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

Utworzono: wtorek, 23, luty 2010 08:35 Iwona Zielińska



Z kolei w wyroku z 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 3/09 Krajowa Izba Odwoławcza zajęła się m.in. problemami:

- zastosowania we wzorze umowy nieekwiwalentnych dla stron kar umownych,
- zastosowania we wzorze umowy różnych dla stron terminów wypowiedzenia umowy,
- braku przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy.

W zakresie zarzutu zamieszczenia we wzorze umowy nieekwiwalentnych dla stron kar umownych, KIO nie przychyliła się do zarzutu, mimo że zamawiający przewidział zastosowanie kar umownych wyłącznie dla wykonawcy. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów wyrażoną w przytaczanym art. 353^1 Kodeksu cywilnego strony mogą zawrzeć umowę, byleby jej treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. „Ponadto, zgodnie z art. 483 §1 Kodeksu cywilnego, który to przepis ma w rozpatrywanym postępowaniu zastosowanie na podstawie art. 14 Pzp, w stosunku do zobowiązań niepieniężnych można zastosować kary umowne. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353^1 Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Żadne przepisy nie stanowią o karach umownych w stosunku do zobowiązań pieniężnych”.

KIO nie przychyliła się również do zarzutu nieprawidłowości w zakresie zamieszczenia we wzorze umowy różnych dla stron okresów wypowiedzenia umowy: „Zgodnie z wielokrotnie przytaczaną zasadą swobody umów zamawiający może ułożyć wzór umowy, a następnie stosunek prawny zgodnie ze swoimi potrzebami”. Uzupełniła swoje uzasadnienie w tym zakresie, stwierdzeniem, że w

Phoca PDF

przypadku wypowiedzenia umowy przez wykonawcę, zamawiający będzie musiał przeprowadzić ponowną procedurę wyłonienia kolejnego wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc procedurą dość długotrwałą i stąd konieczność zachowania dłuższego okresu wypowiedzenia dla wykonawcy. Nie ma natomiast podstaw do utrzymywania wykonawcy wywiązującego się nienależycie ze swoich obowiązków na budowie. W takiej sytuacji konieczny będzie wybór nowego wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, a więc w znacznie krótszym czasie.

KIO oddaliła również zarzut odnoszący się do braku przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy, bowiem przewidzenie takich zmian stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego zgodnie z unormowaniem art. 144 ust. l ustawy Pzp. KIO podkreśliła przy tym, że zapis w siw z dotyczący możliwości dokonania zmian w umowie w przypadku wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub gdy te zmiany są korzystne dla zamawiającego, „... jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne oraz dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Pzp”. I tylko w tym zakresie zarzut został uwzględniony.

Problem regulacji cen (aczkolwiek nie dotyczył Warunków FIDIC) był również przedmiotem wyroku KIO z 2 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 234/08. Izba orzekła, iż: „... brak zasady waloryzacji cen w okresie trzech lat realizacji umowy oraz nieuwzględnienie przez zamawiającego w przewidzianej w siwz regule indeksacji cen, wszystkich elementów (kosztów) mających wpływ na poziom cen, nie naruszają przepisów ustawy Pzp i zasady swobody umów (art. 353^1 Kc). Należy przy tym zaznaczyć, że zakres stosowania zasady swobody umów w przypadku zamówień publicznych podlega ograniczeniom wynikającym z prawa zamówień publicznych”.

Podobnie orzekła KIO w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 767/09 (tym razem umowa oparta na FIDIC „czerwona książka” - „Warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego”): „... stosowanie 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 - w konsekwencji nie ma podstaw, aby uwzględnić wnioski odwołującego o przywrócenie warunków FIDIC w pierwotnym brzmieniu. Po drugie, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 prawa zamówień publicznych zamawiający określa w swiz istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - a więc z samych przepisów prawa wynika, iż to zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Po trzecie wreszcie, mimo iż sytuacja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak

Phoca PDF

najbardziej zrównoważone (tak również w analogicznym stanie faktycznym stwierdziła Izba w wyroku sygn. akt KIO/UZP 97/08). (…) Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego w odniesieniu zarówno do klauzuli 12.3 Warunków Szczególnych, jak i klauzul 2.1, 7.4, 10.2, 10.3, 11.8 Warunków szczególnych. Zamawiający nie ma obowiązku przewidywać waloryzacji wynagrodzenia umownego, tym bardziej, że, jak słusznie zauważa, okres realizacji roboty budowlanej nie jest nadmiernie wydłużony (wynosi 24 miesiące), a ryzyko z tym związane (z ustaleniem wynagrodzenia na dzień składania ofert) tak samo obciąża zamawiającego, jak wykonawcę (ceny materiałów budowlanych i robocizny mogą tak samo wzrosnąć, jak i spaść). Zamawiający nie ma również obowiązku przewidywać „umiarkowanego zysku" z tytułu dodatkowych roszczeń wykonawcy, powstałych np. w wyniku poniesienia kosztów zwłoki zamawiającego w przekazaniu terenu budowy (klauzula 2.1 Warunków FIDIC), w ocenie składu orzekającego wystarczające jest, że zamawiający zobowiązuje się pokryć koszty wykonawcy poniesione z tego tytułu".

