

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. w Sopocie i BMGS JSC z siedzibą w Rydze, Łotwa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A. w Warszawie** oraz **Mostostal Kraków S.A. w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. w Sopocie i BMGS JSC z siedzibą w Rydze, Łotwa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. w Sopocie i BMGS JSC z siedzibą w Rydze, Łotwa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI S.A. w Sopocie i BMGS JSC z siedzibą w Rydze, Łotwa** na rzecz **Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni** kwotę **4.509 zł 33 gr** (słownie: czterech tysięcy pięciuset dziewięciu złotych trzydziestu trzech groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia – Etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 r., nr 2016/S 061-105735.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisie przedmiotu zamówienia,
- 2) postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 3) czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo,

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie i BMGS JSC z siedzibą w Rydze, Łotwa, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli w dniu 8 sierpnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC, art. 471 KC w związku z art. 14 i art. 139 §1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w pkt III. 4 SIWZ oraz pkt X. 4 ppkt 27) w związku z §18 ust. 7 i 11 wzoru umowy w ten sposób, że zobowiązuje on oferentów do uwzględnienia w ich ofertach niemożliwych do wyceny na etapie postępowania i nieprzewidywalnych również na etapie realizacji inwestycji kosztów związanych z wydobyciem wszelkich przeszkód podwodnych oraz obiektów ferromagnetycznych bez wskazania ilości lub jakiegokolwiek rozróżnienia obiektów niebezpiecznych (np. niewybuchów) oraz pozostałych obiektów ferromagnetycznych nie będących obiektami niebezpiecznymi,
- 2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ KC oraz art. 471 KC, art. 648 §2 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 §1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w §2 ust. 2 wzoru umowy w ten sposób, że zamawiający określa, iż „Przedmiotem umowy jest wykonanie przez wykonawcę wszystkich robót, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia celu umowy” oraz w §5 ust. 4 pkt 31) wzoru umowy zobowiązuje wykonawcę do uzyskania we własnym

- zakresie i na własny koszt ostatecznej decyzji - pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowymybudowanych wylotów,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 143c ust. 1 ustawy Pzp i art. 647¹ § 5 i § 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie treści umowy (§ 11 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy) w sposób prowadzący do faktycznego udzielenia zamówienia podmiotowi innemu niż wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy oraz jednocześnie do uchylenia się przez zamawiającego od obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, a ponadto przez ustanowienie zasady, w myśl której zamawiający w każdym przypadku będzie dokonywał bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a także poprzez uprzywilejowanie wykonawców, którzy samodzielnie (tj. bez udziału podwykonawców) zrealizują cały przedmiot zamówienia,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp, art. 143d ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 483 § 1 KC i art. 498 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z przepisami ograniczenie swobody kształtowania stosunków prawnych (umów o podwykonawstwo) przez wykonawcę i podwykonawców wyrażające się w wymaganiu, aby umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, obejmowała: obowiązek zapłaty przez podwykonawcę kar umownych wyłącznie w przypadkach i w wysokości przewidzianych w § 13 wzoru umowy, brak uprawnienia wykonawcy do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części, niedopuszczalność wykonania przez podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem oraz zakaz dokonywania przez wykonawcę jakichkolwiek potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy - co prowadzi do uprzywilejowania takich wykonawców, którzy w całości samodzielnie zrealizują cały przedmiot zamówienia,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ:

1. w zakresie zarzutu nr 1 przez:

- a) modyfikację zapisów SIWZ, które przewidują obowiązek opracowania badań ferromagnetycznych oraz wykonania prac saperskich związanych z oczyszczaniem terenu i wydobyciem przeszkód podwodnych lub obiektów ferromagnetycznych, w tym, w szczególności wykreślenie ppkt 27) w pkt X SIWZ, który stanowi, iż wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności uwzględnienie w cenie oferty „kosztu wydobywania przeszkód podwodnych” oraz zapisu pkt III.4 pkt 7) który stanowi, iż: „Przedmiot zamówienia określa Załącznik nr 8 do SIWZ pn. „ Wytyczne dotyczące prowadzenia rozpoznania saperskiego na wodzie. Opis prac dotyczy technologii wykonywania prac saperskich.””,

albo alternatywnie:

- b) modyfikację zapisów umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w ten sposób, że w §10 dodany zostanie ust. 5 o treści: „Niezależnie od postanowień ust. 1-4 powyżej za wydobywanie wszelkich przeszkód podwodnych lub obiektów ferromagnetycznych Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowo-obmiarowe, tj. wynagrodzenie za faktyczną ilość wydobytych obiektów ferromagnetycznych, przy zastosowaniu cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w załączniku do oferty.” Jednocześnie w załączniku do oferty będą wskazane ceny jednostkowe różne w zależności od charakteru przedmiotu, który ma być wydobyty (tj. inna cena dla 100 kg żelaza, inna dla 450 kg bomby lub inna cena dla wydobywania granatu). Przy czym w celu zapewnienia porównywalności ofert wykonawca wniósł o nakazanie zamawiającemu wskazania w warunkach umowy lub SIWZ szacunkowej ilości obiektów ferromagnetycznych i ich charakteru, które każdy z wykonawców powinien uwzględnić w swojej ofercie (przy zastosowaniu proponowanych przez siebie cen jednostkowych),

2. w zakresie zarzutu nr 2 przez:

- a) modyfikację §2 ust. 2 umowy w sposób zgodny z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wskazanie w nowym brzmieniu ww. zapisu umowy, iż „Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez wykonawcę wszystkich robót, które określone zostały w załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych”,

oraz

- b) wykreślenie (usunięcie) zapisu §5 ust. 4 pkt 31) umowy, który zobowiązuje wykonawcę do uzyskania we własnym zakresie i na własny koszt ostatecznej decyzji - pozwolenie wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowytwarzanych wylotów,

3. w zakresie zarzutu nr 3 przez modyfikację zapisów umowy polegającą na wykreśleniu (usunięciu) zapisów § 10 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ),
4. w zakresie zarzutu nr 4 przez modyfikację zapisów SIWZ i wzoru umowy polegającą na wykreśleniu (usunięciu) zapisów pkt XVI ppkt 5, 7, 8 i 9 SIWZ oraz § 7 ust. 4 pkt 5, 7, 8 i 9 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący co do zarzutu z pkt 1 odwołania podniósł, że w SIWZ w pkt III 4. ppkt 7) zamawiający przewidział, że przedmiot zamówienia określa między innymi dokument pn. „Wytyczne dotyczące prowadzenia rozpoznania saperskiego na wodzie. Opis prac dotyczy technologii wykonywania prac saperskich”. Ponadto w umowie w § 5 ust 6 pkt 8 zamawiający wskazał, iż wykonawca zapewni wykonanie badań ferromagnetycznych, z uwzględnieniem ww. „wytycznych”. Z uwagi na wyżej cytowany zapis SIWZ oraz umowy i mając na uwadze § 18 ust. 7 i 11 umowy (który na wprost wskazuje, iż SIWZ wraz z załącznikami stanowi integralną część umowy) należy uznać, iż w zakresie prac zleconych do wykonania wykonawcy zamawiający zawarł przygotowanie planu prac saperskich i następnie wydobywanie obiektów ferromagnetycznych, ponowne rozpoznanie magnetometryczne i wykonanie czynności związanych z wydobywaniem obiektów i wykonywaniem skanów magnetometrycznych dopóki nie potwierdzi się czystości terenu. Wyżej przywołane obowiązki zostały opisane przez zamawiającego w załączniku nr 8 do SIWZ. W przedmiotowym dokumencie zamawiający przewidział również, iż do przygotowania planu prac saperskich wykonawca może wykorzystać mapy anomalii (przedmiarowe) załączone przez zamawiającego, jednak jednocześnie zamawiający zaleca wykonanie własnej mapy magnetometrycznej według poniższych wytycznych. Ponadto wytyczne wskazują, iż „celem rozpoznania prowadzonego przez zamawiającego było wstępne oszacowanie ilości obiektów potencjalnie niebezpiecznych zalegających na dnie”. Co więcej zamawiający stwierdził, iż przedstawiona mapa ma obrazować ilość obiektów potencjalnie niebezpiecznych na terenie prac, jednak może się ona zwiększyć z powodu zakłóceń wywoływanych przez jednostki poruszające się po akwenu podczas pomiaru.

Nadto w pkt X.3 SIWZ zamawiający wskazał, iż „raport z przeszukania terenu pod kątem występowania przedmiotów ferromagnetycznych na wyznaczonych obszarach wodnych Stoczni Marynarki Wojennej SA w Gdyni oraz wskazanego pasa wodnego przy falochronie od strony awanportu stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ, a także załączniki nr 10, nr 11 oraz nr 12 również mają charakter wyłącznie informacyjny.”

Jednocześnie w pkt III.3 SIWZ zamawiający stwierdził, iż: „Ponadto, o ile dla wykonania robót budowlanych lub uzyskania pozwoleń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń, to

wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem."

Wyżej opisane okoliczności pozwalają bezspornie stwierdzić, iż zamawiający nie dochował należytej staranności i naruszył postanowienia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący podkreślił, iż wycena prac saperskich i usunięcie odnalezionych w dniu akwenu niewybuchów i innych przeszkód ferromagnetycznych jest istotnym elementem ceny. Biorąc pod uwagę, że wybrany wykonawca będzie zobowiązany do wykonania prac zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego - nie jest to projekt typu „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie wykonawca ponosi odpowiedzialność za projekt, wykonanie wszystkich badań i wykonanie prac - precyzyjne określenie zakresu prac do wykonania jest obowiązkiem zamawiającego. Ponadto za wykonanie prac przez wykonawcę zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe.

Odwołujący nadmienił, iż wykonawca przy wycenie prac związanych z usuwaniem obiektów ferromagnetycznych nie może oszacować zakresu tych prac, tym bardziej, że załącznik nr 9 do SIWZ „Raport z przeszukania terenu pod kątem występowania przedmiotów ferromagnetycznych na wyznaczonych obszarach wodnych Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w Gdyni oraz wskazanego pasa wodnego przy falochronie od strony awanportu” jest dokumentem nieprecyzyjnym, gdyż wskazuje jedynie punkty i skupiska punktów, a nie podaje rozmiaru i charakteru anomalii, poza tym zawiera następujące stwierdzenia:

- a) ze względu na obecność obiektów generujących duże lokalne zaburzenia pola magnetycznego oraz możliwość istnienia ferromagnetyków pod wykrytymi przedmiotami liczba wskazanych obiektów może ulec zmianie;
- b) dołączono mapy z zaznaczonymi obszarami, które można traktować jako skupisko mniejszych obiektów bądź jako większą anomalię.

Na podstawie przedstawionych przez zamawiającego dokumentów wykonawca nie jest w stanie właściwie określić zakresu prac do wykonania i ich należycie wycenić. Innymi słowy przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w sposób bliżej niejednoznaczny i niewyczerpujący, tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Wprowadzenia takich obowiązków do umowy (tj. niedookreślenie zakresu prac do wykonania i uniemożliwienie ich wyceny) jest również sprzeczne z istotą stosunku zobowiązaniowego stron umowy o roboty budowlane, gdyż wykracza daleko poza zakres określony odpowiedzialnością ex contractu z art. 471 KC.

W związku z powyższym oraz odnosząc się do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, jak również oświadczenia wykonawcy, że „ujął w cenie wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego i zgodnego z umową, w tym za sztuką budowlaną oraz zasad techniki wykonania przedmiotu umowy, uwzględnił w nim wszelkie wpływy, uwarunkowania i wymogi zamawiającego" (§ 10 ust. 3 Umowy) należy stwierdzić, że wykonawca jest narażony na ryzyko związane ze stratą finansową, w przypadku gdy ilość obiektów ferromagnetycznych podlegających wydobyciu będzie większa niż założy lub też gdy okaże się, że obiekty ferromagnetyczne to będą w większości obiekty niebezpieczne (np. niewybuchy). Z drugiej strony odwołujący może nie uzyskać zamówienia, gdy przy wycenie oferty przyjmie zbyt wysoką rezerwę środków na ten cel - jednym, a zarazem najistotniejszym, bo mającym wagę 88 - z kryteriów wyboru oferty jest cena.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku gdy zamawiający nie jest stanie wiążąco i jednoznacznie określić zakresu prac wykonawcy odnoszących się do wydobycia obiektów ferromagnetycznych to powinien on zrezygnować ze zlecenia wykonania takich prac. Alternatywnie odwołujący wskazał, iż określenie przez zamawiającego wynagrodzenia, za ten element prac w formule kosztorysowo-obmiarowej, pozwoli określić tak warunki zamówienia, aby składane oferty były miarodajne i porównywalne. W opinii odwołującego - zamawiający powinien wskazać, jakie obiekty mogłyby znajdować się na dnie portu, należałoby dokonać klasyfikacji na obiekty bezpieczne i niebezpieczne (np. niewybuchy, granaty etc.) oraz podziału wagowego np. masa do 250 kg i powyżej 250 kg. Za każdy z tych obiektów wykonawcy oferowaliby inną cenę jednostkową. Ponadto zamawiający powinien szacunkowo określić ilości ww. obiektów, tak aby oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu były oparte na rozsądnej kalkulacji.

Co do zarzutu z pkt 2 odwołania odwołujący podniósł, że w §5 ust. 4 pkt 31 umowy - zamawiający przewidział, że wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny uzyskać ostateczną decyzję - pozwolenie wodnoprawne na odprowadzenie wód opadowych z nowowytbudowanych wylotów. Jednocześnie w pkt III.5 SIWZ zamawiający poinformował, iż jest w trakcie uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę i taka decyzja zostanie przekazana wykonawcy, który zostanie wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe wykonawca wniósł o usunięcie z §5 ust. 4 pkt 31 umowy obowiązku uzyskania przez wykonawcę pozwolenia wodnoprawnego, albowiem takie pozwolenie powinno być załączone do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, zatem należałoby domniemywać, iż zamawiający jest w posiadaniu takiego pozwolenia. Przyjęcie innego założenia implikuje powstanie po stronie wykonawcy wielu problemów z

oszacowaniem zakresu robót w tym zakresie oraz przyjęciem na siebie ryzyka wykonania dodatkowych robót, które na moment składania oferty są niemożliwe do wyceny.

