

WYROK
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08.12.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę-Miasto Elbląg, 82-300 Elbląg, ul. Łączności 1** protestu z dnia **8 października 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 944 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące dziewięćset czterdzieści cztery złotych zero groszy) przez **HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14** na rzecz **Gminy- Miasto Elbląg, 82-300**

Elbląg, ul. Łączności 1 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (ZP-WZP-116/2009) na *roboty budowlane polegające na „Modernizacji i rozbudowie infrastruktury Portu Morskiego w Elblągu (w obrębie Starego Miasta)*, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 1 października 2009 roku, 2009/S 189-271958.

W dniu 30 października 2009 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło odwołanie (wpływ bezpośredni) wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., wniesione od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 8 października 2009 r. W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty nieuwzględnione przez zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 22 października 2009 r., naruszenia art. 66 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 509 § 1 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy pzp. Postawione zarzuty wynikały z zamieszczonych przez zamawiającego we wzorze umowy (załącznik nr 3 do siwz) postanowień § 11 ust. 2 do 6, § 9 ust. 3 oraz pkt 6 tiret drugi formularza oferty. Kwestionowane zapisy dotyczą zasad realizacji przez wykonawcę zamówień dodatkowych oraz zobowiązania wykonawcy do przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców.

Odwołujący zakwestionował dopuszczalność zamieszczenia we wzorze umowy zapisów dotyczących wykonania zamówień dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, nie objętych zamówieniem podstawowym, udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Postanowienia ustępów od 2 do 6 par 11 wzoru umowy mają potwierdzać, iż zamawiający traktuje tzw. „roboty konieczne” jako zamówienie dodatkowe, gdyż w ustępie 6 przewiduje, że wykonanie tych robót następować będzie na podstawie odrębnie zawartej umowy, zgodnie zaś z pkt XX SIWZ zamawiający nie przewiduje zamówień uzupełniających. Zamawiający przewidział wystąpienie zamówienia dodatkowego – robót dodatkowych, a ponadto stwierdził, iż nie będą one wykraczały poza przedmiot

zamówienia i stąd powinny być wycenione w oparciu o ceny jednostkowe i dane wyjściowe do kosztorysowania z kosztorysu ofertowego zamówienia podstawowego, co stoi w sprzeczności z charakterem zamówienia dodatkowego. W ocenie odwołującego, wykonanie takich robót nie może być normowane umową w sprawie wykonania robót objętych zamówieniem podstawowym, a ponadto umowa taka nie może nakładać na wykonawcę robót podstawowych prawnego obowiązku wykonania robót dodatkowych (zawarcia umowy na realizację takich robót) i to za wynagrodzeniem zdefiniowanym już w umowie o realizację zamówienia podstawowego (jak uczyniono w niniejszym postępowaniu w ust. 5 § 11 wzoru umowy), co uniemożliwia prowadzenie negocjacji, które powinny poprzedzać udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Wprowadzone w par. 9 ust. 3 wzoru umowy zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców należnym im za wykonane przez nich roboty zostało zakwestionowane, jako niewykonalne, zgodnie z art. 509 § 1 k.c., gdyż wierzycielem w stosunku z podwykonawcą są podwykonawcy, a dłużnikiem wykonawca, a ponadto podwykonawcy służy już roszczenie (wierzytelność) o wynagrodzenie od wykonawcy. Uprawnienie do żądania dokonania przelewu wierzytelności nie przysługuje dłużnikowi (zamawiającemu), gdyż jest suwerennym prawem wierzyciela (wykonawcy). Kwestionowane postanowienia stanowią w ocenie odwołującego, niedopuszczalną ingerencję w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą i naruszają podstawowe zasady kontraktowania, określone w art. 353¹ k.c. i mogą prowadzić do nieważności części umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie dokumentacji postępowania – specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym załącznika nr 3 – wzoru umowy, skład orzekający dokonał poniższych ustaleń w zakresie stanu faktycznego zawisłego sporu.

Zamawiający wprowadził do wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, w par. 11, ustępy od 2 do 6, postanowienia dotyczące wykonania robót koniecznych lub dodatkowych, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, przewidując udzielenie zamówienia dodatkowego wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy pzp). Zamawiający wskazał przy tym na podstawy ustalenia wartości robót koniecznych i sposób ich zgłoszenia zamawiającemu.

