

Sygn. akt: KIO 1815/15

**WYROK**  
**z dnia 4 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015r. przez **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa- Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** na rzecz **Skarbu Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę miejsc obsługi podróżnych "Paszczyzna Południe" i "Paszczyzna Północ" od km 540+956+704 autostrady A4 - etap II w ramach zadania pn: "Budowa autostrady A4 na odcinku węzeł Dębica Pustynia - Rzeszów "węzeł Rzeszów Zachodni" km 537+550-570+300 wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2015r. za numerem 2015/S 154-283445.

W dniu 21 sierpnia 2015r. Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 listopada 2009r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 sierpnia 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi polegającej na określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zwanej dalej jako „siwz”.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy); art. 143b ust. 1, 3, 4, 6 ustawy oraz art 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego („Kc”); art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 387 Kc oraz 58 Kc, 387 Kc i 475 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie w siwz, że: każdorazowe skierowanie Usługodawcy lub Dostawcy do wykonywania usług lub dostaw wymaga uprzedniej, pisemnej zgody zamawiającego wobec tego wskazanie wymogów dotyczących umów z Usługodawcą i Dostawcą, obowiązek przedkładania projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawo zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy oraz określenie, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawcy i dostawcy za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

a/ dokonania zmiany treści §15 ust. 3, ust. 4, ust. 12 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy poprzez wykreślenie wszędzie zwrotu „Usługodawcy”, „Dostawcy” oraz

doprecyzowanie, że przedmiotowe przepisy dotyczą „umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane”;

b/ dokonania zmiany treści §15 ust. 5 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy poprzez jego wykreślenie w całości, ewentualnie poprzez wykreślenie wszędzie zwrotu „Usługodawcy”, „Dostawcy”;

c/ dokonania zmiany treści §15 ust. 7 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy przez dodanie, że w przypadku Usługodawców i Dostawców chodzi o podmioty, z którymi wykonawca zawarł przedłożoną Zamawiającemu „umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi”;

d/ dokonania zmiany treści §15 ust. 13 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy poprzez jego wykreślenie w całości.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania gdyż jest podmiotem, którego podstawowy przedmiot działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury kolejowej i drogowej, jest zainteresowany wyborem swojej ewentualnej oferty, zaś nie uwzględnienie odwołania może go narazić na szkodę ponieważ w związku wyżej wskazanymi uchybieniami zamawiającego odwołujący nie może właściwie skalkulować oferty wobec nieprecyzyjnych zapisów siwz i mogłoby dojść do podpisania umowy o zamówienie publiczne o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy i Kc, co więcej w części nieważnej z mocy prawa wobec tego skutkujące niemożnością złożenia oferty i pozyskania zamówienia lub ewentualnie w przypadku zawarcia umowy ryzykiem obciążenia karami umownymi.

Wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniósł, że w Tomie II siwz stanowiącym Istotne Postanowienia Umowy zamawiający wprowadził w §15 postanowienie przewidujące wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo. Zapisy te są niezgodne powołanymi w zarzutach przepisami prawa, gdyż nie dokonują rozróżnienia na umowę podwykonawczą, której przedmiotem są roboty budowlane w odróżnieniu do umowy podwykonawczej, której przedmiotem są usługi i dostawy.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że jednym z podstawowych założeń nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473) było wprowadzenie instrumentów umożliwiających zamawiającemu sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. W wykonaniu powyższych założeń dodano w art. 36 ust 2 ustawy punkt 11 oraz dodano nowe art. 143a-d ustawy.

W art. 36 ust. 2 ustawy dodanym pkt 11 a) przyznano zamawiającemu uprawnienie do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących umów o

podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy. Ustawodawca nigdzie w ustawie nie przewidział takich uprawnień dla umów podwykonawczych, których przedmiotem są usługi i dostawy.

W art. 143 b ust. 1-7 i 10 ustawy ustawodawca określił tryb postępowania, w tym zgłaszanie zastrzeżeń i sprzeciwu do projektu i umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane.

W art. 143 b ust. 8-9 i 10 ustawodawca określił obowiązki wykonawcy i uprawnienia zamawiającego w odniesieniu do zawartej umowy podwykonawczej, której przedmiotem są usługi i dostawy. Ustawodawca w sposób jednoznaczny i wyraźny dokonał rozróżnienia obowiązków i uprawnień stron postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na przedmiot umowy podwykonawczej. Ustawodawca jest w tym zakresie konsekwentny i takiego rozróżnienia dokonuje także w innych przepisach ustawy jak np. art. 36 ust. 2 pkt 11 b, art. 143 c ust. 1 i ust. 2, art. 143d ust. 1 pkt 1-3.

Z powyższego, zdaniem odwołującego, jednoznacznie wynika, że ustawodawca świadomie i celowo zdecydował o nadaniu zamawiającemu szerzej określonych uprawnień odnośnie umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane. Ustawodawca także świadomie i celowo analogicznych uprawnień zamawiającemu nie nadał w stosunku do umów podwykonawczych, których przedmiotem są usługi i dostawy. Ustawodawca, w odniesieniu do umów podwykonawczych, których przedmiotem są usługi i dostawy jedynie przewidział uprawnienia zamawiającemu węższe. związane z terminem zapłaty wynagrodzenia, które nie może być dłuższe niż 30 dni pod groźbą kary umownej.

Na podkreślenie powyższego odwołujący przywołał treść uzasadnienia nowelizacji ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. ( Dz.U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a I art. 143a- d ustawy, druk 1179. Projektodawca konsekwentnie, jednoznacznie i wyraźnie dokonał także w uzasadnieniu rozróżnienia na umowy podwykonawcze, których przedmiotem są roboty budowlane od tych, których przedmiotem są usługi i dostawy.

Jednocześnie art. 14 i 139 ustawy ustawodawca wskazał, że do czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że jedynie przepisy jednoznacznie określone w ustawie będą stanowiły dozwoloną modyfikację przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że przepisy ustawy nie zawierają normy uprawniającej zamawiającego do określania wymogów dotyczących umowy podwykonawczej, której przedmiotem są usługi i dostawy jak to uczynił w zaskarżonym postępowaniu zamawiający. Takie postępowanie zamawiającego, w ocenie odwołującego,

należy uznać za sprzeczne z normami ustawy. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli dokonał jednoznacznego rozróżnienia i w jednej normie określił ingerencję w dany typ umowy podwykonawczej, procedurę jej zawierania, prawo zgłaszania zastrzeżeń i sprzeciwu i pominął ewentualne uprawnienie zamawiającego co do innego typu umowy podwykonawczej to takie zachowanie ustawodawcy oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku, zdaniem odwołującego, norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej. W konsekwencji próba rozszerzenia uprawnień zamawiającego oznacz co najmniej próbę obejścia normy ustawy.

Nadto odwołujący podniósł, że uprawnienia zamawiającego do określania wymogów umowy podwykonawczej, której przedmiotem są usługi i dostawy, akceptacji Usługodawcy i Dostawcy nie wynikają także z uprawnień stron do określenia stosunku prawnego według swego uznania wskazanej w art. 353<sup>1</sup> Kc. Zasada swobody umów napotyka na ograniczenie, gdzie treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jest to zasada która znajduje swoje umocowanie konstytucyjne, chociaż jako taka nie jest nigdzie, w żadnej normie konstytucyjnej sformułowana *express's verbis* jako przedmiot ochrony. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, podobnie jak stanowisko ukształtowane w ostatnich latach w doktrynie, nie pozostawiają jednak, zdaniem odwołującego, żadnych wątpliwości, że podstawy do konstytucyjnej ochrony swobody umów poszukiwać można w normach konstytucyjnych, a przede wszystkim normie art. 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która gwarantuje wolność każdej jednostki, oraz art. 22 Konstytucji gwarantującym wolność działalności gospodarczej.

Na marginesie odwołujący wskazał, że wszelkie wyjątki od zasady swobody umów powinny być poddane restryktywnej wykładni (*exceptiones non sunt extendendae*), a w szczególności w żadnym wypadku nie powinny podlegać wykładni rozszerzającej.

Wobec faktu jednoznacznego uregulowania w ustawie kwestii pominięcia obowiązku przedkładania projektów umów, których przedmiotem są usługi i dostawy oraz braku w ustawie uprawnienia zamawiającego do określania wymogów tych umów podwykonawczych, zdaniem odwołującego należy uznać, że niedopuszczalne jest umieszczanie takich przepisów w projekcie umowy o zamówienie publiczne. Ich umieszczenie będzie, w ocenie odwołującego, wprost sprzeczne z normą art. 353<sup>1</sup> Kc, gdyż sprzeciwia się to właśnie wskazanym w zaskarżeniu uregulowaniom ustawy i zmierzające do obejścia tych przepisów nieważnego z mocy art. 58 Kc. Gdyby ustawodawca chciał umowy podwykonawcze, których przedmiotem są usługi i dostawy, objąć tymi samymi regulacjami co umowy podwykonawcze, których przedmiotem są roboty budowlane, nie dokonałby takiego rozróżnienia. Jeżeli rozróżnienia dokonał, to, zdaniem odwołującego, tak właśnie trzeba

interpretować jego wolę i jej nieprzestrzeganie, z zastrzeżeniem się zasadą „swobody umów”, będzie wprost naruszeniem norm ustawy. Gdyby w takiej sytuacji zezwolić na odmienne z wolą ustawodawcy zapisu umowy w myśl zasady „swobody umów”, można postawić tezę, że wobec tego regulacja ustawowa nie jest potrzebna czy konieczna, gdyż każdy przecież przepis zapis może ulec wbrew jasnej woli ustawodawcy, stosownej modyfikacji.

W ocenie odwołującego bezspornym jest, że normą ustawową bezwzględnie obowiązującą, którą „swoboda umów” naruszać nie może, jest przepis art. 647<sup>1</sup> Kc. Bezspornym jest także, że przedmiotowa norma dotyczy umów podwykonawczych o roboty budowlane. W tym też zakresie ustawodawca daje inwestorowi prawo zgłoszenia sprzeciwu i zastrzeżeń jedynie do umowy lub projektu, kiedy ich przedmiotem są roboty budowlane, ewentualnie o dzieło, które jest elementem obiektu, który jest przedmiotem umowy o roboty budowlane. Reasumując, solidarna odpowiedzialność inwestora za zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców powstała na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego może dotyczyć tylko podwykonawców, którzy zawarli umowę o roboty budowlane.

Zachowując systematykę i zgodność systemu prawnego Prawo zamówień publicznych jest w całości zgodne z normą art. 647<sup>1</sup> Kc. Po pierwsze jak odwołujący wskazał powyżej wprowadzono rozróżnienie na umowy podwykonawcze, których przedmiotem są roboty budowlane od tych, których przedmiotem są usługi i dostawy. Odwołujący powołał się także treść uzasadnienia nowelizacji ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 ustawy, druk sejmowy nr 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów, otóż stwierdził, że: „Proponowane przepisy nie odnoszą się m.in. do kwestii solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, w konsekwencji zagadnienie te będzie oceniane w świetle przepisów Kodeksu cywilnego” , a dalej „W przypadku umów o podwykonawstwo robót budowlanych, służących do wykonania części zamówień na roboty budowlane, zamawiający będzie uprawniony do przewidzenia w siwz zarówno wymagań dotyczących podwykonawstwa, jak również warunków dotyczących podwykonawców lub dalszych podwykonawców, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo .”

W tym znaczeniu odwołujący stwierdził, że solidarna odpowiedzialność stron procesu budowlanego za zobowiązania wykonawców, podwykonawców czy dalszych podwykonawców powstaje z mocy ustawy jedynie w stosunku do zobowiązań z tytułu umowy o roboty budowlane. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych nie dający zamawiającemu prawa określania wymogów umów podwykonawczych Dostawców i

Usługodawców nie może być podstawą określania solidarnej odpowiedzialności za wierzytelności Usługodawców i Dostawców.

Wobec faktu, że zamawiający publiczny nie jest solidarnie odpowiedzialny za wierzytelności Usługodawców i Dostawców, w tym zakresie nie może korzystać z przymiotu „uprzywilejowania” ze względu na ochronę interesu publicznego i ingerowania w zasadę swobody umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami. Wynika to z kilku przesłanek jak stanowi to art. 353<sup>1</sup> Kc - nie sprzeciwiania się właściwości (naturze) stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego.

I to Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. IV CSK 733/13, że ingerencja, zastrzeżenia inwestora do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą muszą dotyczyć istotnych kwestii umownych, a teza ta dotyczy przecież jak wskazano wyżej umowy o roboty budowlane, a nie świadczenia usług czy dostawy. Jeżeli zdaniem Sądu Najwyższego ustawowe uprawnienia zamawiającego napotykają na ograniczenie jedynie do istotnych kwestii umowy powykonawczej o roboty budowlane, to tym bardziej zamawiającemu nie przysługują uprawnienia do ingerowania w zasadę swobody umów pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, których przedmiotem są usługi i dostawy.

Analogicznie orzekła także Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 1023/14 stwierdziła, że uprawnienie zamawiającego do ograniczenia swobody kontraktowania nie jest bezwzględne lecz wynika z „ściśle określonego celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania” W przedmiotowym postępowaniu trudno, zdaniem odwołującego, określić obiektywne potrzeby zamawiającego uzasadniające ingerencje w treść umów, które mają za przedmiot usługi i dostawy oraz ustanowienie w tych umowach solidarną odpowiedzialność za wierzytelności Usługodawców i Dostawców, dalszych Usługodawców i Dostawców itd.

Odwołujący wskazał także, że w żadnej mierze taką potrzebą zamawiającego nie może być próba czy chęć wskazania, narzucenia podwykonawcy. Powyższą tezę także w odniesieniu do umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane sformułował wyroku z dnia 27 czerwca 2014 r. sygn. II FSK 1821/12 Naczelny Sąd Administracyjny: „Z przepisu tego (art. 647<sup>1</sup> § 2 Kc) wynika, że to jednak wykonawca decyduje o tym kogo wskaże jako podwykonawcę a nie inwestor. Z drugiej strony, ze wskazanego przepisu nie da się wywieść, że zamawiający może, w sensie prawnym, skutecznie narzucić wykonawcy wybór takiego podwykonawcy.” I także w tym znaczeniu odwołujący przywołał wyrok KIO z 27 marca 2014 r. sygn. KIO 487/14 stwierdzający, że „Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia



wynikające z art. 353<sup>1</sup> KC, a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wskazał, że objęte odwołaniem zapisy siwz, w szczególności §15 ust. 5 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy w połączeniu z uprawnieniem zamawiającego do odstąpienia od umowy §19 ust. 1 pkt 7 i dochodzeniem kary umownej §14 ust. 1 pkt 5 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy faktycznie prowadzą do nałożenia na odwołującego obowiązku zatrudnienia jedynie takich Podwykonawców, Usługodawców i Dostawców, których zaakceptuje czyli praktycznie wskaże zamawiający.

