie nieważności umowy).

KIO stwierdziła również, 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 zatem również wchodzić uzyskanie przez wykonawcę „pozwoleń, licencji lub zatwierdzeń, o których mowa w Warunku 2.2 pkt (b) ppkt (i), a także danych o placu budowy, których nie posiada zamawiający.

Takie same ustalenia, jak w poprzednim wyroku KIO w zakresie kar umownych zapadły i w tym orzeczeniu. Co prawda KIO stwierdziła dysproporcje w zastrzeżeniu możliwości naliczenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej tylko po jednej stronie, tj. przez zamawiającego (Warunek 8.7 Kontraktu). „Jednak biorąc pod uwagę charakter zobowiązania po obu stronach i prawdopodobieństwo wystąpienia szkody, a także prawdopodobieństwo odstąpienia od umowy przez zamawiającego Izba stwierdziła, iż dysproporcje te trudno uznać za tak rażącą i tak naganną moralnie, by naruszać 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”.

Ciekawe są stwierdzenia Izby odnośnie miarkowania wysokości kar umownych (Warunek 10.2 Kontraktu). „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 dla zamawiającego będącego jednostką budżetową nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą dla zamawiającego rolą, jest 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 Kc, przewidującego możliwość zmniejszenia kar umownych. (tak np. wyrok SN z 11 października 1973 r. III CRN 215/73, OSNC 1974/9/149)”.

KIO podzieliła stanowisko zamawiającego, że ma on prawo nie zgodzić się na zmianę opisu przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza na zapłatę dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający, pomimo zamieszczenia w umowie tej Warunku 13.2 [Inżynieria wartości], może się nie zgodzić na zastosowanie „Inżynierii wartości”, uznała, że jej brak nie narusza interesu wykonawcy.

Prawo zamówień publicznych a FIDIC jako kodeks dobrych praktyk - cz. III wybór orzecznictwa

Utworzono: poniedziałek, 22, luty 2010 08:16 Iwona Zielińska

KIO orzekła również, że zamawiający ma prawo nie zgodzić się na waloryzację ceny umowy (Warunek 13.8 Kontraktu [Korekty wynikające ze zmian Kosztu]). Zwróciła przy tym uwagę, że z istoty jest to warunek fakultatywny, a nie obligatoryjny. Wskazała również, że zaniechanie stosowania tego warunku, nie musi być niekorzystne dla wykonawcy wobec możliwych obniżek cen.

Iwona Zielińska

Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty - Łódź” SA