

**WYROK**

Warszawa, dnia 23 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2025 r. przez Odwołującego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni

**orzeka:**

Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie postanowień § 12 ust 24 projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiących załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia;

Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 10 169 zł (dziesięć tysięcy sto sześćdziesiąt dziewięć złotych) stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt KIO 4942/24**

**Uzasadnienie**

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej: „PZP” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym określonym w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest: „Sztuczne zasilanie brzegu morskiego w rejonie Półwyspu Helskiego kmH 0,0-23,5” (numer postępowania: ZP.371.59.2024.KC), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2024 r., numer ogłoszenia: 2024/BZP 00666425/01.

Dnia 27 grudnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, polegających na

1. określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu kompetencji do daleko idącej, nieuzasadnionej i nieproporcjonalnej ingerencji w stosunek prawny łączący wykonawcę z podwykonawcą, co narusza prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy ustawy Pzp i kc nie określają jako obligatoryjną i wykracza poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów ustawy Pzp,

2. przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, w zakresie wzoru umowy w sprawie zamówienia, w sposób naruszający zasadę proporcjonalności.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie

1. art. 465 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy załączonego do SWZ,

w sposób wykraczający poza uprawnienia przyznane Zamawiającemu na mocy przepisów ustawy Pzp

i z naruszeniem swobody kształtowania treści umów, co w szczególności przejawia się w przyznaniu Zamawiającemu nadmiernych i nieuzasadnionych obiektywnymi względami, a przede wszystkim

nie mających oparcia w przepisach ustawy Pzp, uprawnień do ingerencji w stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą poprzez umożliwienie Zamawiającemu dokonywania zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz

podwykonawcy, pomimo iż nie nastąpił jeszcze termin wymagalności wierzytelności podwykonawcy, a co za tym idzie, wykonawca nie uchybił zobowiązaniu do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz podwykonawcy i nie zmateriałizowały się przesłanki solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy określone

w przepisach art. 465 ustawy Pzp, a w konsekwencji

2. naruszenie przepisu art. 16 ust. 3 ustawy Pzp polegające na przygotowaniu wzoru umowy w sposób naruszający zasadę proporcjonalności.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany załącznika nr 1 do SWZ (wzór umowy), odpowiednio do sformułowanych zarzutów, tj. wykreślenie nadmiernego, ograniczającego i wykraczającego poza ramy obowiązujących norm prawnych postanowienia umownego, tj. wykreślenie § 12 ust 24 wzoru umowy,

a także odpowiednie i zgodnie z powyższym zredagowanie innych postanowień umowy, które odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji, gdy powielają skarżony zapis lub wprost do niego referują.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp, i w przeszłości realizował zamówienia podobne do zamówienia objętego przedmiotem Postępowania. Kwestionowane zapisy wzoru umowy, będącego załącznikiem do SWZ, są niezgodne

z przepisami ustawy Pzp i powinny zostać zmodyfikowane w celu urzeczywistnienia zasad określonych

w art. 16 ustawy Pzp. Wobec zredagowania projektowanych zapisów umowy z przekroczeniem dopuszczalnych granic swobody kontraktowej i przepisów ustawy Pzp (w tym norm o charakterze *ius cogens*), Zamawiający zniechęca potencjalnych wykonawców, w tym i Odwołującego, do udziału

w Postępowaniu, co negatywnie wpływa na efektywność zamówienia i urzeczywistnienie zasad określonych w dyspozycji art. 16 ustawy Pzp. Powyższe powoduje negatywne skutki nie tylko dla Odwołującego, który jako potencjalny oferent nie może zaakceptować nakładania na niego obowiązków nie mających obiektywnego uzasadnienia oraz oparcia w przepisach ustawy Pzp, ale także dla interesu publicznego. Ograniczenie ilości oferentów wpływa bowiem w sposób oczywisty na możliwość uzyskania korzystnej rynkowo ceny za wykonanie zamówienia. Z uwagi na powyższe, przede wszystkim jednak mając na względzie zamiar złożenia przez Wykonawcę oferty w Postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – z uwagi na możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym dotyczącej realizacji zamówienia - Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany zapisów załącznika nr 1 do SWZ, poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób prawidłowy, współmierny do celu, dla którego zostały wprowadzone poszczególne obowiązki wykonawcy oraz uprawnienia Zamawiającego w niej przewidziane i nienaruszające Odwołującego na wyrządzenie szkody, tak na etapie Postępowania,

jak również w toku realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie, w sposób nieproporcjonalny do celu instytucji bezpośredniej zapłaty oraz chronionego nią interesu, przewidział

w § 12 ust. 24 wzoru umowy możliwość dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców za wykonane roboty, dostawy lub usługi również co do kwot jeszcze niewymagalnych. Postanowienie to stosuje się w szczególności (ale niewyłącznie) w odniesieniu do płatności faktury końcowej i nie jest uwarunkowane żadnymi przesłankami.

W ocenie Odwołującego kwestionowany zapis § 12 ust. 24 wzoru umowy narusza art. 465 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp - w zakresie, w jakim przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do daleko idącej i nie uzasadnionej obiektywnymi względami ingerencji w stosunek prawny, którego nie jest on stroną (stosunek prawny wynikający z zawarcia umowy pomiędzy wykonawcą

a podwykonawcą) przejawiającej się w przyznaniu Zamawiającemu uprawnienia do dokonywania zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców w dowolnym momencie i bez poprzedzenia zapłaty procedurą wyjaśniającą określoną przepisami art. 465 ust. 4 ustawy Pzp (która ma charakter obligatoryjny), pomimo faktu, iż nie nastąpił jeszcze termin jego wymagalności, a tym samym

nie zmateriałizowały się ustawowe przesłanki odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówienia publicznego jest umowa pomiędzy Zamawiającym

a wykonawcą, na mocy której wykonawca realizuje zamówienie publiczne w zamian za zapłatę wynagrodzenia na rzecz i „do rąk” (na rachunek) wykonawcy. Określenie sposobu spełnienia świadczenia stanowi treść stosunku prawnego łączącego strony umowy w sprawie zamówienia i nie jest pozbawione znaczenia ekonomicznego dla wykonawcy. Bezpośrednia zapłata wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy powinna wobec powyższego stanowić wyjątek od zasady, iż całość wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wypłacana przez Zamawiającego

na rzecz wykonawcy w sposób określony w umowie, nie zaś podwykonawcom, z którymi Zamawiający nie jest związany stosunkiem kontraktowym. Odwołujący stoi na stanowisku, iż kompetencja Zamawiającego (z którą skorelowany jest prawny obowiązek dokonania zapłaty na rzecz podwykonawców w przypadku zmaterializowania się przesłanek solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom) powinna wynikać z wyraźnej podstawy prawnej i nie wykraczać poza jej ramy. W analizowanym przypadku, właściwą podstawą dla przyznania Zamawiającemu prawa do dokonywania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, jest przywołany wyżej przepis art. 465 ustawy Pzp, który nie kreuje po stronie Zamawiającego prawa do dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców w odniesieniu do wynagrodzenia, które nie uzyskało jeszcze przymiotu wymagalności i co do którego nie wystąpiła przesłanka uchylania się przez wykonawcę od obowiązku zapłaty.

Zapis dotyczący zapłaty podwykonawcy niewymagalnego wynagrodzenia jest nie tylko pozbawiony podstawy prawnej, ale w sposób oczywisty godzi i narusza interes wykonawcy. Wypłata wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy w sytuacji, gdy nie nastąpił jeszcze termin jego wymagalności, ingeruje w sposób nieuzasadniony w stosunek prawny pomiędzy wykonawcą

a podwykonawcą. Strony umowy podwykonawczej, kto rym przysługuje autonomia w zakresie nawiązania i kształtowania treści umowy podwykonawczej (w granicach dopuszczalnych przepisami prawa, w tym ustawy Pzp i umowy w sprawie zamówienia implementującej wymogi ustawowe) nie powinny być narażone na ingerencję ze strony podmiotu trzeciego, który nie jest stroną tego stosunku prawnego. Podkreślenia wymaga przy tym, iż ustalenia handlowe w przedmiocie określenia terminu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, podobnie jak inne ustalenia handlowe w mającej zostać zawartą umowie, są objęte wypracowanym przez strony tej umowy konsensusem i mają znaczenie ekonomiczne dla stron, nie powinny zatem podlegać modyfikacjom wynikającym z działań Zamawiającego, które wykraczają poza dopuszczalne ramy ustawowe.

Zastosowanie powołanego wyżej mechanizmu zapłaty może pozbawić wykonawcę (jak i podwykonawcę) możliwości zrealizowania przysługujących im uprawnień, wynikających z przepisów prawa lub zawartej przez strony umowy (choćby w zakresie potrącenia wzajemnych wierzytelności – stań potrącalności może bowiem powstać po dacie dokonania przez Zamawiającego bezpośredniej zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy, lecz przed terminem wymagalności tej wierzytelności), nadto – w określonych przypadkach może prowadzić do wypłaty świadczenia nienależnego albo do podwójnej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Przypadkom takim zapobiec ma (w założeniu ustawodawcy) nałożony na Zamawiającego obowiązek poprzedzenia zapłaty procedurą wyjaśniającą, o której mowa w art. 465 ust. 4 ustawy Pzp, która z oczywistych względów nie może mieć zastosowania w odniesieniu do wierzytelności niewymagalnych, co do których przyczyną braku zapłaty jest po prostu brak prawnego obowiązku spełnienia świadczenia przed umówionym terminem.

Postanowienie takie nie jest również neutralne na gruncie sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy, np. ma znaczenie dla wywiązania się przez wykonawcę z zobowiązań wobec instytucji finansowych do zapewnienie określonego wpływu na rachunku bankowym wykonawcy, jak również w zakresie wykazania na potrzeby oceny zdolności kredytowej i pozyskania finansowania, określonej wysokości obrotów na rachunkach bankowych wymaganej przez banki, agencje ratingowe itp.

W konkluzji uzasadnienia ww. zarzutu Odwołujący wskazał, że kwestionowane działanie Zamawiającego należy uznać za naruszenie zasady swobody kontraktowej w zakresie, w jakim nakłada na wykonawcę faktyczny obowiązek przedterminowego regulowania zobowiązań pieniężnych wobec podwykonawców. Swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353<sup>1</sup> kc. Ogranicza ją natura stosunku prawnego, zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. Odwołujący stoi na stanowisku, że uregulowania wprowadzone przez Zamawiającego do wzoru umowy, w zakresie w jakim nie są skorelowane z przesłankami solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, stanowią przekroczenie zasady swobody umów. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował przesłanki dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców i nie jest dopuszczalne ich dowolne modyfikowanie przez Zamawiającego.

Normy wynikające z art. 465 ust. 1 i nast. ustawy Pzp, mają charakter *ius cogens* i zostały ukształtowane w taki sposób, że przyznając podwykonawcom ochronę przed uchylaniem się od zapłaty przez nierzetelnego wykonawcę oraz Zamawiającemu przed ryzykiem podwójnej zapłaty, określają warunki realizacji kompetencji Zamawiającego w sposób ograniczający możliwość jej nadużycia lub wykonania uprawnień z niej wynikających w sposób naruszający uzasadniony interes wykonawcy.

Zamawiający przyznając sobie dalej idące uprawnienia (wykraczające poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 465 ustawy Pzp i nie limitowane żadnymi przesłankami), co w założeniu zapewne miało służyć wzmocnieniu ochrony Zamawiającego przed ryzykiem podwójnej zapłaty, kierował się wyłącznie własnym i subiektywnie postrzeganym interesem, pomijając fakt, że interes ten został już zabezpieczony przez wymóg ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zgodnie z treścią § 10 ust. 1 wzoru umowy, służyć ma pokryciu wszelkich roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym ewentualnych roszczeń podwykonawców wynikających z solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego bądź też roszczeń regresowych

Zamawiającego.

W piśmie z dnia 20 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 21 stycznia 2025 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył replikę na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.**

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 465 ust. 1 pzp – *W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.*

Art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*

Art. 8 ust. 1 pzp – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający wskazuje, że art. 465 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Przepis ten stanowi jak podstawowy instrument ochrony praw podwykonawców stworzonego na gruncie przepisów Pzp systemu gwarancji zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom za świadczenia wykonane w procesie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane. W ramach tego systemu bezpośrednim płatnikiem podwykonawcy może stać się zamawiający (z pominięciem wykonawcy). (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (red.) H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Wydanie II, Warszawa 2023 r)..

Art. 465 ust. 1 Pzp określa wymagania formalne dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (lub dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia. Po pierwsze, podwykonawca lub dalszy podwykonawca winien zgłosić się do zamawiającego z żądaniem wypłaty przysługującego mu wynagrodzenia, a żądanie musi dotyczyć zaakceptowanej przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo. Żądanie to musi być przez podwykonawcę wykazane (art. 465 ust. 5 pkt 3 Pzp) przy pomocy środków dowodowych. Po drugie, wynagrodzenie podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) musi być wymagalne. Wymagalność roszczenia (zapłata wynagrodzenia) jest definiowana jako ostatnia chwila, gdy dłużnik (tutaj odpowiednio: wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca) powinien spełnić swoje świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania. Ponadto w świetle art. 465 ust. 2 Pzp wynagrodzenie dotyczy może wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Po trzecie, umowa o podwykonawstwo może

stanowić tytuł do zapłaty wymagalnego wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy została zawarta w ramach zamówienia na roboty budowlane. Czwartym warunkiem zapłaty wynagrodzenia jest stwierdzenie uchylenia się od obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia odpowiednio przez wykonawcę (własnemu podwykonawcy), podwykonawcę (dalszemu podwykonawcy) lub dalszego podwykonawcę (również dalszemu podwykonawcy), zaś kluczowe znaczenie dla oceny prawnej wskazanego naruszenia będzie mieć ocena zachowania wykonawcy w konkretnych okolicznościach sprawy. Przy czym „uchylanie się” wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zapłaty wynagrodzenia, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2016 r. KIO 311/16). Zgodzić się należy

z poglądem, że kierunek interpretacji pojęcia „uchylanie się” uzasadnia analogię do ukształtowanej już wykładni przesłanki „uchylenia się” wskazanej w art. 390 Kodeksu Cywilnego, obejmująca zarówno przypadki winy umyślnej, jak i nieumyślnej, w konsekwencji zaś dokonanie przez zamawiającego płatności bezpośredniej będzie uzasadnione w sytuacjach odmowy lub opóźnienia w zapłacie należnego wynagrodzenia z przyczyn, za które dłużnik (kontrahent podwykonawcy) ponosi odpowiedzialność

(art. 471 w zw. z art. 481 § 3 KC), a zważywszy na ochronną funkcję art. 465 ust. 1 Pzp, przyczyny te powinny być rozumiane szeroko (zob. *Zobowiązania. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz. Tom V* (red.) prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Warszawa 2025 r.)

Ponadto w art. 465 ust. 4 i 5 Pzp ustawodawca wprowadził sformalizowany mechanizm zawieszający konieczność zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, którego stosowanie w założeniu ma gwarantować usunięcie ryzyka dokonania przez zamawiającego podwójnej zapłaty lub innej nienależnej zapłaty podwykonawcy. Istota rozwiązania z art. 465 ust. 4 Pzp sprowadza się do obligatoryjnego umożliwienia wykonawcy zajęcia stanowiska w przedmiocie roszczenia podwykonawcy względem zamawiającego. Z kolei w art. 465 ust. 8 Pzp wskazano, iż do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Mając na uwadze powyższe uwagi, a także zakres zarzutów postawionych w odwołaniu, ocenie zostały poddane zapisy § 12 ust 24 projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej „PPU”), stanowiących załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu, w którym Zamawiający zastrzegł, iż:

*Zamawiający może dokonać bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy za wykonane roboty, dostawy lub usługi również kwot niewymagalnych. Postanowienie to stosuje się w szczególności w odniesieniu do płatności faktury końcowej (po odbiorze końcowym robót).*

W świetle tak sformułowanego brzmienia PPU stwierdzić należy, iż potwierdził się zarzut przyznania Zamawiającemu uprawnienia do daleko idącej i nie uzasadnionej obiektywnymi względami ingerencji w stosunek prawny, którego nie jest on stroną (stosunek prawny wynikający z zawarcia umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą) poprzez przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do dokonywania zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców w dowolnym momencie

i bez poprzedzenia zapłaty procedurą wyjaśniającą określoną przepisami art. 465 ust. 4 ustawy Pzp.

Jak wskazano powyżej ustawodawca dopuścił stosowanie instytucji bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy jedynie do wynagrodzenia wymagalnego oraz w sytuacji

w której wykonawca uchyła się od obowiązku zapłaty. Kwestionowany zapis stoi zatem wprost

w sprzeczności z jednoznacznymi w tym zakresie postanowieniami ustawy. Dopuszcza on bowiem dokonanie bezpośredniej zapłaty również w odniesieniu do wynagrodzenia niewymagalnego, jak również pomija przesłankę związaną z określonym zachowaniem wykonawcy, polegającym na uchylaniu się od obowiązku zapłaty. Ponadto kwestionowany zapis pomija obligatoryjny w świetle ustawy procedurę umożliwienia wykonawcy zgłoszenia uwag odnośnie zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy.

Nie sposób zgodzić się przy tym ze stanowiskiem Zamawiającego, iż kwestionowany zapis nie narusza art. 465 Pzp, lecz go uzupełnia i nie może z tym przepisem stać w sprzeczności klauzula umowna, która zapewnia podwykonawcom dalej posuniętą ochronę niż ta przewidziana w ww. przepisie. Izba pragnie podkreślić, że to ustawodawca określił w przepisach ustawy zakres ochrony podwykonawców oraz sposób realizacji tej ochrony. Rolą Zamawiającego jest aby - w granicach wynikających z przepisów ustawy - w zawieranych przez siebie umowach w sprawie zamówienia publicznego dążyć do ochrony słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji, przestrzegania dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej. Tymczasem kwestionowany zapis PPU w sposób jednoznaczny i bezsporny wykracza poza granice wyznaczone ustawą, prowadząc jednocześnie do ryzyka wystąpienia negatywnych konsekwencji po stronie innego uczestnika inwestycji tj. wykonawcy. Bezpośrednia zapłata

mogłaby bowiem nastąpić w świetle tego zapisu nawet w sytuacji w której wykonawca nie podjąłby jakiegokolwiek czynności czy zaniechania mogącego oddziaływać negatywnie na interesy podwykonawcy. Dodatkowo wykonawca pozbawiony został obligatoryjnej w świetle art. 465 ust. 5 Pzp procedury zgłoszenia uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Na marginesie należy dodatkowo wskazać na ewentualne konsekwencje dla wykonawcy wynikające z brzmienia art. 465 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy. Tym samym wprowadzenie zapisu PPU w projektowanym kształcie w sposób jednoznacznie negatywny wpływa na interesy wykonawcy z którym Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Usprawiedliwieniem dla takiego działania nie może być chęć zwiększenia ochrony innych uczestników czy też wyeliminowania potencjalnych ryzyk na które narażony mógłby być Zamawiający.

Ponadto zgodzić się należy z Odwołującym, iż kwestionowany zapis PPU ingeruje w sposób wykraczający poza ramy określone w ustawie w treść stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Zakres kompetencji zamawiających w tym zakresie ustawa określa art. 463 oraz 464 Pzp, w nieuregulowanym zakresie pozostawiając treść umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą ogólnym zasadom wyznaczającym granice swobody umów, przewidzianym w art. 353<sup>1</sup> Kc, z którego wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Ustawa daje zatem w określonym zakresie narzędzia, dzięki którym zamawiający może kształtować relacje pomiędzy uczestnikami procesu realizacji zamówienia publicznego, jednakże nie są to kompetencje nieograniczone, lecz stanowiące dopuszczalne ramy takiej ingerencji. Wykraczanie poza ich zakres i wprowadzanie zapisu umownego który w zamyśle Zamawiającego „działa mobilizująco na wykonawców w celu sprawnego rozliczenia z podwykonawcami” nie znajduje oparcia w przepisach ustawy, podczas gdy w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp treść umów podwykonawczych podlega zasadzie swobody umów, wyrażoną w art. art. 353<sup>1</sup> Kc.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby treść § 12 ust 24 projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej „PPU”), stanowiących załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z przepisami ustawy, a Zamawiający formułując treść tego postanowienia naruszył art. 465 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 Izba uwzględni bowiem odwołanie w całości lub w części, jeśli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z przepisami ustawy. Z kolei jak wynika z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c) Pzp nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy,

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....