

WYROK

z dnia 27 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Aleksandra Kot
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 22 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 grudnia 2021 r.
przez wykonawcę: STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu pn. Całoroczne utrzymanie autostrady A1 odc. węzeł Toruń Południe

(z węzłem) - węzeł Kutno Północ (bez węzła) od km 151+900 do km 244+300 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy Rejon we Włocławku (nr postępowania GDDKiA

O/BY.D-3.2413.12.2.2021.32)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie § 16 ust. 5, 6, 7, 8,
16 - pkt 4 i 5, 17 „Projektowanych postanowień umowy” (tom II, rozdział 1. SWZ).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione Odwołującego z tytułu wpisu
od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna

Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy {dalej: „GDDKiA”

lub „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Całoroczne utrzymanie autostrady A1 odc. węzeł Toruń Południe (z węzłem) - węzeł Kutno Północ (bez węzła) od km 151+900 do km 244+300 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy Rejon we Włocławku (nr postępowania GDDKiA O/BY.D-3.2413.12.2.2021.32).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 grudnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_252 pod poz. 671408.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

13 grudnia 2021 r. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Strabag” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie od postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”) w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. Art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, art. 462. ust. 1 pzp, art. 463 pzp, art. 464 ust. 1, 2, 8 i 10 pzp oraz art. 16 pkt 3 pzp - polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający ustawę, wyrażające się w ustanowieniu wymogu uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą, ustanowienia wymogów w zakresie treści umowy o podwykonawstwo oraz wprowadzenie zakazu dalszego podwykonawstwa, podczas gdy ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest jedynie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane - nie zaś umów na realizację usług - a nawet wówczas, w zakresie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, ingerencja ta może dotyczyć wyłącznie terminu zapłaty wynagrodzenia jeśli jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku.
2. Art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 7 pkt 27 pzp, art. 462 ust. 1 pzp oraz art. 16 pkt 3 pzp - przez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach przyszłej umowy na usługi zakazu dalszego podwykonawstwa, w sytuacji gdy: a) umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest umową o podwykonawstwo tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane, natomiast w przypadku zamówień na dostawy i usługi umowy takie nie są umowami o podwykonawstwo i pozostają poza uregulowaniem ustawy pzp, co wyłącza możliwość ingerowania zamawiającego w możliwość zawierania tego rodzaju umów; b) zakaz dalszego podwykonawstwa prowadzi w praktyce do uniemożliwienia podwykonawcy nabywania towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonych części zamówienia, co jest ograniczeniem nadmiernym i nieadekwatnym z punktu widzenia celu realizacji zamówienia.
3. Art. 16 pkt 1 pzp - przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ polegającej na wykreśleniu § 16 ust. 5, 6, 7, 8, 16 pkt 4 i 5 i ust. 17 z Projektowanych postanowień umowy (TOM II Rozdział 1 SWZ).

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i argumentacji prawnej.

W tomie II rozdziału 1. SWZ określone zostały Projektowane postanowienia umowy

{dalej: „PPU”}.

§ 16 PPU poświęcony został regulacjom odnoszącym się do zasad podwykonawstwa. W ust. 5 Zamawiający określił, że wykonawca nie zleci podwykonawcom innych prac niż wskazane w ofercie, bez uprzedniej pisemnej zgody. Zamawiający zastrzegł ponadto, że każdorazowe skierowanie podwykonawcy do wykonania przedmiotu umowy wymaga uprzedniej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i w związku z tym wykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo jest obowiązany, w trakcie realizacji kontraktu, do przedłożenia projektu tej umowy, który musi odpowiadać wymogom określonym w § 16 ust. 6 PPU. W ust. 6 określona została również procedura związana z przedkładaniem projektu umowy o podwykonawstwo oraz jego zatwierdzeniem. Powyższe wymogi należy również stosować odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo (§ 16 ust. 7 PPU). Niewypełnienie obowiązków określonych powyżej, stanowi dla zamawiającego

podstawę do natychmiastowego usunięcia podwykonawcy przez zamawiającego lub żądania od wykonawcy usunięcia przedmiotowego podwykonawcy z terenu wykonywania prac (§ 16

ust. 8 PPU).

Zamawiający zastrzegł również, że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać m.in. postanowień:

- nakazujących podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancję bankową lub ubezpieczeniową lub na inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w tym w szczególności w przepisach pzp (§ 16 ust. 16 pkt 4),

- w zakresie wysokości cen jednostkowych - ceny jednostkowe zaproponowane przez

Wykonawcę dla Podwykonawcy nie mogą być wyższe, niż określone w Tabelach Elementów Rozliczeniowych przez Wykonawcę (§ 16 ust. 16 pkt 5 PPU).

W § 16 ust. 17 PPU znalazło się natomiast zastrzeżenie wyłączające możliwość dalszego podwykonawstwa: Podwykonawca nie może zlecić powierzonych mu prac dalszemu podwykonawcy.

Swobodę kształtowania treści umów według art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} ogranicza natura stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć niewyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych, czy też ujmując szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających.

Sama zasada swobody umów doznaje już w swojej normatywnej treści literalnie wskazanych w art. 353¹ kc ograniczeń - nieważna, albo przynajmniej nieskuteczna jest umowa, która została zawarta z naruszeniem nie tylko obowiązujących przepisów, ale także wbrew zasadom współżycia społecznego czy właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego. Powyższe ograniczenia dotyczą nie tylko samej treści, ale również i celu takiej umowy. Skoro umowa ze swej natury obejmuje konsens dwóch stron, sprowadzenie roli jednej z nich do przystąpienia do narzuconego wzorca umowy, który nie zapewnia względnej równowagi ponoszenia ryzyka gospodarczego, godzi w sens umowy, w jej naturę.

Również w reżimie zamówień publicznych zasada swobody umów nie oznacza bezwzględnej swobody zamawiającego przy de facto jednostronnym kształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego, w tym możliwości dowolnego wprowadzania ograniczeń niemających umocowania w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Szczególna pozycja zamawiającego, wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych, nie oznacza konieczności podporządkowania się przez wykonawców wymogom, które naruszają ustawę, znacząco ograniczając sposób, w jaki możliwa jest realizacja zamówienia, oraz uniemożliwiając uwzględnienie w ofercie związanych z tym ryzyk. Zasada swobody umów, nawet na gruncie ustawy pzp, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzać uprawnienia drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu lub nie do przetargu. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola zamawiającego, ani ratio legis poszczególnych regulacji. Przeciwnie, pierwszym i zasadniczym zadaniem zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby określone wymagania pozostały współmierne do celu, którym jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do należytego wykonania umowy. Dopiero

tak rozumiane należyte działania zamawiającego pozwalają wykonawcy na właściwe sporządzenie oferty.

O istocie umów zawieranych w trybie zamówień publicznych świadczy m.in. element ich stałości, przewidywalności zakresu przyszłego świadczenia. Wobec tego kształtowanie treści przyszłej umowy w sposób, który bezzasadnie ogranicza wykonawców przy wykonywaniu zamówienia, godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie ustawy pzp, a przez to przekracza granice wynikające z art. 353¹ kc. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 15 maja 2015 r. sygn. akt KIO 8921/15, uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż również i w tym zakresie obowiązują go zasady przewidziane porządkiem prawnym.

Ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest wyłącznie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś przy zamówieniu na realizację usług. Wniosek taki wynika z treści art. 464 pzp (oraz art. 437 ust. 1 pzp), który przewiduje szczególne wymogi co do podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, takie jak obowiązek uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, obowiązek przedłożenia projektu takiej umowy zamawiającemu, czy też wymogi dotyczące konieczności uwzględnienia w treści umowy konkretnych postanowień, w tym określających zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Zgodnie z art. 464 ust. 1 pzp wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

Ponieważ przepisy ustawy pzp w sposób jednoznaczny i całościowy regulują tryb przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo (ich projektów), a także podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo, niedopuszczalne odmienne uregulowanie obowiązków wykonawców związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo. Zamawiający nie ma więc prawa do ukształtowania treści przyszłej umowy w sprawie

zamówienia na dostawy lub usługi polegającego na ustanowieniu dla umów o podwykonawstwo tożsamyh obowiązków z tymi, jakie ustawa pzp przewiduje przy zamówieniach na roboty budowlane.

Powyższe zagadnienie było przedmiotem rozważań Izby w uzasadnieniu wyroku z 20 maja 2019 r. sygn. akt KIO 706/19, które co prawda dotyczyły uregulowań z poprzedniej ustawy pzp, obowiązującej do 31 grudnia 2020 r., ale z uwagi na zbieżność regulacji pozostają w pełni aktualne. Izba badała m.in. dopuszczalność wprowadzenia postanowień ingerujących w treść umowy podwykonawczej i sankcjonujących wykonawcę za niedopełnienie związanych z tym wymagań w przypadku realizacji zamówienia na realizację dostawy. Zakwestionowane postanowienia nakładały na wykonawcę obowiązki analogiczne do przewidzianych w art. 143a-143d wcześniejszej ustawy pzp (obecnie m. in. art. 464 pzp). Izba podkreśliła jednak, że wyżej wymienione przepisy odnoszą się wyłącznie do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. I dalej skonstatowała, co następuje. Ustawa Pzp nie przewiduje natomiast analogicznych regulacji dotyczących zamówień na dostawy. W związku z tym powstaje pytanie, czy Zamawiający uprawniony jest nałożyć na wykonawców nieprzewidziane w ustawie obowiązki w zakresie podwykonawstwa. Możliwość taka w ocenie Izby jest wątpliwa. Po pierwsze stwierdzić należy, że wprowadzenie ww. regulacji z ograniczeniem wprost do zamówień na roboty budowlane pozwala zakładać, że ustawodawca w odniesieniu do tego właśnie rodzaju zamówień dostrzegł potrzebę wprowadzenia dodatkowych rozwiązań, ze względu na potrzebę ochrony podwykonawców oraz interesów zamawiających. Ograniczenie ww. przepisów do robót budowlanych wskazuje na zamiar ustawodawcy, aby zamówieniom na dostawy i usługi nie towarzyszyły dodatkowe obowiązki i formalności związane z podwykonawstwem. Przede wszystkim jednak zauważyć należy, że postanowienia te stanowią daleko idącą ingerencję w stosunki prawne łączące wykonawcę z podmiotem trzecim. Wydaje się więc, że ingerencja taka powinna mieć wyraźną podstawę w ustawie.

Ponadto również z innych powodów Zamawiający nie był uprawniony do ustanawiania zakazu dalszego podwykonawstwa (§ 16 ust. 17 PPU). Zgodnie z § 7 pkt 27 pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Jako umowy o podwykonawstwo są więc traktowane tylko te umowy na dostawy lub usługi, które są zawierane pomiędzy wykonawcą a jego bezpośrednim dostawcą bądź

bezpośrednim usługodawcą. Umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest więc umową o podwykonawstwo tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane, natomiast w przypadku zamówień na dostawy i usługi już nie. W przypadku zamówienia na usługi lub dostawy tego rodzaju umowy pozostają poza uregulowaniem ustawy pzp, co wyłącza możliwość ingerowania zamawiającego w dopuszczalność zawierania tego rodzaju umów. Tak też stwierdziła Izba w przywoływanej powyżej sprawie sygn. akt KIO 706/19.

Z kolei zakaz dalszego podwykonawstwa stanowi ograniczenie nadmierne, nieuzasadnione i nieadekwatne z punktu widzenia celu realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W praktyce uniemożliwia bowiem podwykonawcy nabywanie towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonej części zamówienia. Takie ograniczenie znacząco utrudnia kalkulowanie ceny oferty i jest równoznaczne z obciążeniem wykonawcy ryzykami kontraktowymi, których nie sposób rzetelnie oszacować.

Odwołujący zwrócił uwagę, że u w kilku innych, uprzednio wszczętych postępowaniach prowadzonych przez oddziały Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad [Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 2 — Rejon w Płońsku (sygn. akt KIO 3267/21), Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu — droga ekspresowa S8 (sygn. akt KIO 3283/21), Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Leszno Zachód do granicy województwa (sygn. akt KIO 3317/21) oraz Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Mosina do węzła Leszno Zachód (sygn. akt KIO 3285/21)] zakwestionował tożsamość jak w tej sprawie postanowienia. Wyrokami wydanymi 26 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3267/21, 26 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3283/21 oraz 29 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3285/21, KIO 3317/21 Izba uwzględniła wszystkie odwołania, dzieląc zarzuty podniesione przez Strabag, z tym że w ostatniej z wymienionych spraw postępowanie zostało umorzone w zakresie zarzutów odnoszących się do zakazu dalszego podwykonawstwa, które zostały wycofane po tym, jak Zamawiający wykreślił takie postanowienie z SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 grudnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności Zamawiający oświadczył, że w związku z zarzutami odwołania dokona zmiany SWZ, polegającej na nadaniu § 16 Projektowanych postanowień umowy {dalej: „PPU”} następującego brzmienia:

1. * Wykonawca wykona przedmiot Umowy samodzielnie.

2. * Jeżeli w trakcie wykonywania Umowy zajdzie potrzeba wykonania przedmiotu Umowy przy udziale Podwykonawców, Wykonawca nie później niż 15 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania prac, przedłoży bezpośrednio Zamawiającemu projekt umowy wraz z załącznikami, na wykonanie zakresu prac określonego w zleceniu, a Zamawiający podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy. „Umowa o podwykonawstwo” oznacza umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą a Podwykonawcą, a także między Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą lub między dalszymi Podwykonawcami, na mocy której odpowiednio Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część określonych prac stanowiących przedmiot niniejszej Umowy.

1. ** Wykonawca wykona przy udziale Podwykonawców następujące zakresy prac:.....

Pozostałe prace Wykonawca wykona siłami własnymi. „Umowa o podwykonawstwo” oznacza umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą a Podwykonawcą, a także między Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą lub między dalszymi Podwykonawcami, na mocy której odpowiednio Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część określonych prac stanowiących przedmiot niniejszej Umowy.

2. ** Dopuszcza się zmianę zakresu prac wykonywanych przez Podwykonawców. Wykonawca nie później niż 15 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania prac, przedłoży bezpośrednio Zamawiającemu projekt Umowy o podwykonawstwo, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w projekcie, a Zamawiający podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy.

3. Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, dalszego Podwykonawcy i ich przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub uchybienia Wykonawcy. Wykonawca będzie koordynował, nadzorował i kontrolował pracę Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, tak aby realizacja Kontraktu przebiegała bez zakłóceń.

4. Wykonawca jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją Umowy. Nieterminowe regulowanie wymagalnych zobowiązań wobec wyżej wskazanych podmiotów stanowi nienależyte wykonywanie Umowy i uprawnia Zamawiającego do dokonania wypłaty kwot z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, w celu dokonania zapłaty należności na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców.

5. Wykonawca nie zleci Podwykonawcom innych prac niż wskazane w Ofercie, bez pisemnej zgody Zamawiającego.

6. Każdorazowe skierowanie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcę do wykonania przedmiotu Umowy wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i

w związku z tym:

1) Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć Umowę o podwykonawstwo jest obowiązany, w trakcie realizacji Kontraktu, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy przy czym Podwykonawca lub dalszy

Podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie Umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy,

2) Projekt umowy musi spełniać wymagania określone w dokumentach zamówienia,

3) Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy przewidziany w Umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni, od dnia doręczenia Wykonawcy faktury, potwierdzającej wykonanie zleconej Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej,

4) Projekt umowy, powinien uwzględniać zasady waloryzacji wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy zgodne z zasadami określonymi w § 7 Umowy,

5) Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz

postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami Umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą,

6) Projekt umowy powinien zawierać w szczególności jej zakres, wartość oraz termin realizacji,

7) Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo,

może zgłosić pisemne zastrzeżenia do projektu umowy w zakresie wymagań określonych w niniejszym paragrafie. Zastrzeżenia te są wiążące dla Wykonawcy. Niezgłoszenie pisemnych

zastrzeżeń do przedłożonego projektu Umowy o podwykonawstwo w terminie 14 dni od daty

otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego,

8) Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej Umowy o podwykonawstwo w

terminie 7 dni od dnia jej zawarcia,

9) Zamawiający w ciągu 7 dni od otrzymania umowy, może zgłosić pisemny sprzeciw do przedłożonej Umowy o podwykonawstwo. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej Umowy o podwykonawstwo, w terminie 7 dni, uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

7. Procedurę opisaną w ust. 6 stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

8. Niewypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych w ust. 1-7 powyżej, stanowi

podstawę, do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy z terenu wykonywania prac.

9. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego Umowę o podwykonawstwo, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty przez Wykonawcę.

10. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 9, dotyczy wyłącznie wymagalnych należności, powstałych po zaakceptowaniu przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo.

11. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne i wymagalne wynagrodzenie, bez odsetek należnych Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy.

12. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, Zamawiający wezwie Wykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do zgłoszenia, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń Wykonawcy względem Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy niezwiązanych z realizacją Umowy o podwykonawstwo.

13. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę uwag we wskazanym terminie, Zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości Zamawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

14. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub z wszelkich wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego.

15. Po dokonaniu przez Zamawiającego zapłaty na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania opisanego w ust. 12.

16. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień:

1) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę płatności

od Wykonawcy, od wystawienia przez Zamawiającego protokołu odbioru, obejmującego zakres prac wykonanych przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę, lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za prace wykonane przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę,

2) warunkujących Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia należytego wykonania Umowy na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego w tym odbioru innych prac, które nie były przedmiotem Umowy o podwykonawstwo,

3) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,

4) nakazujących Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancję bankową/ ubezpieczeniową lub na inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w tym w szczególności przepisach Pzp,

5) w zakresie wysokości cen jednostkowych - ceny jednostkowe zaproponowane przez

Wykonawcę dla Podwykonawcy nie mogą być wyższe, niż określone w TER przez Wykonawcę.

17. W przypadku powierzenia Podwykonawcy wykonania części zamówienia, Wykonawca przedstawi pisemne oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie potwierdzającym brak podstaw wykluczenia wobec tego Podwykonawcy. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca będzie zobowiązany w terminie 14 dni od dnia otrzymania przedmiotowej informacji od Zamawiającego zastąpić tego Podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

18. *Wykonawca oświadcza, że posiada zdolności techniczne i zawodowe wymagane do realizacji prac będących przedmiotem Umowy i w trakcie realizacji Umowy nie będzie polegać na zdolnościach technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego.

19. **Wykonawca oświadcza, że podmiot trzeci..... (nazwa podmiotu trzeciego),

przez który należy rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 118 ust. 1 Pzp tj. podmiot na zasoby którego, w zakresie zdolności technicznych i/lub zawodowych niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, Wykonawca powoływał się składając Ofertę celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie

(w jakim zdolności techniczne i/lub zawodowe* podmiotu trzeciego były deklarowane do wykonania przedmiotu Umowy na użytek postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego). W przypadku zaprzestania wykonywania Umowy przez

(nazwa podmiotu trzeciego) z jakichkolwiek przyczyn w powyższym zakresie, Wykonawca będzie zobowiązany do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem, posiadającym zasoby co najmniej takie, jak te, które stanowiły podstawę wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

20. **Jeżeli w trakcie wykonywania Umowy zajdzie potrzeba zmiany podmiotu trzeciego, nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem Podmiotu trzeciego do wykonania prac Wykonawca jest obowiązany zgłosić ten fakt Zamawiającemu. Zmiana ta musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i zaakceptowana przez Zamawiającego. Zmiana taka nie wymaga aneksu do Umowy.

21. **Zamawiający akceptuje zmianę, o której mowa w ust. 20 wyłącznie wtedy, gdy Wykonawca wykaże Zamawiającemu, iż proponowany inny podmiot trzeci lub Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami proponowanego innego podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów oraz oceny braku podstaw wykluczenia, Zamawiający żąda przedłożenia przez Wykonawcę takich samych dokumentów, jak określone w Tomie I SWZ, dla podmiotu udostępniającego zasoby. Dokumenty te Wykonawca winien złożyć przed zawarciem umowy z podmiotem trzecim, pod rygorem braku uzyskania akceptacji, o której mowa w ust. 20**

22. **Wykonywanie przedmiotu Umowy w zakresie określonym w ust. 19 za pomocą podmiotów innych, niż wskazane w ust. 19 lub niezaakceptowanych przez Zamawiającego zgodnie z ust. 21, niezależnie od kar umownych przewidzianych w niniejszej umowie, stanowić może podstawę wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.

23. W sytuacji, gdy niniejsza Umowa będzie realizowana przez podmioty działające w konsorcjum Umowy Podwykonawcze powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum.

W drugiej kolejności Zamawiający wywiódł w szczególności, co następuje.

Umowa, która zostanie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego

zamówienia publicznego, nie jest klasyczną umową na realizację usług, ale będzie miała charakter mieszany, z elementami dostaw oraz robót budowlanych. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, m.in. w uzasadnieniu wyroku z 25 listopada 2010 r. sygn. akt I CSK 703/09, ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron. W ramach umowy na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie autostrady A1 przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - pkt 2 (grupa 1, 2, 3, 4 i 5) w zw. z pkt 4.2 wykonawca jest też zobowiązany do

wykonywania określonych robót drogowych. W konsekwencji w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem wykonawca będzie (co najmniej potencjalnie) zawierał umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane.

Stąd odwołanie jest bezpodstawne co najmniej w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje wymagania Zamawiającego określone w § 16 Projektowanych postanowień umowy {dalej PPU} odnoszące się do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Niezależnie od powyższego zgodnie z art. 369 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej, czyli m.in. z umowy. Zamawiający po części rozszerzył - w zakresie, w jakim umowa dotyczy robót budowlanych - ustawową, a w pozostałym zakresie (czyli tam, gdzie umowa dotyczy usług i dostaw) ustanowił, stosownie art. 369 kc, w § 16 PPU umowną odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia należnego wszystkim podwykonawcom wykonawcy, z którymi zawarł on umowę o podwykonawstwo (bez względu na jej charakter).

Jeśli Zamawiający, który dysponuje środkami publicznymi, ustanawia lub rozszerza swoją odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, czyni to przede wszystkim w interesie publicznym. Ponieważ przedmiotowe zamówienie realizowane jest w interesie publicznym, Zamawiający jest w pełni uprawniony, aby wymagać od wykonawcy ukształtowania postanowień umowy z jego kontrahentami w sposób wskazany w § 16 PPU. Zamawiający musi posiadać narzędzia, które zabezpieczają, z jednej strony zabezpieczają słuszny interes podwykonawców przy realizacji inwestycji celu publicznego, a więc realizowanej w interesie ogółu społeczeństwa, a z drugiej słuszny interes Zamawiającego, w zgodzie z dobrymi obyczajami i zasadami uczciwości kupieckiej

Wymogi określone w § 16 PPU nie ingerują w istotę stosunku łączącego wykonawcę z jego kontrahentami, a mają jedynie na celu zapobieżeniu ukształtowaniu go w sposób sprzeczny z normami ogólnymi prawa cywilnego wynikającymi m.in. z art. 5 kc, art. 353¹ kc oraz art. 354 kc.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Lublinie w uzasadnieniu wyroku z 17 grudnia 2020 r. sygn. akt I ACa 636/19, zgodnie z art. 354 § 1 i 2 kc strony są zobowiązane do współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania tak, aby zobowiązanie wykonać nie tylko zgodnie z jego treścią, ale jednocześnie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a ponadto, jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Uprawnienie do wprowadzenia katalogu postanowień abuzywnych w umowach o podwykonawstwo wynika również z art. 431 pzp, zgodnie z którym zamawiający i wykonawca obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia. Ratio legis tej regulacji jest zapewnienie równowagi stron przy wykonywaniu umowy i wykonywanie jej z poszanowaniem obydwu stron umowy.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, zarówno Krajowej Izba Odwoławczej, jak i sądów powszechnych, wynikająca z art. 353¹ kc zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego, gdyż ograniczona, m.in. przez przepisy prawa (m.in. art. 5 kc), dobre obyczaje czy też ustalone zwyczaje. Co więcej, doznaje pewnych ograniczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na korzyść zamawiającego, jako podmiotu działającego w interesie publicznym, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy nie narusza to w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ochrona słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji tej inwestycji celu publicznego (jest zgodna z zasadami słuszności, dobrych obyczajów, sprawiedliwości społecznej, a także z właściwością (naturą) charakteryzującą umowy dotyczącego całościowego utrzymania dróg krajowych.

Ponadto art. 463 pzp dotyczy wszystkich umów podwykonawczych, w ramach wszystkich umów o zamówienie publiczne, a nie jedynie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, i to jedynie w ramach umów o zamówienie publiczne dotyczących robót budowlanych. Z kolei definicja umowy o podwykonawstwo zawarta w pzp nie ogranicza się jedynie do umów zawartych pomiędzy podwykonawcami robót budowlanych a wykonawcą robót budowlanych, ale dotyczy wszystkich umów o charakterze pisemnym zawartych między każdym wykonawcą a wszystkimi jego podwykonawcami. W konsekwencji ustawa pzp nie tylko uprawnia, a nawet zobowiązuje Zamawiającego do zawarcia w PPU postanowień zapewniających ochronę podwykonawców robót, dostaw i usług.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 17 października 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 2018/16 - co prawda wydanym w nieco odmiennym stanie prawnym i dotyczący postanowień umowy o roboty budowlane - uznał za prawidłowo postanowienia analogiczne

do skarżonych w tej sprawie. Poprzednio obowiązująca ustawa pzp z 2004 r. w art. 36 ust. 2 pkt 11 jedynie w sposób ogólny wskazywała, że zamawiający określa w SIWZ wymagania dot. umów o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, podobnie jak czyni to obecna ustawa pzp, m.in. w art. 463, w odniesieniu do wszystkich umów o podwykonawstwo.

Podobnie Izba w wyroku z 5 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1381/21 - który co prawda dotyczył umowy o roboty budowlane, niemniej odnosił się także do umów o podwykonawstwo w zakresie usług i dostaw - uznała, że żaden przepis pzp, w tym art. 464, nie wyłącza możliwości wpływania zamawiającego na treść umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy i usługi.

Wyrokiem z 9 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 103/21 Sąd Okręgowy w

Warszawie oddalił skargę na powyższy wyrok Izby m.in. w odniesieniu do postanowień SWZ dotyczących umów o podwykonawstwo. Sąd w ustnych motywach wyroku podkreślił, że działania zamawiającego, w ramach których m.in. obejmuje on swoją solidarną odpowiedzialnością zapłatę wynagrodzenia na rzecz wszystkich kontrahentów wykonawcy i odpowiednio w tym zakresie wpływa na kształt umów podwykonawczych, należy po prostu uznać za zgodne z zasadą sprawiedliwości.

W powyższych wyrokach Izba oraz Sąd Okręgowy w Warszawie rozstrzygały o postanowieniach SWZ, które zawierały katalog aż 10 następująco sformułowanych postanowień.

1. Umowa o podwykonawstwo, musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:

(a) oznaczenia stron umowy, (b) zakresu umowy, (c) wartości wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy wraz z warunkami przewidującymi zmianę wynagrodzenia, (d) terminu płatności, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, za wykonanie zleconych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług, (e) zasad płatności i sposobu rozliczenia, umożliwiających ocenę zaawansowania wykonanych robót budowlanych, usług lub dostaw. Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca może wnioskować o rozliczenie wykonanych robót budowlanych, usług lub dostaw co najmniej raz w miesiącu, (f) waloryzacji z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 13.7 [Korekty wynikające ze zmian w Koszcie] z wyłączeniem umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy, (g) terminu realizacji wraz z warunkami przewidującymi zmianę terminu, oraz (h) bezpieczeństwa i higieny pracy, (i) obowiązku realizacji płatności zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r. poz. 106 z późn. zm.), (j) warunków dalszego powierzenia przetwarzania danych osobowych - w przypadku gdy następuje dalsze powierzenie tych danych.

Powyższe wyroki rozstrzygały też postanowienia SWZ, które zawierały katalog aż 9 postanowień abuzywnych we wszystkich umowach podwykonawczych, tj.:

(a) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia, kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę;

(b) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy,

Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości netto wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy;

(c) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę - przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości;

(d) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

(e) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wysokości wyższej niż wysokość tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

(f) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wyższej wysokości wyrażonej w procentach niż wysokość wyrażona w procentach tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

(g) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na drodze sądowej;

(h) uprawnających Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;

(i) na mocy których Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się roszczeń od Wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych.

Skoro takie postanowienia nakazane lub zakazane w umowach podwykonawczych zawieranych w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane są zgodne z pzp, dobrymi obyczajami oraz zasadami sprawiedliwości i uczciwości kupieckiej, także postanowienia § 16 PPU określone w niniejszym postępowaniu, zawierające jedynie 4 postanowienia abuzywne i 5 postanowień nakazanych, należy uznać za zgodne z pzp i przedmiotowymi zasadami.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego, który kwestionuje postanowienia specyfikacji w zakresie warunków umowy jako naruszające przepisy ustawy pzp, gdyż jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie tego zamówienia, spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że postępowanie zostało wszczęte i jest prowadzone jako dotyczące udzielenia zamówienia na usługi, a nie roboty budowlane.

We wzorze umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia brak ścisłego wyodrębnienia prac stanowiących roboty budowlane i prac stanowiących usługi.

Jak przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zachodzi jedynie potencjalna możliwość, że wykonawca tego zamówienia będzie zawierał umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane.

Co prawda w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił nowe brzmienie § 16 PPU, jednak do zamknięcia rozprawy taka zamiana SWZ nie została dokonana, co powoduje, że za podstawę orzekania należało przyjąć dotychczasowe brzmienie zawartych tam postanowień umownych.

§ 16. Podwykonawcy

1. * Wykonawca wykona przedmiot Umowy samodzielnie.

2. * Jeżeli w trakcie wykonywania Umowy zajdzie potrzeba wykonania przedmiotu Umowy przy udziale Podwykonawców, Wykonawca nie później niż 15 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania prac, przedłoży bezpośrednio Zamawiającemu projekt umowy wraz z załącznikami, na wykonanie zakresu prac określonego w zleceniu, a Zamawiający podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy.

1. ** Wykonawca wykona przy udziale Podwykonawców następujące zakresy prac:
.....Pozostałe prace Wykonawca wykona siłami własnymi.

2. ** Dopuszcza się zmianę zakresu prac wykonywanych przez Podwykonawców. Wykonawca nie później niż 15 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania prac, przedłoży bezpośrednio Zamawiającemu projekt umowy z Podwykonawcą, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w projekcie, a Zamawiający podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy.

3. Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy i ich przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub uchybienia Wykonawcy. Wykonawca będzie koordynował, nadzorował i kontrolował pracę Podwykonawców, tak aby realizacja Kontraktu przebiegała bez zakłóceń.

4. Wykonawca jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec Podwykonawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją Umowy. Nieterminowe regulowanie wymagalnych zobowiązań wobec wyżej wskazanych podmiotów stanowi nienależyte wykonywanie Umowy i uprawnia Zamawiającego do dokonania wypłaty kwot z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, w celu dokonania zapłaty należności na rzecz Podwykonawców.

5. Wykonawca nie zleci Podwykonawcom innych prac niż wskazane w Ofercie, bez pisemnej zgody Zamawiającego.

6. Każdorazowe skierowanie Podwykonawcy do wykonania przedmiotu Umowy wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i w związku z tym:

1) Wykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć Umowę o podwykonawstwo jest obowiązany, w trakcie realizacji Kontraktu, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej

umowy,

2) Projekt umowy musi spełniać wymagania określone w dokumentach zamówienia,

3) Termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy przewidziany w Umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni, od dnia doręczenia Wykonawcy faktury, potwierdzającej wykonanie zleconej Podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej,

4) Projekt umowy, powinien uwzględniać zasady waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy zgodne z zasadami określonymi w § 7 Umowy,

5) Umowa podwykonawcza nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązków podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami Umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą,

6) Projekt umowy powinien zawierać w szczególności jej zakres, wartość oraz termin realizacji,

7) Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu umowy

o podwykonawstwo, może zgłosić pisemne zastrzeżenia do projektu umowy w zakresie wymagań określonych w niniejszym paragrafie. Zastrzeżenia te są wiążące dla Wykonawcy.

Niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu umowy o podwykonawstwo, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego,

8) Wykonawca przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia,

9) Zamawiający w ciągu 7 dni od otrzymania umowy, zgłasza pisemny sprzeciw do przedłożonej umowy o podwykonawstwo. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, w terminie 7 dni, uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

7. Procedurę opisaną w ust. 6 stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

8. Niewypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej, stanowi podstawę, do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy z terenu wykonywania prac.

9. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego Umowę o podwykonawstwo, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty przez Wykonawcę.

10. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 9, dotyczy wyłącznie wymagalnych należności powstałych po zaakceptowaniu przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo.

11. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne i wymagalne wynagrodzenie, bez odsetek należnych Podwykonawcy.

12. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zgłoszenia, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.

13. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę uwag we wskazanym terminie, Zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia Podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości Zamawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, jeżeli Podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

14. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub z wszelkich wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego.

15. Po dokonaniu przez Zamawiającego zapłaty na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Podwykonawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania opisanego w ust. 12.

16. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień:

1) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy, od wystawienia przez Zamawiającego protokołu odbioru, obejmującego zakres prac wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za prace wykonane przez Podwykonawcę,

2) warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia należytego wykonania Umowy na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego w tym odbioru innych prac, które nie były przedmiotem umowy podwykonawczej,

3) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,

4) nakazujących Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancję bankową/ ubezpieczeniową lub na inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w tym w szczególności przepisach Pzp,

5) w zakresie wysokości cen jednostkowych - ceny jednostkowe zaproponowane przez Wykonawcę dla Podwykonawcy nie mogą być wyższe, niż określone w Tabelach Elementów Rozliczeniowych przez Wykonawcę.

17. Podwykonawca nie może zlecić powierzonych mu prac dalszemu Podwykonawcy.

18. W przypadku powierzenia Podwykonawcy wykonania części zamówienia, Wykonawca przedstawi pisemne oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie potwierdzającym brak podstaw wykluczenia wobec tego Podwykonawcy. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca będzie zobowiązany w terminie 14 dni od dnia otrzymania przedmiotowej informacji od Zamawiającego zastąpić tego Podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

19. *Wykonawca oświadcza, że posiada zdolności techniczne i zawodowe wymagane do realizacji prac będących przedmiotem Umowy i w trakcie realizacji Umowy nie będzie polegać na zdolnościach technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego.

20. **Wykonawca oświadcza, że podmiot trzeci..... (nazwa podmiotu trzeciego), przez który należy rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 118 ust. 1 Pzp tj. podmiot na zasoby którego, w zakresie zdolności technicznych i/lub zawodowych niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, Wykonawca powoływał się składając Ofertę celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie

(w jakim zdolności techniczne i/lub zawodowe* podmiotu trzeciego były deklarowane do wykonania przedmiotu Umowy na użytek postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego). W przypadku zaprzestania wykonywania Umowy przez

(nazwa podmiotu trzeciego) z jakichkolwiek przyczyn w powyższym zakresie, Wykonawca będzie zobowiązany do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem, posiadającym zasoby co najmniej takie, jak te, które stanowiły podstawę wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

21. **Jeżeli w trakcie wykonywania Umowy zajdzie potrzeba zmiany podmiotu trzeciego, nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem Podmiotu trzeciego do wykonania prac Wykonawca jest obowiązany zgłosić ten fakt Zamawiającemu. Zmiana ta musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i zaakceptowana przez Zamawiającego. Zmiana taka nie wymaga aneksu do Umowy.

