

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 22 listopada 2021 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 listopada 2021 roku przez odwołującego STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie przy udziale Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych „MIKST” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Węgrowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.1. petitum odwołania w zakresie w jakim zarzut ten dotyczy zakazu dalszego podwykonawstwa, wobec wycofania zarzutu w tym zakresie oraz umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w punkcie I.2. petitum odwołania wobec jego wycofania w całości.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie §16 ust. 5, 6, 7, i 8 Projektowanych postanowień umowy (TOM II Rozdział 1 SWZ).
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą poniesione przez Zamawiającego i Odwołującego koszty z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), z tytułu uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3267/21

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części.”, nr postępowania: GDDKiA.O.WA.D-3.2413.59.2021. Przedmiotowe odwołanie dotyczy Części nr 2 Rejon w Płońsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 października 2021 r. nr 2021/S 208-544841.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) 5 listopada 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy

Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na ukształtowaniu w sposób niezgodny z ustawą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym treści projektu umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 463, art. 464 ust. 1, 2, 8 i 10 oraz art. 16 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 7 pkt 27 oraz art. 16 pkt 3 ustawy

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 Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie zamówień publicznych. Postanowienia zawarte w SWZ, a w szczególności w tomie II SWZ (ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY) Rozdział 1 (Projektowane postanowienia umowy - PPU) są niezgodne z Pzp oraz kodeksem cywilnym. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe uprawnienia wykonawcy, gdyż w sposób niezgodny z ustawą wprowadza ograniczenia w zakresie podwykonawstwa oraz ustanawia zakaz dalszego podwykonawstwa. Na skutek uchyleń Zamawiającego, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje, tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi ustawy. Ponadto gdy postanowienia umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma ograniczone możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż chce mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że w Tomie II Rozdział 1 SWZ określone zostały Projektowane postanowienia umowy (PPU). § 16 PPU poświęcony został regulacjom odnoszącym się do zasad podwykonawstwa.

Odwołujący wskazał, że 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 to projekt 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/ ubezpieczeniową lub na inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w tym w szczególności przepisach Pzp,
- 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 4 i 5 PPU).

W § 16 ust. 17 PPU znalazło się natomiast zastrzeżenie wykluczające możliwość

dalszego podwykonawstwa: „Podwykonawca nie może zlecić powierzonych mu prac dalszemu podwykonawcy.”

Odwolujący wskazał, że swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353¹ k.c. Swobodę tę ogranicza natura stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z 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, 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.

Odwolujący wskazał, że chociaż także w reżimie zamówień publicznych obowiązuje zasada swobody umów, to nie oznacza ona bezwzględnej swobody zamawiającego w faktycznym jednostronnym kształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego, a co za tym idzie, także i możliwości dowolnego wprowadzania ograniczeń nie mających umocowania w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Szczególna pozycja zamawiającego wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych, nie sankcjonuje prawa do żądania podporządkowania się wymogom, które naruszają ustawę, znacząco ograniczając sposób w jaki możliwa jest realizacja zamówienia oraz uniemożliwiając uwzględnienie przez wykonawcę w swojej ofercie związanych z tym ryzyk.

Zasada swobody umów, nawet na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzić uprawnień drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu do przetargu lub nie. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola zamawiającego, ani ratio legis poszczególnych regulacji. Pierwszym i zasadniczym zadaniem zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby określone wymagania pozostały współmierne do celu, którym jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i należyte wykonanie umowy. Dopiero tak rozumiane należyte działania zamawiającego pozwalają dopiero wykonawcy, na właściwe sporządzenie oferty.

Sama zasada swobody umów doznaje już w swojej normatywnej treści literalnie wskazanych ograniczeń. Ustawodawca wskazał bowiem, że 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. Prawo do kształtowania umowy zostało przyznane obu stronom umowy, bowiem umowa ze swej natury, obejmuje konsens przynajmniej dwóch stron. Zatem istotne ograniczenie jednej ze stron, czy de facto sprowadzenie jej wyłącznie do roli przystępującego do narzuconego wzorca umowy, odbiegającego znacząco od równowagi ponoszenia ryzyka gospodarczego, godzi w sam sens umowy, w jej naturę - a zatem samo przez się powoduje, że granice swobody zostają naruszone.

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 w możliwości wykonywania zamówienia godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez to przekracza ograniczenia wynikające z art. 353¹ k.c. Uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego - tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.05.2015 r., sygn. akt: KIO 8921/15. W tym zakresie również obowiązują zasady przewidziane porządkiem prawnym.

W ocenie Odwołującego ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy, narusza ustawę. Zastrzeżenia te przyznają Zamawiającemu uprawnienie do daleko idącej ingerencji w treść stosunków pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Brak jest jednak umocowania prawnego, które pozwalałoby Zamawiającemu na posiadanie takich uprawnień. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za naruszenie zasady swobody kontraktowej w zakresie kształtowania treści przyszłej umowy.

Ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest wyłącznie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś zamówienia na realizację usług. Wniosek taki wynika z treści art. 464 ustawy Pzp (oraz art. 437 ust. 1 ustawy Pzp). Przepis przewiduje szczególne wymogi w zakresie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, takie choćby jak obowiązek uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, przedłożenia

zamawiającemu projektu takiej umowy o podwykonawstwo, czy też wymogi dotyczące konieczności uwzględnienia w treści umowy określonych zastrzeżeń, w tym określających zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami.

Zgodnie z art. 464 ust. 1 ustawy 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.

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 zatem jest uregulowanie obowiązków wykonawców, związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo, w sposób odmienny niż określony w ustawie. Zamawiający nie ma więc prawa do takiego ukształtowania treści przyszłej umowy, które polegałoby na ustanowieniu tożsamyh obowiązków, jakie ustawa przewiduje dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane także dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na usługi (i dostawy). Potwierdzenie słuszności powyższego przekonania znalazło swój wyraz w orzecznictwie KIO - zagadnienie to było przedmiotem rozważań Izby w wyroku z dnia 20.05.2019 r. (sygn. akt KIO 706/19). Odwołujący wyjaśnił, że w wyroku tym 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. Izba podkreśliła, że wyżej wymienione przepisy odnoszą się wyłącznie do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane.

Jak wskazał Odwołujący ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest zatem jedynie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane, nie zaś umów na realizację usług. Nawet wówczas możliwość kształtowania wymogów w zakresie umów o podwykonawstwo nie jest nieograniczona. Normy wynikające z art. 464 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący (komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, opublikowanego na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, s. 1244). W przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, zamawiający nie został upoważniony do dokonywania tak szerokiej ingerencji w ich treść jak w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane. Zamawiający może zaingerować w treść takiej umowy jedynie w przypadkach wskazanych w art. 464 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wówczas, gdy termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy dostawy lub usługi. Po stwierdzeniu takiego przypadku zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z art. 463 ustawy Pzp umowa o podwykonawstwo nie może 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. Zakaz wyrażony w powyższym unormowaniu dotyczy dwóch typów postanowień umownych kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy:

- 1) w zakresie kar umownych,
- 2) dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia.

W § 16 ust. 16 PPU przewidziany został katalog zawierający rodzaje postanowień, których nie może zawierać umowa o podwykonawstwo. Zakazem takim objęte są także postanowienia nakazujące 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 (§ 16 ust. 16 pkt 4) oraz wymóg, aby ceny jednostkowe zaproponowane przez Wykonawcę dla podwykonawcy nie mogły być wyższe, niż określone w Tabelach Elementów Rozliczeniowych przez Wykonawcę (§ 16 ust. 16 pkt 5).

W ocenie Odwołującego oba te zakazy wykraczają poza zakres dopuszczalnych ograniczeń ustanowionych w art. 463 ustawy Pzp. Nie dotyczą one bowiem ani kar umownych, ani warunków wypłaty wynagrodzenia. Zamawiający nie ma więc prawa, aby kształtować treść stosunku prawnego z uwzględnieniem zakwestionowanych ograniczeń.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie był uprawniony do ustanawiania zakazu dalszego podwykonawstwa (§ 16 ust. 17 PPU) również z innych przyczyn. Zgodnie 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. Jako umowy o podwykonawstwo są traktowane tylko te umowy na dostawy lub usługi, które są zawierane pomiędzy wykonawcą a jego bezpośrednim dostawcą bądź bezpośrednim usługodawcą. Umowy zawierane pomiędzy bezpośrednimi usługodawcami a dalszymi usługodawcami oraz pomiędzy bezpośrednimi dostawcami a dalszymi dostawcami nie są kwalifikowane jako umowy o podwykonawstwo.

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 Prawo zamówień publicznych, co wyłącza możliwość ingerowania zamawiającego w dopuszczalność zawierania tego rodzaju umów. Tak też stwierdziła Izba w wyroku z dnia 20.05.2019 r. (sygn. akt KIO 706/19).

Odwołujący podkreślił, że zakaz dalszego podwykonawstwa stanowi przy tym ograniczenie nadmierne, nieuzasadnione i nieadekwatne z punktu widzenia celu realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W praktyce oznacza on bowiem uniemożliwienie podwykonawcy nabywania towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonych części zamówienia. Każda taka umowa zawarta między podwykonawcą, a dalszym kontrahentem, byłaby bowiem zakwalifikowana jako umowa o dalsze podwykonawstwo. Ograniczenie to nie pozostaje bez wpływu na możliwość kalkulowania cen oferty, stanowiąc znaczące tego utrudnienie. Ograniczenie to jest również równoznaczne z obciążeniem wykonawcy ryzykami kontraktowymi, których rzetelnie oszacować nie sposób.

Bezpośrednią konsekwencją przywoływanych uchybień jest również zdaniem Odwołującego naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z naruszeniem przepisów Zamawiający naruszył także zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

19 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany udziałem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót

Drogowo - Mostowych „MIKST” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Węgrowie (dalej: „Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nowej ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem zasady

kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania [§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)].

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia

sprawy:

§16 wzoru umowy ma następującą treść:

„§ 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.

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 zgodnie 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 gwarancje 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 znajdzie 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 zaakceptuje 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.”

Izba ustaliła ponadto, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zapowiedział zmianę treści §16 jednak na dzień rozprawy zmiana ta nie została jeszcze dokonana, wobec czego za podstawę orzekania Izba przyjęła brzmienie tego postanowienia umowy obowiązujące z dnia wniesienia odwołania.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353¹ k.c. Swobodę tę ogranicza natura stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. Izba stoi na stanowisku, że uregulowania wprowadzone przez Zamawiającego do wzoru umowy stanowią przekroczenie zasady swobody umów, powodują bowiem ingerencję Zamawiającego w stosunek prawny, którego nie jest on stroną (podwykonawstwo i dalsze podwykonawstwo) i który go bezpośrednio nie dotyczy. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał przy tym, aby występowała jedna z przesłanek ograniczająca swobodę umów, tj. aby ingerencja taka była usprawiedliwiona naturą stosunku prawnego, zasadami współżycia społecznego, czy bezwzględnie obowiązującymi przepisami. W szczególności w ocenie Izby nie zostało wykazane aby taką ingerencję usprawiedliwiała solidarna odpowiedzialność, na której istnienie powołuje się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (vide: str. 8 pisma z 19 listopada 2021 r.) oraz co zostało też podtrzymane na rozprawie. Sam Zamawiający w tym zakresie ogólnie wskazuje na brzmienie §16 nie przywołując przy tym konkretnego postanowienia, w treści którego taka odpowiedzialność byłaby wprost przesądzona. Natomiast jak jednolicie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie solidarna odpowiedzialność powinna wynikać z treści przepisu bądź z treści czynności prawnej, a nie pozostawać w sferze domniemania. W ocenie Izby odpowiedzialność ta nie wynika z żadnego postanowienia zaskarżonego § 16.

W zakresie argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do art. 463 ustawy Pzp Izba wskazuje, że przepis ten dotyczy postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia. Przepis ten może być zastosowany do umów podwykonawczych w ramach wszystkich rodzajów umów o zamówienie publiczne (roboty budowlane, usługi lub dostawy). Ma on charakter bezwzględnie obowiązujący i stanowi wyjątek od zasady swobody umów uregulowanej w art. 353¹ k.c. Jednakże przepis odnosi się wyłącznie do uregulowań dotyczących kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia. Oznacza to również, że interpretacja postanowień tego przepisu winna odbywać się w sposób ścisły.

W taki sposób w ocenie Izby, interpretować należy również przywołany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 roku, sygn. akt

KIO 1381/21. Zamawiający powołał tylko fragment tego orzeczenia, pomijając, że Izba w

jego treści wskazała, że „Z zestawienia norm przywołanego przepisu 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 prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możemy mieć do czynienia z umową o charakterze mieszanym, obejmującą wykonanie usług i mogącą obejmować realizację prac z elementami, które można uznać za prace budowlane o różnym stopniu skomplikowania. Tym niemniej z uwagi na przeważającą wartość usług, do postępowania, a tym samym do wzoru umowy stosuje się regulacje prawa dotyczące usług. Izba nie przeczy, że w celu należytej realizacji zobowiązania umownego może dojść do realizacji pewnych elementów robót budowlanych ale jednocześnie podkreślić należy, że Zamawiający we wzorze umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia nie dokonał ścisłego wyodrębnienia i podziału na roboty i usługi. Umowa przyjęła jednolitą formę, bez względu na charakter prac. Ponadto sam Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że „(...)

Odwołujący będzie (co najmniej potencjalnie) zawierał umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane” (vide: str. 7 odpowiedzi na odwołanie z 19 listopada 2021 r.). Zatem źródłem uprawnienia do ingerencji w treść tych umów, jaką przyznaje sobie Zamawiający jest jedynie potencjalna możliwość ich zawarcia, przy jednoczesnym braku wyraźnego rozróżnienia tej kwestii w treści zaskarżonych projektowanych postanowień umowy.

Jednak powyższe nie ma w ocenie Izby znaczenia z uwagi na treść art. 464 ustawy Pzp, z którego wynika wprost, że dotyczy on zamówienia na roboty budowlane, z którym to niewątpliwie w tym postępowaniu nie mamy do czynienia. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zgodnie z Komentarzem UZP pod redakcją Huberta Nowaka

„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”.

Izba podziela powyższe stanowisko.

Reasumując, w ocenie składu nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do usług, jeżeli zamówienie nie jest zamówieniem na roboty budowlane. Innymi słowy, z uwagi na to, że w tym postępowaniu o zamówienie nie mamy do czynienia z umową na roboty budowlane, lecz z umową na usługi o potencjalnie mieszanym charakterze, w treści postanowień wzoru umowy ujętych w § 16, w zakresie w jakim zostały one przez Odwołującego zaskarżone w treści odwołania, tj. próbą ingerencji w stosunek prawny, którego Zamawiający nie jest stroną (podwykonawstwo i dalsze podwykonawstwo), Zamawiający naruszył zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c., ponieważ nie wykazał przesłanek ograniczenia zasady swobody umów w relacji wykonawca - podwykonawca i dalszy podwykonawca, w tym przesłanek zastosowania art. 464 ust. 1, 2, 8, 10 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.

575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) w związku z § 5 pkt 1) i 2) lit a) i b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego, jako stroną przegrywającą.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: