Sygn. akt: KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 roku przez wykonawców:

1) FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 3291/21; KIO 3293/21);

2) Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

(KIO 3283/21)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi

orzeka:

A.

1. oddala w całości odwołania KIO 3291/21 oraz KIO 3293/21

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od Odwołującego: FB Serwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg

Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych 00/100 groszy) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

B.

1. uwzględnia w całości odwołanie KIO 3283/21 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie § 16 ust. 5, 6, 7, 8, 16 pkt 4 i 5 i ust. 17 z Projektowanych postanowień umowy (TOM II Rozdział 1 SWZ);

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od

odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi rzecz - Odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 3283/21

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu - droga ekspresowa S8”.

Dnia 8 listopada 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej jako „Odwołujący” lub „Strabag”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, a polegającej na ukształtowaniu w sposób niezgodny z ustawą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”).

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] 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. 353 [1] k.c., art. 7 pkt 27 oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez 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 powierzonej 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 wnosił 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 POSTANOWENIA 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 uchybień 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 ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby 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.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 października 2021 r. pod numerem 2021/S 211-55350. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczone zostały dokumenty zamówienia. Odwołanie złożone zostało w ustawowo zakreślonym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na

rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu - droga ekspresowa S8. Odwołujący uważa, że czynności Zamawiającego

w zakresie ukształtowania treści SWZ naruszają treść obowiązujących przepisów.

W Tomie II Rozdział 1 SWZ określone zostały Projektowane postanowienia umowy (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 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 gwarancje 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 wyłączające możliwość

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

Swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353^1 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 punku 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.

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 podporządkowaniu 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 wymania 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 możności wykonywania zamówienia godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez to przekracza ograniczenia wynikające z art. 353^1 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 bowiem 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. Zmawiający nie ma więc prawa do takiego ukształtowania treści przyszłej umowy, które polegałoby na ustanowieniu tożsamych 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). W wyroku 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, „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. (...) nałożenie takich obowiązków

w postępowaniu innym niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane godzi w zasadę proporcjonalności oraz zachowania

uczciwej konkurencji. Brak jest podstaw, aby w przypadku zamówień na dostawy lub usługi wprowadzane były tak daleko idące obowiązki, jak to ma miejsce w przypadku robót

budowlanych".

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.

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 gwarancje 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).

Podkreślenia wymaga, 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 uniemożliwienia podwykonawcy nabywania towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonej części zamówienia. Każda taka umowa zawarta pomiędzy podwykonawcą, a dalszym kontrahentem, byłaby bowiem zakwalifikowana jako umowa o dalsze podwykonawstwo. Ograniczenie to nie pozostaje bez wpływu na możność 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. Poprzez 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.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt KIO 3291/21, KIO 3293/21

W dniu 8 listopada 2021 roku w tym samym postępowaniu oraz w postępowaniu prowadzonym w ramach tego samego oddziału Zamawiającego pn. Całoroczne utrzymanie

dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Łodzi, Rejon w Sieradzu - droga ekspresowa S8, odwołania złożył wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący 1" lub „FB Serwis", gdzie ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 października 2021 r. numer 2021/S 211-553850.

Odwołania wniesione zostały w dniu 8 listopada 2021 r., zatem w ustawowym terminie. FB Serwis przekazało prawidłowo kopie odwołań Zamawiającemu i uiściło wpisy w wymaganej wysokości na rachunek UZP w obu postępowaniach odwoławczych. Odwołania nie zawierały braków formalnych.

Odwołujący FB Serwis podniósł, iż posiada interes we wniesieniu odwołań, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniach, a zakwestionowane - wadliwe i niekonkurencyjne - zapisy SWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty i uzyskanie zamówień. W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć oferty na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienia uzyskać.

Odwołania złożono wobec treści SWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

FB Serwis zarzucał Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353^1 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. przez ustalenie w pkt 7.1 Tomu I specyfikacji warunków zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców (IDW) oraz w sekcji VI pkt VI.3) ppkt 13 ogłoszenia o zamówieniu, że Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania przedmiotu zamówienia w okresie 48 miesięcy licząc od daty podpisania umowy, przy czym jako przewidywany termin rozpoczęcia usługi wskazano dzień 21 marca 2022 r., co w praktyce oznacza konieczność realizacji przedmiotu zamówienia już od dnia zawarcia umowy, który to dzień, biorąc pod uwagę prawdopodobny czas trwania postępowania, będzie dodatkowo przypadał na sezon zimowy (po dniu 1 listopada 2021 r., a przed 15 kwietnia 2022 r.), przy jednoczesnym wymaganiu od Wykonawcy zorganizowania zaplecza, w tym zatrudnienia ludzi dedykowanych do wykonywania zamówienia oraz pozyskania i przygotowania sprzętu do zimowego utrzymania dróg w minimalnej liczbie określonej w załączniku 6 do Opisu

Przedmiotu Zamówienia - ilości minimalne wymaganego sprzętu ZUD, co w rzeczywistości wymaga czasu i poniesienia istotnych kosztów przed rozpoczęciem świadczenia usług.

Odwołujący 1 wnosił o:

1. uwzględnienie odwołań,

2. nakazanie Zamawiającemu zmianę SWZ oraz ogłoszeń o zamówieniu poprzez przesunięcie terminu realizacji zamówienia na dzień 1 maja 2022 r. i tym samym nadanie postanowieniom pkt 7.1 Tomu I IDW oraz w sekcji VI pkt IV.3) ppkt 13 ogłoszenia o zamówieniu oraz § 3 ust. 1 następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania przedmiotu Umowy w okresie 48 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy jednak nie wcześniej, niż od dnia 1 maja 2022 r."

W uzasadnieniu zarzutów w obu odwołaniach FB Serwis podnosił, że Zamawiający przewidział, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia będzie realizowana począwszy od

dnia zawarcia umowy. Wprawdzie w pkt 7.1. Tomu I SWZ wskazano jako przewidywany termin rozpoczęcia usługi dzień 21 marca 2022 r. , jednak

- po pierwsze, przedmiotowa data jest terminem przewidywanym (a więc co do zasady nie definitywnym, nie dającym gwarancji, że faktyczne rozpoczęcie realizacji usługi nastąpi w tej dacie lub po tej dacie) - co oznacza, że zgodnie z SWZ faktyczne rozpoczęcie realizacji usługi mogłoby nastąpić znacznie wcześniej - w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- po wtóre, dzień 21 marca 2022 r., nawet gdyby był gwarantowanym (definitywnym) terminem rozpoczęcia usługi, nie pozwalałby potencjalnym wykonawcom przygotować się do realizacji usługi.

Rozpoczęcie wykonywania usługi kompleksowego utrzymania dróg, w szczególności w zakresie zimowego utrzymania (tzw. „ZUD"), wymaga poczynienia znacznych nakładów, związanych w szczególności z przygotowaniem i doposażeniem bazy transportowej

(zaplecza ZUD) zgodnie z wymaganiami SST D-66.01.00 (Tom III SWZ) oraz nabyciem

znacznej liczby jednostek sprzętu, w szczególności samochodów ciężarowych - nośników dla pługów i solarek. Obowiązek zapewnienia odpowiedniego sprzętu dotyczy okresu, w którym zgodnie z pkt 7.1 SWZ miałoby być już realizowane zamówienie. Stosownie bowiem do postanowień pkt 3.3. SST D-66.01.00 (terminy osiągnięcia gotowości sprzętowej ZUD):

„Obowiązkiem Wykonawcy jest dysponowanie w ilościach co najmniej minimalnych określonych dla potencjału sprzętowego ZUD, w pełni wyposażonych pojazdów zimowego utrzymania dróg, w następujących ilościach i terminach:
• 20 % podstawowego sprzętu w terminie od 1 października do 19 października oraz od 16 kwietnia do 30 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy

- jednak nie mniej niż 1 pługosolarka na Obwód Drogowy;

- 50 % podstawowego sprzętu w terminie od 20 października do 31 października oraz od 1 kwietnia do 15 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy - jednak nie mniej niż 2 pługosolarki na Obwód Drogowy;

- 100 % podstawowego sprzętu w terminie od 1 listopada do 31 marca w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy.

Niespełnienie powyższego warunku będzie podstawą do obciążenia Wykonawcą karą finansową zgodną z zapisami umowy."

Pozyskanie zasobów sprzętowych określonych w Załączniku nr 6 do SWZ jest z jednej strony kosztowne, a z drugiej czasochłonne - wymaga bowiem podjęcia istotnego wysiłku organizacyjnego, w tym przeprowadzenia procesu rekrutacyjnego, zakupu pojazdów ciężarowych (których dostępność w ostatnim czasie jest mocno ograniczona, co w praktyce uniemożliwia zakup czy wydzierżawienie pojazdów w krótkim czasie), a także zorganizowania łańcucha dostaw, względnie zatrudnienia podwykonawców oraz zapewnienie właściwej koordynacji ich pracy.

Samo przygotowanie sprzętu do sezonu zimowego - zgodnie z zapisami SWZ (SST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie Dróg) zostało przewidziane jako odrębny etap realizacji usługi w zakresie ZUD (Etap I - Przygotowanie do sezonu zimowego) i zostało przez Zamawiającego zdefiniowane jako „etap poprzedzający faktyczny okres zimowy, w którym Wykonawca wykonać musi szereg czynności przygotowawczych gwarantujących zabezpieczenie potencjału sprzętowo-kadrowego oraz materiałowego umożliwiającego skuteczne przeciwdziałanie skutkom niekorzystnych warunków atmosferycznych wraz

z ochroną bierną dróg” (str. 18 SST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie Dróg).

Zamawiający, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, oczekuje rozłożenia czynności przygotowawczych w czasie - wskazując m.in., że osiągnięcie gotowości winny być każdorazowo zgłaszane do 30 września, zaś osiągnięcie pełnej gotowości musi być bezwzględnie zrealizowane do dnia 1 listopada każdego roku. O istotności fazy przygotowawczej (uzyskania gotowości do ZUD) świadczy chociażby fakt, że zgodnie z postanowieniem pkt 5.2.9 SST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie Dróg, w razie nieosiągnięcia pełnej gotowości do dnia 1 listopada danego roku Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

W praktyce żaden przedsiębiorca działający w sposób racjonalny na rynku nie utrzymuje zasobów w liczbie lub w ilości wymaganej do wykonania zamówienia, które to zasoby nie byłyby w danym czasie zaangażowane w inne przedsięwzięcia. Wiązałoby się to bowiem z koniecznością ponoszenia znacznych kosztów związanych z wypłatą wynagrodzenia kilkudziesięciu osobom i ponoszenia kosztów zakupu lub amortyzacji sprzętu (kosztującego w sumie kilka lub nawet kilkanaście milionów złotych), które to koszty nie miałyby pokrycia w przychodach wykonawcy (wynagrodzeniu uzyskiwanym z tytułu realizacji usług z wykorzystaniem tych zasobów) - byłoby to ekonomicznie zupełnie nieuzasadnione i narażało wykonawcę na straty.

Zasoby takie są zatem pozyskiwane w przeważającej mierze na potrzeby konkretnego zamówienia - co do zasady po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wcześniejsze pozyskiwanie takich zasobów byłoby nieuzasadnione - praktyka pokazuje bowiem, że nawet sklasyfikowanie oferty wykonawcy na pierwszym miejscu nie daje pewności uzyskania zamówienia z uwagi na możliwe odwołania konkurentów, odrzucenie oferty przez Zamawiającego czy unieważnienie postępowania z przyczyn od wykonawcy niezależnych.

Tymczasem w sprawach może dojść do takiej sytuacji (jest ona wręcz przez Zamawiającego „przewidywana” - zapis pkt 7.1. SWZ), że Wykonawca, zawierając umowę w sprawie zamówienia przed dniem 1 kwietnia 2022 r. będzie zobowiązany od razu („z dnia na dzień”) dysponować w pełni przygotowanym sprzętem w ilości 100% - bez zapewnienia Wykonawcy jakiejkolwiek fazy „przygotowania tego sprzętu”.

Tym samym Zamawiający, przewidując rozpoczęcie świadczenia usługi z chwilą podpisania umowy - które z wysokim stopniem prawdopodobieństwa nastąpi przed dniem 1 kwietnia 2022 (do kiedy wymagane jest utrzymywanie gotowości 100% jednostek sprzętowych), a już na pewno przed dniem 1 maja (do dnia 30 kwietnia konieczne jest utrzymywanie w gotowości 20% jednostek sprzętowych) - nie pozostawił Wykonawcom żadnego czasu na: (1) mobilizację (pozyskanie zasobów niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usługi) oraz (2) przygotowanie sprzętu i pracowników do sezonu zimowego. W istocie wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza, musiałby. czynności zrealizować natychmiast, już w dniu podpisania umowy.

Co więcej, biorąc pod uwagę pojawiające się sygnały o nadejściu tzw. czwartej fali pandemii COVID-19 i możliwe potencjalne komplikacje (ograniczenia w dostawach sprzętu, absencje chorobowe, ograniczenia administracyjne itp.), która jest spodziewana w okresie, w którym miałby rozpoczynać świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, właściwe przygotowanie do sezonu zimowego może w istocie dodatkowo się przedłużyć.

Stan taki nie jest możliwy dla żadnego innego wykonawcy, aniżeli dla podmiotów posiadających sprzęt spełniający wymagania Zamawiającego, który w planowanej dacie rozpoczęcia usług będzie dostępny. Tylko tacy wykonawcy nie będą musieli - w przeciwieństwie do Odwołującego i szeregu innych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia - zakupywać sprzętu czy też w inny sposób przygotowywać się do świadczenia usługi na obszarze objętym przedmiotem zamówienia. Powyższe stawia takich wykonawców nawet nie tyle w uprzywilejowanej sytuacji, co praktycznie zapewnia im uzyskanie zamówienia udzielanego w postępowaniach.

W tych okolicznościach FB Serwis uważa, że przewidziany przez Zamawiającego termin rozpoczęcia usługi został określony z naruszeniem przywołanych przepisów prawa, tj. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz dodatkowo również art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalenie terminu rozpoczęcia usługi na dzień podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której z jednej strony uprzywilejowany jest wykonawca posiadający „w gotowości” sprzęt wymagany przez Zamawiającego, z drugiej zaś pozostali wykonawcy stawiani są w sytuacji trudnej - pozbawieni zostają możliwości przygotowania się do należytego świadczenia usługi, względnie stawiani są przed koniecznością podjęcia bardzo kosztownych działań przygotowawczych jeszcze przed datą

podpisania umowy (a więc przed uzyskaniem przez nich pewności, że zamówienie uzyskają). Wymaganie takie musi być uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami - bowiem prowadzi ono do obciążenia wykonawców istotnym ryzykiem nienależytego wykonania umowy w początkowym okresie jej realizacji (np. ryzykiem nakładania kar umownych lub odstąpienia od umowy z winy wykonawcy wobec nieosiągnięcia pełnej gotowości do ZUD) bądź też ryzykiem poniesienia kosztów bez pewności ich pokrycia w wynagrodzeniu otrzymanym z tytułu realizacji zamówienia (tj. przed podpisaniem umowy). Dobre obyczaje wymagają natomiast, aby podmioty przystępujące do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miały pewność, że działając z zachowaniem należytej staranności będą w stanie prawidłowo zrealizować usługę, przygotować się do jej realizacji i za takie przygotowanie otrzymać wynagrodzenie pokrywające poniesione nakłady (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2411/13; KIO 2434/13, wyrok z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20, wyrok z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 2967/13).

Ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1860/10; KIO/UZP 1864/10). Takie działanie stanowi również przejaw opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/KD 107/10).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż z pewnością Zamawiający powinien dążyć do uzyskania świadczenia związanego z prawidłowym utrzymaniem dróg i autostrad przez cały rok, w tym również w okresie nadchodzącej jesieni i zimy. Jednakże potrzeba nie może stanowić powodu, aby udzielać zamówienia obejmującego okres 48 miesięcy w warunkach tak dalece ograniczających konkurencję. W przypadku, jeśli Zamawiający - z przyczyn leżących po swojej stronie - nie ogłosił postępowań w terminie umożliwiającym zainteresowanym odpowiednie przygotowanie się do świadczenia usługi, winien odpowiednio przesunąć termin realizacji przedmiotu zamówienia (zdaniem Odwołującego właściwe będzie wyznaczenie daty rozpoczęcia na dzień 1 maja 2022 r. - a więc dzień przypadający już po zakończeniu okresu zimowego), a na okres do tej daty pozyskać usługę w inny sposób (a drodze udzielenia odrębnego zamówienia, np. w trybie zamówienia z wolnej ręki). W takim przypadku zagwarantowane zostanie, że „docelowa" usługa utrzymania dróg zostanie w okresie 48 miesięcy udzielona zgodnie z obowiązującymi przepisami, zaś opisane zakłócenie konkurencji w postaci uprzywilejowania wykonawców dysponujących akurat w tym momencie wolnymi zasobami sprzętowymi zostanie ograniczone do znacznie krótszego okresu (od dnia udzielenia odrębnego zamówienia do dnia 30 kwietnia 2022 r.).

Zdaniem Odwołującego 1 celowym jest nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ i ogłoszeń o zamówieniu poprzez zastrzeżenie, że rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia nastąpi nie wcześniej, niż z dniem 1 maja 2022 r.

Wobec powyższego Odwołujący FB Serwis wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wnoszący odwołania wykazali interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawcy są podmiotami zainteresowanymi udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Postanowienia SWZ zostały ukształtowane przez Zamawiającego, w ocenie Odwołujących, w sposób utrudniający Odwołującym udział i złożenie ważnej oferty. Takie ukształtowanie postanowień SWZ oraz wzoru umowy w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z ustawy Pzp, może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołujących z tytułu przyszłego zysku w ramach realizacji zobowiązania umownego.

Do żadnego z postępowań odwoławczych nie złożono żadnego przystąpienia.

KIO 3283/21

Zgodnie z treścią § 16 (Podwykonawcy) wzoru umowy w postępowaniu:

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 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,

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, 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 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 TER 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 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.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie. Czyniąc zadość żądaniom odwołania, Izba nakazała wykreślenie w § 16 ust. 5, 6, 7, 8, 16 pkt 4 i 5 i ust. 17 z Projektowanych postanowień umowy (TOM II Rozdział 1 SWZ).

Zgodnie z definicjami ujętymi w 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 art. 463 ustawy Pzp wynika, że 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.

Na podstawie 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.

Według art. 463 ust. 2 ustawy Pzp termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.

Zgodnie z art. 463 ust. 8 ustawy Pzp 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. 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 (ust. 10).

Niewątpliwie w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z umową o charakterze mieszanym, to jest obejmującą wykonanie usług i 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 celem realizacji należytego wykonania zobowiązania umownego będzie realizacja pewnych elementów prac budowlanych ale Zamawiający we wzorze umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia nie dokonał ścisłego wyodrębnienia i podziału na roboty

i usługi. Umowa przyjęła jednolitą formę, bez względu na charakter prac. Oznacza to w ocenie składu, że nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do usług, jeżeli przyjęło się inny model realizacji umowy.

Swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353^1 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 (dalsze podwykonawstwo) i który go bezpośrednio nie dotyczy. Przewidywane postanowienia stanowią daleko idącą ingerencję w stosunki prawne łączące wykonawcę z podmiotem trzecim, takie zaś działania w ocenie Izby powinny mieć wyraźną podstawę w ustawie.

Przenosząc powyższe zasady na grunt ustawy Pzp i zagadnienie podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa, dostrzeżenia wymaga, iż art. 463 ustawy Pzp 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. 353^1 k.c. Jednakże przepis odnosi się wyłącznie do uregulowań dotyczących kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia. Oznacza to również, że interpretacja zapisów tego przepisów winna odbywać się w sposób ścisły.

W taki sposób interpretować należy również przywołany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1381/21. Zamawiający zacytował bowiem tylko fragment tego orzeczenia, pomijając, że uznano w nim, iż „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". Jest to stanowisko, które niniejszy skład orzekający podziela. 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.

W przypadku uregulowań znajdujących się w § 16 ust. 16 pkt 4 i 5 wzoru umowy Zamawiający odnosi się do form wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i cen jednostkowych. Zdaniem Izby nie są to elementy związane ani z uregulowaniami odnoszącymi się do kar umownych ani warunków wypłaty wynagrodzenia.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jest elementem odnoszącym się do etapu realizacji umowy. W stosunku zamawiający - wykonawca może być wnoszone w rożnej formie. W ocenie Izby nie ma przeciwwskazań, by w stosunku wykonawca - podwykonawca - dalszy podwykonawca, strony umowy uregulowały sposób wnoszenia zabezpieczenia odmiennie, nawet rezygnując z niego. Argumentacja Zamawiającego z rozprawy, że regulacja ta będzie istotna w przypadku potrąceń i dlatego wiązać ją należy z karami umownymi, czy też wypłatą wynagrodzenia jest wewnętrznie sprzeczna. To wykonawca zobowiązany być może zapłacić karę na rzecz Zamawiającego. Jeżeli kara ta spowodowana jest działaniem podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, okoliczność ta pozostaje poza sferą związaną z Zamawiającym, a wykonawca od podwykonawcy dochodził będzie roszczeń na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym.

Co do wysokości cen jednostkowych, to Zamawiający nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji przemawiającej za prawidłowością uregulowań wzoru umowy. Nie uzasadniono dlaczego ceny jednostkowe w umowach z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami nie mogą być inne niż w umowie wiążącej Zamawiającego z Wykonawcą. Zdaje się, że zapisami tymi Zamawiający próbował wprowadzić do umowy zasadę odpowiedzialności solidarnej, ale zasada ta wprost wynika z przepisów Pzp i kodeksu cywilnego jedynie w przypadku umowy o roboty budowlane. W ocenie Izby zasada ta, w sytuacji gdy jej podstawą jest czynność prawna - w tym przypadku podpisanie umowy - winna być wprost wyrażona, nie może mieć charakteru dorozumianego. W przedmiotowej umowie brakuje innych regulacji, z których wynikałoby, że Zamawiający w taki sposób ukształtował odpowiedzialność za wynagrodzenie należne podwykonawcom. Brak jest podstaw, by przyjmować rozszerzoną odpowiedzialność Zamawiającego za zobowiązania osób trzecich, zwłaszcza że Zamawiający wydatkuje środki publiczne.

Dodatkowo w przypadku cen jednostkowych wziąć pod uwagę należy, iż umowa będzie obowiązywała przez okres 48 miesięcy, gdzie różnie może się kształtować gospodarka i sam rynek podwykonawców. Ryzyka kontraktowe związane z uczestnictwem podmiotów trzecich przy wykonywaniu umowy są czynnikiem zmiennym i trudnym do przewidzenia w takiej perspektywie czasowej. Nie zawsze możliwe będzie zapewnie równorzędnej pozycji dla podwykonawcy, czy dalszego podwykonawcy.

W przypadku regulacji przewidzianej w art. 464 ustawy Pzp, zauważyć należy, że przepis ten wprost odnosi się do robót budowlanych i 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 zapatrywania i przyjmuje za własne. Skoro więc w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z umową o roboty budowlane w klasycznym ujęciu, a właśnie z umową o charakterze mieszanym, Zamawiający w treści postanowień wzoru umowy ujętych w § 16 przekroczył uprawnienia ujęte w art. 464 ustawy Pzp.

Izba zgadza się także z Odwołującym, że zakaz dalszego podwykonawstwa przewidziany w § 16 ust. 17 wzoru umowy stanowi ograniczenie nadmierne, nieuzasadnione i nieadekwatne z punktu widzenia celu realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W praktyce oznacza on bowiem uniemożliwienia podwykonawcy nabywania towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonej części zamówienia. Natomiast ocena, czy zamówienie realizowane będzie przez podmioty gwarantuję jego należyte wykonanie możliwa jest przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, przy użyciu innych narzędzi przewidzianych ustawą Pzp.

Reasumując, z tych powodów Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

KIO 3291/21 oraz KIO 3293/21

Z uwagi na zbieżność zarzutów Izba rozpoznała odwołania łącznie.

Odwołujący FB Serwis prawidłowo w odwołaniu przywołał treść spornych postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której wnosił o ich oddalenie w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołania podlegały oddaleniu jako niezasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący zarzutów odwołania nie udowodnił.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia upatruje w wyznaczonej przez Zamawiającego dacie rozpoczęcia świadczenia usług.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że obowiązki Zamawiającego związane z utrzymaniem dróg publicznych określonej kategorii należy uznać za gospodarczo doniosłe i ważne dla użytkowników ruchu drogowego z punktu widzenia bezpieczeństwa.

Nie można z drugiej strony podzielić stanowiska Odwołującego, że ustalone reguły wykonania przedmiotu zamówienia są niewspółmierne do potrzeb Zamawiającego, preferencyjne dla niektórych wykonawców. W żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że naruszone zostały zasada przejrzystości oraz zasada uczciwej konkurencji, skoro reguły wykonania przedmiotu zamówienia i termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednakowy dla wszystkich wykonawców. Każdy z podmiotów zainteresowanych wykonywaniem przedmiotowego zamówienia będzie miał taki sam czas na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług, przygotowanie sprzętu, wyposażenie go oraz zadysponowanie odpowiedniej ilości ludzi do realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający ma prawo wymagać od podmiotów zainteresowanych zamówienie, by dysponowali oni określonym potencjałem technicznym i osobowym, umożliwiającym sprawne rozpoczęcie wykonywania umowy, także w okresie zimowym.

Obecnie obowiązująca umowa kończy się w lutym 2022 roku, a więc czas na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmierzający do wyłonienia wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w kolejnych 48 miesiącach wydaje się wystarczający, także jeżeli weźmie się pod uwagę możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie można również pominąć okoliczności, że to Odwołujący realizuje obecnie u Zamawiającego umowę na rejon w Wieluniu, która obowiązywała na okres 72 miesięcy i zawarta była w podobnym okresie jak zakładany w przedmiotowym postępowaniu, mianowicie 4 lutego 2016 roku, a protokolarne przekazanie elementów drogi do utrzymania następowało 5 lutego 2016 roku. Odwołujący zna więc zarówno standard utrzymania dróg, teren, na którym wykonywane będą usługi, dysponuje kapitałem ludzkim, który skierować może do realizacji nowej usługi, posiada odpowiedni sprzęt i zapas innych materiałów niezbędnych do utrzymania dróg, także na sezon zimowy.

Ustosunkowując się do argumentacji i dowodów przedstawionych przez Odwołującego FB Serwis na rozprawie, dostrzeżenia wymaga, że nie potwierdzają one zasadności zarzutów. Odwołujący wskazywał, że obecnie konieczne będzie realizowanie przedmiotu zamówienia samochodami spełniającymi wymagania normy euro 4. Jednocześnie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że takimi pojazdami nie dysponuje. Wykonywanie trwającej umowy pojazdami spełniającymi wymogi normy euro 2 lub 3 (zgodnie z oświadczenie Odwołującego na rozprawie) jest jego wyborem. Natomiast wymagania związane z wykorzystywaniem pojazdów z normą euro 4 nie są nowymi wymogami, trudno wyobrazić sobie, by podmiot zajmujący się w sposób ciągły wykonywaniem usług utrzymaniowych dróg taką flotą pojazdów nie dysponował. Izba nie zaprzecza, iż wobec sytuacji związanej z występowaniem światowej pandemii Covid-19 występują problemy związane z możliwością nabycia nowych pojazdów, wydłuża się okres oczekiwania na pojazdy i sprzęt specjalistycznym. Tym niemniej Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, że by móc startować w postępowaniu musi nabyć określoną ilość pojazdów z normą euro 4 a ilość ta jest znaczna. Odwołujący złożył korespondencję mailową z dostawcami pojazdów dla normy euro 6. To zaś wymaganie nie warunkuje udziału w postępowaniu. Jest to wymóg odnoszący się do kryterium oceny ofert, a nie wymagań minimalnych. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał więc, że nie jest w stanie spełnić wymagań minimalnych, a bez samochodów z euro 6 jego oferta nie będzie konkurencyjna. Sama zaś okoliczność problemów z nabyciem nowych pojazdów z normą euro 6 i wyposażenia do nich, w równej mierze dotyczy wszystkich podmiotów zainteresowanych postępowaniem. Ponadto zauważyć należy, iż argumentacja ta jest niespójna z żądaniem odwołania. Dysponowanie określoną flotą pojazdów wykonawca musi wykazać na moment złożenia oferty w postępowaniu, w takiej sytuacji przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji świadczenia nie spowoduje, że wykonawca uzyska więcej punktów, co pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Zatem przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji umowy nie

wpłynie na możliwość wykazania w ofercie pojazdów spełniających wymogi normy euro 6, skoro niemożliwość nabycia pojazdów ma charakter pierwotny i nie jest powiązana z terminem świadczenia usług. Oznacza to, że Odwołujący w sposób sztuczny próbuje zapewnić sobie wyższą punktację, a wyznaczony przez Zamawiającego termin początkowy realizacji umowy nie uniemożliwia Odwołującemu złożenia ważnej oferty.

Reasumując z tych powodów Izba uznała odwołanie za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: