

WYROK
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Wojskowego Zarządu Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 61-716 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu ograniczonym pn.: Budowa i modernizacja dróg samochodowych na lotnisku - dostosowanie do wymogów FOD w JW.1156 Poznań-Krzesiny - roboty budowlane - nr sprawy 7/WZI/15/WB.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ została doręczona Odwołującemu: Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w dniu 8 maja 2015 r.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący w dniu 18 maja 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

a) art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp; art. 143b ust.2 ustawy Pzp oraz art 353¹ Kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie oferentów do określenia w umowach podwykonawczych terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy na 15 dni licząc od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy roboty budowlanej, dostawy lub usługi, a tym samym niedozwoloną, wykraczającą poza uprawnienie ustawowe ingerencję w treść umów podwykonawczych.

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

b) dokonania zmiany treści § 10 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ poprzez nadanie mu następującej treści: Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy roboty budowlanej,

c) dokonania zmiany treści § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ poprzez nadanie mu następującej treści: Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo

nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dostawy lub usługi.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż jest podmiotem, którego podstawowy przedmiot działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury drogowej, jest zainteresowany wyborem swojej ewentualnej oferty, zaś nie uwzględnienie odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego mogłoby dojść do podpisania umowy o zamówienie publiczne o treści naruszającej przepisy ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na terminy płatności wynagrodzenia określone w projekcie umowy tj.:

- termin płatności wynagrodzenia przez wykonawcę podwykonawcom, usługodawcom i dostawcom został określony na 14 dni od dnia dostarczenia faktury przez podwykonawcę, dalszego podwykonawcę, usługodawcę lub dostawcę,
- termin płatności wynagrodzenia przez Zamawiającego wykonawcy został określony na 30 dni od dnia doręczenia faktury, zachodzi konieczność kredytowania przez wykonawców płatności na rzecz podwykonawców, dalszych podwykonawców, usługodawców i dostawców.

Podniósł, że przy takiej konstrukcji w zakresie rozliczeń może zaistnieć sytuacja w której część oferentów nie uwzględni w ofercie kosztów kredytowania, co spowoduje, że oferty złożone w postępowaniu nie będą porównywalne. Powyższe może spowodować, że oferta Odwołującego nie będzie ofertą najkorzystniejszą i zostanie on pozbawiony możliwości pozyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w części II SIWZ pn. Projekt umowy wraz z instrukcją bezpieczeństwa przemysłowego zamawiający wprowadził następujące zapisy:

- d) § 10 ust. 3: Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 15 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy roboty budowlanej,
- e) § 11 ust. 3: Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 15 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu

Podwykonawcy dostawy lub usługi.

W pierwszej kolejności wskazał, że 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.

Zauważył, że w wykonaniu powyższych założeń w art. 36 ust. 2 ustawy Pzp dodano pkt 11 a) oraz dodano nowy art. 143 b, a w art. 36 ust. 2 ustawy Pzp dodano pkt 11 a) przyznano zamawiającemu uprawnienie do określenia w SIWZ wymagań dotyczących umów o pod wykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy.

Zaznaczył również, że w art. 143 b ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca określił termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy poprzez wskazanie, że nie może on być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Dostrzegł również, że zgodnie z art. 143 b ust. 3 ustawy Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane:

- 1) niespełniającej wymagań określonych w SIWZ,
- 2) gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Dodatkowo wskazał, że z powyższych zapisów wynika, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy został określony przez ustawodawcę, jako nie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Podkreślił, że przedmiotowy zapis jest normą bezwzględnie obowiązującą, co

oznacza, że jej zastosowanie nie może być wyłączone lub ograniczone wolą stron umowy podwykonawczej, a tym bardziej wolą osoby trzeciej, jaką jest zamawiający.

Jak wskazano w art. 143 b ust. 6 w sytuacji, gdy projekt umowy o podwykonawstwo przewiduje termin zapłaty dłuższy niż te 30 dni i nie uwzględniono zastrzeżeń, Zamawiający zgłasza pisemny sprzeciw.

Dalej wywodził, że termin określony art. 143 b ust. 2 ustawy Pzp dotyczy stosunku umownego łączącego wykonawcę i podwykonawcę lub też podwykonawcę i dalszego podwykonawcę, a strony przedmiotowych umów zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 3531 Kc mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Odnosząc powyższe do przypadku, którego dotyczy niniejsze odwołanie wskazał, że zasada swobody umów w stosunku do stron umów podwykonawczych została ograniczona w art. 143 b ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie maksymalnego terminu, w którym najpóźniej powinna nastąpić zapłata wynagrodzenia dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, licząc od dnia dostarczenia Wykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

W ocenie Odwołującego w pozostałym zakresie zasada swobody umów obowiązuje w dalszym ciągu, co oznacza, że strony umowy podwykonawczej mogą swobodnie ustalić termin zapłaty wynagrodzenia w dowolny sposób, byleby nie był on dłuższy niż 30 dni licząc od dnia dostarczenia Wykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Według Odwołującego żaden przepis w randze ustawy nie przyznał Zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z art. 143 b ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, w przekonaniu Odwołującego - Zamawiający określając wymagania, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 11 a) ustawy Pzp dotyczące umów o podwykonawstwo, nie może ingerować skracając terminy zapłaty wynagrodzenia dla podwykonawcy określone przez ustawodawcę w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, który należy uznać, za *lex specialis*.

Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest sytuacja, gdzie poszczególny zamawiający warunkami SIWZ wydanymi zgodnie z jedną normą PZP zmienia bezwzględnie obowiązującą normę prawną zawartą w tym samym PZP.

Dodatkowo wskazał, że wszelkie wyjątki od zasady swobody umów powinny być poddane restryktywnej wykładni (*except/ones non sunt extendendae*), a w szczególności w żadnym wypadku nie powinny podlegać wykładni rozszerzającej.

Podsumowując, podkreślił, że na podstawie przepisów ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do nadzorowania, aby w umowach podwykonawczych nie zostały określone dłuższe terminy zapłaty niż określone w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, a żaden przepis prawa nie przyznaje Zamawiającemu prawa do skracania, czy też wydłużania terminów określonych w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, czyli ingerowania dalszego w zasadę swobody umów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a, art.143b ust.2 ustawy Pzp oraz art 353¹ Kc w zw. z art, 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do zredagowania postanowień SIWZ w zakresie § 10 ust. 3 i § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I ustalając 15 dniowy termin zapłaty.

Według zapatrywania Izby Zamawiający wprowadził w § 10 ust. 3 i § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ postanowienia niekolidujące z powołanymi wyżej przepisami prawa.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 10 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I wprowadził następującą treść: „Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 15 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy roboty budowlanej.”.

Nadto Izba stwierdziła, że treść § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ była następująca: „Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 15 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dostawy lub usługi.”.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do odmiennej oceny możliwości skrócenia terminu, o którym mowa w art.143b ust.2 ustawy Pzp z 30 dni do 15 dni.

Przy czym Odwołujący stanął na stanowisku, że nie jest możliwa modyfikacja terminu ustawowego w SIWZ i powinien pozostać termin 30 dniowy.

W ocenie Izby powyższy zabieg dokonany przez Zamawiającego w SIWZ polegający na skróceniu terminu zapłaty do 15 dni był prawnie dopuszczalny.

Zgodnie z art.143b ust.2 ustawy Pzp termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Cyt. wyżej norma prawna określa maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może trwać dłużej niż 30 dni, nie przesądza jednak o możliwości skorzystania z terminu krótszego.

Według zapatrywania Izby o naruszeniu tego przepisu można by mówić jedynie w przypadku wprowadzenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidzianego w umowie o podwykonawstwo dłuższego niż 30 dni, co w rozpoznawanej sprawie nie ma miejsca.

Jednocześnie stosownie do przepisu art.36 ust.2 pkt. 11a ustawy Pzp w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również 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.

Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając postanowienia § 10 ust. 3 i § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ uczynił zadość powyższym wymaganiom ustawy Pzp.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba wzięła również pod uwagę przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

W przekonaniu Izby przepis art 353¹ Kc ma zastosowanie, o ile nie koliduje z przepisami art.36 ust.2 pkt. 11a ustawy Pzp i art.143b ust.2 ustawy Pzp, w myśl tego pierwszego przepisu 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.

Wymaga jednak wskazania Izby, że art.36 ust.2 pkt. 11a ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, w ramach przepisu art.143b ust.2 ustawy Pzp.

Jeżeli zaś przepis art.143b ust.2 ustawy Pzp nie ogranicza Zamawiającego w możliwości ustanowienia terminu zapłaty, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, to w takim razie zasada swobody umów ulega pewnemu ograniczeniu wynikającemu z powołanych już wielokrotnie przepisów art.36 ust.2 pkt. 11a i art.143b ust.2 ustawy Pzp.

Ostatecznie należy uznać, że motywacja Zamawiającego dotycząca ochrony interesu publicznego oraz interesu podwykonawcy, który jest z reguły podmiotem bardziej uzależnionym od wykonawcy i słabszym jest zgodną z zasadami współżycia społecznego i zasługuje na ochronę prawną.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....