W par 9 ust. 3 (strona 4 wzoru umowy), zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców należnych im za wykonane roboty w ramach niniejszej umowy (par. 9 ust. 3 wzoru umowy).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wskazane postanowienia wzoru umowy nie naruszają interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO uznała, iż wprowadzone do wzoru umowy zapisy dotyczące wykonania robót koniecznych lub dodatkowych nie uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty na wykonanie zamówienia podstawowego, objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym, a tym samym nie stanowią przeszkody w ubieganiu się o uzyskanie tego zamówienia. Jakikolwiek wątpliwości odwołującego dotyczące wykonania zamówień dodatkowych, pozostają bez wpływu na zakres świadczenia podstawowego i tym samym nie mają znaczenia dla przygotowania ważnej oferty przez wykonawcę. Roboty konieczne i dodatkowe nie są objęte dokumentacją projektową określającą zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia (par. 11 ust. 2 wzoru umowy), a tym samym nie stanowią przedmiotu umowy. Stanowią one jedynie świadczenie przyszłe i niepewne, wykonywane w ramach oddzielnego zamówienia - umowy, zawieranej w trybie zamówienia z wolnej ręki z wykonawcą robót budowlanych. Ewentualne nieprawidłowości przy udzielaniu zamówienia dodatkowego pozostają bez wpływu na ważność zamówienia podstawowego. Zatem podniesiony zarzut naruszenia art. 66 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie mógł się ostać. Izba jedynie uzupełniająco wskazuje na nadinterpretację zapisu par 11 ust. 3 wzoru umowy dokonaną przez odwołującego i polegającą na uznaniu, iż zamawiający zobowiązał wykonawcę do zawarcia umowy o roboty dodatkowe. Treść postanowienia, w brzmieniu: „Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu umowy nastąpi wzrost zakresu rzeczowego robót o wielkość do 50 % aktualnego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest wykonać te roboty na podstawie dodatkowego zamówienia”, wskazuje jedynie na obowiązek wykonawcy wykonania robót na podstawie dodatkowego zamówienia, natomiast nie dotyczy etapu poprzedzającego zawarcie umowy, tj. negocjacji warunków realizacji zamówienia dodatkowego. Jeżeli strony nie dojdą do porozumienia, to wskazany zapis nie znajdzie zastosowania. Oczywistym jest, iż zawarcie umowy o roboty dodatkowe w trybie zamówienia z wolnej ręki (poprzez uzgodnienie warunków jej realizacji), oznacza powstanie po stronie wykonawcy zobowiązania do ich wykonania, co nie stanowi o naruszeniu zasad swobody zawierania umów. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż postanowienia wzoru umowy dotyczące udzielenia zamówień dodatkowych, nie należy odnosić do zakresu świadczenia wykonawcy zamówienia podstawowego, a jedynie oceniać w kategorii przyszłego zobowiązania wykonawcy, którego powstanie uzależnione jest od osiągnięcia porozumienia w trakcie poprzedzających je negocjacji. Sama okoliczność udzielenia zamówień dodatkowych nie stanowi o naruszeniu interesu prawnego wykonawcy wybranego w toku przedmiotowego postępowania, gdyż taka konstrukcja daje wykonawcy możliwość wykonania zamówienia w szerszym zakresie niż wynikałoby to z zamówienia podstawowego.

Podniesiony zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do przelewu wierzytelności, wynika z ogólnego zapisu wzoru umowy, przeniesionego również do formularza ofertowego w pkt 6 tieret drugi.

Zdaniem KIO, nałożony na wykonawcę obowiązek: „Zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców należnych im za wykonane roboty w ramach niniejszej umowy”, dotyczy wyłącznie wierzytelności należnych podwykonawcy z tytułu wykonanej części zamówienia, a nie wierzytelności wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za wykonaną robotę. Za nieuzasadnione KIO uznała twierdzenie odwołującego, iż zawarcie umowy przelewu jest niemożliwe z uwagi na brak możliwości ustalenia zakresu przyszłego zobowiązania. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się dopuszczalność przelewu wierzytelności przyszłych i uprawnienie do rozporządzania wierzytelnością nie tylko po jej powstaniu, ale i przed jej powstaniem. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podziela pogląd przedstawiony w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 19 września 1997 r. (III CZP 45/97, OSNC 1998 r., Nr 2, poz. 22), w myśl którego do wierzytelności przyszłych zalicza się takie wierzytelności, u podłoża których leży częściowo tylko zrealizowany stan faktyczny uzasadniający ich powstanie, a przykładem takich wierzytelności są wierzytelności o wynagrodzenie przewidziane w umowie o roboty budowlane przed wykonaniem robót. Takie wierzytelności mogą być przedmiotem umowy przelewu (art. 510 § 1 KC). Brak określenia we wzorze umowy o wykonanie robót budowlanych, przedmiotu przelewu nie wyklucza możliwości zawarcia umowy przelewu przez wybranego wykonawcę z podwykonawcą. Na podstawie treści oferty, wykonawca może określić przedmiot przelewu, poprzez wskazanie zakresu robót wykonanych przez podwykonawcę, a także ich wartości. Zamawiający nie określił, w którym momencie wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć umowę przelewu wierzytelności z podwykonawcą robót, a zatem pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy. Nałożone na wykonawcę zobowiązanie nie oznacza także, iż to zamawiający staje się uprawnionym do rozporządzenia wierzytelnością. Zgodnie z premią *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* rozporządzać wierzytelnością może tylko osoba uprawniona – wierzyciel. Wierzycielem z tytułu wykonanych robót budowlanych pozostaje wykonawca, któremu przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia. Samo ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku przelewu wierzytelności przyszłej, uzasadnione jest charakterem świadczenia, realizowanego z udziałem podmiotu trzeciego i nie narusza istoty przelewu. Zobowiązanie to dotyczy wyłącznie wykonawcy, który zamierza wykonać zamówienie przy udziale podwykonawców i ma na celu zabezpieczenie zamawiającego przed koniecznością podwójnej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy robót budowlanych, w sytuacji gdyby wykonawca uchylał się od zadośćuczynienia roszczeniu podwykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zapis par 9 ust. 3 wzoru umowy nie narusza przepisów art. 509 § 1 i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy pzp.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*