

Sygn. akt KIO 3285/21

Sygn. akt KIO 3317/21

WYROK

z dnia 29 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Grabarczyk**
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 8 i 10 listopada 2021 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

orzeka:

1.1. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów wycofanych przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie opisanych w pkt 1 odwołania w zakresie dalszego podwykonawstwa oraz opisanych w pkt 2 odwołania w całości;

1.2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1.1 odwołania podtrzymanych przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie, a dotyczących zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą oraz ingerencji zamawiającego w postanowienia umowy, która może być zawarta pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą na etapie wykonywania przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego, i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu wykreślenie tych postanowień z projektu umowy;

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisów od odwołań, w kwocie 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od każdego z odwołań;

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu na rzecz Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie kwotę 37.200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 3285/21

Sygn. akt KIO 3317/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku: węzeł Mosina (bez węzła) do węzła Leszno Zachód (wraz z odcinkiem do obiektu WS-II, włączając ten obiekt) o długości 49,29 km (KIO 3285/21) oraz całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5 na odcinku od węzła Leszno Zachód do granicy województwa (KIO 3317/21). Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane zostały odpowiednio 27 października 2021 r. oraz 29 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

8 listopada 2021 r. i 10 listopada 2021 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołania wobec treści projektowanych postanowień umowy. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Katalog zarzutów, żądań oraz uzasadnienie w obu odwołaniach są takie same i zostały zaprezentowane łącznie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 463, art. 464 ust. 1, 2, 8 i 10 oraz art. 16 pkt 3 Pzp, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający ustawę, wyrażające się w ustanowieniu wymogu uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą, ustanowienia wymogów w zakresie treści umowy o podwykonawstwo oraz wprowadzenie zakazu dalszego podwykonawstwa, podczas gdy ingerencja zamawiającego w treść stosunku pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą możliwa jest jedynie w przypadku umów na realizację zamówienia na roboty budowlane - nie zaś umów na realizację usług - a nawet wówczas, w zakresie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, ingerencja ta może dotyczyć wyłącznie terminu zapłaty wynagrodzenia, jeśli jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku;

2. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 7 pkt 27 oraz art. 16 pkt 3 Pzp przez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach przyszłej umowy na usługi zakazu dalszego podwykonawstwa, w sytuacji gdy:
 - a. umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest umową o podwykonawstwo tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane, natomiast w przypadku zamówień na dostawy i usługi umowy takie nie są umowami o podwykonawstwo i pozostają poza uregulowaniem ustawy, 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 Pzp przez 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).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że 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.

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

Odwołujący podniósł, że chociaż także w reżimie zamówień publicznych obowiązuje zasada swobody umów, to nie oznacza ona bezwzględnej swobody zamawiającego w

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

Zdaniem odwołującego, zasada swobody umów, nawet na gruncie ustawy, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzić uprawnień drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu do przetargu lub nie. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola zamawiającego, ani *ratio legis* poszczególnych regulacji. Pierwszym i zasadniczym zadaniem zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby określone wymagania pozostały współmierne do celu, którym jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i należyte wykonanie umowy. Dopiero tak rozumiane należyte działania zamawiającego pozwalają dopiero wykonawcy. na właściwe sporządzenie oferty. Sama zasada swobody umów doznaje już w swojej normatywnej treści literalnie wskazanych ograniczeń. Ustawodawca wskazał bowiem, że nieważna, albo przynajmniej nieskuteczna jest umowa, która została zawarta z naruszeniem nie tylko obowiązujących przepisów, ale także wbrew zasadom współżycia społecznego, czy właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego. Powyższe ograniczenia dotyczą nie tylko samej treści, ale również i celu takiej umowy. Prawo do kształtowania umowy zostało przyznane obu stronom umowy, bowiem umowa ze swej natury, obejmuje konsens przynajmniej dwóch stron. Zatem istotne ograniczenie jednej ze stron, czy de facto sprowadzenie jej wyłącznie do roli przystępującego do narzuconego wzorca umowy, odbiegającego znacząco od równowagi ponoszenia ryzyka gospodarczego, godzi w sam sens umowy, w jej naturę - a zatem samo przez się powoduje, że granice swobody zostają naruszone.

O istocie umów zawieranych w trybie zamówień publicznych świadczy m.in. element ich stałości, przewidywalności zakresu przyszłego świadczenia. Wobec tego, kształtowanie treści przyszłej umowy w sposób, który bezzasadnie ogranicza wykonawców w możliwości wykonywania zamówienia godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez to przekracza ograniczenia wynikające z art. 353¹ k.c. Uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego – tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.05.2015 r., sygn. akt: KIO 892/15. 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 przynajm

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.

Odwołujący podkreślił, że 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 Pzp (oraz art. 437 ust. 1 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 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.

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy w sposób jednoznaczny i całościowy regulują tryb przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo (ich projektów) a także podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo. Niedopuszczalne zatem jest uregulowanie obowiązków wykonawców, związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo, w sposób odmienny niż określony w ustawie. Zamawiający nie ma więc prawa do takiego ukształtowania treści przyszłej umowy, które polegałoby na ustanowieniu tożsamyh obowiązków, jakie ustawa przewiduje dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na roboty budowlane także dla umów o podwykonawstwo w zamówieniach na usługi (i dostawy). Pogląd ten potwierdziła Izba w wyroku z dnia 20.05.2019 r. (sygn. akt KIO 706/19).

Wskazując na bezwzględnie obowiązujący charakter przepisów ustawy odwołujący wywiódł, że 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 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.

Odwołujący wskazał, że 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 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.

Odwołujący zarzucił, że 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 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.

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 uniemożliwienie 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 możliwość kalkulowania cen oferty, stanowiąc znaczące tego utrudnienie. Ograniczenie to jest również równoznaczne z obciążeniem wykonawcy ryzykami kontraktowymi, których rzetelnie oszacować nie sposób.

Bezpośrednią konsekwencją przywoływanych uchybień jest naruszenie art. 16 pkt 1 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.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

Zamawiający w jednobrzmiących pisemnych odpowiedziach na odwołania z 23 listopada 2021 r. wniósł o oddalenie każdego z odwołań.

Przede wszystkim zamawiający zapowiedział zmianę SWZ. Następnie zauważył, że wbrew twierdzeniom odwołującego umowa, która zostanie zawarta w wyniku postępowania nie jest klasyczną umową na realizację usług. Przedmiotowe zamówienie, określone w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia dotyczy bowiem umowy mieszanej zawierającej w sobie zarówno elementy umowy o świadczenie usług, ale także dostaw oraz robót budowlanych.

Zamawiający podkreślił, że o charakterze danej umowy decyduje jej treść, a nie nazwa. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, m.in. w wyroku z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt I CSK 703/09, ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron. Nie można abstrahować od faktu, że w ramach umowy na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Poznaniu, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – pkt 2 (grupa 1, 2, 3 i 5) w zw. z pkt 4.2 wykonawca jest też zobowiązany do wykonywania określonych robót drogowych. Tym samym w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem wykonawca, w tym odwołujący będzie (co najmniej potencjalnie) zawierał umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane.

Tylko więc na tej podstawie należy uznać, że odwołanie jest bezpodstawne co najmniej w zakresie, w jakim odwołujący kwestionuje wymagania zamawiającego określone

w § 16 Projektowanych postanowień umowy (dalej PPU) odnoszące się do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej, czyli m.in. z umowy. Zamawiający po części rozszerzył – w zakresie w jakim umowa będąca przedmiotem odwołania dotyczy robót budowlanych – ustawową, a w pozostałym zakresie (czyli tam gdzie umowa będąca przedmiotem odwołania dotyczy usług i dostaw) ustanowił, stosownie do przepisu art. 369 k.c., w § 16 PPU umowną odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia należnego wszystkim podwykonawcom wykonawcy, z którymi zawarł on umowę o podwykonawstwo (bez względu na jej charakter).

W ocenie zamawiającego, dysponującego przecież środkami publicznymi, jeśli w umowie ustanawia on lub rozszerza swoją odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, to czyni tak przede wszystkim w interesie publicznym. Zamówienie objęte odwołaniem jest bowiem realizowane w interesie publicznym, a co za tym zamawiający jest w pełni uprawniony, aby wymagać od wykonawcy ukształtowania postanowień umowy ze jego kontrahentami, przecież również biorącymi udział w wykonaniu zamówienia publicznego, w sposób wskazany, w § 16 PPU. Wymogi te nie ingerują bowiem w istotę stosunku łączącego wykonawcę z jego kontrahentami, a mają jedynie na celu zapobieżeniu przypadkom, w którym stosunki te są ukształtowane w sposób sprzeczny z normami ogólnymi prawa cywilnego wynikającymi m.in. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. oraz art. 354 k.c. Uprawnienie do wprowadzenia katalogu postanowień abuzywnych w umowach o podwykonawstwo, wynika również z art. 431 Pzp, zgodnie z którym zamawiający i wykonawca obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia.

Zdaniem zamawiającego nie można abstrahować od faktu, iż *ratio legis* regulacji art. 431 Pzp jest zapewnienie równowagi stron przy wykonywaniu umowy i wykonywanie jej z poszanowaniem obydwu stron umowy. Przedmiotowy przepis wraz z pozostałymi przepisami Pzp oraz k.c., a także postanowieniami umowy, mającymi na celu ochronę słusznego interesu podwykonawców nie mogą tym samym prowadzić do postawienia zamawiającego w sytuacji sprzecznej z dobrymi obyczajami oraz celami społeczno-gospodarczymi wprowadzonych regulacji. Zamawiający musi posiadać narzędzia, które z jednej strony zabezpieczają słuszny interes podwykonawców przy realizacji inwestycji celu publicznego, a więc realizowanej w interesie ogółu społeczeństwa, a z drugiej słuszny interes zamawiającego, w zgodzie z dobrymi obyczajami i zasadami uczciwości kupieckiej.

Zarzuty i żądania odwołującego w przedmiotowym zakresie nie tylko są sprzeczne z ww. dyrektywami, ale ponadto naruszają wynikającą z art. 354 k.c. zasadę współdziałania stron przy realizacji umów wzajemnych. Jak wskazał m.in. Sąd Apelacyjny w Lublinie, w

wyroku z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt I ACa 636/19 zgodnie z art. 354 § 1 i 2 k.c. strony są zobowiązane do współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania tak, aby zobowiązanie wykonać nie tylko zgodnie z jego treścią, ale jednocześnie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a ponadto, jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Nie można także abstrahować od faktu, iż zasada swobody umów, co wielokrotnie podkreślała zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i sądy powszechnie, wynikająca z art. 353¹ k.c. nie ma charakteru absolutnego. Zasada ta jest ograniczona, m.in. przez przepisy prawa (m.in. art. 5 k.c.), dobre obyczaje czy też ustalone zwyczaje.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, jak i sądów okręgowych, zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na korzyść Zamawiającego, jako podmiotu działającego w interesie publicznym, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy nie narusza to w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kwestionowane przez odwołującego postanowienie PPU zostało wprowadzone przede wszystkim w celu ochrony słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji, a w konsekwencji także w celu ochrony interesu publicznego, w zgodzie z poszanowaniem zasad dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej, co zresztą potwierdza treść art. 463 Pzp. Ochrona słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji celu publicznego (jak przedmiotowym postępowaniu) jest zgodna z zasadami słuszności, dobrych obyczajów, sprawiedliwości społecznej, a także z właściwością (naturą) jaka charakteryzuje umowy dot. całościowego utrzymania dróg krajowych.

Jest faktem powszechnie znanym, że w ramach zadań utrzymaniowych zleczanych przez zamawiającego oprócz wykonawcy pracuje też wiele małych i średnich podmiotów zatrudnionych przez wykonawcę i zatwierdzonych przez zamawiającego w sposób przewidziany nie tylko w § 16 PPU stanowiącym część SWZ w przedmiotowym postępowaniu, ale także w sposób określonych (ze wszystkimi wynikającymi z tego skutkami) przez przepisy Pzp oraz k.c.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 463 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. Powyższy przepis dotyczy wszystkich umów podwykonawczych, w ramach wszystkich umów o zamówienie publiczne, a nie jedynie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane i to jedynie w ramach umów o zamówienie publiczne dot. robót budowlanych. Definicja umowy o podwykonawstwo zawarta w Pzp nie ogranicza się jedynie do umów zawartych pomiędzy

podwykonawcami robót budowlanych i wykonawcą robót budowlanych, ale dotyczy wszystkich umów o charakterze pisemnym zawartych między każdym wykonawcą i wszystkimi jego podwykonawcami.

Wobec powyższego, skoro w/w postanowienia nakazane oraz zakazane w umowach podwykonawczych zawieranych w ramach zamówienia publicznego o roboty budowlane są zgodne z Pzp, z dobrymi obyczajami oraz zasadami sprawiedliwości i uczciwości kupieckiej, to także postanowienia § 16 PPU określone w niniejszym postępowaniu, zawierające jedynie 4 postanowienia abuzywne i 5 postanowień nakazanych, należy uznać za zgodne z Pzp i przedmiotowymi zasadami.

Pismami z 25 listopada 2021 r. zamawiający poinformował, że dokonał zmiany treści § 16 (Podwykonawcy) wzoru umowy w obu postępowaniach. Wobec powyższego na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący cofnął odwołanie co do zarzutu 1. w zakresie dotyczącym dalszego podwykonawstwa i całego zarzutu 2. W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie zostało wniesione wobec treści § 16 (Podwykonawcy) wzoru umowy w postępowaniu, brzmieniu:

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 dotyczącej 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, 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.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Po zmianie dokonanej przez zamawiającego § 16 (Podwykonawcy) wzoru umowy uzyskał brzmienie:

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

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

3. Wykonawca nie podzleci Podwykonawcom innych prac niż wskazane w Ofercie, bez zgody Zamawiającego.

4. Wykonawca, bez zgody Zamawiającego, nie podzleci Podwykonawcom innych prac niż wskazane w Umowie podwykonawczej, zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem tej umowy.

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

1) Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć Umowę o podwykonawstwo jest obowiązany, w trakcie realizacji Kontraktu, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie Umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy;

2) Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, zgłosi pisemne zastrzeżenia do projektu umowy niespełniającej wymagań określonych w ust. 15 lub w ust. 16;

3) Niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego;

4) Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia;

5) Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania poświadczonej za zgodność z oryginałem Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zgłasza pisemny sprzeciw do Umowy o podwykonawstwo w przypadkach, o których mowa w punkcie 3;

6) Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej Umowy o podwykonawstwo w wyżej wymienionym terminie, uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

6. Procedurę opisaną w ust 5 stosuje się odpowiednio do zmian Umowy o podwykonawstwo.

7. Nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej stanowi podstawę do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy z terenu wykonywania prac.

8. 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.

9. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 8 dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez Zamawiającego Umowy o podwykonawstwo.

10. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy.

11. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty Zamawiający wezwie Wykonawcę do zgłoszenia w terminie 7 dni od otrzymania wezwania pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy.

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

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

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

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

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

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

15. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień:

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

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

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

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

16. Umowa o podwykonawstwo musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:

1) oznaczenia stron umowy;

2) zakresu robót, usług lub dostaw;

3) wartości wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy wraz z warunkami przewidującymi zmianę wynagrodzenia;

4) terminu płatności, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury, rachunku Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy;

5) terminu realizacji wraz z warunkami przewidującymi zmianę terminu.

17. Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane musi zawierać postanowienia dotyczące bezpieczeństwa i higieny pracy.

18. Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia dot. waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy.

19. 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.

20. *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.

21. **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.

22. **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.

23. **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**

24. **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.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie SWZ oraz informacji o zmianie SWZ znajdujących się w aktach sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który może złożyć ofertę, ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę. W postępowaniach dotyczących dokumentacji postępowania przesłanki dopuszczalności badania zarzutów odwołania są wykładane szeroko. Z całą pewnością kwestionowanie przez wykonawców postanowień wzorów umów, które ich zdaniem naruszają przepisy ustawy, mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 505 ust. 1 Pzp.

W związku wycofaniem części zarzutów przez odwołującego odwołanie zostało rozpoznane – zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie - w zakresie zarzutów dotyczących ingerencji zamawiającego w treść umowy podwykonawczej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

art. 463 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.

Istota sporu między stronami dotyczy powołanych regulacji w kontekście art. 353¹ k.c. przepis ten stanowi, 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.

Przepisy ustawy kształtują relacje umowne między wykonawcą a podwykonawcą w ograniczonym zakresie. Zgodnie z art. 464 ust. 1 Pzp wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Według art. 463 ust. 2 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. Natomiast zgodnie z art. 463 ust. 8 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).

Przywołane przepisy dotyczą umów, których przedmiotem są roboty budowlane, natomiast zamawiający przez ukształtowane przez siebie postanowienia § 16 PPU chciałby

zastosować wynikające z nich dyrektywy w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego, którego przedmiot został opisany jako usługa.

W ocenie Izby działanie zamawiającego podlega ocenie z uwzględnieniem wynikającej z art. 353¹ k.c. przesłanki właściwości (natury) stosunku. Zamawiający przewiduje bowiem wpływ na relacje umowne między wykonawcą, a podwykonawcą na zasadach przewidzianych dla umów w sprawie zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane. Zamawiający buduje swoje stanowisko w oparciu o dwa elementy: mieszany charakter umowy oraz odpowiedzialność solidarną za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

Odnosząc się do kwestii właściwości stosunku prawnego Izba zważyła, że przedmiot postępowania przewiduje obowiązki wykonawcy, które mogłyby zostać uznane za roboty budowlane, czyli prace polegające na uzupełnieniu nawierzchni stanowiące remont. Jednak – jak wskazał sam zamawiający – stanowią one zobowiązanie starannego działania wykonawcy, a zatem ich natura prawna jest inna niż w przypadku umowy o roboty budowlane, które są zobowiązaniem rezultatu. Konsekwentnie - również z uwagi na przeważającą wartość usług, do postępowania, a tym samym do wzoru umowy stosuje się regulacje prawa dotyczące usług. 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. W konsekwencji nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych do usług, w sytuacji gdy natura obu stosunków prawnych jest inna.

Z tego względu stanowiska wyrażone w orzeczeniach przywołanych przez zamawiającego: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 października 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 2018/16, wyroku Izby z 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1381/21 podtrzymanego wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 103/21 nie znajdują zastosowania w sprawie. Dotyczyły bowiem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były roboty budowlane.

Za nietrafne Izba uznała powołanie się przez zamawiającego na przyjętą na siebie solidarną odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

O istocie tej odpowiedzialności stanowi art. 366 § 1 k.c., zgodnie z którym kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie solidarna odpowiedzialność powinna wprost wynikać z treści przepisu bądź z treści czynności prawnej. Zamawiający nie wykazał, ani przepisu ustawy, ani postanowienia umowy, z którego by ta odpowiedzialność

wynikała w sposób bezpośredni. Biorąc pod uwagę zasady przejrzystości oraz pisemności, do zachowania których zamawiający jest zobowiązany, przyjęcie przez niego odpowiedzialności solidarnej nie powinno być domniemywane.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby w okolicznościach sporu miał podstawy faktyczne i prawne do ograniczenia zasady swobody umów w ten sposób, że jego ingerencja w umowę, której nie jest stroną, była usprawiedliwiona właściwościami stosunku. Tym samym w okolicznościach badanych postępowań brak jest podstaw jurydycznych do przenoszenia przez zamawiającego regulacji dotyczących umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, do umowy, której przedmiotem są usługi.

Pogląd o braku podstaw do ingerencji zamawiającego w postanowienia umów podwykonawczych w postępowaniach, których przedmiotem jest usługa całorocznego kompleksowego (letnie i zimowe) utrzymania dróg na zasadach przewidzianych ustawą w stosunku do umów na roboty budowlane został wyrażony w orzeczeniach Izby z 26 listopada 2021 r.: w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 3283/21, KIO 3291/21, KIO 3293/21 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 3267/21.

W związku z powyższym Izba uznała zarzuty odwołania za potwierdzone, co skutkowało uwzględnieniem odwołania. Izba nakazała zamawiającemu skreślenie tych postanowień § 16 wzoru umowy, które kształtują stosunek umowny między wykonawcą, a podwykonawcą, ponad granice ustalone wprost w przepisach ustawy. Brak wskazania w sentencji postanowień podlegających skreśleniu jest uzasadniony brakiem wskazania konkretnych postanowień przez odwołującego. Izba nie jest wprawdzie związana żądaniem odwołania, gdyż art. 555 Pzp wiąże Izbę wyłącznie w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu, jednak nie powinna wyręczać w tym zakresie odwołującego. Izba może wprawdzie skorygować błędne żądanie odwołującego, jednak nie powinna takich żądań kreować, zwłaszcza gdy – jak w rozpoznawanych sprawach – odwołujący był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika.

Prezentowana ocena prawna dotyczy niepodzielnie obu odwołań z uwagi na tożsamość okoliczności faktycznych i stanowisk stron.

Izba wydała orzeczenie łączne na podstawie art. 556 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:

.....

.....