

Sygn. akt: KIO 1884/15

WYROK

z dnia 15 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 11 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Uniwersytet Medyczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3a, 80-210 Gdańsk**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) 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: Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej etap I „stan zero” (dalej „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 sierpnia 2015r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S 159-291645. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona SIWZ.

Odwołujący: Budimex S.A., Warszawa wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SIWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Zarzuca Zamawiającemu, iż naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp oraz art. 143d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647.1 Kodeksu cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 353.1 kc i art. 58 kc poprzez zobowiązanie wykonawców by suma wartości umów zawartych z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami nie przekraczała wartości umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

W piśmie skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 10 września 2015 r. odwołujący cofnął zarzuty dotyczące warunków opisanych w Rozdziale IV ust. 1 pkt 2a i b siwz, Rozdziale IV ust. 1 pkt 3 siwz oraz w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4 c siwz.

W pozostałym zakresie tj. w zakresie zarzutu opisanego w pkt III odwołania, odwołujący podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o usunięcie § 6 ust. 15 w załączniku nr 9 do siwz stanowiącym wzór umowy.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

III. (zarzut pozostały po cofnięciu innych wymienionych wyżej)

Nieprawidłowości w postanowieniach zawartych w projekcie umowy - § 6 ust. 15 Projektu umowy (załącznik nr 9 do SIWZ)

1. W § 6 ust. 15 Projektu umowy Zamawiający wskazał, że suma wartości umów zawartymi z Podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami nie może przekroczyć kwoty umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

2. Wskazane postanowienia naruszają przepisy ustawy Pzp, a także przepisy kc, gdyż nie spełniają wymogu jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości, nie precyzując, w jakich przypadkach Zamawiający będzie uprawniony do złożenia zarzutów i sprzeciwu od zapisów umowy podwykonawczej, których przedmiotem są roboty budowlane. Odwołujący podnosi, że norma art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp dotyczy wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane. Wobec tego nie można porównywać wartości wynagrodzenia podwykonawców za roboty budowlane oraz wartości wynagrodzenia podwykonawców dostaw i usług z wartością wynagrodzenia należnego od Zamawiającego Wykonawcy. Wskazane postanowienia projektu umowy pozostawiają niedozwoloną nieprecyzyjność i arbitralną dowolność interpretacyjną w stosunku do których umów podwykonawczych o roboty budowlane Zamawiający zgłosi zastrzeżenia i sprzeciw. Przykładowo jak będzie kształtowała się ocena Zamawiającego w tym zakresie, w sytuacji kiedy wartość wynagrodzenia podwykonawcy jest dokładnie równa wartości wynagrodzenia Wykonawcy, czyli nie przekracza wartości wskazanej w § 6 ust. 15 projektu Umowy, ale zakres robót tego podwykonawcy nie wyczerpuje zakresu całości zamówienia, za które Wykonawca ma otrzymać wynagrodzenie.

3. Powyższe stanowi przekroczenie uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp, przez odniesienie warunków umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane, do wartości umów podwykonawczych o innym przedmiocie oraz nieprecyzyjne i niejednoznaczne formułowanie postanowień SIWZ.

4. Jednym z podstawowych założeń nowelizacji ustawy 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 ustawy Pzp dodano pkt 11 a) oraz dodano nowy art. 143d ustawy Pzp.

5. W art. 36 ust. 2 ustawy 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 ustawy Pzp ustawodawca określił natomiast katalog postanowień jakie zawierać powinna umowa o roboty budowlane. Katalog ten nie zawiera postanowienia przyznającego Zamawiającemu uprawnienia do określenia wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a tym bardziej w szczególności odpowiadającej rozbiciu na ceny jednostkowe.

6. Jednocześnie art. 14 i 139 ustawy Pzp jednoznacznie wskazują, że do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz umów w sprawach zamówień Publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Oznacza to, że jedynie przepisy jednoznacznie określone w ustawie 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. 647.1 kc, z ewentualnymi modyfikacjami, które wynikają z przepisów ustawy 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 ustawy 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.

7. Uprawnienia zamawiającego do określania wysokości wynagrodzenia i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy nie wynikają także z zasady swobody umów /art. 353 kc/ wobec ograniczeń tej swobody wynikających z treści, celu, natury stosunku, ustawy i zasad współżycia społecznego. Bezspornie normą, której nie wolno naruszyć jest art. 647.1 kc.

