

Sygn. akt KIO/UZP 1547/09

**WYROK**  
**z dnia 26 listopada 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Grabarczyk

**Członkowie:** Marek Koleśnikow  
Małgorzata Stręciwilk

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z .o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 25 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z .o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH,**

**Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z .o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z .o.o., HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, działając przez pełnomocnika - Oddział w Rzeszowie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady A4, odcinek Węzeł Rzeszów Zachód - Węzeł Rzeszów Centralny oraz Drogi Ekspresowej S-19, odcinek Węzeł Rzeszów Zachód - Węzeł Świlcza.

17 września 2009 r. zamawiający doręczył wykonawcom zaproszenie do składania ofert oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o. o.** z siedzibą w Łodzi, **HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH** z siedzibą w Bad Hersfeld oraz **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o. o.** z siedzibą w Zawierciu

wnieśli protest a następnie, wobec częściowego uwzględnienia protestu, odwołanie obejmujące część nie uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów protestu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 Pzp przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji;

- art. 353<sup>1</sup>, art. 484 § 2 , art. 58 § 1 i § 2 oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i 139 Pzp, przez wprowadzenie do siwz w części Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów, ograniczają wykonawcom możliwość żądania miarkowania kar umownych, są sprzecznych z prawem oraz z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień siwz - Warunków Szczególnych Kontraktu w ten sposób, że:

- w Subklauzuli 8.7 (Kary umowne za opóźnienie) nastąpi usunięcie podpunktów (d) i (e);
- w Subklauzuli 8.7 nastąpi usunięcie postanowienia, że "Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14."
- w Subklauzuli 17.6 nastąpi przywrócenie skreślonego akapitu drugiego;
- naniesienie odpowiednich zmian w Załączniku do Oferty.

Odwołujący się ocenił, że postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu ukształtowane zostały w sposób godzący w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp oraz powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, gdyż kary umowne za opóźnienie są nadmierne i niewspółmierne do uchybień a zamawiający zwiększył odpowiedzialność wykonawcy w inny sposób niż według Subklauzul 4.19, 4.20, 17.1 oraz 17.5.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 25 września 2009 r. (pismem z tej samej daty) za pośrednictwem faksu, odwołanie 16 października 2009 r. (pismo z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego/presentata Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp (16 października 2009 r. za pośrednictwem faksu).

Zamawiający pismem z 7 października 2009 r. przekazany tego dnia za pośrednictwem faksu oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że ustalone w umowie (Subklauzula 8.7) kary nie są rażąco wygórowane, gdyż stanowią jedynie setne lub tysięczne części procentów Kwoty Kontraktu i będą naliczane tylko za istotne dla zamawiającego uchybienia w wykonaniu zamówienia wskazane w klauzuli 8.7. Zamawiający podniósł, że

wysokość kar ustalił w odniesieniu do znaczenia uchybień, uznaje je za uzasadnione i adekwatne do rodzaju naruszeń. Wywiódł, że nałożenie na wykonawców obowiązku zapłaty kar umownych nawet w braku poniesienia szkody stanowi karę za brak wywiązania się z zobowiązań przez wykonawcę i ma na celu eliminację wątpliwości co do praw i obowiązków stron umowy. Zamawiający wskazał, że przy skreśleniu akapitu drugiego Subklauzuli 17.6 zamierzał, by wykonawca ponosił odpowiedzialność do pełnej wysokości szkody, w przypadku kiedy doszło do powstania szkody, za którą ponosi odpowiedzialność zgodnie z warunkami kontraktu.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich 29 kwietnia 2009 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2 maja 2009 r. pod numerem 2009/S 84-120863.

Zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp sformułował Warunki Szczególne Kontraktu modyfikujące Ogólne Warunki Kontraktu FIDIC 1999 w zakresie objętym sporem w ten sposób, że:

- Subklauzula 8.7 otrzymała nowe brzmieniem w którym w podpunktach d) i e), przewidziana został kara umowna dla Wykonawcy:

d) za przekroczenie terminu przedłożenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), projektu umowy z podwykonawcą (Subklauzula 4.4) oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 2 000 zł, za każdy dzień zwłoki;

e) za niedotrzymanie terminu:

a. wyznaczonego przez Inżyniera na

- usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia,

- usunięcia wad w okresie zgłaszania wad,

b. wyznaczonego przez Zamawiającego na:

- usunięcie wad w pozostałym okresie Gwarancji Jakości,

w wysokości 5.000 zł, za każdy dzień zwłoki;

ponadto w Subklauzuli 8.7 zamawiający zastrzegł, że wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14.

Zamawiający w Subklauzuli 17.6 ( Ograniczenie odpowiedzialności) skreślił drugiego akapitu w brzmieniu:” Całkowita materialna odpowiedzialność wykonawcy wobec zamawiającego według lub w związku z kontraktem, w inny sposób, niż według Subklauzuli 4.19 (Elektryczność, woda i gaz), Subklauzuli 4.20 (Sprzęt zamawiającego i materiał do wydania bezpłatnie), Subklauzuli 17.1 (Odszkodowania) oraz Subklauzuli 17.5 (Prawa do własności intelektualnej i przemysłowej) nie przekroczy sumy podanej w Warunkach szczególnych lub (jeśli suma taka nie jest tam podana) Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazywane przez odwołującego się naruszenia przepisów prawa mają bezpośredni wpływ na kalkulację ceny oferty, zwiększają zakres ryzyk wykonawcy w związku z podpisaniem umowy zawierającej sporne postanowienia, co przekłada się na możliwość uzyskania przez niego zamówienia.

Zarzut dotyczący braku wskazania wymagań zamawiającego w odniesieniu do Harmonogramu (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21) nie były objęte zarzutami protestu i zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp nie mogły być rozpoznane przez Izbę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Przywoływany przepis wyraża *verba legis* dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Celem art. 7 ust. 1 Pzp jest zabezpieczenie wykonawców przed nadużyciami ze strony zamawiającego – wyłączenie możliwości dopuszczenia się przez Zamawiającego dyskryminacji wykonawców.

Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia, ogólne warunki albo wzór zamieścił zamawiający w siwz zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Postępowanie zamawiającego odpowiada jednak dyspozycji art. 7 ust. 1 Pzp, jeśli nie tylko dochodzi do nieuzasadnionego eliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do jego wykonania albo też w treści dokumentów (ogłoszenia lub siwz) nie nastąpiło ustalenie preferencji, adresowanej do wykonawcy lub grupy wykonawców, nieuzasadnionych rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. Należy zatem stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych

postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze oparcie w potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania.

Czynności zamawiającego odpowiadają wymaganiom art. 7 ust. 1 Pzp, spełniają kryteria niedyskryminacji, jeżeli eliminują dowolność działań po jego stronie i są istotne z punktu widzenia jego rzeczywistych potrzeb.

W tym kontekście Izba oceniła istotne postanowienia umowy (Warunki Szczególne Kontraktu).

Wskazać należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2009 r., KIO/UZP 694/09). Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istotne warunki umowy zostały określone przez zamawiającego sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem zamawiający nie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami.

Odrębną kwestią jest ocena sformułowanych przez zamawiającego postanowień Szczególnych Warunków Kontraktu pod kątem zgodności z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 Pzp, w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (oraz ocena pod tym samym kątem czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu postanowień siwz z mocy art. 14 Pzp).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. Pzp), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 Pzp).

Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj

przedsiębiorcy.

Wskazać też należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353<sup>1</sup> k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (Wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 niepubl.)

Zamawiający zwiększający odpowiedzialność wykonawców w związku z realizacją umowy winien uwzględnić konsekwencję takiego działania w postaci ewentualnego wzrostu ceny oferty. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> k. c. w zw. z art. 14 i 139 Pzp uznać należy za chybione.

Nietrafnie zarzuca odwołujący się naruszenie art. 484 k. c. przez ustalenie nadmiernych, nieadekwatnych do rodzaju naruszeń kar umownych.

Kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 k. c. Przesłanką powstania roszczenia wierzyciela (zamawiającego) o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika (wykonawcę), wynikającego z niedołożenia należytej staranności.

Wierzyciel może jednak, jak uczynił to zamawiający formułując postanowienia spornej Subklauzuli 8.7., obowiązek zapłaty kary umownej zastrzec w odniesieniu się do zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Ocenie Izby podlega zatem treść zastrzeżenia Subklauzuli 8.7.