Problem wysokości kar umownych rozpatrywała również KIO w wyroku sygn. akt. KIO/UZP 1431/08. W opinii wykonawcy były one rażąco wysokie dla strony, która będzie zamówienie wykonywać.

W tym samym wyroku KIO zajęła się problemem braku zapisu na sąd polubowny. Wykonawca zarzucił wadliwość zapisów siwz, polegającą na tym, że przewiduje się rozstrzyganie sporów jedynie przez sąd powszechny. W opinii wykonawcy, strony umowy powinny mieć możliwość poddania sporu również pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, jako rozwiązania korzystniejszego, sprawniejszego niż postępowanie przed sądem powszechnym. KIO oddaliła zarzut motywując, że zapis na sąd polubowny jest dobrowolny i wymaga woli obydwu stron, a zamawiający jej nie wyraża. Wykonawca żądał również wprowadzenia do projektu umowy postanowienia, zgodnie z którym podstawą zmiany cen świadczonych usług jest również zmiana kosztów zagospodarowania odpadów (w szczególności zmiana wysokości: opłaty środowiskowej za składowanie odpadów na składowisku oraz tzw. opłaty wysypiskowej). KIO nie podzieliła tych zarzutów, bowiem proponowana zmiana stanowi przejaw dążenia wykonawcy do zminimalizowania ryzyka gospodarczego przedsiębiorcy. Tymczasem, na zamawiającym nie ciąży obowiązek „rekompensowania wszelkich podwyżek kosztów działalności wykonawcy w każdych okolicznościach, tym bardziej jeśli zamawiający nie wymaga przedstawienia kosztów składających się na cenę usługi. Zamawiający nie zna czynników cenotwórczych w momencie składania oferty, nie sposób więc wymagać, żeby pokrywał wzrost kosztów, skoro nie zna nawet kosztów wyjściowych". Kwestionowane były przez wykonawcę również postanowienia projektu umowy dotyczące kar umownych: „Podkreślenia jednak wymaga fakt, że na gruncie prawa zamówień publicznych, kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. Chodzi bowiem o to, żeby nie dochodziło do przypadków odstąpienia od umowy, co powodowałby wdrożenie kolejnej procedury udzielenia zamówienia publicznego, jak również, żeby

nie było sytuacji, kiedy zamówienie nie będzie realizowane, podczas gdy obowiązek jego realizacji wynika z zadań własnych danego zamawiającego, niejednokrotnie zaspokajającego interesy pewnej społeczności, zbiorowości, realizującego zadania o znaczeniu państwowym. W tym względzie, analizowana kara, pozwala zamawiającemu realizować swój cel".

Problem wysokości kar umownych, waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz możliwości rozwiązania umowy przez obie jej strony za 3-miesięcznym wypowiedzeniem znalazł swoje odzwierciedlenie również w wyroku KIO sygn. akt. KIO/UZP 779/08. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz ograniczenie możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Wykonawca podniósł m.in., że nie jest prawnie dopuszczalne wykluczenie wszystkich możliwości wcześniejszego zakończenia kontraktu, ponieważ jest to sprzeczne z art. 746 §3 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, a taki warunek byłby nieważny (art. 58 §1 w zw. z art. 746 §3 Kc).

KIO oddaliła zarzuty, podnosząc, że ustawodawca dał zamawiającemu uprawnienie do ukształtowania zapisów umownych zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami: „Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawodawca bowiem stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby - odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień, jest zamawiający. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz odwołujący, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury). Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony".

KIO uznała, że zamawiający w tym przypadku nie nadużył swojego prawa

podmiotowego, bowiem określenie kar umownych za odstąpienie na poziomie 10% wynagrodzenia umownego jest zgodne z przyjętą praktyką i akceptowane w orzecznictwie sądowym i doktrynie, dlatego nie można uznać ich za wygórowane.

KIO stwierdziła również, że wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw i mogą nie zgodzić się z nałożeniem kary umownej lub wnieść o jej miarkowanie przez sąd. Również odmowa wprowadzenia przez zamawiającego postanowienia dotyczącego wypowiedzenia umowy jest uzasadniona, ma on bowiem prawo oczekiwać, iż wykonawca będzie realizował umowę przez cały umówiony okres.

Inaczej w zakresie rozwiązania umowy rozstrzygnęła KIO we wspomnianym już wcześniej wyroku z 29 maja 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 468/08; KIO/UZP 480/08. Mianowicie nakazała nadać treść jednemu z postanowień umowy zawartych o brzmieniu: „Każda ze stron może rozwiązać umowę w okresie jej trwania z ważnego powodu z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Okres wypowiedzenia upływa w ostatnim dniu miesiąca”.

Iwona Zielińska
Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty - Łódź” SA

Phoca PDF