8. W tym miejscu przywołuje treść uzasadnienia nowelizacji ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i

art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Stwierdza, że po pierwsze: „Proponowane przepisy nie odnoszą się m.in. do kwestii solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy 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 zleceniodawców. 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.”

9. Z przywołanego uzasadnienia wynika, że ww regulacja nie dotyczy odpowiedzialności solidarnej, a jedynie wymogów wobec podwykonawców i ochrony ich wynagrodzenia.

10. Odwrotnie należy stwierdzić, że po pierwsze treść § 6 ust. 15 projektu 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 przymiotu dozwolonego zgodnie z art. 3531 Kc, gdyż jednoznacznie narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 6471 Kc i przez to zgodnie art. 58 Kc jest nieważna. 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 jego fragment:

„Przepis art. 647.1 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 Sąd 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., a co czyni podnoszony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego zasadnym.”

11. Podsumowując należy wskazać, że na podstawie przepisów ustawy Pzp w zakresie przyszłych umów o podwykonawstwo Zamawiający 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. Podkreślenia wymaga przy tym, że

w analogicznych przypadkach przy analogicznych postanowieniach umowy, kierując się wskazaną argumentacją Zamawiający rezygnowali z takich postanowień Specyfikacji, a co za tym idzie umarzone były wszczęte na takim tle postępowania odwoławcze. Odwołujący niniejszym przywołuje w tym kontekście orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 1231/15, KIO 1520/15, KIO 1683/15, KIO 1716/15 gdzie Izba na skutek uznania analogicznego zarzutu odwołania umorzyła postępowanie.

12. W związku z tym, Odwołujący wnosi o usunięcie wskazanego postanowienia z Projektu Umowy, tj. wnosi o usunięcie § 6 ust. 15 załącznika nr 9 do SIWZ.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że Zamawiając naruszył wskazane w petitum przepisy ustawy Pzp, naruszając jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak przyjmuje się w doktrynie, uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą ograniczać potencjalny krąg wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robót budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, iż żadne obiektywne, uzasadnione potrzeby nie usprawiedliwiają zaskarżonych wymagań Zamawiającego.

W związku z przedstawioną powyżej argumentacją, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego i jego żądania są w pełni uzasadnione i konieczne.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący Budimex S.A. poparł odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją i z uwzględnieniem cofnięcia zarzutów opisanych w piśmie przygotowawczym z dnia 10 września 2015 r.

Wskazał, iż aktualny pozostaje zarzut opisany w pkt III odwołania, w związku z tym wnosi o usunięcie paragrafu 6 ust. 15 w załączniku nr 9 do SIWZ (wzór umowy). Wskazał na przepis art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy pzp, który nie dotyczy podwykonawstwa w zakresie dostaw i usług. Wskazał na niekonsekwencję w oznaczeniu podmiotów we wzorze umowy (wykonawcy, podwykonawcy, dalsi podwykonawcy nazywani z wielkiej lub małej litery). Zauważył, że kwestionowane postanowienie jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującym

przepisem art. 647¹ Kc. Wskazał na wyrok SA w Łodzi z 20 czerwca 2013 r. I ACa 80/13 potwierdzający cywilny charakter umów o zamówienie publiczne.

Przypomniał treść art. 143c ust. 8 ustawy. Stwierdził, że kwestionowana treść paragrafu 6 umowy ogranicza ustawowo solidarną odpowiedzialność zamawiającego z wykonawcą wynikającą z przepisów Kc. Na poparcie wskazał także wyrok SA w Szczecinie z 8 maja 2013 r. I ACa 158/13 wskazując, że także pomimo sprzeciwu zamawiającego umowa zawarta w takich warunkach pozostaje ważna. Stwierdził, iż z art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy dotyczącego dalszych podwykonawców nie wynika możliwość sformułowania takiego postanowienia jak kwestionowane.

Wskazał dodatkowo na treść art. 143a ustawy oraz instytucję zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zapewniają zamawiającemu nadzór nad właściwym finansowaniem realizacji zamówienia przez wykonawcę i podwykonawców. Przypomniał wskazane orzecznictwo, w szczególności zawarte w odwołaniu. Powołał art. 143c ust. 7 ustawy PZP.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie w jakim zostało ono podtrzymane przez odwołującego.

Poddał w wątpliwość interes prawny odwołującego w dążeniu do całkowitej swobody kontraktowania z podwykonawcami. Wskazał na ewentualny skutek tych czynności w postaci zwiększenia wartości umów powyżej wartości zamówienia i ryzyko naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez zamawiającego, który byłby zmuszony do finansowania takich umów. Stwierdził, iż z treści paragrafu 6 ust. 15 umowy nie wynika niezgodność z art. 647¹ Kc; nie neguje ustawowej solidarnej odpowiedzialności wynikającej ze wskazanego przepisu. Stwierdził, że negowane sformułowanie umowy jest zgodne z art. 143d ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy PZP. Oceniał, iż nie nastąpiło naruszenie art. 7 ustawy. Ponownie zauważył, iż ma prawo żądać, by nie dochodziło do kontraktowania umów powyżej wartości zamówienia. Wskazał, iż zgodnie z art. 143c ust. 1 zapłata przez zamawiającego może dotyczyć podwykonawcy i dalszego podwykonawcy niezależnie od charakteru umowy (roboty budowlane, usługi, dostawy). Oceniał, iż żądanie odwołującego mogłoby być uznawane za nadużycie prawa w świetle art. 5 Kc.

Stwierdził, że negowany zapis umowy nie ma związku z solidarną odpowiedzialnością określoną w przepisach prawa. z faktu popierania zarzutu wnioskuje, iż odwołujący zamierza w toku realizacji zamówienia wydatkować wyższą kwotę niż pozyska z tytułu umowy od zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść wzoru umowy w zakresie objętym zarzutem odwołania zważyła, co następuje.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienie wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte w § 6 zatytułowanym „Podwykonawcy” brzmi:

„15. Suma wartości umów zawartymi z Podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami nie może przekroczyć kwoty umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.”

Powyższe postanowienie, w ocenie odwołującego narusza art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp oraz art. 143d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647.1 Kodeksu cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 353.1 kc i art. 58 kc.

Odnosząc się do zarzutu wskazanych kolejno przepisów prawa skład orzekający stwierdza, wskazując w pierwszej kolejności treść przepisów, co następuje.

1/ „Art. 36. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:/.../

2. W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:/.../

11) w przypadku zamówień na roboty budowlane:

a) 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.”

Cytowany przepis wskazuje na obowiązek zawarcia w specyfikacji wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których to wymagań niespełnienie spowoduje zgłaszanie odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu przez zamawiającego. Oznacza możliwość zgłaszania zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający zdecydował się na określenie takich wymagań w odniesieniu do takich umów. Odwołujący słusznie zauważa, że przepis dotyczy wyłącznie umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane, a zatem nie dotyczy dostaw lub usług.

W zestawieniu z kwestionowaną treścią wzoru umowy, powyżej cytowaną, skład orzekający zauważa, że postawienie w umowie warunku o łącznej wartości umów z podwykonawcami

stanowi odrębne postanowienie nie pozostające w związku z ewentualnymi uprawnieniami do zgłaszania zastrzeżeń lub sprzeciwu wskazanymi w art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy pzp związanymi z podwykonawczymi umowami o roboty budowlane. Izba nie podziela stanowiska odwołującego o przekroczeniu przez zamawiającego uprawnień w formułowaniu postanowień siwz, w szczególności przy ustaleniu treści wzoru umowy na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp.

Słusznie zauważa odwołujący, że wskazany przepis w wyniku nowelizacji ustawy pzp dokonanej ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. służy wprowadzeniu instrumentów umożliwiających sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. W tej samej nowelizacji przywołano instytucję zastrzeżeń i sprzeciwu uregulowaną w kodeksie cywilnym, przepisem art. 143d ustawy pzp, dla umów, których przedmiotem są roboty budowlane.

Powyższe nie oznacza jednak, że zamawiający pozbawiony jest możliwości sprawowania nadzoru nad realizacją inwestycji rozumianej jako całość obejmująca oprócz robót budowlanych także inne umowy zdefiniowane w ustawie pzp.

2/ „Art. 143d. 1. Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
- 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
- 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

7) 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.”

Cytowany przepis określa wymogi co do postanowień, jakie zawiera umowa o roboty budowlane ze wskazaniem, że nie są to postanowienia wszystkie, co wynika z użycia określenia „w szczególności”. Formuła ta jest powszechnie zrozumiała i wskazuje na możliwość, a nawet konieczność zawarcia w umowie innych postanowień, w tym przedmiotowo istotnych, jak np. dotyczących wysokości wynagrodzenia.

Skład orzekający zauważa w tym miejscu, że wśród wymaganych przepisem postanowień znajdują również takie, które dotyczą umów z podwykonawcami, niezależnie, czy przedmiotem tych umów są roboty budowlane, dostawy, czy usługi, np. pkt 4,5,6 ustępu 2 artykułu 143d ustawy pzp.

3/ Bez wątplenia, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy pzp „Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”, a w konsekwencji, istotny w niniejszym postępowaniu przepis art. 647¹kc:

”§ 1. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.

§ 2. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 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.”

Odwołujący stwierdził, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy narusza wyżej cytowany przepis kodeksu cywilnego mający charakter *iuris cogentis*, a także narusza art. 353¹. „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.” oraz art. 58:

„§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.”

Skład orzekający zauważa, że w kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu wzoru umowy brak jest treści, które pozostawałyby w sprzeczności z postanowieniami art. 647¹ kc. § 6 ust.15 tego dokumentu nie rozstrzyga o zakresie robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców, zgodnie zamawiającego na umowę z podwykonawcą, nie reguluje kwestii zastrzeżeń i sprzeciwów, formy umowy, ani kwestii solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Izba stwierdza ponadto, że projektowana treść umowy nie narusza zasady swobody umów w granicach określonych przepisem art. 353¹ kodeksu cywilnego.

Należy zauważyć, że istotą i naturą stosunku cywilnoprawnego, jaką jest umowa dwustronna odpłatna, jest ekwiwalentność świadczeń, z reguły świadczenia niepieniężnego i wynagrodzenia pieniężnego. W umowach w sprawach zamówień publicznych ta zasada jest szczególnie podkreślona ze wskazaniem związania zakresem świadczenia zawartym w ofercie i, co do zasady, niezmienności umówionego wynagrodzenia. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie zamierza określać wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawców, w szczególności, „w szczególności odpowiadającej rozbiciu na ceny jednostkowe.” Zamawiający, co wynika jednoznacznie z treści analizowanego fragmentu umowy zastrzega, że suma wartości umów zawartych z wszystkimi podwykonawcami nie może przekroczyć kwoty umownej rozumianej jako całość wynagrodzenia.

W ocenie Izby uwzględnienie zarzutu zgodnie z żądaniem odwołującego mogłoby realnie doprowadzić do stanu niezgodności właśnie z naturą i istotą stosunku prawnego, jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zakładając, jak stwierdza odwołujący, że kwestie umowy podwykonawczej, w tym określenie wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, postawione są wyłącznie woli wykonawcy i ich w tym zakresie dotyczy zasada swobody umów, zaś ingerencja zamawiającego jest niedopuszczalna, można dojść do wniosku, że zamawiający nie może mieć rzeczywistego wpływu na określenie rzeczywistej kwoty wynagrodzenia, jakie będzie miał zapłacić wykonawcy lub podwykonawcom. W konsekwencji może się spodziewać wydatków przekraczających umówione wynagrodzenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (por. orzeczenie Sadu Apelacyjnego w Katowicach z 27 lutego 2014 r. sygn. akt Aca 746/13).

Można także zauważyć, iż zamawiający zgodnie z przepisami ma prawo żądać, by nie dochodziło do kontraktowania umów powyżej wartości zamówienia. Wskazuje na to także art. 143c ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym zapłata przez zamawiającego może dotyczyć podwykonawcy i dalszego podwykonawcy niezależnie od charakteru umowy (roboty budowlane, usługi, dostawy).

Kwestionowane postanowienie wzoru umowy nie jest zatem sprzeczne z żadnym ze wskazanych przez odwołującego przepisem ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego, w tym wymienionym w części końcowej art. 7 ust. 1 ustawy formułującym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zaskarżone wymagania nie są w ocenie składu orzekającego uzasadnione.

Niezależnie od faktu, że z punktu widzenia obowiązków zamawiającego, oczywista jest potrzeba zachowania pewności i racjonalności przy gospodarowaniu środkami publicznymi, warte zauważenia jest, iż następstwem przyznania racji odwołującemu może być wybór oferty, która jako zawierająca rażąco niską cenę, powinna być odrzucona. Skoro bowiem rzeczywista łączna wartość wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawców przewyższałaby cenę ofertową, to cena ta jest oczywiście niewiarygodna i nierealna. Alternatywną hipotetyczną, lecz realną konsekwencją takiego stanu rzeczy, byłoby doprowadzenie do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ustawy pzp.

W świetle dokonanych ustaleń i ocen, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....