W okolicznościach sporu zamawiający wskazał precyzyjnie przesłanki zastosowania kary umownej. Przy ocenie jej dolegliwości dla wykonawcy, adekwatności, właściwym punktem odniesienia powinno być, w okolicznościach sporu, znaczenie czynności wykonawcy, których należyte wykonanie zabezpiecza zamawiający przez ustanowienie kary umownej, dla realizacji całości inwestycji. Nietrafnie wywodzi odwołujący się rażące wygórowanie kar umownych przewidzianych w Subklauzuli 8.7. pkt d i e w oparciu o przemnożenie ich kwoty przez przewidywany czas trwania kontraktu. W ocenie Izby zasadniczą podstawą oceny

winno być znaczenie danej czynności w kontekście należytego zrealizowania danego zamówienia publicznego (tak, co do wymagań przedmiotowych, jak i zachowania przewidywanego terminu). Odwołujący się nie wykazał, aby przekroczenie terminów przedłożenia harmonogramów oraz niedotrzymanie terminów na usunięcie wad (Subklauzula 8.7. pkt d i e) miały charakter nieistotny z punktu widzenia powodzenia celu postępowania (art. 188 ust. 1 Pzp), a na rozprawie złożył oświadczenie przeciwne. Rozmiar zamówienia oraz jego znaczenie dla interesu publicznego stanowią w ocenie Izby dodatkowe przesłanki uzasadniające tak ustalenie kar umownych, jak i ich wysokość. Ustalona przez zamawiającego w Subklauzuli 8.7. pkt d i e wysokość kar umownych nie jest, w ocenie Izby, nadmierna w stosunku do czynności, których dotyczy, ani też nie jest rażąco wygórowana. Izba nie podzieliła również poglądu, że zamawiający *de facto* zastrzegł sobie możliwość „dwukrotnego karania” wykonawcy za naruszenie zobowiązań umownych. Pogląd taki nie znajduje dostatecznego oparcia w treści powoływanych przez odwołującego się Subklauzul 11.4, 4.21 i 8.3.

Zamawiający uprawniony jest do żądania zapłaty kary umownej nawet w razie, gdy skutek zaistnienia okoliczności wskazanych w Subklauzuli 8.7. nie poniósł szkody. Postanowienie takie odpowiada obowiązującemu prawu i, wbrew stanowisku odwołującego się, nie jest nieważne z mocy art. 58 § 1 k. c.

Po pierwsze: Art. 484 § 1 k. c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody, zatem sam fakt wystąpienia szkody nie ma znaczenia dla możliwości dochodzenia jej zapłaty. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. - zasada prawna – III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, ze sprostowaniem OSNC 2004/5/1). Zastrzeżenie kary umownej powoduje, że w razie zaistnienia sporu, wierzyciel (zamawiający) zobowiązany jest do wykazania jedynie faktu zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika (wykonawcę), bez konieczności udowodnienia poniesienia szkody i jej wysokości. Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenia postępowania dowodowego i przyspieszenia uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie.

Na marginesie podnieść należy, że szkoda ponoszona przez wierzyciela może mieć nie tylko majątkowy - mierzalny w konkretnej wartości pieniężnej - charakter. W zasadzie sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powoduje szkodę dla wierzyciela,



