

WYROK
z dnia 21 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Zachodniopomorskie w imieniu, którego działa Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie

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 Zamawiającego: Województwa Zachodniopomorskiego w imieniu, którego działa Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie 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 Koszalinie.

Przewodniczący:..... 1

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie w imieniu, którego działa Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 203 na odcinku Dąbki – Darłowo” znak sprawy nr ZZDW.6/391/104/8-2/2015.

Ogłoszenie przedmiotowego zamówienia zostało dokonane w dniu 2 września 2015 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 169 – 307521.

W tym samym dniu została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w dniu 11 września 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp; art. 143 ust. 8, art. 143d ust. 1 ustawy Pzp oraz art 647 i Kodeksu cywilnego; art. 353 i art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie oferentów w SIWZ do określenia w umowach podwykonawczych, by kwota wynagrodzenia podwykonawcy, kwoty za

poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie była wyższa niż ceny podane w ofercie Wykonawcy oraz,

- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez brak jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości oraz,

- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i art. 143b ust. 5 i 8 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie Wykonawcy do przedkładania odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego Podwykonawcy lub inny właściwy dokument.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) uzupełnienie treści §5 ust. 3 i 4 Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy o zwrot „której przedmiotem są roboty budowlane”, tak by przedmiotowy zapis brzmiał: „Umowa z 2

Podwykonawcą, której przedmiotem są roboty budowlane...”;

b) dokonania zmiany treści §5 ust. 3 pkt 2) Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy poprzez wykreślenie zwrotu kwoty za poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie mogą być wyższe niż ceny podane w ofertę Wykonawcy”;

c) wykreślenie §5 ust. 5 Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy;

d) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że w Rozdziale III SIWZ stanowiącym Projekt Umowy Zamawiający wprowadził zapis w §5 przewidujący wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo.

Zdaniem Odwołującego postanowienia te są niezgodne z art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie spełnia wymogu jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości, gdyż nie precyzuje, że chodzi tylko o umowy podwykonawcze, których przedmiotem są roboty budowlane, bo tylko wobec takich Zamawiający z mocy art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp jest uprawniony do określania wymogów.

Nadto, wskazał, że zaskarżone przepisy używają niezdefiniowanego i nieprecyzyjnego pojęcia „roboty”, które jest pojęciem znacznie szerszym i wykraczającym poza ramy definicji pojęcia „roboty budowlane” jak wynika to z zapisów Prawa budowlanego, w szczególności art. 3 pkt 6 i 7.

Zauważył również, że Zamawiający w §1 ust. 1 i 3 Projektu Umowy definiując przedmiot umowy wskazał na „roboty budowlane”, a nie na jakiegokolwiek „roboty”.

Ponadto, argumentował, że nie można porównywać wartości wynagrodzenia podwykonawcy za powierzony zakres robót budowlanych z wartością cen podanych w ofercie Wykonawcy.

Przekonywał, że ceny podane w ofercie Wykonawcy odnoszą się do całości należnego mu wynagrodzenia, w tym zawierają wartość wynagrodzenia podwykonawców będących dostawcami i usługodawcami czyli ceny zakupu towarów i usług (w tym za roboty inne niż budowlane), a nie tylko do wynagrodzenia należnego za poszczególne zakresy robót budowlanych.

W ocenie Odwołującego - powyższe w sposób oczywisty stanowi przekroczenie uprawnienia Zamawiającego z mocy normy art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp przez 3

określenie warunków umów podwykonawczych, których przedmiotem są nie tylko roboty budowlane oraz odniesienie wartości umów podwykonawczych, których przedmiotem są jakieś niedoprecyzowane roboty do wartości umów podwykonawczych o innym przedmiocie, a takie nieprecyzyjne i niejednoznaczne formułowanie zapisów SIWZ jest zakazane normą art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej wywodzi, że zgodnie z art. 36 ust 2 pkt 11a ustawy Pzp Zamawiający zgłasza pisemne zastrzeżenia i sprzeciw gdy zapisy umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, w niniejszym Odwołaniu obejmuje to zapis §5 ust. 3 i 4 Rozdziału III SIWZ Projekt Umowy.

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. W wykonaniu powyższych założeń w art. 36 ust. 2 ustawy Pzp dodano pkt 11 a oraz dodano nowy art. 143 c i art. 143d ustawy Pzp.

Podniósł, że 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, a w art. 143 d. ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca określił katalog postanowień, jakie zawiera umowa o roboty budowlane.

Wskazał przy tym, że katalog ten nie zawiera przepisu o uprawnieniu Zamawiającego do określenia wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a tym bardziej w szczególności odpowiadającej rozbiciu na ceny jednostkowe.

Jednocześnie zaznaczył, że art. 14 i 139 ustawy Pzp wskazuje, że do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej, co oznacza to, że jedynie przepisy 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, według Odwołującego, że w zakresie umowy o podwykonawstwo 4

robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647¹ 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 stwierdził, 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.

Dalej przekonywał, że uprawnienia Zamawiającego do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy nie wynikają także z uprawnień stron do określenia stosunku prawnego według swego uznania wskazanej w art. 353¹ Kc. Zasada swobody umów napotyka na ograniczenie, gdzie treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jest to zasada która znajduje swoje umocowanie konstytucyjne, chociaż jako taka nie jest nigdzie, w żadnej normie konstytucyjnej sformułowana *expressis verbis* jako przedmiot ochrony.

W ocenie Odwołującego „swoboda umów” nie może naruszać przepisu art. 647¹ Kc.

Odwołujący przywołał również 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. 143c i 143d ust. 1 PZP, druk 1179, gdzie Projektodawca wskazał na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów, stwierdzając, 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 5

przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.”.

A także wskazał, że: „Umowa o zamówienie publiczne na roboty budowlane powinna więc przewidywać m.in.: obowiązek przedkładania przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany, poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisu umowy oraz zmiany umowy oraz obowiązek przedkładania poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, a także zmian tych umów. Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwiać zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zlecniodawców. Umowa o zamówienie publiczne termin na przez powinna również wskazywać wniesienie

o do projektu umowy do

zamawiającego zastrzeżeń oraz sprzeciwu umowy 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.”.

W opinii Odwołującego z przywołanego uzasadnienia wynika, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczy uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Tak też wprost stanowi norma art. 143c ust. 8 ustawy Pzp odsyłając w zakresie solidarnej odpowiedzialności uczestników procesu budowlanego do art. 647¹ Kc.

Pozostałe kwestie umowy podwykonawczej, w tym określenie wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, pozostawione są – w przekonaniu Odwołującego - wyłącznej woli wykonawcy i podwykonawcy. To ich w tym zakresie dotyczy zasada swobody umów, zaś ingerencja Zamawiającego i osoby trzecie może się opierać wyłącznie na podstawie przepisu ustawowego, a takiego nie zawiera ustawy Pzp.

6

Zdaniem 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. 143b ust. 2 ustawy Pzp czy 143d ustawy Pzp.

Wywodził, że jeżeli w jednej normie określił ingerencję w umowę podwykonawczą, co do terminu i zasad zapłaty i procedurę postępowania związaną z jego dochowaniem i pominął ewentualne uprawnienie Zamawiającego co do prawa określenia wysokości tegoż wynagrodzenia to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

Stwierdził przy tym, że po pierwsze nie budząca żadnych wątpliwości treść § 5 ust. 3 pkt 2 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 narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 647¹ Kc i przez to zgodnie art. 58 Kc jest nieważna.

Wskazał, że art. 647¹ §6 Kc zabrania umownej modyfikacji zakresu solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego, a użycie w przepisie tego paragrafu liczby mnogiej „odmienne postanowienia umów” odnosi się do umowy o roboty budowlane pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, i także umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą.

Nadto, podkreślił, że 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.

Podsumowując wskazał, że na podstawie przepisów ustawy Pzp w zakresie przyszłych umów o podwykonawstwo Zamawiający jest uprawniony do nadzorowania, aby w umowach podwykonawczych nie zostały określone dłuższe terminy zapłaty podwykonawcą, może określić zasady zawierania takich umów, w tym warunki stawiane podwykonawcom, natomiast w żadnej mierze nie jest uprawniony do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy i 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. 7

Dalej, Odwołujący powołał się na art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zauważył, że takiego przymiotu nie mają dokumenty wskazane w Projekcie Umowy §5 ust. 5.

W kontekście powyższego wskazywał, że po pierwsze przedłożenia takich dokumentów nie wymaga ustawa Pzp ograniczając się do odpisu zawartej umowy podwykonawczej, po drugie z punktu widzenia Zamawiającego, w szczególności, gdy nie ponosi solidarnej odpowiedzialności z tytułu zobowiązań wynikających z umowy podwykonawczej, co ma miejsce przy dostawach i usługach, obojętne są wady oświadczeń woli stron trzecich i po trzecie dokumenty i dane, których Zamawiający żąda przedłożenia są publicznie dostępne w internecie zgodnie z normami ustawowymi to jest art. 4 ust. 4a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i art. 38 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Zdaniem Odwołującego żądanie przedłożenia przez oferentów czy wybranego wykonawcę dokumentów niezwiązanych z warunkami udziału w postępowaniu i wymaganiami udziału w nim zakazuje przywołany art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie przywołał stanowisko judykatury, że zgoda czy sprzeciw Inwestora nie wpływa na ważność umowy podwykonawczej, co także oznacza, według Odwołującego - że inwestor nie ma żadnego Interesu prawnego, co do oceny skuteczności reprezentacji stron zawierających umowę podwykonawczą.

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. 143 ust. 8, art. 143d ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 647¹ kc, art. 353¹ kc i art. 58 k.c.w zw. z art. 14 i 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 § 5 ust. 3 i 4, § 5 ust. 3 pkt. 2 i § 5 ust. 5 projektu umowy zawartego w rozdziale III SIWZ w zaskarżonym brzmieniu.

Według zapatrywania Izby Zamawiający wprowadził w § 5 ust. 3 i 4, § 5 ust. 3 pkt. 2 i § 5 ust. 5 projektu umowy zawartego w rozdziale III SIWZ postanowienia niekolidujące z powołanymi wyżej przepisami prawa.

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 5 ust. 3 projektu umowy zawartego w rozdziale III SIWZ wprowadził następującą treść: „3. Umowa z Podwykonawcą powinna zawierać: 1) zakres robót powierzony Podwykonawcom; 2) kwotę wynagrodzenia za powierzony zakres robót – kwoty za poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie mogą być wyższe niż ceny podane w ofercie Wykonawcy; 3) termin wykonania zakresu robót powierzonego Podwykonawcy, przy czym termin ten powinien odpowiadać terminom określonym w zaakceptowanym harmonogramem rzeczowo-finansowym; 4) termin zapłaty - termin zapłaty nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy/Podwykonawcy faktury lub rachunku potwierdzającego wykonanie przedmiotu umowy; 5) oświadczenia Podwykonawcy, iż w przypadku ewentualnego zatrzymania kwoty zabezpieczenia przez Wykonawcę, kwota ta stanowi wyłącznie wewnętrzne zobowiązanie między Wykonawcą a Podwykonawcą i w przypadku nie zwrotu tej kwoty przez Wykonawcę, Podwykonawca nie będzie dochodził roszczeń z tego tytułu wobec Zamawiającego; 6) obowiązek Podwykonawcy o niezwłocznym

informowaniu Zamawiającego o nienależytym wykonywaniu umowy o podwykonawstwo przez Wykonawcę, w szczególności o nieterminowej zapłacie wynagrodzenia.”.

Nadto Izba stwierdziła, że treść § 5 ust. 4 projektu umowy zawartego w rozdziale III SIWZ była następująca: „4. Umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień: 1) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę; 2) dotyczących zapłaty wynagrodzenia w terminie dłuższym niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconego zakresu robót podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy; 3) uzależniających zwrot Podwykonawcy kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę, od zwrotu przez Zamawiającego Wykonawcy zabezpieczenia określonego w § 15.”.

Ostatecznie Izba ustaliła w zakresie koniecznym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w § 5 ust. 5 rozdział III SIWZ – projekt umowy uregulował w sposób w następujący sposób sporne pomiędzy stronami kwestie: „5. Wykonawca przedłoży wraz z projektem umowy z Podwykonawcą odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Podwykonawcy lub inny właściwy dokument z uwagi na status prawny Podwykonawcy, potwierdzający uprawnienia osób zawierających umowę w imieniu Podwykonawcy do jego reprezentowania.”.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do odmiennej oceny prawnej możliwości ukształtowania w sposób dowolny umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w zakresie podwykonawstwa w taki sposób, że Zamawiający przewidział w przyszłej umowie o podwykonawstwo, iż kwoty za poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie mogą być wyższe niż ceny podane w ofercie Wykonawcy

Przy czym Odwołujący stanął na stanowisku, że nie jest możliwe ukształtowanie

zobowiązania w powyższy sposób (§ 5 ust. 3 pkt. 2 rozdziału III SIWZ), a także bezzasadne jest żądanie Zamawiającego opisane w § 5 ust. 5 rozdział III SIWZ.

W ocenie Izby zaskarżone przez Odwołującego postanowienia SIWZ przygotowane przez Zamawiającego w SIWZ mieszczą się w granicach obowiązującego prawa.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia

10

23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Jednocześnie stosownie do 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.

Powyższe przepisy ustawy Pzp stanowią odesłanie na grunt kodeksu cywilnego, przy czym pierwszorzędą dyrektywę interpretacyjną stanowią przepisy ustawy Pzp.

W tym kontekście należy powołać przepis art.36 ust.2 pkt. 11a ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Według zapatrywania Izby z powyższego przepisu art.36 nie wynika zamknięty katalog opisu przedmiotu zamówienia i innych kwestii związanych z umową w sprawie zamówienia publicznego.

W ust.1 art.36 ust.1 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się formułą „co najmniej”, co wskazuje, że przepis ten określa minimalne elementy SIWZ i nie wyklucza opisanego przez Zamawiającego innych zagadnień nie ujętych w tym przepisie.

Natomiast ust.2 art.36 ustawy Pzp jest kontynuacją wyliczenia elementów SIWZ wymienionych w ust.1, co nie oznacza, że są to wszystkie enumeratywnie opisane elementy.

Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając powyższe postanowienia projektu umowy uczynił zadość powyższym wymaganiom ustawy Pzp.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba wzięła pod uwagę przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który odsyła na grunt kodeksu cywilnego.

W przekonaniu Izby w przedmiotowej sprawie zastosowanie ma przepis art 353¹ Kc, o ile nie koliduje z przepisami art.36 ust.2 pkt. 11a ustawy Pzp i art.143a, art.143b, art.143c oraz art.143d 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.143a, art.143b, art.143c oraz art.143d ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba nie dostrzegła przekroczenia powołanych wyżej przepisów ustawy Pzp, a także art. 647¹ kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby błędne jest mniemanie Odwołującego polegające na wnioskowaniu, że jeżeli ustawa Pzp reguluje określoną problematykę dotyczącą umów o podwykonawstwo, to

jest to materia zamknięta i wyczerpująca, niepodlegająca uregulowaniu umownemu w ramach zasady swobody umów.

Nadto należy stwierdzić, że Odwołujący nie wskazał żadnych motywów faktycznych uzasadniających zmianę SIWZ, w przeciwieństwie do Zamawiającego, który motywował wprowadzone w projekcie umowy unormowanie zawierające limit cenowy w celu uchronienia się przed zobowiązaniem pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą rodzącym skutki finansowe przekraczające wartość przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący poprzez nie dodanie słowa „budowlane” w § 5 ust.3 Izba uznała za bezzasadny z tego powodu, że z treści § 5 ust.2 i ust.8 wynika, że chodzi o umowę o roboty budowlane, co zresztą przyznał sam Zamawiający.

W związku z powyższym Izba uznała ten brak za mało istotny dla wykładni treści umowy i niemający wpływu na wynik przetargu.

Jeżeli chodzi o wymaganie kontraktowe opisane w § 5 ust.5 projektu umowy, to – w ocenie Izby – nie jest to wymóg nadmierny i koszty z tym związane Odwołujący może skalkulować w ramach złożonej oferty.

Poza tym, należy wskazać, że dokumenty określone w § 5 ust.5 projektu umowy nie stanowią dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art.25 ustawy Pzp, lecz są to dokumenty mieszające się w zobowiązaniu kontraktowym.

12

Z powyższych względów zarzut ten należało uznać za chybiony.

Ostatecznie należy przyjąć, 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.....

13