22. **Zamawiający akceptuje zmianę, o której mowa w ust. 21 wyłącznie wtedy, gdy Wykonawca wykaże Zamawiającemu, iż proponowany inny podmiot trzeci lub Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami proponowanego innego podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów oraz oceny braku podstaw wykluczenia, Zamawiający żąda przedłożenia przez Wykonawcę takich samych dokumentów, jak określone w Tomie I SWZ, dla podmiotu udostępniającego zasoby. Dokumenty te Wykonawca winien złożyć przed zawarciem umowy z podmiotem trzecim, pod rygorem braku uzyskania akceptacji, o której mowa w ust. 21**

23. **Wykonywanie przedmiotu Umowy w zakresie określonym w ust. 20 za pomocą podmiotów innych, niż wskazane w ust. 20 lub niezaakceptowanych przez Zamawiającego zgodnie z ust. 22, niezależnie od kar umownych przewidzianych w niniejszej umowie, stanowić może podstawę wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.

24. W sytuacji, gdy niniejsza Umowa będzie realizowana przez podmioty działające w konsorcjum Umowy Podwykonawcze powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum.

§ 16 PPU nie zawiera postanowienia, które stanowiłoby, że Zamawiający odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, usług lub dostaw, a Zamawiający, wykonawca i podwykonawca odpowiadają solidarnie za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

Oświadczenie Zamawiającego co do planowanego wykreślenia dotychczasowego brzmienia § 16 ust. 17 PPU zostało poczytane za przyznanie, że ustanowiony w tym postanowieniu zakaz dalszego podwykonawstwa jest bezzasadny.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest w całości zasadne.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy pzp jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

Według definicji zawartych w art. 7 ustawy pzp:

- w pkt 32 - przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną pomiędzy

zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług;

- w pkt 25 - przez udzielenie zamówienia należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei według definicji z art. 7 pkt 27 ustawy pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Z powyższej regulacji jednoznacznie wynika, że stronami umów o podwykonawstwo objętych reżimem ustawy pzp są co do zasady wybrany przez zamawiającego wykonawca oraz inny podmiot (podwykonawca). Dodatkowo, wyłącznie w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, za umowę o podwykonawstwo poczytuje się również umowy między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami dotyczące bezpośrednio wykonania określonej części takiego zamówienia.

Art. 463 ustawy pzp stanowi w odniesieniu do tak zdefiniowanej umowy o podwykonawstwo, że nie może ona zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty

wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.

Przepisy zawarte w art. 464 ust. 1-10 ustawy pzp następująco regulują procedurę zawierania umów o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane:

1. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

2. 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.

3. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku gdy:

1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia;

2) przewiduje ona termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2;

3) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463.

4. Niezgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w ust. 3, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego.

5. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

6. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadkach, o których mowa w ust. 3.

7. Niezgłoszenie sprzeciwu, o którym mowa w ust. 6, do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

8. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, wykonawca,

podwykonawca lub dalszy podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 złotych. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.

9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, podwykonawca lub dalszy podwykonawca, przedkłada poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy również wykonawcy.

10. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 2, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

Przy czym z mocy art. 464 ust. 11 ustawy pzp powyższe przepisy stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

Zgodnie z art. 465 ust. 8 ustawy pzp do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Powyższa regulacja stanowi odesłanie w szczególności do art. 647¹ Kodeksu cywilnego, który w § 1-6 zawiera następujące przepisy:

§ 1. Inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę.

§ 2. Zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagane, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę.

§ 3. Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.

§ 4. Zgłoszenie oraz sprzeciw, o których mowa w § 1, wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę

wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

§ 6. Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne.

O ile art. 647¹ § 1 kc jest ustawowym źródłem odpowiedzialności solidarnej

zamawiającego i wykonawcy jako stron umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych (a art. 647¹ § 5 kc dodatkowo ustanawia solidarną odpowiedzialność zamawiającego, wykonawcy i podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy), o tyle w art. 465 ust. 1-7 ustawy pzp następująco uregulowano zakres tej odpowiedzialności:

1. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej 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.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.
3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
4. Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.
5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:
 - 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo
 - 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy,albo
- 3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.
6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.
7. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że ustawa pzp przewiduje solidarną odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (oraz solidarną odpowiedzialność zamawiającego, wykonawcy i podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy) wyłącznie w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Istota sporu w tej sprawie dotyczy powołanych regulacji w kontekście art. 353¹ Kodeksu cywilnego, według którego 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. Zamawiający uważa, że jest uprawniony do ukształtowania warunków umowy w sprawie tego zamówienia analogicznie do uregulowań ustawy pzp odnoszących się do udzielania zamówień na roboty budowlane. Przy czym Zamawiający uzasadnia swoje stanowisko wskazując na dwa aspekty umowy, która ma być zawarta z wykonawcą tego zamówienia: po pierwsze - jej mieszany charakter, po drugie - odpowiedzialność solidarną za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy i dalszego podwykonawcy.

W ocenie Izby skoro Zamawiający zastrzega dla siebie wpływ na relacje umowne między wykonawcą a podwykonawcą na zasadach przewidzianych dla umów w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, takie działanie podlega ocenie przez pryzmat wynikającego z art. 353¹ kc kryterium właściwości (natury) stosunku prawnego.

Izba zważyła, że z jednej strony przedmiot tego zamówienia przewiduje świadczenia wykonawcy, które mogłyby zostać uznane za roboty budowlane, w postaci prac polegających na uzupełnieniu ubytków nawierzchni dróg. Jednakże stanowią one element zobowiązania wykonawcy do starannego działania w utrzymaniu należytego standardu dróg, a zatem ich natura prawna jest inna niż w przypadku umowy o roboty budowlane, które są zobowiązaniem rezultatu. W konsekwencji Zamawiający we wzorze umowy oraz opisie

przedmiotu zamówienia nie dokonał ścisłego wyodrębnienia robót od usług, w szczególności umowa ma jednolity charakter, bez względu na charakter prac. Sam Zamawiający postrzega zawieranie umów podwykonawczych na roboty budowlane jako potencjalne. Wreszcie z uwagi na przeważającą wartość usług do udzielenia tego zamówienia, w tym do projektowanych warunków umowy, znajdują zastosowanie uregulowania ustawy pzp przewidziane dla zamówień na usługi. W konsekwencji za nieuprawnione należy uznać stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do usług, w sytuacji gdy natura obu stosunków prawnych jest odmienna.

Należy zaznaczyć, że art. 463 ustawy pzp, na który powoływał się Zamawiający, co prawda znajduje zastosowanie do wszystkich rodzajów umów podwykonawczych zdefiniowanych w art. 7 pkt 27 pzp, ale ogranicza się do postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie kar umownych oraz warunków wypłaty wynagrodzenia. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, ale ponieważ ustanawia wyjątek od zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ kc, nie może być interpretowany jako uprawniający zamawiających do ingerowania w szerszym zakresie w umowy podwykonawcze zamówień na usługi lub dostawy.

Zdaniem Izby w taki sposób należy interpretować wskazywany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyrok Izby z 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1381/21, w którego uzasadnieniu Izba wskazała, co następuje. Z zestawienia norm przywołanego przepisu [art. 463 pzp] oraz art. 464 pzp wynika, że ustawodawca zwrócił szczególną uwagę na umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, jednak ustalił pewne standardy w odniesieniu do wszystkich umów podwykonawczych niezależnie od ich przedmiotu. Izba w składzie orzekającym przychyliła się do tego poglądu. W przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca w sposób ścisły określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając go do kar umownych i zapłaty wynagrodzenia. Zatem w tym przypadku ograniczenie swobody umów, w tym zakres tego ograniczenia, wynika wprost z przepisu ustawy.

W pozostałym zakresie nie mają dla tej sprawy znaczenia stanowiska wyrażone w przywołanych przez Zamawiającego orzeczeniach: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 października 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 2018/16, wyroku Izby z 5 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1381/21, podtrzymanego wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 103/21 gdyż dotyczyły postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były roboty budowlane.

Jak trafnie to wywiedziono w „Prawo zamówień Publicznych. Komentarz” [pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r.]: Przepisy art. 464 i 465 pzp (a tym samym mechanizm ochronny) dotyczą wyłącznie umów o podwykonawstwo zawartych w ramach realizowanego zamówienia na roboty budowlane. Umowy o podwykonawstwo realizowane w ramach zamówienia na dostawy lub usługi nie przestają być umowami o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 pzp, ale mechanizm ochronny i instytucja bezpośredniej płatności wynagrodzenia nie ma zastosowania do takich umów. W zakresie nieuregulowanym w Pzp treść umów podwykonawczych podlega zasadzie swobody umów. Umowy niezgłoszone zamawiającemu (i tzw. podwykonawcy niezgłoszeni) nie podlegają reżimowi Pzp, co oznacza m.in., że na gruncie przepisów pzp zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji ich udziału w realizacji części zamówienia, w szczególności nie jest zobowiązany na podstawie art. 465 ust. 1 pzp do bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia.

Z kolei w ustalonych powyżej okolicznościach za bezprzedmiotowe Izba uznała powołanie się przez Zamawiającego na przyjęcie na siebie solidarnej odpowiedzialności za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy. O istocie takiej odpowiedzialności stanowi art. 366 § 1 kc, zgodnie z którym kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Jak wskazuje się w doktrynie i orzecnictwie solidarna odpowiedzialność powinna wprost wynikać z treści przepisu bądź z treści czynności prawnej. Zamawiający nie wykazał, ani przepisu ustawy, ani postanowienia umowy, z którego bezpośrednio wynikałaby jego odpowiedzialność solidarna z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Biorąc pod uwagę, że przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 ustawy pzp) i pisemnie stanowią zasady udzielenia zamówień, które obowiązany jest przestrzegać Zamawiający, tym bardziej przyjęcie przez niego odpowiedzialności solidarnej nie może być domniemywane.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach tej sprawy miał podstawy faktyczne i prawne do ograniczenia zasady swobody umów w ten sposób, że jego ingerencja w treść umowy, której nie jest stroną, była usprawiedliwiona właściwością stosunku prawnego. Stąd w odniesieniu nieuprawnione jest przenoszenie przez Zamawiającego ustawowych regulacji dotyczących umów w sprawie zamówień na

roboty budowlane do umowy w sprawie tego zamówienia na usługi.

Tym samym Izba w pełni podzieliła stanowisko o braku podstaw do ingerencji Zamawiającego w postanowienia umów podwykonawczych w postępowaniach, których przedmiotem jest usługa całorocznego kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg, na zasadach przewidzianych ustawą pzp w stosunku do umów na roboty budowlane, które poprzednio zostało wyrażone w uzasadnieniach wyroków Izby wydanych: 26 listopada 2021 r. w sprawie sygn. akt KIO 3283/21 (w ramach łącznego wyroku) oraz w sprawie sygn. akt KIO 3267/21, a także 29 listopada 2021 r. w połączonych sprawach sygn. akt: KIO 3285/21, KIO 3317/21.

Skoro Zamawiający planuje usunąć postanowienie § 16 ust. 17 PPU, przyznaje de facto, że ustanowiony tam zakaz dalszego podwykonawstwa był również nieuzasadnioną i nieuprawnioną z uwagi na zasadę swobody umów ingerencją w stosunki zobowiązaniowe pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (potwierdzone złożoną do zamknięcia rozprawy fakturą VAT), orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.