stanowi naruszenie jego interesów majątkowych (uzasadnienie przywoływanej uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. - zasady prawnej – III CZP 61/03, Wyrok Sądu Najwyższego z 8 sierpnia 2008 r. - V CSK 85/08, LEX nr 457785), a w przypadku wierzyciela umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamawiającego) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę godzi również w interes publiczny. Kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania (w takim przypadku jej wysokość zawiera oszacowaną wartość szkody), jej celem może być również skłonienie dłużnika do wykonania swego zobowiązania. Wówczas kara umowna spełnia funkcję prewencyjno – odszkodowawczą, wzmacnia więź obligacyjną, zabezpieczając należyte wykonanie zobowiązania. Ustanowienie kary umownej będzie wywierać zamierzony skutek, gdy jej dolegliwość będzie miała znaczenie finansowe, dla wykonawcy (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08). Ponownie podnieść należy, że kary umowne, w okolicznościach sprawy, nie będą naliczane wykonawcy z powodu nieznaczających uchybień, lecz tylko za istotne uchybienia w wykonaniu umowy, co nie było kwestionowane. Po drugie: z samego zastrzeżenia, że kara umowna należna jest bez względu na fakt poniesienia szkody, nie wynika wyłączenie prawa do miarkowania jej wysokości zgodnie z art. 484 § 2 k. c. Odróżnić należy bowiem sam obowiązek zapłaty kary umownej od konieczności jej zapłaty w pełnej wysokości wynikającej z zastrzeżenia umownego. Zgodnie z art. 484 § 2 k. c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przywoływany przepis nie zawiera wyłączeń wskazujących na jego dyspozytywny charakter, zatem możliwość miarkowania kary umownej nie musi być przewidziana w umowie. Pogląd powyższy ukształtował się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (vide: uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. - zasady prawnej – III CZP 61/03 oraz powoływane w nim orzecznictwo Sądu Najwyższego).

W uzasadnieniu do wyroku z 21 września 2007 roku V CSK 139/07 (OSNC-ZD 2008/2/44 Biul. SN 2008/1/15) Sąd Najwyższy krytycznie odniósł się do zapatrywania wykluczającego możliwość miarkowania kary umownej za zwłokę, w razie zastrzeżenia kary umownej za nieterminowe wykonania świadczenia, jeżeli ustalona została ona w postaci stawki dziennej lub tygodniowej.

Z treści spornej Subklauzuli 8.7 wynika, w sposób nie budzący wątpliwości Izby, że zamawiający zastrzegł sobie jedynie możliwość zapłaty kary umownej w przypadku braku poniesienia szkody. Sam fakt obligatoryjności kar umownych na gruncie danej umowy nie mieści w sobie wyłączenia ich miarkowania. Izba nie dopatrzyła się w spornym

postanowieniu wyłączenia możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej. Uznać zatem należy, że zamawiający dopuścił możliwość żądania przez wykonawcę miarkowania kary umownej tak z powodu nieznacznego poniesionej szkody, jak i jej ewentualnego rażącego wygórowania. Powyższe podlegać będzie jednak ocenie sądu powszechnego w konkretnych okolicznościach ewentualnie zawisłego sporu.

Izba nie dopatrzyła się również, aby zamawiający przez wykreślenie drugiego akapitu Subklauzuli 17.6. zwiększył odpowiedzialność wykonawcy w inny sposób niż według warunków Subklauzul 4.19, 4.20, 17.1 oraz 17.5. Skreślony akapit Subklauzuli 17.6. ustalał górną granicę odpowiedzialności wykonawcy w ramach obowiązków nie wynikających z Subklauzul 4.19, 4.20, 17.1 oraz 17.5. Zmiana dokonana przez zamawiającego nie spowodowała sprzeczności między powoływanymi Subklauzulami a Subklauzulą 17.6., dała natomiast zamawiającemu możliwość dochodzenia naprawienia poniesionej szkody w pełnej wysokości, przez zniesienie górnej granicy odpowiedzialności wykonawcy, którą była suma podana w Warunkach Szczególnych lub (jeśli suma taka nie jest tam podana) zaakceptowana Kwota Kontraktowej. Należy przyznać rację zamawiającemu, że powyższe powoduje odpowiedzialność wykonawcy za szkodę w pełnej wysokości na zasadach wynikających z art. 361 i nast. k.c. z wynikającymi z przepisów kodeksu cywilnego możliwościami uchylenia albo ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy.

Zamawiający nie naruszył art. 5 k.c. Niezależnie od rysujących się w doktrynie i orzecznictwie rozbieżności, czy przywołany przepis może stanowić samodzielny podstawę potwierdzenia zarzutów, stwierdzić należy, że właściwe zastosowanie art. 5 k.c. nakazuje wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności mających znaczenie dla oceny, czy czynienie użytku z prawa narusza zasady współżycia społecznego. Ocena całokształtu okoliczności, w szczególności spornych postanowień siwz wskazuje, że zamawiający przez wykonanie swego prawa do ustalenia istotnych postanowień umowy (Warunków Szczególnych Kontraktu) nie naruszył zasad współżycia społecznego.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

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, ze 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:**

.....

.....