Odwołujący w kwestii solidarnej odpowiedzialności stron zawieranych umów podwykonawczych za wiarygodności Poddostawców, Usługodawców i Dostawców i dalszych Poddostawców, Usługodawców i Dostawców, której ustanowienie wymaga §15 ust. 13 Tomu II siwz Istotne Postanowienia Umowy obok argumentów wskazanych wyżej niniejszego uzasadnienia, podniósł także co następuje:

W odniesieniu do podwykonawców robót budowlanych zapis taki jest całkowicie zbędny, gdyż taka odpowiedzialność wynika wprost z przepisów ustawy art. 647<sup>1</sup> Kc. W odniesieniu zaś do Usługodawców i Dostawców obok braku przesłanek do ingerencji w swobodę umów i niedozwolonemu narzucaniu podwykonawców i sankcji za brak akceptacji, Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zapis praktycznie narzuca odwołującemu zobowiązanie do świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 i 475 Kc. Jak wskazano wiarygodności Usługodawców i Dostawców nie dotyczy ustawowa solidarna odpowiedzialność, wobec tego może być ustanowiona tylko przez czynność prawną. Zamawiający wymaga, by odwołujący zobowiązał się w imieniu nieokreślonej liczby podmiotów do przyjęcia przez te podmioty w przyszłych umowach podwykonawczych solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania dalszych usługodawców i dostawców. Jest to praktycznie i prawnie niemożliwe. Przykładowo tenże zapis zobowiązuje odwołującego i każdego kolejnego usługodawcy/dostawcy do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności przykładowo (pomijając wartość) za zobowiązania 1/ dostawcy wykorzystywanych na budowie przenośnych toalet (typ ToiToi), dalej na przykład 2/ dostawcy papieru toaletowego do tych toalet, 3/ dostawcy surowców do produkcji papieru toaletowego, w tym producentowi półproduktu celulozy np. tartakowi, 4/ dostawcy drewna do tartaku oraz 5/ wszystkich dostawców energii elektrycznej, wody, paliwa wykorzystywanego w procesie dostawy półproduktów do produkcji papieru toaletowego. Wszystkim wymienionym podmiotom przysługuje przymiot usługodawcy/dostawcy czy dalszego usługodawcy/dostawcy w rozumieniu ustawy i przedmiotowych warunków siwz.

Nie jest praktycznie możliwe, że przy braku ustawowego obowiązku przyjęcia solidarnej odpowiedzialności dostawcy/usługodawcy w łańcuchu dalszego podwykonawstwa przyjmą na siebie umownie odpowiedzialność. Nadto biorąc pod uwagę wielość dalszych

dostawców/usługodawców w procesie dostawy/usługi, w tym ich praktyczną anonimowość, jak np. elektrownie, czy zakłady wodociągowe, zamawiający, odwołujący, Usługodawca i Dostawca nie mogą zapewnić kontroli wywiązywania się z tego zobowiązania, co czyni je fikcyjnym i zbędnym.

W dniu 21 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na stronie internetowej i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 sierpnia 2015r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6 wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i w całości popiera argumentację odwołującego. Zaskarżone postanowienia siwz, które odwołujący wskazał jako niezgodne z ustawą i KC, w takim samym stopniu odnoszą się do niego. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zgłoszenie zostało opatrzone podpisem cyfrowym przez E. T.-D., której uprawnienie do wniesienia przystąpienia nie zostało wykazane, gdyż nie została ujawniona w załączonym do zgłoszenia odpisie z KRS, ani nie dołączono innego dokumentu potwierdzającego uprawnienie do działania w imieniu wykonawcy Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 sierpnia 2015r. faksem.

W dniu 2 września 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1) w zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego: "wymogu uzyskania zgody Zamawiającego przed każdorazowym skierowaniem Usługodawcy i Dostawcy do wykonania usług lub dostaw, oraz wskazania wymogów dotyczących umów z Usługodawcą oraz Dostawcą,

- obowiązku przedkładania przez Wykonawcę projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawa zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy;

Zamawiający uwzględnił ten zarzut oraz dnia 1 września 2015 r, dokonał zmiany siwz (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie)

2) w pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, oraz o:

3) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów następstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że nie podziela zarzutów odwołującego sformułowanych w odwołaniu w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust, 2 pkt 11a ustawy; art. 143b ust, 1, 3, 4, 6 Pzp oraz art 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego; art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 387 Kc oraz 58 Kc, 387 Kc i 475 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy oraz art, 29 ust. 1 ustawy, poprzez wprowadzenie do IPU postanowień zgodnie z którymi:

- zamawiający wymaga, zgody zamawiającego przed każdorazowym skierowaniem Usługodawcy i Dostawcy do wykonania usług lub dostaw, oraz wskazania wymogów dotyczących umów z Usługodawcą oraz Dostawcą,
- zamawiający ustanawia obowiązek przedkładania przez Wykonawcę projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawo zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy;
- zamawiający wymaga wprowadzenia solidarnej odpowiedzialności Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawców i dostawców.

Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniom odwołującego, ustawodawca w nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz. U, z 2013 r., poz, 1473) nie nadał zamawiającemu określonych uprawnień odnośnie umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane oraz umów podwykonawczych, których przedmiotem są usługi i dostawy, lecz określił minimalne wymagania, które muszą zostać unormowane przez zamawiającego w umowie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane celem wprowadzenia instrumentów ochrony podwykonawców opisanych w ustawie. A tym samym zamawiający, biorąc pod uwagę własne doświadczenia, uważa, że ma prawo wprowadzać do wzorów umów będących częścią siwz, postanowienia wykraczające poza uregulowania ustawy oraz Kc, mając jednak na uwadze dyspozycje art. 5 Kc.

Zamawiający, działając w interesie publicznym, uważa, że nie może pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca - podwykonawca - dalszy podwykonawca, w tym dotyczących Usługodawców, Dostawców, jak i dalszych Usługodawców i Dostawców, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych, i niezakłóconego ich wykonywania, dlatego też zgodnie z zasadą swobody umów, i uprawnieniem do sporządzania wzoru umowy, wymaga od wykonawcy aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na określonych warunkach.

Zamawiający tworząc Istotne Postanowienia Umowy zawarte w Tomie II siwz, kierował się koniecznością zagwarantowania zamawiającemu wpływu na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa oraz stworzenia systemu gwarancji wypłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom za świadczenia wykonane w procesie realizacji zamówienia publicznego w stopniu wyższym niż zostało to określone w przepisach ustawy. Stworzenie efektywnych instrumentów nadzoru nad

podwykonawstwem służyć miało lepszej ochronie interesów ekonomicznych małych i średnich przedsiębiorstw.

Wychodząc jednak naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, którzy mogą posiadać, a w większości, przed rozpoczęciem realizacji umowy posiadają już zawarte umowy ramowe z Usługodawcami i Dostawcami, zamawiający uwzględnił zarzut odwołującego się w zakresie wymogu uzyskania zgody zamawiającego przed każdorazowym skierowaniem Usługodawcy i Dostawcy do wykonania usług lub dostaw, wskazania wymogów dotyczących umów z Usługodawcą oraz Dostawcą oraz obowiązku przedkładania przez wykonawcę projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawa zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy. Co do zarzutu odwołującego, iż przepisy ustawy nie zawierają normy uprawniającej zamawiającego do określenia, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych Usługodawców i Dostawców za wynagrodzenie należne dalszym Usługodawcom i Dostawcom, jak to uczynił w zaskarżonym postępowaniu zamawiający, a postępowanie zamawiającego należy uznać za sprzeczne z normami ustawy, zamawiający wskazał, że przepisy ustawy odnośnie podwykonawstwa zawierają minimalne wymagania, które zamawiający ma obowiązek zamieścić we wzorze umowy. W związku z powyższym, postanowienia stworzone przez zamawiającego, w jego ocenie nie stanowią próby wykładni rozszerzającej zapisów ustawy oraz nie są próby obejścia jej przepisów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady swobody stron w kształtowaniu postanowień umowy, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lutego 2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 924/14 zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, min. w świetle ustawy treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego i to zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, które może ułożyć według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powyższe potwierdza również wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012r sygn. akt KIO 291/12, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1189/10.

Podobny pogląd prezentuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) gdzie stwierdził, że "Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 [1] k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z

charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na Wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach („„) Wykonawca nie może zatem kwestionować projektu umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla niego.”

Biorąc pod uwagę powyższe orzecznictwo, zamawiający zwrócił uwagę, że przepisy ustawy w ramach zasady swobody umów, przyznają zamawiającemu prawo swobodnego kształtowania postanowień przyszłego stosunku zobowiązaniowego (umowy z wykonawcą, który przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia, (składając ofertę) godzi się realizować przedmiotowe zamówienie w sposób i na zasadach określonych przez zamawiającego), które to postanowienia mogą być postrzegane, jako restrykcyjne dla danego wykonawcy. Jednakże takie wymagania, o ile nie naruszają prawa powszechnie obowiązującego, nie mogą być skutecznie kwestionowane. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 r. KIO 471/15; KIO 472/15 zamawiający zauważył, że „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego doznaje znacznego ograniczenia i, o ile działania zamawiającego nie będą naruszać postanowień przepisów Pzp, to nawet restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych, obciążenie wykonawcy wysokimi karami umownymi, czy też nałożenie na wykonawców szeregu obowiązków nie może prowadzić, zdaniem Izby, do ich arbitralnej zmiany”.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> Kc zamawiający dodatkowo podniósł, że dla uznania, że treść umowy narusza tę zasadę niezbędne jest wykazanie, że sformułowania umowy w sposób obiektywny prowadzą do pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wskazał, w jaki sposób postanowienia siwz prowadzą do pokrzywdzenia wykonawcy, jak również nie wskazuje z jaką zasadą współżycia społecznego przedmiotowe postanowienia są sprzeczne,

Zamawiający zwrócił uwagę na argumentacje w sprawie, podkreślając, że ograniczenia w spornym zakresie mogą wynikać jedynie z przepisów kodeksu cywilnego.

Zdaniem zamawiającego dobrowolne zastosowanie przez zamawiającego standardów solidarnej odpowiedzialności dla usług i dostaw zastrzeżonych dla robót budowlanych, nie może być postrzegane, jako naruszenie przepisów prawa. Zdaniem zamawiającego, Usługodawca, Dostawca, a także dalszy Usługodawca, Dostawca - zgodnie z kompetencją zamawiającego - ma prawo korzystać z analogicznej ochrony, jak podwykonawca robót budowlanych, któremu to tylko wykonawcy ustawa niewątpliwie przyznaje obligatoryjnie ochronę.

Wobec powyżej przedstawionego stanowiska, bezpodstawne, w ocenie zamawiającego, pozostają zarzuty odwołującego.

Również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5 Kc, jakoby określenie postanowień umownych naruszało zasady współzycia społecznego zdaniem zamawiającego jest nadinterpretacją tego przepisu. Przepis artykułu 5 Kc zawiera klauzulę generalną nadużycia prawa podmiotowego i stanowi, iż „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.” Zamawiający podkreślił, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny oceny, czy doszło do nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 kc może dokonać jedynie sąd powszechny. W orzecznictwie utrwaliła się ponadto zasada powściągliwego i ostrożnego wykorzystywania art. 5 k.c. Sąd Najwyższy w niepublikowanym wyroku z dnia 22 listopada 1994 r. 01 CRN 127/94) podkreślił, iż "istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają z jednej strony, ostrożności, a z drugiej bardzo wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego przypadku". Tym samym powoływanie się na ten przepis kc w sytuacji, kiedy wykonawca zmierza do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w wygodny dla siebie sposób nie może być poczytane za naruszenie przez zamawiającego prawa podmiotowego odwołującego, czy też zasad współzycia społecznego."

W ocenie zamawiającego, w kontekście uregulowań umowy, również zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> kc nie został przez odwołującego udowodniony. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób przepis ten został naruszony, zamawiający zachowując postanowienia dotyczące odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, wprowadza odpowiednie postanowienia dotyczące Usługodawców. Dostawców, jak również dalszych Usługodawców i Dostawców.

Ponadto, za odwołującym, należy zauważyć, że solidarna odpowiedzialność może zostać ustanowiona również przez czynność prawną, tym samym zamawiający wymagając wprowadzenia solidarnej odpowiedzialności Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych Usługodawców i Dostawców, nie naruszył przepisów Kc.

Zamawiający wskazał też, że co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców, zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353<sup>1</sup> kc (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współzycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje

o łożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.

Zarzuty naruszenia art. 353<sup>1</sup> oraz 58 Kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy są zatem w ocenie zamawiającego chybione.

Zamawiający wskazał, że wprowadzone w umowie postanowienia służyć mają uregulowaniu w sposób kompleksowy kwestii podwykonawstwa w zakresie zagwarantowania podwykonawcom i dalszym podwykonawcom pełnej i terminowej zapłaty należnego im wynagrodzenia, a tym samym wzmocnienie ochrony słusznych praw podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, uczestniczących w procesie realizacji zamówienia. Uregulowania przewidziane w umowie mają także służyć min.:

- poprawieniu jakości w zamówieniach publicznych poprzez wybór wykonawców mających odpowiedni potencjał (w szczególności podwykonawczy),
- wzmocnieniu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych,
- ograniczeniu ryzyka pojawiania się sporów na linii zamawiający - wykonawca - podwykonawca - dalszy podwykonawca na etapie realizacji zamówień publicznych.

W prawie polskim o istnieniu solidarności bądź o jej braku przesądza ustawa lub wola stron wyrażona w umowie, a nie cechy zobowiązania (art. 369 k.c.). Solidarności nie domniemywa się, lecz musi ona być ustanowiona w ustawie lub w umowie (wyrok SA w Katowicach z dnia 28 lutego 1992 r., I Acr 42/92. OSA 1993, z. 4, poz. 23). Solidarność wynikać może także z odpowiedniego uzgodnienia jej przez strony czynności prawnej, pod warunkiem wszakże spełnienia dwóch przesłanek: istnienia wielości podmiotów po jednej lub obu stronach stosunku prawnego oraz braku wyraźnego zakazu ustawowego zastrzeżenia solidarności. Czynnością prawną, stanowiącą źródło solidarności najczęściej jest umowa, i z tego względu zamawiający w taki a nie inny sposób wprowadził solidarną odpowiedzialność, gdyż zakaz w tym względzie natury ustawowej nie istnieje. Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia, poprzez § 15 ust. 13 IPU, przez zamawiającego wykonawcom zobowiązania do świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 i 475 Kc, zamawiający wskazał co następuje:

Przewidziana ustawą nieważność umowy o świadczenie niemożliwe wyznacza granice swobodzie umów wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać. Jednak przepis art. 387 Kc dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej (lub przedmiotowej), Stan ten cechuje obiektywna niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek (por. wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 217/10, LEX nr 846590}, która jest uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki, Przyczyna niemożliwości świadczenia nie ma wówczas charakteru subiektywnego, wynikającego z braku właściwości po stronie wykonawcy. Za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24.04.2014 r., sygn. akt. I ACa 1622/13 wskazać należy, że świadczenie niemożliwe to takie zachowanie, którego żadna osoba, nie tylko sam dłużnik, nie może

zrealizować. Świadczenie, którego nie zdoła wykonać dłużnik, lecz które może być wykonane przez inną osobę, traktowane jest na gruncie przepisu, jako możliwe i nie może być mowy o niemożliwości świadczenia w rozumieniu normatywnym, zarówno pierwotnej na podstawie art. 387 Kc, jak i następczej, która uregulowana jest w art. 493 § 1 Kc.

W tym miejscu zamawiający zauważył, iż tylko dwaj wykonawcy spośród zadających pytania do SIWZ, wnieśli uwagi i pytania w zakresie jak w odwołaniu. Uważa zatem, że przyjęć więc należy, że według pozostałych zainteresowanych postępowaniem wykonawców postanowienie § 15 ust. 13 umowy możliwe jest do zrealizowania, a tym samym nie może zostać uznane za niemożliwe do spełnienia. Wskazał też należy, że powołanie się na skutki wynikające z art. 475 § 1 Kc jest uzasadnione również tylko wtedy, gdy niemożliwość ma cechy trwałości i zupełności (A. Rembieliński (w:) J. Winiarz, Komentarz, Ł I, 1989, s. 486).

Zamawiający podkreślił również, że ciężar udowodnienia stanu niemożliwości świadczenia, jak i udowodnienia, że przeszkody, które uniemożliwiają wykonanie świadczenia, leżą poza osobą wykonawcy, obciążają wykonawcę,

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem zamawiającego zarzut odnoszący się do naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz ustawy Kc przez określenie, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawcy i dostawcy za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom jest bezzasadny i jako taki winien być oddalony.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Tom II Istotne Postanowienia Umowy oraz zmiany treści siwz dokonane w dniach 1 i 2 września 2015r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że zamawiający w projekcie umowy zawarł następujące postanowienia:

„Zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 5 siwz Tom II Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy -w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, którym mowa w § 5 ust. 1 niniejszej umowy”

W § 15 ust. 3 zamawiający postanowił, że każdorazowe skierowanie Podwykonawcy, Usługodawcy lub Dostawcy do wykonania Robót, usług lub dostaw wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i w związku z tym:

a) Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu (kopię) dokumenty wymagane do akceptacji Podwykonawcy, Usługodawcy lub Dostawcy tj. umowę z Podwykonawcą/Usługodawcą/Dostawcą lub jej projekt, zawierające co najmniej istotne postanowienia umowne, w tym wynagrodzenie wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót/usług/dostaw określonych w umowie lub projekcie oraz wynagrodzeniem, Ponadto Wykonawca zobowiązany jest przedstawić odpis z Krajowego Rejestru Sądowego



lub inny dokument, właściwy dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazujący na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy;

b) Zamawiający podejmie decyzję, wyrażając zgodę lub sprzeciw na zawarcie tejże umowy w formie pisemnej. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia jemu umowy z Podwykonawcą/Usługodawcą/Dostawcą lub jej projektu nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy;

c) W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń (uwag) do umowy lub jej projektu 14-dniowy termin, o którym mowa powyżej liczy się na nowo od dnia przedstawienia poprawionej umowy lub jej projektu;

d) Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą/ Usługodawcą/ Dostawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy lub jej projektu w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy/Usługodawcy/Dostawcy do wykonania Robót/usług/dostaw jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu zawartej umowy z Podwykonawcą o treści zgodnej z zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem umowy.

W ust. 4 § 15 zamawiający wskazał, że do wszelkich zmian do umów między Wykonawcą a Podwykonawcą/Usługodawcą/ Dostawcą stosuje się procedurę określoną w ust.2, nadto zgodnie z ust. 5 nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej stanowi podstawę do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy, Usługodawcy lub Dostawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy, Usługodawcy lub Dostawcy z Placu Budowy.

W ust. 7 § 15 zamawiający postanowił, że jeżeli zatwierdzony przez Zamawiającego zgodnie z Warunkami Kontraktu Podwykonawca, Dostawca lub Usługodawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane Roboty, które zostały odebrane i poświadczony do zapłaty w przejściowym świadectwie płatności przez Inspektora Nadzoru, usługi lub dostawy i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, usług lub dostaw, Zamawiający wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że poświadczony przez Inspektora Nadzoru sumy należne Podwykonawcy za Roboty oraz wynagrodzenie należne, Dostawcy lub Usługodawcy, zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę.

Zgodnie z ust. 12 § 15 Umowa z Podwykonawcą, Usługodawcą i Dostawcą nie może zawierać postanowień:

(a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę/Usługodawcę/Dostawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez Inspektora odbioru wykonanych przez Podwykonawcę

robót, od wystawienia przez Inspektora Nadzoru Przejściowego Świadcstwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę/ Usługodawcę/Dostawcę,

(b) warunkujących Pod wykonawcy/ Usługodawcy/ Dostawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego,

(c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę/dostawcę/usługodawcę jako karę za opóźnienie; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,

(d) nakazujących podwykonawcy/dostawcy/usługodawcy wniesienie zabezpieczenie wykonania lub 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 myśl ust. 13 §15 wykonawca jest zobowiązany w Umowach zawieranych przez niego z Podwykonawcami, Usługodawcami i Dostawcami zawrzeć postanowienia ustanawiające solidarną odpowiedzialność Wykonawcy za wynagrodzenie należne dalszym podwykonawcom, usługodawcom i dostawcom, według zasad określonym w niniejszym paragrafie. Obowiązek ten dotyczy także wszystkich dalszych podwykonawców, usługodawców i dostawców.

Zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 7 zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli Wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z Dokumentacją projektową, STWiORB, wskazaniem Zamawiającego lub niniejszą umową.

W dniu 1 i 2 września 2015r. zamawiający dokonał następujących zmian siwz

W § 15 ust. 2 Tomu II siwz w zdaniu trzecim po słowach „(...) z Zabezpieczenia Wykonania” dodał słowa” lub z wszelkich wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego”

W ust. 3 § 15 zamawiający wykreślił słowa „Usługodawcy lub Dostawcy” oraz słowa „usług lub dostaw” oraz dodał drugi akapit o treści: „Wykonawca jest zobowiązany do zgłoszenia Zamawiającemu wszystkich Dostawców i Usługodawców, Zgłoszenie powinno zawierać nazwę Dostawcy lub Usługodawcy, kopię zawartej umowy, zakres rzeczowy i wartość świadczeń, W przypadku, o którym mowa powyżej, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 6 lub umowa zawiera postanowienia sprzeczne z ust, 12 I ust 13, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go w terminie 14 dni do doprowadzenia do zmiany tej umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.” Natomiast w dniu 2 września 2015r. zamawiający ponownie zmodyfikował ust. 3 § 15 w dodanym akapicie 2 wykreślając „ust. 12”.

W §15 ust. 4 zamawiający nadał mu nową treść: „Powyższą procedurę określoną w ust. 3 stosuje się również do wszelkich zmian umów o podwykonawstwo”

Z § 15 ust. 5 zamawiający usunął słowa „Usługodawcy lub Dostawcy”.

W §15 ust 7 zamawiający zmienił słowa „Warunkami Kontraktu” na „Umową”, po słowie „Podwykonawca” dodał słowa „bądź zgłoszony”, usunął słowo „fakturowanych” i dodał „oraz przedłoży faktury VAT na niniejsze roboty budowlane, usługi lub dostawy, których termin płatności już minął, to”

W §15 ust. 8 zamawiający zastąpił postanowienie „Jeżeli po wezwaniu, o którym mowa w ust. 6 dot. podwykonawcy robót” zastąpił sformułowanie „Jeżeli po takim wezwaniu” oraz dodał trzecie zdanie w tym ustępie o treści „Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 Kodeksu cywilnego, będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego.”

W §15 ust. 9 zamawiający zastąpił dotychczasową treść postanowieniem „

Strony zgodnie oświadczają, że jeżeli po wezwaniu przez Inspektora w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców lub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę to: j

(i) Zamawiający może dokonać spłaty należności Wykonawcy wobec Dostawcy lub Usługodawcy i jest uprawniony potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego;

(ii) Zamawiający może dokonać spłaty należności Wykonawcy wobec Dostawcy lub Usługodawcy z kwot pozyskanych z Zabezpieczenia Wykonania.

Zapłata na rzecz Dostawcy lub Usługodawcy zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między Wykonawcą a Zamawiającym.

W §15 ust. 12 zamawiający wykreślił słowa „Usługodawcą i Dostawcą” oraz „Usługodawcę(y)/Dostawcę(y)”

W §14 ust 1 pkt 12) zamawiający zastąpił znak „/” przecinkiem oraz zastąpił słowa „ zgodnie z §15” słowami „oraz w zakresie określonym w § 15 ust. 12 i 13 umowy”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymogów formalnych określonych w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych określonych w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie zostało wykazane, że zgłoszone przystąpienie pochodzi od wykonawcy. Przystąpienie zostało podpisane przez E. T. – D., dla

której nie wykazano, że jest wykonawcą, mającym interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, ani że posiada uprawnienie do reprezentowania firmy Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, a umocowanie jej do działania nie wynika z przedłożonego odpisu z KRS. W tym stanie rzeczy nie została spełniona przesłanka dopuszczalności zgłoszenia przystąpienia, tj. wniesienia go przez wykonawcę.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby wbrew stanowisku zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż wskazał na trudności, w jego ocenie nie do przewyciężenia, związane z wprowadzeniem do umów podwykonawczy i dalszych umów podwykonawczych wymogu solidarnej odpowiedzialności wykonawcy z podwykonawcą za wynagrodzenie należne dalszemu podwykonawcy i analogicznego wymogu dotyczącego umów pomiędzy podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami. W ocenie Izby interes w uzyskaniu zamówienia nie jest wyłącznie interesem prawnym, może to być także interes faktyczny czy ekonomiczny i w tych kategoriach Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż podnosząc zarzuty niezgodności określonych przez zamawiającego zasad zawierania umów z dalszymi podwykonawcami z przepisami ustawy wskazał na to, że złożenie przez niego oferty z powodu niemożności zrealizowania tych zasad nie będzie możliwe, a w konsekwencji, choć jest wykonawcą zdolnym do realizacji przedmiotowego zamówienia nie będzie mógł się o nie ubiegać, ani go uzyskać, względnie skalkulować ryzyka związanego z przedstawieniem zamawiającemu kopii umowy z podwykonawcą i dalszym podwykonawcą nie zawierającego wymogu dotyczącego solidarnej odpowiedzialności wykonawcy z podwykonawcą i podwykonawcy z dalszym podwykonawcą za wynagrodzenie należne dalszym podwykonawcom. Bezsporne było pomiędzy stronami, że żaden przepis ustawy, ani kodeksu cywilnego nie ustanawia tak określonej solidarnej odpowiedzialności, gdyż nawet przepis art. 647<sup>1</sup> kc § 5 który dotyczy odpowiedzialności inwestora i wykonawcy oraz zawierającego umowę z podwykonawcą ma zastosowanie wyłącznie do umów o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 kc, które w sposób węższy definiują umowę o roboty budowlane niż ustawa definiuje roboty budowlane na potrzeby zamówień publicznych w art. 2 pkt 8 ustawy. Nadto obie strony nie kwestionowały, że ani z przepisów ustawy, ani kodeksu cywilnego nie wynika ustawowa solidarna odpowiedzialność wykonawcy i dostawcy/usługodawcy za wynagrodzenie

poddostawcy/podusługodawcy. Tym samym w ocenie Izby akceptacja wymagań zamawiającego potencjalnie może stawiać wykonawcę na słabszej pozycji kontraktowej z dostawcą/usługodawcą, jeśli będzie on musiał deklorować solidarną odpowiedzialność za wynagrodzenie dalszych poddostawców/podusługodawców, co z kolei w ocenie Izby może usprawiedliwiać interes przede wszystkim ekonomiczny w dążeniu do wyeliminowania takich postanowień. W tym zakresie Izba uznała także, że nie jest zasadna argumentacja zamawiającego o niewykazaniu przez odwołującego możliwości poniesienia szkody, gdyż nie mogąc złożyć oferty lub należycie jej skalkulować odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki mógłby osiągnąć, gdyby wziął udział w postępowaniu i uzyskał zamówienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy); art. 143b ust. 1, 3, 4, 6 ustawy oraz art 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego („Kc”); art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 387 Kc oraz 58 Kc, 387 Kc i 475 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie w siwz, że: każdorazowe skierowanie Usługodawcy lub Dostawcy do wykonywania usług lub dostaw wymaga uprzedniej, pisemnej zgody zamawiającego wobec tego wskazanie wymogów dotyczących umów z Usługodawcą i Dostawcą, obowiązek przedkładania projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawo zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy oraz określenie, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawcy i dostawcy za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom.

Zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie jednak podlega oddaleniu z mocy art. 192 ust. 2 ustawy.

Izba orzekła w oparciu o następujące ramy prawne :

Art. 2 ust. 9 b zawierający definicję umowy o podwykonawstwo i stanowiący, że przez umowę o podwykonawstwo – należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Na podstawie tego przepisu Izba ustaliła, że niezależnie od przedmiotu umowy o podwykonawstwo ustawodawca definiuje jako strony takiej umowy wykonawcę i inny podmiot nazwany przez ustawodawcę podwykonawcą, oznacza to, że na gruncie ustawy podwykonawcą jest zarówno strona umowy, której przedmiotem są roboty budowlanej, usługi czy dostawy. W konsekwencji posłużeń się wyłącznie sformułowaniem ustawowym „podwykonawca” nie daje możliwości ustalenia o umowę z jakim zakresem przedmiotowym chodzi. Izba wzięła także ustalony po wyżej stan faktyczny pod uwagę i stwierdziła, że zarówno w pierwotnym jak i zmienionym Tomie II w kwestionowanym przez odwołującego § 15 zamawiający poza pojęciem podwykonawca posługuje się pojęciem dostawca i usługodawca i konsekwentnie wskazuje na przedmioty umów, z którymi wiąże te pojęcia posługując się np. sformułowaniem „za wykonanie Robót/Usług/Dostaw” i jest w tym zakresie niesprzeczny w całym kwestionowanym przez odwołującego § 15. Bardzo precyzyjne rozróżnienie tych pojęć wynika z nadanego zmianą siwz z dnia 1 września 2015r. w zakresie § 15 ust. 3, gdzie zamawiający wyraźnie rozdziela obowiązki wykonawcy w przypadku posługiwania się przez niego podwykonawcą w zakresie wykonywanych robót, o czym stanowi akapit pierwszy tego ustępu oraz obowiązku wykonawcy w przypadku posługiwania się przez niego usługodawcą/dostawcą, o czym stanowi akapit drugi. W ocenie Izby zatem, wbrew stanowisku odwołującego, na gruncie kwestionowanych przez odwołującego postanowień wzoru umowy, należy uznać, że zamawiający nie posługuje się ustawowym pojęciem podwykonawcy, ale pojęcie przeddefiniowuje ograniczając do wykonawcy robót budowlanych, natomiast wprowadza pojęcia nieznane ustawie pzp, ale występujące i zdefiniowane na gruncie ustawy Kodeks cywilny czy pojęcia dostawcy i usługodawcy łącząc je każdorazowo z dostawą lub usługą. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że niezasadne było żądanie odwołującego nakazania zamawiającemu doprecyzowania, że przedmiotowe przepisy § 15 ust. 3, 4, 12 Tomu II siwz dotyczą „umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane”.

W zakresie zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez określenie w siwz, że: każdorazowe skierowanie Usługodawcy lub Dostawcy do wykonywania usług lub dostaw wymaga uprzedniej, pisemnej zgody zamawiającego wobec tego wskazanie wymogów dotyczących umów z Usługodawcą i Dostawcą, obowiązku przedkładania projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawo zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy, Izba ustaliła następujący stan prawny:

Z treści art. 36 ust. 1 ustawy wynika, że siwz zawiera co najmniej:

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;

Zaś w ust. 2 art. 36 ustawy ustawodawca wskazał, że w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:

11) w przypadku zamówień na roboty budowlane:

- a) wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania,
- b) informacje o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu, jeżeli zamawiający określa takie informacje.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że ten zarzut i związane z nim żądanie zostały przez zamawiającego uwzględnione i, że w toku postępowania odwoławczego zamawiający dokonał dwukrotnie zmiany treści siwz doprecyzowując i zmieniając swoje wymagania dotyczące obowiązków związanych z umowami o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane i obowiązków związanych z umowami o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi. W wyniku tejże modyfikacji treści siwz uległ zmianie § 15 ust. 3 i przez wprowadzenie dwóch różnych akapitów zamawiający rozróżnił obowiązki wykonawcy związane z umowami o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane – akapit 1 i obowiązki wykonawcy związane z umowami o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi – akapit 2. Z treścią tak zmienionego ust. 3 skorelował brzmienie ust. 4, zaś w ust. 5 usunął słowa „Dostawca”, „Usługodawca”, w ust. 7 słowa „Dostawca” „Usługodawca” poprzedził słowem „zgłoszonych” oraz wyraźnie wskazał na faktury związane z realizacją robót/dostaw/usług, przy czym w ocenie Izby dodanie słowa „zgłoszonych” powoduje, że postanowienia tego ustępu korespondują z obowiązkami wykonawcy wynikającymi z akapitu 2 ust.3 § 15. W ust. 12 tego paragrafu zamawiający usunął słowa „Dostawcy” „Usługodawcy”, co było zgodne z żądaniem odwołującego.

Izba oceniając ten stan faktyczny i prawny oraz fakt, że zamawiający oświadczył, iż w tym zakresie zarzut uwzględnia, stwierdziła, że przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego, ani pominięcia rozpoznania i orzeczenia o zarzutach, które odwołujący postawił i cały czas popiera. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutu nie ma

zastosowania norma art. 186 ust. 2 pkt 2 ustawy zobowiązująca zamawiającego do zadośćuczynienia żądaniom odwołującego i wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności. Zatem nie można nadać oświadczeniu zamawiającego innego znaczenia procesowego jak opisane w art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy tj. jako przyznanie przez zamawiającego faktów, które legły u podstaw złożonego przez zamawiającego oświadczenia i konsekwencji znaczenia takiego przyznania dla postępowania dowodowego. Oświadczenie o częściowym uwzględnieniu odwołania nie przekłada się jednak na treść rozstrzygnięcia przez Izbę i wymaga oceny podniesionego zarzutu w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w tym przyznania zamawiającego, pod warunkiem, że nie budzi ono wątpliwości Izby, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Tym samym Izba zbadała czy na gruncie ustawy zamawiający miał prawo wymagać od wykonawców, aby każdorazowe skierowanie Usługodawcy lub Dostawcy do wykonywania usług lub dostaw wymagało uprzedniej, pisemnej zgody zamawiającego, wobec tego wskazania wymogów dotyczących umów z Usługodawcą i Dostawcą, obowiązku przedkładania projektów umów z Usługodawcami i Dostawcami, prawa zamawiającego zgłaszania zastrzeżeń (uwag) i sprzeciwu do umów z Usługodawcami i Dostawcami wraz z sankcją usunięcia Usługodawcy i Dostawcy. Na potrzeby rozstrzygnięcia tego aspektu Izba ustaliła następujący stan prawny:

W art. 143 a ust. 1 ustawy ustawodawca postanowił, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach – warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;

2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych – zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

W ust. 2 tegoż przepisu ustawodawca wskazał, że w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

- 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,
- 2) udzielenie kolejnej zaliczki



– w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Natomiast ust. 3 stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający może wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Przepisy te w ocenie Izby przez odesłanie do art. 143 c ust. 1 wyraźnie dotyczą umów o podwykonawstwo tak w przedmiocie robót budowlanych, dostaw jak i usług i stanowią o obowiązkach zamawiającego związanych z zamówieniami publicznymi na roboty budowlane, których termin realizacji jest dłuższy niż 12 miesięcy oraz zakazu wypłaty wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz zaliczek w sytuacji nie przedstawienia przez wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych.

Przepis art. 143 b ust. 1 ustawy dotyczy wprost umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane i obowiązku wykonawcy przedkładania zamawiającemu projektów takich umów. Ustęp 2 tegoż artykułu odnosi się zarówno do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane jak i umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi i wskazuje na maksymalny 30 dniowy termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Przepis art. 143 ust. 3 ustawy dotyczy wyłącznie umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i określa obowiązek zamawiającego zgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, jeśli nie spełnia ona wymagań określonych w siwz lub przewiduje inny termin zapłaty niż wynikający z ust. 2. Również ust. 4 tegoż artykułu odnosi się wyłącznie do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i reguluje skutki prawne związane z niezgłoszeniem przez zamawiającego pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo. Także ust. 5 art. 143b *expressis verbis* dotyczy umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i określa obowiązki wykonawcy, podwykonawcy, dalszego podwykonawcy dotyczące zawartej umowy o podwykonawstwo oraz wskazuje jednoznaczny termin. Z brzmienia art. 143b ust. 6 również wynika, że ma on zastosowanie tylko do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i określa obowiązki zamawiającego związane przedstawioną kopią umowy o podwykonawstwo, a ust. 7 określa skutki prawne nie wypełnienia obowiązków z ust. 6 w określonym terminie.

Natomiast ust. 8 odnosi się do wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi i konstruuje obowiązek po stronie tych podmiotów do przedkładania zamawiającemu poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo. Przepis ten określa termin w jakim takie kopie mają być składane oraz przewiduje ustawowy wyjątek od

obowiązku przedstawiania poświadczonych kopii umów dając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do dalszego doprecyzowania tegoż wyjątku. Art. 143b ust. 9 ustawy dotyczy umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi i wskazuje na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy, jeżeli określony w umowie o podwykonawstwo termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy jest dłuższy niż 30 dni. Ustęp 10 art. 143 b ustawy dotyczy zasad postępowania przez wykonawców, podwykonawców, dalszych podwykonawców i zamawiającego w przypadku zmian tak umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi jak i umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane.

Przepis art. 143 c dotyczy zarówno umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi jak i umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i określa warunki bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane. Przepis ten wskazuje na zakres wynagrodzenia podlegającego wypłacie, momentu, od którego powstają roszczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców, a także obowiązków zamawiającego związanych z ustaleniem istnienia wymagalnego wynagrodzenia i zasadności wypłaty oraz sposobów dokonania tej wypłaty. W ust. 7 art. 143c został określony szczególny przypadek odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego zastrzeżony dla zamawiającego, który ściśle jest związany z ilością bezpośrednich wypłat lub ich wysokością.

Przepis art. 143c ust. 8 ustawy określa charakter norm art. 143a – 143d ustawy do przepisów art. 647<sup>1</sup>kc.

W ocenie Izby zatem powyższe przepisy określają procedurę postępowania przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane w sytuacji korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa w zakresie ustalania kręgu podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz procedurę bezpośredniej wypłaty przez zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom w przypadku, gdy od zapłaty tego wynagrodzenia uchyla się wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca. Ustawodawca wyraźnie zróznicował zarówno sposób postępowania zamawiającego z projektami i kopiami umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane od sposobu postępowania zamawiającego z kopiami umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi.

Zamawiający może zgłaszać zastrzeżenia i sprzeciwy do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, jeśli nie spełniają one wymagań określonych w siwz oraz przewidują dłuższy niż 30 dni termin zapłaty wynagrodzenia, natomiast dla umów o

podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi taka informacja i żądanie zmiany zamawiającemu przysługuje jedynie jeśli umowy przewidują dłuższy niż 30 dniowy termin zapłaty. Zgodnie z art. 143 d ust. 1 pkt 7 sankcją za naruszenie przez wykonawcę obowiązków wynikających z art. 143 b jest obowiązek zapłaty kary umownej.

W świetle powyższych rozważań Izba stoi na stanowisku, że powyższe przepisy w sposób jednoznaczny i całościowy regulują podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo oraz sankcji jaka może dotknąć wykonawcę z powodu nie dochowania procedury. W ocenie Izby zatem niedopuszczalne jest uregulowanie obowiązków wykonawców, podwykonawców, dalszych podwykonawców związanych ze zgłaszaniem umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, w sposób odmienny niż określony w art. 143 b ust. 8 -10, tym samym zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny i przyznanie, przez niego dokonane, odpowiada prawu. Tym samym zarzut został udowodniony. W tym miejscu Izba wzięła jednak pod uwagę normę art. 192 ust. 2 ustawy, które nie pozwala Izbie na uwzględnienie odwołania, w przypadku stwierdzenia naruszenia, które nie ma wpływu lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Bezsporne jest, że zamawiający dokonał zmiany postanowień siwz w dniach 1 i 2 września 2015r. i Izba oceniła te zmiany jako zgodne z normą art. 143b ustawy. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy środkiem zabezpieczającym jaki ustawodawca wprowadził do ustawy jest zakaz zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oznacza to, że zamawiający może dokonywać innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z kolei art. 191 ust. 2 ustawy nakazuje Izbie brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem Izba nie może pominąć okoliczności, że sporna pomiędzy stronami treść siwz już nie istnieje. W takiej sytuacji należy w ocenie Izby przyjąć, że nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do postanowień siwz nieistniejących i niewywierających skutków prawnych, nie mogłoby być uznane za wywierające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę mimo potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego art. 143 lit. b ustawy odwołanie należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy przez określenie, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawcy i dostawcy za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom, Izba ustaliła następujący stan prawny:

Przepis art. 29 ust 1 ustawy stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z powoływanym już wyżej przepisem art. 36 ust. 1 ustawy siwz zawiera co najmniej:

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;

Zaś zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu, w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, siwz zawiera również:

11) w przypadku zamówień na roboty budowlane:

- a) wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania,
- b) informacje o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu, jeżeli zamawiający określa takie informacje.

Natomiast elementy obligatoryjne umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem są roboty budowlane w zakresie umów podwykonawczych reguluje art. 143d ust. 1 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie o roboty budowlane następujących postanowień:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
- 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

- 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
- 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;
- 7) wysokości kar umownych, z tytułu:
  - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
  - b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
  - c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
  - d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

W ocenie Izby z zestawienia powyższych przepisów wynika prawo zamawiającego do określenia zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Istnienie tego prawa potwierdza także lektura uzasadnienia do projektu nowelizacji ustawy, który wprowadził przepisy o podwykonawstwie. Dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie ma znaczenie poniższy fragment uzasadnienia :

„Proponowane rozwiązania w sposób kompleksowy powinny przyczynić się do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych. Pomimo tego, że kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów, stosunki te i sposób ich uregulowania mają zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, a więc odnoszą się do sfery publiczno-prawnej uregulowanej w ustawie pzp. Stąd też, zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.”

Prawo do ingerowania przez zamawiającego w treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa potwierdza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona w Informatorze UZP nr 2-3/2014 w publikacji pod tytułem „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa - nowelizacja ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473)”, w której wyrażono następującą opinię

„7. Czy w umowie o roboty budowlane zawieranej z wykonawcą mogą być regulowane zasady zawierania umów o podwykonawstwo (art. 143d ust. 1 ustawy Pzp)?

Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.

Norma z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp stanowi w powyższym zakresie na gruncie ustawy Pzp odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego. Wskazany przepis nie ma natomiast zastosowania do treści umów o roboty budowlane, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp. Brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.”

W ocenie Izby oba zaprezentowane powyżej stanowiska potwierdzają wyraźną treść ustawy, która pozwala zamawiającemu określić zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Ustawa nie precyzuje rodzaju tych zasad pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającego. Przepis art. 143d ust. 1 pkt 6 nie precyzuje także, że dotyczy wyłącznie konkretnego rodzaju umów o podwykonawstwo np. tylko umów o podwykonawstwo, którego przedmiotem są roboty budowlane, tym samym w ocenie Izby należy go wyłożyć jako uprawniający zamawiającego także do określenia zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami, których przedmiotem są dostawy lub usługi, gdyż jak słusznie zauważył to odwołujący, gdzie ustawodawca ma wolę odrębnego regulowania umów o podwykonawstwa, których przedmiotem są roboty budowlane, od umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, dokonuje jednoznacznego rozróżnienia. Przy czym określenie tych zasad w odniesieniu do umów o podwykonawstwo, którego przedmiotem są dostawy lub usługi, w ocenie Izby nie daje zamawiającemu prawa do zgłoszenia zastrzeżeń do treści zgłoszonej zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo i żądania zmiany tej treści, brak zmiany nie może być także obwarowany karą umowną, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy. Natomiast w ocenie Izby nie ma na gruncie ustawy przeszkód, aby zamawiający zawarł swoje wymagania, co do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi i zastosowanie się do nich przez wykonawcę następnie oceniał przez pryzmat niewykonania czy nienależytego wykonania umowy. Jednakże w ocenie Izby z uwagi na treść art. 143b ust. 8-10 i art. 143 c ustawy brak jest podstaw dla wywiedzenia uprawnienia zamawiającego do

odmowy wypłaty podwykonawcy czy dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy zawarta umowa o podwykonawstwo nie dostosowuje się do wymagań zamawiającego, nie może być to także podstawa do odstąpienia od umowy przez zamawiającego na podstawie art. 143c ust. 2 ustawy. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że określenie przez zamawiającego w ust. 13 §15 Tomu II do siwz, że w umowach z Usługodawcami i Dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność Wykonawcy, Usługodawcy i Dostawcy, oraz dalszych usługodawcy i dostawcy za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom nie narusza przepisów ustawy, w szczególności mieści się w dyspozycji art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy.

Co do zarzutów związanych z przekroczeniem granic swobody kontraktowania oraz żądaniem przez zamawiającego zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, to Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego wyrażone na rozprawie i jednocześnie wyraża pogląd, że na gruncie ustawy zasada swobody kontraktowania doznaje ograniczeń. W tym zakresie w całości Izba podziela i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 7 października 2013r, sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13. Co do pierwotnej niemożliwości świadczenia Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego, że odwołujący poza twierdzeniami nie przedstawił na tę okoliczność jakichkolwiek dowodów. Nadto Izba dostrzega, że zamawiający oczekując wprowadzenia takich postanowień do umów z podwykonawcami uzyskuje możliwość ograniczenia kierowanych wobec niego roszczeń, gdyż sam będąc zobowiązany z mocy ustawy do zapłaty rozszerza krąg podmiotów, od których dalszy podwykonawca może domagać się zapłaty o wykonawcę, tym samym nie można uznać, że takie wymaganie nie służy zabezpieczeniu interesu zamawiającego. W ocenie Izby nie można także pominąć faktu, że solidarna odpowiedzialność może być ustanawiana przez czynność prawną, zatem oczekiwanie zamawiającego, że wykonawca podejmie taką prawnie dopuszczalną czynność, nie może być uznane za obejście prawa. Natomiast odwołujący nie wykazał z jakimi zasadami współżycia społecznego wymaganie zamawiającego jest sprzeczne. Również z tego względu odwołanie należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci

uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów postępowania tj. kosztów zastępstwa prawnego, w wysokości udowodnionej przedłożoną fakturą..

**Przewodniczący:** .....