

Sygn. akt: KIO 1683/15

POSTANOWIENIE
z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul Targowa 74, 03-734 Warszawa** adres do korespondencji: **PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „WYKONANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ I ROBÓT BUDOWLANYCH NA SZLAKU MIESZKOWICE - GODKÓW - CHOJNA W TORZE NR 2, W KM 285,000 - 301,431 W RAMACH ZADANIA PN. „MODERNIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 273 NA ODCINKU GŁOGÓW - ZIELONA GÓRA - RZEPIN - DOLNA ODRA”, znak sprawy nr 9090/IREZA5/06862/02531/15/P, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 143-263253 z 28.07.2015 r., przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, ul. Korzeniowskiego 1, 70-211 Szczecin zwane dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego została opublikowana postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ”.

W dniu 05.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwane dalej: „Budimex S.A.” wniosło odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.08.2015 r. (e-mailem). Odwołujący wnosił odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 36 ust. 2 pkt 11 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „PZP”; art. 143 d ust. 1 PZP oraz art. 647¹ Kodeksu cywilnego („Kc”); art. 353¹ Kc i art. 58 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP poprzez zobowiązanie oferentów w SIWZ do określenia w umowach podwykonawczych, by wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy nie przewyższała wartość wynagrodzenia, które Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić Wykonawcy za przedmiot Umowy o podwykonawstwo.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a/ dokonania zmiany treści § 11 ust. 1 pkt 9) Tom II SIWZ Warunków Umowy poprzez wykreślenie tego zapisu o treści: „wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy przewyższała wartość wynagrodzenia, które Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić Wykonawcy za przedmiot Umowy o podwykonawstwo”;

b/ uzupełnienie na końcu treści § 11 ust. 1 Tom II SIWZ Warunków Umowy o zwrot „której przedmiotem są roboty budowlane”.

W Tomie II SIWZ stanowiącym Warunki Umowy Zamawiający wprowadził zapis w § 11 ust. 1 pkt 9) przewidujący wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo. Zapis ten jest niezgodny z art. 29 ust. 1 PZP, gdyż nie spełnia wymogu jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości, gdyż nie precyzuje, że chodzi tylko o umowy podwykonawczy, których przedmiotem są roboty budowlane, bo tylko wobec takich Zamawiający z mocy art. 36 ust. 2 pkt 11 a PZP jest uprawniony do określania wymogów. Nadto stwierdził nieprecyzyjne i niejednoznaczne określenia w samego zapisu punktu 9) tegoż §11 ust. 1 Warunków Umowy, gdyż zgodnie z normą art. 36 ust. 2 pkt 11 a PZP niespełnienie takiego warunku prowadzi do zgłoszenia sprzeciwu. Interpretując przedmiotowy zapis punktu 9) § 11 ust. 1 Warunków Umowy literalnie wprost niespełnieniem warunku „przewyższenia” będzie „nieprzewyższenie” czyli wynagrodzenie niższe niż wartość wynagrodzenia Wykonawcy za ten sam przedmiot. Treść wcześniejszych punktów § 11 ust. 1 Warunków Umowy w świetle normy art. 36 ust 2 pkt 11a PZP prowadzi raczej do interpretacji, że celem Zamawiającego było raczej „nieprzewyższanie” i sprzeciw będzie zgłaszał, właśnie gdy wartości wynagrodzenia podwykonawcy „przewyższa”. Jednakże takie nieprecyzyjne i niejednoznaczne formułowanie zapisów SIWZ jest zakazana normą PZP.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11 a PZP Zamawiający zgłasza pisemne zastrzeżenia i sprzeciw gdy zapisy umowy o podwykonawstwo nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, w niniejszym Odwołaniu obejmuje to zapis § 11 ust. 1 pkt 9 Warunków Umowy TOM II SIWZ. W pierwszej kolejności wskazał, że jednym z podstawowych założeń nowelizacji PZP dokonanej ustawą z dnia 8.11.2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473) było wprowadzenie instrumentów umożliwiających Zamawiającemu sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. W wykonaniu powyższych założeń w art. 36 ust. 2 PZP dodano pkt 11 a) oraz dodano nowy art. 143d PZP. W art. 36 ust. 2 PZP dodanym pkt 11 a) przyznano zamawiającemu uprawnienie do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy. W art. 143 d. ust. 1 PZP ustawodawca określił katalog postanowień jakie zawiera umowa o roboty budowlane. Katalog ten nie zawiera przepisu o uprawnieniu Zamawiającego do określenia wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a tym bardziej w szczególności odpowiadającej rozbiciu na ceny jednostkowe. Jednocześnie art. 14 i 139 PZP jednoznacznie wskazuje, że do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz umów w sprawach zamówień Publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie

stanowią inaczej. Oznacza to, że jedynie przepisy jednoznacznie określone w PZP będą stanowiły dozwoloną modyfikację przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy. Wynika z stąd, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647¹ Kc z ewentualnymi modyfikacjami, które wynikają z przepisów PZP, które de facto w swej mocy bezwzględnie obowiązującej odnoszą się jedynie do wymogu określenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni. Wobec powyższego należy stwierdzić, że w przepisy PZP nie zawierają normy uprawniającej Zamawiającego do określania wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, jak też wymogów dotyczących sposobu określenia tejże wysokości takich jak charakter ceny - ryczałtowa czy kosztorysowa, a w konsekwencji charakteru i wysokości cen jednostkowych przyjętych przy ustalaniu kosztorysu ofertowego podwykonawcy i dalej wartości umowy podwykonawczej.

Uprawnienia Zamawiającego do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy nie wynikają także z uprawnień stron do określenia stosunku prawnego według swego uznania wskazanej w art. 353¹ Kc. Zasada swobody umów napotyka na ograniczenie, gdzie treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jest to zasada która znajduje swoje umocowanie konstytucyjne, chociaż jako taka nie jest nigdzie, w żadnej normie konstytucyjnej sformułowana *expressis verbis* jako przedmiot ochrony. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, podobnie jak stanowisko ukształtowane w ostatnich latach w doktrynie, nie pozostawiają jednak żadnych wątpliwości, że podstawy do konstytucyjnej ochrony swobody umów poszukiwać można w normach konstytucyjnych, a przede wszystkim normie art. 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która gwarantuje wolność każdej jednostki, oraz art. 22 Konstytucji gwarantującym wolność działalności gospodarczej. Bezspornym jest, że taką normą ustawową, którą „*swoboda umów*” naruszać nie może, jest przepis art. 647¹ Kc. W tym miejscu przywołać należy treść uzasadnienia nowelizacji PZP z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz. U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 a i art. 143d ust. 1 PZP, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Otóż stwierdził, że po pierwsze: *„Proponowane przepisy nie odnoszą się m.in. do kwestii solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawca za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, w konsekwencji zagadnienie te będzie oceniane w świetle przepisów Kodeksu cywilnego”* Po drugie: *„zamawiający - niezależnie od przedmiotu zamówienia - będzie mógł określić w SIWZ, jeżeli będą zachodziły opisane poniżej okoliczności przewidziane w ustawie Pzp, obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia. W przypadku umów o podwykonawstwo robót budowlanych, służących do*

wykonania części zamówień na roboty budowlane, zamawiający będzie uprawniony do przewidzenia w SIWZ zarówno wymagań dotyczących podwykonawstwa, jak również warunków dotyczących podwykonawców lub dalszych podwykonawców, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo." A także: „Umowa o zamówienie publiczne na roboty budowlane powinna więc przewidywać m.in.: obowiązek przedkładania przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany, poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisu umowy oraz zmiany umowy oraz obowiązek przedkładania poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, a także zmian tych umów. Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwiać zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zlecniodawców. Umowa o zamówienie publiczne powinna również wskazywać termin na wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Umowa będzie również określać zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowane przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom oraz termin tej zapłaty. W umowie powinny również znaleźć się postanowienia w zakresie zasad dotyczących zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. W umowie zamawiający powinien również określić sankcje, przede wszystkim w formie kar umownych, z tytułu niewykonania postanowień umowy o zamówienie publiczne w zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa.”.

Z przywołanego uzasadnienia wynika jednoznacznie, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 a i art. 143d ust. 1 PZP nie dotyczy uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Pozostałe kwestie umowy podwykonawczej, w tym określenie wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, pozostawione są wyłącznej woli wykonawcy i podwykonawcy. To ich w tym zakresie dotyczy zasada swobody umów, zaś ingerencja Zamawiającego (osoby trzeciej) może się opierać wyłącznie na podstawie przepisu ustawowego, a takiego nie zawiera PZP. Żaden przepis w randze ustawy nie przyznał Zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z

art. 143b ust. 2 PZP czy 143d PZP. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli w jednej normie określił ingerencję w umowę podwykonawczą co do terminu i zasad zapłaty i procedurę postępowania związaną z jego dochowaniem i pominął ewentualne uprawnienie

Zamawiającego co do prawa określenia wysokości tegoż wynagrodzenia to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

Odwrotnie należy stwierdzić, że po pierwsze nie budzącą żadnych wątpliwości **treść §11 ust. 1 okt 9 Warunków Umowy polega na określeniu wysokości przyszłego wynagrodzenia podwykonawcy**, a po drugie zakładanym **celem wprowadzenia tego przepisu jest określenie zakresu odpowiedzialności Zamawiającego** jako ustawowo odpowiedzialnego solidarnie za wynagrodzenie podwykonawcy nie może korzystać z przyimotu dozwolonego zgodnie z art. 353¹ Kc, gdyż jednoznacznie narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 647¹ Kc i przez to zgodnie art. 58 Kc jest nieważna.

Oczywistym jest, że art. 647¹ §6 Kc zabrania umownej modyfikacji zakresu solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego. Użycie w przepisie tego paragrafu liczby mnogiej „odmienne postanowienia umów” odnosi się do umowy o roboty budowlane pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, i także umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. Nadto zgodnie z jednolitą i powszechną opinią odpowiedzialność solidarna Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy oparta jest na zasadzie gwarancyjnej i nie może być ograniczona między innymi co do wysokości określonej w umowie pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą. Odwołujący w całości przywołuje wyrok Sadu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. sygn. akt: V ACa 746/13, a niniejszym cytując jedynie jego fragment:

*„Przepis art. 647¹ k.c. ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej zgodnie z § 6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których w nim mowa, są nieważne. Powyższe oznacza, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek innej regulacji kwestii przepisem tym regulowanych. Stąd wszelkie postanowienia umowne wprowadzające odmienne zasady od wyrażonych w art. 647¹ §5 k.c. czy to wyłączające odpowiedzialność solidarną inwestora, czy też ją modyfikujące, ograniczające są nieważne. Zatem wprowadzone w tym przypadku umownie ograniczenie odpowiedzialności pozwanego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od inwestora, wynikającego z umowy pomiędzy wykonawcą a inwestorem (tj. liczonego według kosztorysu ofertowego wykonawcy) na których bazował Sad Okręgowy rozstrzygając o odpowiedzialności pozwanego Skarbu Państwa, **nie mogły być uznane za prawnie skuteczne**. W konsekwencji stanowisko Sądu I instancji co do tego, że odpowiedzialność Skarbu Państwa sięga tylko do kwoty 195680,54 wynikającej z kosztorysu ofertowego*

wykonawcy (tj, wynagrodzenie z umowy łączącej pozwanego z konsorcjum), nie mogło być uznane za prawidłowe, gdy narusza ono treść przepisu art. 647¹ §5 k.c. i 6 k.c. (najprawdopodobniej błąd w druku i chodziło o art. 5 KC – dopisek autora), a co czyni podnoszony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego zasadnym”.

Podsumowując wskazał, że na podstawie przepisów PZP w zakresie przyszłych umów o podwykonawstwo Zamawiający jest uprawniony do nadzorowania, aby w umowach podwykonawczych nie zostały określone dłuższe terminy zapłaty podwykonawcą, może określić zasady zawierania takich umów, w tym warunki stawiane podwykonawcom, natomiast w żadnej mierze nie jest uprawniony do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy. Narzucanie takiej wysokości w umowie z wykonawcą nie jest uprawnione zgodnie z zasadą swobody umów i stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującej normy prawnej przez zakazane ograniczenie zakresu odpowiedzialności Zamawiającego. Odwołujący niniejszym przywołuje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2015 r. sygn. akt: KIO 1231/15 i z dnia 24 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1520/15, gdzie Izba na skutek uznania analogicznego zarzutu odwołania umorzyła postępowanie.

Zamawiający w dniu 05.08.2015 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 PZP, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 06.08.2015 r. (faxem), a 10.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 PZP oraz wnosił o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez Z-cę DYREKTORA REGIONU ZACHODNIEGO ds. PROJEKTÓW UNIJNYCH M. K. . Zamawiający uznał zarzuty i postanowił dokonać zmiany treści SIWZ tom II Warunki Umowy (WU) poprzez wykreślenie z paragrafu 11 ust.1 punktu 9 w całości oraz uzupełnienie na końcu treści paragrafu 11 ust.1 o zwrot „której przedmiotem są roboty budowlane”. Zmiana uwzględniająca zmiany w SIWZ Tom II Warunki Umowy (WU) została dokonana w terminie zgodnym z PZP.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,

zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1683/15 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....