Zgodnie z art. 122 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001 - Prawo wodne (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm., zwane dalej: „Prawo wodne”) jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, pozwolenie wodnoprawne jest wymagane m.in. na szczególne korzystanie z wód. W art. 37 Prawa wodnego ustawodawca wyjaśnił, iż: „szczególnym korzystaniem z wód jest korzystanie wykraczające poza korzystanie powszechne lub zwykłe, w szczególności:

- 1) pobór oraz odprowadzanie wód powierzchniowych lub podziemnych;
- 2) wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi;
- 3) przerzuty wody oraz sztuczne zasilanie wód podziemnych;
- 4) piętrzenie oraz retencjonowanie śródlądowych wód powierzchniowych;
- 5) korzystanie z wód do celów energetycznych;
- 6) korzystanie z wód do celów żeglugi oraz spławu;
- 7) wydobywanie z wód kamienia, żwiru, piasku oraz innych materiałów, a także wycinanie roślin z wód lub brzegu;
- 8) rybackie korzystanie ze śródlądowych wód powierzchniowych”.

Co się zaś tyczy kolejności uzyskiwania pozwolenia na budowę a pozwolenia wodnoprawnego, należy odnotować, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm., zwane dalej: „Prawo budowlane”) „pozwolenie na budowę może być wydane po uprzednim uzyskaniu przez inwestora, wymaganych przepisami szczególnymi, pozwoleń, uzgodnień lub opinii innych organów”. Te dokumenty należy dołączyć do projektu budowlanego (art. 33 ust. 2 pkt 1 Prawa budowlanego), zaś ich posiadanie sprawdza organ administracji architektoniczno-budowlanej przed wydaniem pozwolenia na budowę (art. 35 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego). Do pozwoleń, o których mowa w powyższych przepisach zalicza się również pozwolenie wodnoprawne, o którym mowa w art. 122 i nast. ustawy z dnia 18 lipca 2001 - Prawo wodne (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm.). Dlatego też, pomimo odrębności postępowania i pozwolenia wodnoprawnego od pozwolenia na budowę, inwestor zobowiązany jest uzyskać to pierwsze pozwolenie przed złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę.

Z uwagi na powyższe, odwołujący sformułował zarzut, iż przedmiot zamówienia nie został przez zamawiającego opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto zamawiający naruszył art. 31 ust. 1 ustawy PZP, albowiem w sytuacji gdy zamawiający zleca jedynie wykonanie robót budowlanych to przedmiot zamówienia na roboty budowlane powinien być opisany za

pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Jeżeli zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji - pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowytbudowanych wylotów, a z obowiązujących przepisów Prawa budowlanego wynika, iż inwestor powinien załączyć taką decyzję do wniosku o wydanie decyzji o pozwolenie na budowę — to należy wskazać, iż wykonawca nie ma możliwości sprawdzenia w tym zakresie kompletności i prawidłowości udostępnionego przez zamawiającego Projektu budowlanego. Ta okoliczność powoduje również trudność po stronie wykonawcy z realną wyceną tego elementu robót, albowiem zakres robót związanych z odprowadzeniem wód opadowych będzie dopiero wynikał z pozwolenia wodnoprawnego.

Ponadto może się okazać, iż wykonawca będzie musiał uzyskać zamienne pozwolenie na budowę lub też uzyskane pozwolenie wodnoprawne może na wykonawcę realizującego zamówienia narzucić obowiązek wykonania dodatkowych robót w tym zakresie. Należy wskazać, iż pozwolenie na budowę określa ilość, parametry oraz pozycję (lokalizację) wylotów wód opadowych, które będzie musiał zrealizować wykonawca. Jednak organ wydający pozwolenie wodnoprawne może zmienić ilości wylotów wód opadowych lub wszelkie, inne parametry z tym związane.

Ponadto odwołujący wskazał, iż sformułowanie przez zamawiającego §2 ust. 2 umowy oraz zobowiązanie wykonawcy do uzyskania we własnym zakresie i na własny koszt ostatecznej decyzji - pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowytbudowanych wylotów godzi w art. 353¹ KC oraz art. 471 KC, art. 648 §2 KC w związku z art. 14 i art. 139 §1 PZP. Skoro w zakresie obowiązków wykonawcy jest wykonania kanalizacji deszczowej (odprowadzenia wód opadowych), to powinien on mieć pewność na etapie przygotowania oferty, że projekt przekazany mu przez zamawiającego jest w tym zakresie poprawny i został zatwierdzony przez właściwe instytucje. W przeciwnym razie, gdy uzyskana przez niego ostateczna decyzja - pozwolenie wodnoprawne na odprowadzenie wód opadowych z nowobudowanych wylotów - będzie wymagała dokonania zmian w opracowanej na zlecenie zamawiającego dokumentacji projektowej, wykonawca ponosi ryzyko konieczności wykonania innych robót, niż te które były przedmiotem jego wyceny. Odwołujący argumentował, iż wprowadzenia takich obowiązków do umowy (tj. niedookreślenie zakresu prac do wykonania i uniemożliwienie ich wyceny) jest również sprzeczne z istotą stosunku zobowiązaniowego stron umowy o roboty budowlane, gdyż wykracza daleko poza zakres określony odpowiedzialnością *ex contractu* z art. 471 KC.

Co do zarzutu z pkt 3 odwołania odwołujący podniósł, że wzór Umowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ reguluje m.in. warunki płatności wynagrodzenia za realizacją przedmiotu zamówienia. W § 11 ust. 10 i ust. 11 wzoru Umowy zamawiający ustalił, że:

„10. Wykonawca wystawia Zamawiającemu faktury I/AT oddzielnie na Roboty wykonane przez niego bezpośrednio i oddzielnie za Roboty wykonane przez podwykonawcę (podwykonawców), o których mowa w ust. 9. Faktury Wykonawcy za Roboty wykonane przez podwykonawcę na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury podwykonawcy, zaakceptowanej przez Wykonawcę, będą płatne przez Zamawiającego bezpośrednio na rachunek bankowy podwykonawcy wskazany w kserokopii jego faktury. Zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wygasa w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy.

11. Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub którzy zawarli przedłożoną Zamawiającemu umowę, której przedmiotem są dostawy lub usługi, biorącym udział w realizacji odebranych robót. Warunek ten nie dotyczy podwykonawców, którym Zamawiający płaci bezpośrednio zgodnie z ust. 10.”

Tak sformułowane warunki rozliczeń wynagrodzenia wykonawcy są próbą obejścia prawa przez zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Tymczasem sposób, w jaki zamawiający ukształtował zasady wystawiania faktur VAT za roboty oraz ustanowiona przez zamawiającego odgórna zasada bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców prowadzi do sytuacji, w której przedmiotowe zamówienie zostanie de facto udzielone nie wykonawcy, lecz podwykonawcom, a zatem podmiotom nie wybranym zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający z góry zakłada, pomimo braku jakiegokolwiek stosunku umownego pomiędzy nim a podwykonawcami, że będzie on wydatkował środki publiczne na rzecz podwykonawców. Efektem opisanego wyżej działania zamawiającego jest faktyczna cesja praw do wynagrodzenia wykonawcy na rzecz podwykonawców, co jawi się jako sprzeczne z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że przywołane zapisy § 11 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy świadczą o naruszeniu przez zamawiającego art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 PZP. Sformułowanie ww. postanowień wzoru umowy nastąpiło bowiem w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, ustawą i zasadami współżycia społecznego. W myśl art. 647 KC do essentialia negotii umowy o roboty budowlane należy obowiązek inwestora w postaci

zapłaty umówionego wynagrodzenia na rzecz wykonawcy. Zastrzeżenie w treści umowy, iż zamawiający z góry uchyla się od tego obowiązku w zakresie w jakim roboty będą wykonane przez wykonawcę z pomocą podwykonawców jest sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, z ustawą (art. 647 KC), a także z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający oczekuje wystawiania przez wykonawcę odrębnych faktur VAT - oddzielnie za roboty wykonane przez niego bezpośrednio i oddzielnie za roboty wykonane przez podwykonawcę (podwykonawców) (§ 11 ust. 10 wzoru Umowy). Tymczasem wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia nie obejmuje wyłącznie wynagrodzenia podwykonawców za wykonanie robót (w znaczeniu nadanym w § 1 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy), albowiem kompleksowa realizacja inwestycji będącej przedmiotem zamówienia przez wykonawcę obejmuje znacznie więcej czynności niż samą li tylko realizację robót, nawet jeśli wykonawca będzie realizował wszystkie roboty z pomocą podwykonawców. Sam zamawiający w pkt X SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) wskazał w pkt 4, że wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, wymieniając w szczególności aż 30 składników cenotwórczych oferty, na które składają się m.in.:

- koszty opracowania projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia robót,
- koszty kompleksowej obsługi geotechnicznej i geodezyjnej,
- koszty całodobowego dozoru terenu budowy,
- koszty związane z przekazaniem odpadów firmom posiadającym stosowne zezwolenia,
- koszt przerw w prowadzeniu robót spowodowanych przerwami technologicznymi, warunkami eksploatacyjnymi oraz warunkami meteorologicznymi,
- koszt mobilizacji i demobilizacji sprzętu,
- koszt podłączenia i zużycia mediów,
- koszt zorganizowania zaplecza budowy i zabezpieczenia budowy,
- koszt zakupu materiałów,
- koszty pośrednie,
- zysk,
- koszty dojazdu i przejazdu,
- koszty ubezpieczenia,
- koszty wydobycia przeszkód podwodnych i wiele innych.

Także w myśl § 10 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) cena podana w ust. 1 zgodnie z ofertą wykonawcy, jest „ceną ryczałtową i zawiera wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i kompleksowego wykonania przedmiotu umowy oraz wszelkie składniki i dopłaty wynikające z wykonania czynności towarzyszących i usunięcia wad”. W myśl

przywołanego postanowienia wykonawca musi złożyć w treści umowy oświadczenie, że „ujął w cenę wszelkie elementy niezbędne do prawidłowego i zgodnego z umową, w tym ze sztuką budowlaną oraz zasadami techniki, wykonania przedmiotu umowy, uwzględnił w niej wszelkie wpływy, uwarunkowania i wymogi zamawiającego”. Tymczasem narzucone przez zamawiającego zasady fakturowania oraz części wynagrodzenia, jakie mają obejmować poszczególne faktury (tj. wyłącznie roboty) prowadzi do wniosku, iż wykonawca który nie będzie bezpośrednio realizował robót, lecz zleci ich wykonanie podwykonawcom, nie otrzyma wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Także w tym ujęciu sformułowanie § 11 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem doprowadzi do tego, że działając w myśl zapisów umowy, Zamawiający uchylił się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Po trzecie, ustalenie we wzorze umowy odgórnej zasady, że zamawiający w każdym przypadku będzie dokonywał bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, którzy wykonywali roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia, jest niezgodne z art. 143c ust. 1 PZP i art. 647¹ § 5 i § 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że stronami danego stosunku umownego są te podmioty, które wyraziły wolę nawiązania takiej więzi prawnej. To strony stosunku prawnego zobowiązane są do wykonywania wzajemnych zobowiązań. Jedynie wyjątkowo przepisy prawa dopuszczają sytuacje, w których możliwe jest regulowanie cudzych zobowiązań przez podmiot trzeci. Zgodnie z obowiązującymi regułami wykładni prawa, wszelkie wyjątki należy interpretować w sposób zacieśniający - zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*. Tymczasem zamawiający tak sformułował § 11 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy, że z wyjątku uczynił zasadę. O ile art. 647¹ § 5 KC ustanawia solidarną odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, o tyle przywołane postanowienia umowy nakładają na zamawiającego obowiązek zapłaty tego wynagrodzenia w sytuacji, gdy zobowiązany do tego jest w pierwszej kolejności wykonawca, albowiem to wykonawca, a nie zamawiający, jest stroną umowy o podwykonawstwo. Tym samym narzucone przez zamawiającego zasady rozliczeń doprowadzą do pomieszania obowiązków stron z różnych stosunków prawnych i różnych podstaw prawnych. Jednocześnie odwołujący podkreślał, że zgodnie z art. 143c ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, ale tylko w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę (podwykonawcę, dalszego podwykonawcę).

W świetle powyższego odwołujący wywiódł, iż sposób ukształtowania przez zamawiającego wzoru Umowy w zakresie warunków płatności wynagrodzenia prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców, którzy w całości samodzielnie zrealizują cały przedmiot zamówienia. Takie działanie jest sprzeczne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem w jawny sposób dyskryminuje tych wykonawców, którzy zamierzają wykonać całość lub część zamówienia z pomocą podwykonawców.

Co do zarzutu z pkt 4 odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt XVI ppkt 5, 7, 8 i 9 SIWZ oraz w § 7 ust. 4 pkt 5, 7, 8 i 9 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) postanowił, że:

„Z zastrzeżeniem uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 6471 kc, Zamawiający zgłosi zastrzeżenia lub sprzeciw do projektu umowy lub zmiany umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, gdy:

(...)

5. projekt umowy będzie przewidywał kary umowne w innych wypadkach i wyższych wysokościach lub wskaźnikach procentowych niż określone w § 13 Umowy, z zastrzeżeniem pkt 4,

(...)

7. Wykonawca jest uprawniony do zatrzymania lub wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części,

8. umowa przewiduje wykonanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem,

9. umowa nie przewiduje, że Wykonawca nie może dokonywać potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy, (...)"

Z powyższego wynika, że wykonawca i podwykonawca nie będą mogli ukształtować treści umowy o podwykonawstwo w sposób dopuszczalny przez przepisy ustawy Pzp i KC oraz jednocześnie ogólnie przyjęty na rynku usług budowlanych. Aby wypełnić postanowienia SIWZ i wzoru umowy, umowa o podwykonawstwo będzie bowiem musiała obejmować:

1. obowiązek zapłaty przez podwykonawcę kar umownych wyłącznie w przypadkach i w wysokości przewidzianych w § 13 wzoru Umowy (por. pkt XVI ppkt 5 SIWZ),

2. brak uprawnienia wykonawcy do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części (por. pkt XVI ppkt 7 SIWZ),

3. niedopuszczalność wykonania przez podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem (por. pkt XVI ppkt 8 SIWZ),

4. zakaz dokonywania przez wykonawcę jakichkolwiek potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy (por. pkt XVI ppkt 9 SIWZ).

Taki sposób sformułowania postanowień SIWZ i wzoru umowy stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP, art. 143d PZP, art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 483 § 1 KC i art. 498 § 1 KC w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 PZP.

Odwołujący wskazał, że na mocy art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP zamawiający określa wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli wymaga od wykonawcy zawarcia umowy na warunkach określonych w tym wzorze. Z kolei z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp wynika uprawnienie zamawiającego do określenia w treści SIWZ wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu. Zamawiający nie ma jednak niczym nieograniczonej swobody w ustalaniu wzoru umowy z wykonawcą i w określaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo. Jak słusznie wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w swoim bogatym orzecznictwie, zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ KC, a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 487/14).

Odwołujący wskazywał, iż narzucenie przez zamawiającego jakichkolwiek ograniczeń co do dopuszczalnego katalogu kar umownych i ich wysokości w umowie o podwykonawstwo jest niedopuszczalne w świetle przepisów art. 353¹ KC i art. 483 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp. Dopuszczalność zastrzeżenia kar umownych, ustalenie przypadków, w których obowiązek zapłaty kary będzie się aktualizował oraz ustalenie wysokości tych kar ustawodawca pozostawia woli stron danego stosunku prawnego. W omawianym przypadku stronami tymi będą wykonawca i podwykonawca, a nie zamawiający. Co więcej, nawet przepis art. 143d ust. 1 pkt 7 PZP nie upoważnia zamawiającego do sformułowania treści pkt XVI ppkt 5 SIWZ i § 7 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy w sposób, w jaki to uczynił. Przepis ten stanowi bowiem jedynie o tym, że umowa o roboty budowlane ma zawierać w szczególności określenie wysokości kar umownych z tytułów wskazanych w ww. przepisie. Znamiennym jest, iż utrzymanie zapisów SIWZ w obecnym kształcie uniemożliwi wykonawcy zastrzeżenie w umowie o podwykonawstwo kar umownych za niewykonanie przez podwykonawcę zobowiązań umownych np. w zakresie

przestrzegania przepisów BHP, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy też respektowania zakazu dokonywania cesji wierzytelności podwykonawcy bez zgody wykonawcy.

Odwołujący argumentował, że niezasadnym jest wymaganie zamawiającego, aby treść umowy o podwykonawstwo nie zawierała uprawnień wykonawcy do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części (por. pkt XVI ppkt 7 SIWZ i § 7 ust. 4 pkt 7 wzoru Umowy). Z jednej strony w § 11 ust. 12 wzoru umowy zamawiający sam zastrzegł dla siebie uprawnienie do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w razie nieprzedstawienia wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, a drugiej stronie odmawia analogicznego uprawnienia wykonawcy w stosunku do jego podwykonawców. Prowadzi to do rażącej nierówności stron stosunku zobowiązaniowego. Takie ustalenie warunków umowy jest sprzeczne w szczególności z art. 3531 KC i art. 5 KC w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza treści pkt XVI ppkt 8 i 9 SIWZ oraz § 7 ust. 4 pkt 8 i 9 wzoru umowy również prowadzi do wniosku, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, nadużywając w szczególności uprawnień określonych w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp i wykraczając poza dopuszczalną swobodę kontraktowania wynikającą z art. 3531 KC w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. W niczym nieuzasadniony sposób zamawiający wskazał bowiem, iż umowa o podwykonawstwo: 1) nie może dopuszczać wykonania przez podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem oraz 2) musi zawierać zakaz dokonywania przez Wykonawcę jakichkolwiek potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy. Tymczasem dopuszczalność dokonywania potrąceń przez strony danego stosunku prawnego wynika z ustawy, a konkretnie z art. 498 § 1 KC. Jakkolwiek w judykaturze dopuszcza się umowne wyłączenie dopuszczalności dokonywania potrąceń ustawowych, o tyle takie wyłączenie musi stanowić suwerenną decyzję stron danego stosunku prawnego podjętą w ramach swobody kontraktowania. Tak dotkliwe ograniczenie możliwości umarzania wzajemnych zobowiązań nie może być wynikiem narzucenia warunków umowy przez podmiot trzeci niebędący stroną tej umowy (w tym przypadku takim podmiotem trzecim wobec wykonawcy i podwykonawcy jest zamawiający). Odwołujący wskazywał, iż powszechną praktyką na rynku usług budowlanych jest ustalanie kaucji gwarancyjnej jako sposobu zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej. Nie każdy podwykonawca znajduje się bowiem w takiej sytuacji ekonomicznej, aby tytułem zabezpieczenia móc przedłożyć generalnemu wykonawcy gwarancję bankową lub gwarancję ubezpieczeniową. Strony umowy o podwykonawstwo mogą jednak umówić się, że podwykonawca ma obowiązek wpłacenia na rachunek bankowy generalnego wykonawcy określonej kwoty

pieniężnej tytułem kaucji gwarancyjnej, jednocześnie ustalając, iż realizacja tego zobowiązania nastąpi poprzez potrącenie stosownych kwot tytułem kaucji z wynagrodzenia należnego podwykonawcy za realizację umowy. Postanowienia pkt XVI ppkt 8 i 9 SIWZ oraz § 7 ust. 4 pkt 8 i 9 wzoru umowy uniemożliwią wyżej opisany sposób zabezpieczenia, co doprowadzi do znacznego ograniczenia ilości podwykonawców, z którymi wykonawca (jako generalny wykonawca inwestycji będącej przedmiotem zamówienia) będzie mógł w ogóle zawrzeć umowę. Znamionym jest także fakt, iż przywołane zapisy SIWZ uniemożliwią chociażby dokonywanie przez wykonawcę potrąceń kar umownych z wynagrodzenia należnego podwykonawcom, pomimo iż zamawiający przyznał sobie takie uprawnienie względem samego wykonawcy w § 13 ust. 3 wzoru umowy.

Wszystkie opisane uchybienia wskazują wprost, iż zamawiający arbitralnie i bez uzasadnienia ogranicza swobodę kształtowania stosunku prawnego przez wykonawcę z osobą trzecią (podwykonawcą), co nie jest zgodne z ani z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli prawidłową realizacją zamówienia, ani z celem art. 6471 KC i art. 143c PZP, którym jest zabezpieczenie interesu podwykonawców w kontekście zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.

Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż narzucanie przez zamawiającego takich postanowień SIWZ i wzoru Umowy, których praktycznym skutkiem jest ograniczenie lub wręcz brak możliwości posługiwania się podwykonawcami przy realizacji zamówienia, leży poza kompetencją i uprawnieniem zamawiającego. W świetle powyższego należy uznać, iż zamawiający ukształtował treść SIWZ i wzoru umowy w sposób uprzywilejowujący takich wykonawców, którzy w całości samodzielnie zrealizują przedmiot zamówienia. Takie działanie jest sprzeczne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem w jawny sposób dyskryminuje tych wykonawców, którzy zamierzają wykonać całość lub część zamówienia z pomocą podwykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie oraz Mostostal Kraków S.A. w Krakowie. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikację SIWZ z 18 sierpnia 2016 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, formułowania postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia, sporządzenie opisu (wzoru) w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

- 1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC, art. 471 KC w związku z art. 14 i art. 139 §1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w pkt III. 4 SIWZ oraz pkt X. 4 ppkt 7) w związku z §18 ust. 7 i 11 wzoru umowy w ten sposób, że zobowiązuje on oferentów do uwzględnienia kosztów związanych z wydobyciem przeszkód podwodnych oraz obiektów ferromagnetycznych**

Ustalono, że zamawiający w SIWZ w pkt III 4. ppkt 7) przewidział, że przedmiot zamówienia określa między innymi załącznik nr 8 do SIWZ pn. „Wytyczne dotyczące prowadzenia rozpoznania saperskiego na wodzie. Opis prac dotyczy technologii

wykonywania prac saperskich". Ponadto w umowie w § 5 ust. 6 pkt 8 zamawiający wskazał, iż wykonawca zapewni wykonanie badań ferromagnetycznych, z uwzględnieniem ww. „wytycznych”.

W załączniku nr 8 do SIWZ zamawiający przewidział, iż do przygotowania planu prac saperskich wykonawca może wykorzystać mapy anomalii (przedmiarowe) załączone przez zamawiającego, jednak jednocześnie zamawiający zaleca wykonanie własnej mapy magnetometrycznej według poniższych wytycznych. Ponadto wytyczne wskazują, iż „*celem rozpoznania prowadzonego przez Zamawiającego było wstępne oszacowanie ilości obiektów potencjalnie niebezpiecznych zalegających na dnie*”. Zamawiający wskazał, że wydobyciu podlegają wszystkie obiekty ferromagnetyczne.

Do SIWZ załączono raport z przeszukania terenu pod kątem występowania przedmiotów ferromagnetycznych na wyznaczonych obszarach wodnych Stoczni Marynarki Wojennej SA w Gdyni oraz wskazanego pasa wodnego przy falochronie od strony awanportu, jako załącznik nr 9 do SIWZ. W raporcie tym opisano metodę badawczą. Z raportu wynika, że wyodrębniono 1173 anomalie. Wszystkie wykryte obiekty należy traktować jako potencjalne przedmioty wybuchowe i niebezpieczne pochodzenia wojskowego. Dokładność lokalizacji wynosi do 2m w promieniu od wskazanego punktu. Zlokalizowane obiekty ferromagnetyczne przedstawiono w postaci ponumerowanych punktów na mapach oraz w formie tabelarycznej zawierającej numery punktów wraz z ich koordynatami. Dodatkowo załączono mapy z zaznaczonymi obszarami, które można traktować jako skupisko mniejszych obiektów bądź jako większą anomalię. Do raportu załączono mapy i współrzędne punktów z map.

W pkt X.3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż „raport z przeszukania terenu pod kątem występowania przedmiotów ferromagnetycznych na wyznaczonych obszarach wodnych Stoczni Marynarki Wojennej SA w Gdyni oraz wskazanego pasa wodnego przy falochronie od strony awanportu stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ, a także załączniki nr 10, nr 11 oraz nr 12 również mają charakter wyłącznie informacyjny.

W § 2 ust. 2 wzoru umowy zamawiający wskazał, że *przedmiotem umowy jest wykonanie przez wykonawcę wszystkich robót, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia celu umowy.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Z kolei w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać*

w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wywodził, że brak dokładniejszych danych co do rodzaju i wielkości obiektów uniemożliwia mu rzetelną wycenę prac saperskich. Celem zobrazowania różnic w wycenie poszczególnych kategorii obiektów ferromagnetycznych złożył ofertę podwykonawczą Przedsiębiorstwa Robót Podwodnych „Aquamor” sp. z o.o. w Gdańsku, z której rzeczywiście wynikało, że ten różnicuje ceny w zależności od rodzaju obiektu (obiekt niebezpieczny pochodzenia wojskowego i pozostałe), a także ze względu na jego wielkość (obiekty małe, średnie i duże).

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający załączył do SIWZ dokument pod nazwą „Raport z przeszukania terenu pod kątem występowania przedmiotów ferromagnetycznych na wyznaczonych obszarach wodnych Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w Gdyni oraz wskazanego pasa wodnego przy falochronie od strony awanportu” (załącznik nr 9 do SIWZ). Raport ten zawiera dość dokładne dane. W raporcie tym jednoznacznie wskazano, iż wyodrębniono 1173 anomalie. Obiekty te przedstawiono na mapach oraz w formie tabelarycznej. Dodatkowo dołączono mapy na których wskazano obszary, które można traktować jako skupisko mniejszych obiektów bądź większą anomalię.

Owszem w raporcie tym wskazano także, jakie ryzyka należy wziąć pod uwagę, m.in. znajdowanie się jednych ferromagnetyków pod drugimi a także istnienie skupisk przedmiotów dających jednorodny sygnał. Akcentowane przez samego zamawiającego ryzyko niedokładności pomiaru nie stanowi jeszcze o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił bowiem wykonawcy uwagę na to ryzyko, przedstawił metodę badawczą celem oszacowania wielkości tego ryzyka, wreszcie – świadom niedokładności – nakazał potraktować wszystkie obiekty jako potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne pochodzenia wojskowego. W tej sytuacji niesprecyzowanie przez zamawiającego, które z tych obiektów są rzeczywiście niebezpieczne i mają pochodzenie wojskowe, nie ma znaczenia. Jak jednoznacznie wynikało z raportu, wykonawca powinien przyjąć założenie, że wszystkie obiekty mają taki charakter.

Ze stanowiska firmy Proton Archeo Ł.P. z 19 sierpnia 2016 r., który wykonał ww. raport, złożonego na rozprawie przez zamawiającego, wynikało ponadto, że na chwilę obecną technologicznie nie jest możliwe wykonanie pomiarów rozróżniających obiekty niebezpieczne od złomu. Podmiot ten wskazywał, że zidentyfikowane w raporcie ryzyka należy szacować na poziomie ok. 10%. Z oświadczenia wynikało również, że nie można już

wykonać żadnych innych prac, których celem byłoby dalsze doprecyzowanie prac saperskich.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że nie zostało wykazane aby na etapie przygotowania SIWZ dało się dokładniej określić rodzaj i wielkość obiektów ferromagnetycznych podlegających wydobywaniu (bez ich wydobywania). Należy wziąć pod uwagę, że nawet najdoskonalsza dokumentacja techniczna może być obciążona błędami i nigdy nie zabezpiecza przed wszelkimi możliwymi ryzykami.

Wzięto także pod uwagę stanowisko zamawiającego, który wskazał w trakcie rozprawy, że w § 4 ust 3 pkt 1 wzoru umowy przewidziano zmiany w zakresie rzeczowym umowy i wynagrodzenia wykonawcy w razie wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Natomiast definicja owych nieprzewidywalnych warunków znajdowała się w § 5 ust 6 pkt 24 wzoru umowy, z którego wynikało, że należy przez nie rozumieć naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które napotka wykonawca włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne ale wyłączając warunki klimatyczne oraz takie, które były racjonalnie możliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę. Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy, że w świetle ww. postanowień umownych, jeżeli badanie przeprowadzone przez wykonawcę wykaże większą liczbę obiektów, które będą musiały być wydobyte, to będzie to stanowić podstawę do zmiany umowy. Odwołujący wywodził wprawdzie, że do tych oświadczeń należy podchodzić z rezerwą. Dostrzec wymagało jednak, że oświadczenia te zostały złożone do protokołu rozprawy, pochodziły od podmiotu, który będzie dokonywać interpretacji umowy i w tej sytuacji można im przypisać doniosłe znaczenie.

Złożone w trakcie posiedzenia wzory SIWZ z postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, w których przewidziano kosztorysowy sposób rozliczania prac polegających na wydobywaniu obiektów ferromagnetycznych mogły stanowić jedynie, że niektórzy zamawiający stosują taki sposób wynagradzania. Powyższe nie stanowiło jednak, że przyjęcie przez zamawiającego ryczałtowego sposobu wynagradzania narusza prawo.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnych nowych dowodów, aby zmienić stanowisko, które Izba już prezentowała w wyroku z 7 czerwca 2013 r, sygn. akt KIO 1238/13. Wbrew stanowisku odwołującego wyrok ten zapadł na tle analogicznego stanu faktycznego, gdyż dotyczył identycznych postanowień umownych. Co istotniejsze wyrok ten został wydany na tle SIWZ, do której nie załączono raportu analogicznego do tego, który zamawiający załączył do obecnej SIWZ. Nie stanowi naruszenia zasad postępowania postanowienie § 2 ust. 2 wzoru umowy, w którym zamawiający wskazał, że *przedmiotem umowy jest wykonanie przez wykonawcę wszystkich robót, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia celu umowy*. Brzmienie tego postanowienia jest jedynie potwierdzeniem przyjęcia przez zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. W tej sytuacji

należało dojść do wniosku, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 471 KC w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi*. Uszło uwadze odwołującego, że przepis ten nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Sam ustawodawca w art. 473 § 1 KC przesądził, że *dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi*.

Nie wykazano także zarzutu naruszenia art. 353¹ kc. Taki a nie inny rozkład ryzyk nie narusza zasady swobody umów wynikającej z tego przepisu. Nie jest sprzeczny z istotą stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowane. Nie jest sprzeczny z ustawą, z w szczególności z art. 471 KC, na który zdawał się wskazywać odwołujący. Jeżeli zaś chodzi o sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, to nie wiadomo jakie konkretne zasady miałyby zostać naruszone poprzez taki rozkład ryzyka. Odwołujący zaniechał bowiem wskazania, w jakie konkretnie zasady godzi kwestionowany opis przedmiotu zamówienia.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 143c ust. 1 ustawy Pzp i art. 647¹ § 5 i § 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie treści umowy (§ 11 ust. 10 i ust. 11 zdanie ostatnie wzoru umowy) w sposób prowadzący do faktycznego udzielenia zamówienia podmiotowi innemu niż wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy oraz jednocześnie do uchylecia się przez zamawiającego od obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, a ponadto poprzez ustanowienie zasady, w myśl której zamawiający w każdym przypadku będzie dokonywał bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a także poprzez uprzywilejowanie wykonawców, którzy samodzielnie (tj. bez udziału podwykonawców) zrealizują cały przedmiot zamówienia.

Ustalono, że zamawiający w pkt W § 11 ust. 10 i ust. 11 wzoru umowy zamawiający wskazał, że:

„10. Wykonawca wystawia Zamawiającemu faktury I/AT oddzielnie na Roboty wykonane przez niego bezpośrednio i oddzielnie za Roboty wykonane przez podwykonawcę (podwykonawców), o których mowa w ust. 9. Faktury Wykonawcy za Roboty wykonane przez podwykonawcę na kwotę tożsamą z załączoną kserokopią faktury podwykonawcy,

zaakceptowanej przez Wykonawcę, będą płatne przez Zamawiającego bezpośrednio na rachunek bankowy podwykonawcy wskazany w kserokopii jego faktury. Zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wygasa w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał zapłaty na rzecz podwykonawcy.

11. Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub którzy zawarli przedłożoną Zamawiającemu umowę, której przedmiotem są dostawy lub usługi, biorącym udział w realizacji odebranych robót. Warunek ten nie dotyczy podwykonawców, którym Zamawiający płaci bezpośrednio zgodnie z ust. 10."

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że przywołane wyżej postanowienia wzoru umowy naruszają przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie jednak z przywołanym przepisem *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje zaś w razie podpisania umowy w sprawie zamówienia. Tylko w takim przypadku możliwe jest naruszenie przez zamawiającego powołanego przepisu. Niezależnie jednak od tego wprowadzenie bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców za te prace, które wykonawca wykonał należycie przy udziale podwykonawców, nie oznacza naruszenia zasady odpłatności umowy o roboty budowlane i nie pozbawia wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie przez niego prace. W świetle reguł opisanych w § 11 ust. 10 i ust. 11 wzoru umowy zamawiający w dalszym ciągu płaci na podstawie faktury wystawionej przez wykonawcę, z tą jedynie różnicą, że kwoty odpowiadające wartości wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom, zamawiający bezpośrednio przelewa na rachunki tych podmiotów. Wbrew stanowisku odwołującego kwestionowane postanowienia nie uniemożliwiają wykonawcy pokrycia jego kosztów pośrednich i zysku itp., ze względu na to, że te elementy niebędące towarem ani usługą nie będą mogły być wyszczególnione na fakturze VAT. Oczywistym jest bowiem, że wykonawca nie będzie wskazywał na fakturach tych kosztów czy zysku, ale wykonane roboty budowlane.

Zdaniem Izby kwestionowane postanowienia nie naruszają przepisu art. 353¹ KC ani art. 647 KC. O tym, że sporne zastrzeżenie nie jest sprzeczne z ustawą, naturą umowy o roboty budowlane, czy zasadami współzycia społecznego świadczy choćby treść przepisu art. 143c ust. 1 ustawy Pzp. W przepisie tym sam ustawodawca przewidział – w niektórych

przypadkach – obowiązek dokonywania bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Nie można utrzymywać, że taki sposób płatności narusza zasadę swobody umów, skoro sam ustawodawca zdecydował się uznać takie rozwiązanie za obowiązkowe.

Za niezrozumiały należało uznać zarzut naruszenia art. 647¹ § 5 i 6 KC. Przepisy te stanowią, iż:

§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne.

Nie wiadomo w jaki sposób kwestionowane postanowienia umowne miałyby naruszać zasadę solidarnej odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Kwestionowane postanowienia nie są także sprzeczne z przepisem art. 143 c ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Zamawiający dokonuje bezpośrednio zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane.*

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 143 c ust. 1 ustawy Pzp wyznacza minimalny zakres ochrony, jaki zamawiający zapewnia podwykonawcom. Z powyższego nie można jednak wywodzić zakazu wprowadzenia postanowienia umownego, które zwiększałoby tę ochronę, o treści takiej jak wskazano w SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga również, że identyczne postanowienia umowne były już przedmiotem oceny przez Izbę, która w wyroku z dnia 28 lipca 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1464/16 uznała je za zgodne z prawem. Odwołujący nie przedstawił żadnych nowych dowodów, które mogłyby zmienić dotychczasowe stanowisko Izby w rozpatrywanym zakresie.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp, art. 143d ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 483 § 1 KC i art. 498 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z przepisami ograniczenie swobody kształtowania stosunków prawnych (umów o podwykonawstwo) przez wykonawcę i podwykonawców wyrażające się w wymaganiu, aby umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, obejmowała: obowiązek zapłaty przez podwykonawcę kar umownych

wyłącznie w przypadkach i w wysokości przewidzianych w § 13 wzoru Umowy, brak uprawnienia wykonawcy do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części, niedopuszczalność wykonania przez podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem oraz zakaz dokonywania przez wykonawcę jakichkolwiek potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy - co prowadzi do uprzywilejowania takich Wykonawców, którzy w całości samodzielnie zrealizują cały przedmiot zamówienia

Ustalono, że zamawiający w pkt XVI ppkt 5, 7, 8 i 9 SIWZ oraz w § 7 ust. 4 pkt 5, 7, 8 i 9 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) postanowił, że:

„Z zastrzeżeniem uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 647¹ kc, Zamawiający zgłosi zastrzeżenia lub sprzeciw do projektu umowy lub zmiany umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, gdy:

(...)

5. projekt umowy będzie przewidywał kary umowne w innych wypadkach i wyższych wysokościach lub wskaźnikach procentowych niż określone w § 13 Umowy, z zastrzeżeniem pkt 4,

(...)

7. Wykonawca jest uprawniony do zatrzymania lub wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części,

8. umowa przewiduje wykonanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem,

9. umowa nie przewiduje, że Wykonawca nie może dokonywać potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy, (...)"

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania.

Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, celem wprowadzenia ww. przepisu była konieczność zapewniania ochrony interesów podwykonawców. Kierując się tym założeniem, ustawodawca przesądził, że publiczny zamawiający może wymagać od wykonawców, aby nie zawierali oni określonych postanowień w umowach podwykonawczych, pod rygorem zgłoszenia zastrzeżeń czy sprzeciwu.

Odwołujący nie wykazał, aby działanie zamawiającego polegające na wskazaniu ww. postanowień świadczyło o nadużyciu przysługującego zamawiającemu uprawnienia w rozumieniu art. 5 KC. Przepis ten stanowi, że *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.* Jak wcześniej wyjaśniono, celem wprowadzenia uprawnienia była ochrona interesów podwykonawców, a w szczególności ich prawa do wynagrodzenia. W ocenie Izby zamawiający skorzystał ze swego prawa zgodnie z jego przeznaczeniem, gdyż wszystkie kwestionowane klauzule służyć mają ochronie wynagrodzenia podwykonawców. Nie wiadomo natomiast, w jaki sposób skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia miałyby godzić w zasady współżycia społecznego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zaniechał wskazania, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego stoją na przeszkodzie zakazania wprowadzenia przedmiotowych klauzul.

Odwołujący nie sprostął również ciężarowi udowodnienia naruszenia art. 353¹ KC. Przepis ten stanowi, że *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.* Niezastosowanie klauzul zakazanych przez zamawiającego nie spowoduje żadną miarą, że zmieni się natura (właściwość) stosunku umowy podwykonawczej w robotach budowlanych. O właściwości tego stosunku nie decydują bowiem kary umowne, prawo potrącenia ani prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia. Postanowienia takie nie są także sprzeczne z ustawą. Wreszcie, nie wiadomo też jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone.

Zakaz zastosowania kar umownych innych aniżeli przewidziane w umowie wykonawczej nie narusza przepisu art. 483 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).* Dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca w przepisie posłużył się słowem „może”. Zastrzeżenie kar umownych nie jest zatem obowiązkowym elementem umowy podwykonawczej przy robotach budowlanych.

Jak kolejny naruszony przepis odwołujący wskazał na art. 143 d ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące wysokości kar umownych, z tytułu:

- a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
- b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
- c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
- d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Jak wynika z analizowanego przepisu, zawiera on wyliczenie obowiązkowych elementów, które ma zawierać umowa. Natomiast to wyliczenie nie jest wyczerpujące, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę słowo „w szczególności”. Nie można także twierdzić, że przepis ten „nie uprawnia” zamawiającego do sformułowania zakazu użycia klauzul umownych wskazanych powyżej. Uszło uwadze odwołującego, że rolą tego przepisu jest jedynie wskazanie elementów obowiązkowych, jakie muszą znaleźć się w umowie o roboty budowlane. Natomiast podstawą do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jest ewidentnie przywoływany już wcześniej art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp.

Zakazy potrąceń, o których mowa w pkt XVI ppkt 8 i 9 SIWZ nie naruszają przepisu art. 498 § 1 KC. Przepis ten stanowi, że *Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.*

Odwołujący sam przyznał w treści odwołania, że w świetle zasady swobody kontraktowania dozwolone jest wyłączenie możliwości potrącenia. Zatem przepis art. 498 § 1 KC nie ma charakteru ius cogentis i wyłączenie możliwości potrąceń z wynagrodzeniem należnym podwykonawcy nie godzi zatem w ten przepis. Niezasadne jest przy tym powoływanie się na to, że sam zamawiający zapewnił sobie prawo potrąceń w umowie z generalnym wykonawcą, ale odmawia wykonawcy dopuszczenia analogicznego prawa w umowie podwykonawczej. Jak wyjaśnił zamawiający w trakcie rozprawy, wprowadzenie kwestionowanych zakazów w umowach podwykonawczych jest zasadne. Zamawiający słusznie dostrzegł, że konieczność rozstrzygnięcia zasadności potrąceń czy skuteczności prawa wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, mogłoby

uniemożliwić lub znacznie utrudniać zamawiającemu realizację bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Ponadto wbrew stanowisku kwestionowane zapisy nie stoją na przeszkodzie możliwości wnoszenia przez podwykonawców kaucji gwarancyjnych. Jak wykazał zamawiający, w poprzednich postępowaniach, na tle analogicznych zapisów, stosowane były przekazy, na podstawie których podwykonawcy wnosili kaucje. Postanowienia te służą zatem ochronie wynagrodzenia podwykonawcom i należało je uznać za dopuszczalne.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących postanowień SIWZ zobowiązujących zobowiązuje wykonawcę do uzyskania ostatecznej decyzji - pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowytbudowanych wylotów, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia Izby cofnął ww. zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co z omawianych wcześniej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego*

stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odwołanie okazało się niezasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości odwołującego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 892 zł 33 gr oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa wysokości 17 zł, na podstawie rachunków oraz dowodu uiszczenia opłaty złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: