

Sygn. akt XXIII Zs 7/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 kwietnia 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sylwia Paschke

Protokolant: protokolant Dominika Borden

po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego:

z udziałem zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

oraz z udziałem wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

ze skargi zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3267/21

orzeka:

I. oddala skargę,

II. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. 12 500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

Sygn. akt XXIII Zs 7/22

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 26 listopada 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako: KIO, Izba) w pkt 1 - umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.1. petitum odwołania w zakresie w jakim zarzut ten dotyczy zakazu dalszego podwykonawstwa, wobec wycofania zarzutu w tym zakresie oraz umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w punkcie I.2. petitum odwołania wobec jego wycofania w całości; w pkt 2. - uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu wykreślenie §16 ust. 5, 6, 7, i 8 Projektowanych postanowień umowy (TOM II Rozdział 1 SWZ); w pkt 3. - kosztami postępowania odwoławczego obciążyła zamawiającego i:

3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 zł stanowiącą poniesione przez zamawiającego i odwołującego koszty z tytułu zastępstwa przed Izba.

3.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 zł z tytułu uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izba.

W uzasadnieniu KIO wskazała, że zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez (...) Oddział w W., w podziale na 3 Części.”, nr postępowania: (...). Przedmiotowe odwołanie dotyczy Części nr 2 Rejon w P.. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...) z dnia 26 października 2021 r.

W dniu 5 listopada 2021 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej jako: (...) lub „odwołujący”) wniosła odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na ukształtowaniu w sposób niezgodny z ustawą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym treści projektu umowy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

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

2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c., art. 7 pkt 27 oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach przyszłej umowy na usługi zakazu dalszego podwykonawstwa, w sytuacji gdy:

- umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest umową o podwykonawstwo tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane, natomiast w przypadku zamówień na dostawy i usługi umowy takie nie są umowami o podwykonawstwo i pozostają poza uregulowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wyłącza możliwość ingerowania Zamawiającego w możliwość zawierania tego rodzaju umów,
- zakaz dalszego podwykonawstwa prowadzi w praktyce do uniemożliwienia podwykonawcy nabywania towarów, części lub materiałów niezbędnych do wykonania powierzonej części zamówienia, co jest ograniczeniem nadmiernym i nieadekwatnym z punktu widzenia celu realizacji zamówienia;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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

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

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 listopada 2021 roku Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje:

Izba wskazała, że uregulowania wprowadzone przez zamawiającego do wzoru umowy stanowią przekroczenie zasady swobody umów, powodują bowiem ingerencję zamawiającego w stosunek prawny, którego nie jest on stroną (podwykonawstwo i dalsze podwykonawstwo) i który go bezpośrednio nie dotyczy. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał przy tym, aby występowała jedna z przesłanek ograniczająca swobodę umów, tj. aby ingerencja taka była usprawiedliwiona naturą stosunku prawnego, zasadami współżycia społecznego, czy bezwzględnie obowiązującymi przepisami. W szczególności w ocenie Izby nie zostało wykazane aby taką ingerencję usprawiedliwiała solidarna

odpowiedzialność, na której istnienie powołuje się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz co zostało też podtrzymane na rozprawie. Izba podkreśliła, że sam zamawiający w tym zakresie ogólnie wskazuje na brzmienie §16 nie przywołując przy tym konkretnego postanowienia, w treści którego taka odpowiedzialność byłaby wprost przesądzona. Natomiast jak jednolicie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie solidarna odpowiedzialność powinna wynikać z treści przepisu bądź z treści czynności prawnej, a nie pozostawać w sferze domniemania. W ocenie Izby odpowiedzialność ta nie wynika z żadnego postanowienia zaskarżonego § 16.

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

W taki sposób w ocenie Izby, interpretować należy również przywołany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1381/21. Zamawiający powołał tylko fragment tego orzeczenia, pomijając, że Izba w jego treści wskazała, że „Z zestawienia norm przywołanego przepisu oraz art. 464 Pzp wynika, że ustawodawca zwrócił szczególną uwagę na umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, jednak ustalił pewne standardy w odniesieniu do wszystkich umów podwykonawczych niezależnie od ich przedmiotu”. Izba w składzie orzekającym przychyliła się do tego poglądu. W przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca w sposób ścisły określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając go do kar umownych i zapłaty wynagrodzenia. Zatem w tym przypadku ograniczenie swobody umów, w tym zakres tego ograniczenia, wynika wprost z przepisu ustawy.

Izba wskazała, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możemy mieć do czynienia z umową o charakterze mieszanym, obejmującą wykonanie usług i mogącą obejmować realizację prac z elementami, które można uznać za prace budowlane o różnym stopniu skomplikowania. Tym niemniej z uwagi na przeważającą wartość usług, do postępowania, a tym samym do wzoru umowy stosuje się regulacje prawa dotyczące usług. Izba nie przeczy, że w celu należytej realizacji zobowiązania umownego może dojść do realizacji pewnych elementów robót budowlanych ale jednocześnie podkreślić należy, że Zamawiający we wzorze umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia nie dokonał ścisłego wyodrębnienia i podziału na roboty i usługi. Umowa przyjęła jednolitą formę, bez względu na charakter prac. Izba podkreśliła, że sam zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że „(...) Odwołujący będzie (co najmniej potencjalnie) zawierał umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane”. W ocenie Izby źródłem uprawnienia do ingerencji w treść tych umów, jaką przyznaje sobie zamawiający jest jedynie potencjalna możliwość ich zawarcia, przy jednoczesnym braku wyraźnego rozróżnienia tej kwestii w treści zaskarżonych projektowanych postanowień umowy.

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

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

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit a) i b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego, jako stronę przegrywającą.

Skargę na powyższe orzeczenie wniósł zamawiający zaskarżając je w części tj. w zakresie części pkt 2 i pkt 3. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

1. przepisów postępowania, tj.:

a) art. 505 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że przeciwnik skargi posiada interes we wniesieniu odwołania, gdy w rzeczywistości przeciwnik skargi, co wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie poniósł i nie może ponieść żadnej szkody z tytułu sformułowania § 16 Projektowanych postanowień umowy (dalej jako PPU) w sposób określony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, i to nawet wówczas gdyby uznać, że zaskarżone przez przeciwnika Skargi, w odwołaniu do KIO, postanowienia § 16 PPU naruszają przepisy Pzp. Wymogi określone w § 16 PPU bowiem w żaden sposób nie ingerują w prawa majątkowe wykonawcy i z tego tytułu wykonawca nie może ponieść żadnej szkody. Wymogi te mają jedynie na celu zapobieżeniu przypadkom, w którym stosunki w relacji wykonawca - podwykonawca są ukształtowane w sposób sprzeczny z normami ogólnymi prawa cywilnego wynikającymi m.in. z art. 5 k.c., art. 353(1) k.c. oraz art. 354 k.c.,

b) art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie przez Izbę zasady swobodnej oceny dowodów tj. zasad logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego i uznania za nieistniejącą w momencie orzekania treść § 16 PPU wskazaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, co w konsekwencji spowodowało naruszenie, także obowiązku orzekania przez Izbę na podstawie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania,

c) art. 542 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie przez Izbę zasady swobodnej oceny dowodów tj. zasad logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego i uznania, że umowa zawierana przez Zamawiającego z Przeciwnikiem Skargi ma jednolity charakter umowy o świadczenie usług, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz interpretacji SWZ powinna prowadzić do jedynego możliwego wniosku, iż umowa ta ma charakter mieszany i znaczna część jej przedmiotu to roboty budowlane,

d) art. 552 ust. 1 Pzp poprzez wydanie wyroku na podstawie brzmienia § 16 PPU obowiązującego w dniu wniesienia odwołania pomimo, tego że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zmienił treść § 16 PPU, co skutkowało zresztą cofnięciem przez przeciwnika skargi odwołania w zakresie zarzutu nr 1.2 oraz zarzutu nr 1.1 (w zakresie w jakim zarzut ten dotyczył zakazu dalszego podwykonawstwa) i umorzeniem przez Izbę postępowania odwoławczego - w części wskazanej w pkt 1 wyroku Izby,

e) art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niezastosowanie tego przepisu, w sytuacji w której ocena zebranego materiału dowodowego w sprawie powinna skutkować oddaleniem odwołania z uwagi na fakt, że nawet gdyby zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez określenie § 16 PPU o treści wskazanej w odpowiedzi na odwołanie, to i tak to rzekome naruszenie nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie,

f) art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że § 16 PPU o treści wskazanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie narusza przepisy Pzp, gdy w rzeczywistości przedmiotowe postanowienie PPU nie tylko nie narusza żadnego przepisu Pzp, ale ponadto jest zgodne z podstawowymi zasadami prawa cywilnego, a także podstawowymi zasadami porządku prawnego RP,

g) art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c Pzp poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu usunięcie postanowień umowy - ust. 5-8 § 16 PPU, które nie tylko nie naruszają żadnego przepisu Pzp, ale ponadto są zgodne z podstawowymi zasadami prawa cywilnego, a także podstawowymi zasadami porządku prawnego RP;

2. przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 463 Pzp poprzez jego błędną interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że przepis ten umożliwi zamawiającemu uregulowanie w umowie z wykonawcą - w zakresie umów podwykonawczych - jedynie kwestii kar umownych oraz warunków zapłaty wynagrodzenia, gdy w rzeczywistości przepis ten w powyższym zakresie jedynie nakłada na zamawiającego określony w nim obowiązek, nie wyłączając przy tym uprawnienia do bardziej szczegółowego unormowania w umowie z wykonawcą kwestii dot. postanowień umów podwykonawczych,

b) art. 464 Pzp poprzez jego błędną interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że skoro przepis ten odnosi się do umów o roboty budowlane, to wyłącza jednocześnie możliwość uregulowania, w sposób zgodny z podstawowymi zasadami prawa cywilnego, umów z podwykonawcami w ramach pozostałych rodzajów umów zawieranych przez zamawiającego z wykonawcami (usługi i dostawy), gdy w rzeczywistości przepis ten nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do ukształtowania w umowie z wykonawcą kwestii umów podwykonawczych w sposób określony w § 16 PPU, tj. zgodnie z zasadami dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej,

c) art. 353(1) k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że skarżący formułując postanowienie § 16 PPU naruszył zasadę swobody umów, pomimo tego, że prawidłowo ustalony stan faktyczny w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, że to zarzuty przeciwnika skargi sformułowane w odwołaniu, a w konsekwencji i wyrok Izby narusza zasadę swobody umów w relacji Zamawiający - Wykonawca,

d) art. 5 k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uwzględnienie odwołania pomimo tego, że § 16 PPU o treści wskazanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest zgodny z zasadami sprawiedliwości, dobrych obyczajów oraz uczciwości kupieckiej,

e) art. 354 k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uwzględnienie odwołania pomimo tego, że § 16 PPU o treści wskazanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest zgodny z zasadami sprawiedliwości, dobrych obyczajów oraz uczciwości kupieckiej, a także ustalonymi zwyczajami w zakresie umów na kompleksowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez zamawiającego,

f) art. 369 k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że skarżący nie jest uprawniony do wprowadzenia lub rozszerzenia, w drodze czynności prawnej, odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom za wykonane przez nich prace na rzecz wykonawcy, pomimo tego, że uprawnienie takie wprost wynika z tego przepisu. Skutkiem zaś zastosowania przez zamawiającego możliwości przewidzianej przez art. 369 k.c. musi być możliwość weryfikacji przez niego umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami, tak aby relacje na linii wykonawca - podwykonawca były zgodne z podstawowymi zasadami prawa cywilnego, ograniczającymi m.in. możliwość niewypłacania przez wykonawcę należnego podwykonawcom wynagrodzenia wskutek m.in. naliczania wygórowanych kar umownych lub nakładania dodatkowych obowiązków bez uiszczenia z tego tytułu należnego wynagrodzenia,

g) art. 647(1) k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że nie ma on zastosowania w przedmiotowej sprawie, pomimo tego, że charakter umowy będącej przedmiotem niniejszej sprawy (umowa mieszana dot. usług i robót budowlanych) skutkuje koniecznością stosowania tego przepisu w odniesieniu do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane;

3. art. 2 Konstytucji RP, tj. wynikającymi z tego przepisu podstawowymi zasadami porządku prawnego RP, w tym przede wszystkim zasadę sprawiedliwości oraz zasadę pacta sunt servanda poprzez pozbawienie Zamawiającego możliwości ochrony słusznego interesu podwykonawców, tj. wprowadzenia do umów z wykonawcą wymogów dot. umów podwykonawczych, które nie ingerują 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. 353(1) k.c. oraz art. 354 k.c.

Mając powyższe na względzie skarżący wniósł o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części i oddalenie odwołania w tym zakresie; obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu przed Izbą w kwocie 3600,00 zł; zasądzenie na rzecz skarżącego (zamawiającego) kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

W odpowiedzi na skargę (...) sp. z o.o. wniosła o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:

Skarga Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w W. jako niezasadna podlegała oddaleniu.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Żaden z zarzutów sformułowanych w skardze nie był trafny.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 505 ust. 1 Pzp poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że przeciwnik skargi posiada interes we wniesieniu odwołania, zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten należało uznać za niezasadny. W ocenie Sądu Okręgowego zaskarżone w odwołaniu czynności zamawiającego naruszają przepisy ustawy oraz ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez utrudnienie złożenia porównywalnych, konkurencyjnych ofert. Zdaniem Sądu przekonujące jest w tym zakresie stanowisko przeciwnika skargi, z którego wynika, że istotą jego odwołania, było dążenie do zachowania konkurencyjności jego przyszłej, ewentualnej oferty. W ocenie Sądu Okręgowego ograniczenia wynikające ze spornych projektowanych postanowień umowy (zwanych dalej: „PPU”) mogły mieć wpływ na to, jaką realnie ofertę udałoby się skonstruować przeciwnikowi skargi. Skoro więc przedmiotem odwołania rozpoznawanego przez KIO było dążenie odwołującego do zniesienia ograniczeń w PPU w zakresie podwykonawstwa, to uznać należy, że Izba w sposób prawidłowy ustaliła, że spółka (...) miała interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, dlatego przedmiotowy zarzut skargi należało uznać za niezasadny.

Przechodząc zaś do zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie przez Izbę zasady swobodnej oceny dowodów, wskazać należy, że tego zarzutu Sąd Okręgowy również nie podziela.

W ocenie skarżącego Izba przyjęła za podstawę orzekania brzmienie § 16 PPU z dnia wniesienia odwołania, a nie z dnia orzekania. Zamawiający twierdził, że Izba zobowiązała go do wykreślenia postanowień umowy, które w momencie orzekania miały już inną treść. Tej okoliczności skarżący nie wykazał. W odpowiedzi na odwołanie skarżący jedynie zapowiedział zmianę § 16, ale na dzień wyrokowania nie została ona dokonana. KIO dała wyraz temu na str. 15 – ostatni akapit - uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Logicznym i słusznym jest zatem, że Izba, mając na uwadze treść art. 552 ust. 1 Pzp, uwzględniając odwołanie, nakazała wykreślenie postanowień obowiązującej treści umowy, a nie dopiero zapowiedzianej. Z akt sprawy Sąd Okręgowy również nie wywiódł, że cofnięcie przez przeciwnika skargi odwołania w zakresie zarzutów odnoszących do zakazu dalszego podwykonawstwa było skutkiem zapowiedzi przez zamawiającego zmiany § 16, wyrażonej w odpowiedzi na odwołania, a nie uznania odwołania w tym zakresie przez pełnomocnika skarżącego na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku. Słusznie podnosi przeciwnik skargi, że nawet gdyby projektowana zmiana § 16 weszła w życie w dniu wyrokowania - niczego w tym względzie by nie modyfikowała. W § 16 ust. 2 projektowanej zmiany nadal znajduje się zastrzeżenie, że wykonawca nie zleci podwykonawcom innych prac niż wskazane w ofercie, bez uprzedniej pisemnej zgody. Zamawiający zastrzegł ponadto, że każdorazowe skierowanie podwykonawcy do wykonania przedmiotu umowy wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez

zamawiającego i w związku z tym wykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo jest obowiązany, w trakcie realizacji Kontraktu, do przedłożenia projektu tej umowy (§ 16 ust. 5 projektowanej zmiany), który to projekt musi odpowiadać wymogom określonym w § 16 ust. 6 projektowanej zmiany. Określona została procedura związana z przedkładaniem projektu umowy o podwykonawstwo oraz jego zatwierdzeniem. Powyższe wymogi będzie należało również stosować odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo (§ 16 ust. 6 projektowanej zmiany). Niewypełnienie obowiązków określonych powyżej, stanowić będzie dla zamawiającego podstawę do natychmiastowego usunięcia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) przez zamawiającego lub żądania od wykonawcy usunięcia przedmiotowego podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) z terenu wykonywania prac (§ 16 ust. 7 projektowanej zmiany). Zamawiający zastrzegł również, że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać m.in. postanowień nakazujących Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową lub na inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w tym w szczególności w przepisach Pzp (§16 ust. 15 pkt 4 projektowanej zmiany). Rację ma zatem przeciwnik skargi, że nawet gdyby skarżący na dzień wyrokowania dokonał zmiany PPU zgodnie z zamiarem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, to zarzuty podniesione przez niego pozostawałyby jak najbardziej aktualne.

Skarżący uważa, że Izba naruszyła art. 554 ust. 1 pkt Pzp poprzez niezastosowanie tego przepisu, w sytuacji, w której ocena zebranego materiału dowodowego w sprawie powinna skutkować oddaleniem odwołania z uwagi na fakt, że nawet gdyby Zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez określenie § 16 PPU o treści wskazanej w odpowiedzi na odwołanie, to i tak rzekome naruszenie nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie. Zarzut ten jest chybiony z kilku powodów. W pierwszej kolejności należy wskazać, że art. 554 ust. 1 Pzp ustanawia podstawę uwzględnienia odwołania (w całości lub części). Jeśli Izba go nie stosuje, to znaczy, że odwołanie podlega oddaleniu. Jeżeli więc Izba oddała odwołanie, to wiadomym jest że nie stosuje żadnej z podstaw określonych w art. 554 ust. 1 Pzp. Rację ma przeciwnik skargi, że z logicznego punktu widzenia nie można - tak jak to czyni skarżący - wywodzić zarzutu niezastosowania art. 554 ust. 1 pkt. 1 Pzp, twierdząc jednocześnie, że odwołanie powinno zostać oddalone. Zastosowanie art. 554 ust. pkt 1 Pzp prowadzić powinno zawsze do uwzględnienia odwołania. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że art. 554 ust. 1 Pzp ustanawia dwie niezależne od siebie podstawy uwzględnienia odwołania. Stosownie art. 554 ust. 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców; 2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Biorąc pod uwagę charakter odwołania, które kwestionowało przecież postanowienia projektu umowy, wydając zaskarżony wyrok Izba oparła się na drugiej z tych podstaw i nie musiała stosować pkt 1.

Istota kolejnych zarzutów dotyczących naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 2 i art. 554 ust. 3 pkt 1 sprowadza się do wyrażenia przekonania, że Izba nie powinna uwzględniać odwołania i nakazywać wykreślenie zakwestionowanych zastrzeżeń, ponieważ zdaniem skarżącego nie naruszają żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, a także pozostają w zgodzie z podstawowymi zasadami prawa cywilnego oraz podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. Zarzuty są niezasadne, ponieważ Izba wskazała, które z przepisów zostały przez skarżącego naruszone. Izba stwierdziła, że skarżący naruszył zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c., ponieważ nie wykazał przesłanek ograniczenia swobody umów w relacji wykonawca - podwykonawca i dalszy podwykonawca, w tym przesłanek zastosowania art. 464 ust. 1, 2, 8, 10 Pzp (oraz art. 463 Pzp). Uzasadniając powyższy zarzut skarżący ogranicza się do stwierdzenia, że formułując postanowienie treści § 16 PPU o treści wskazanej w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie naruszył żadnego wymagania Pzp, czego - zdaniem skarżącego - w zaskarżonym wyroku Izba ma nie prawa kwestionować, wskazując jedynie, że § 16 PPU wykracza poza wymagania określone w art. 463 i art. 464 Pzp. To stwierdzenie jest wewnętrznie sprzeczne: skoro Izba stwierdziła, że kształtując § 16 PPU w zakwestionowany sposób skarżący wykroczył poza wymagania określone w odnośnych przepisach Pzp, to tym samym je przekroczył.

Skarżący zarzucił, że Izba wbrew zasadom logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego uznała, że „umowa, której postanowienia zostały zakwestionowane, ma jednolity charakter umowy o świadczenie usług, podczas gdy

prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz interpretacji SWZ powinna prowadzić do jednego możliwego wniosku, że ta umowa ma charakter mieszany i znaczna część jej przedmiotu to roboty budowlane”.

Zdaniem Sądu to stanowisko skarżącego nie jest zasadne, wbrew stanowisku skarżącego Izba nie uznała, że przyszła umowa ma charakter jednolity. Wręcz przeciwnie, w uzasadnieniu zaskarżonego Izba stwierdziła, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możemy mieć do czynienia z umową o charakterze mieszanym, obejmującą wykonanie usług i mogącą obejmować realizację prac z elementami, które można byłoby uznać za roboty budowlane. Wskazać należy, że decydujące w rozpoznawanej sprawie było to, że 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. Wobec powyższego, zdaniem Sądu Okręgowego KIO trafnie uznała, że nie jest uprawnione stosowanie w niniejszej sprawie regulacji Pzp odnoszących się do robót budowlanych, w sytuacji, gdy przeważająca wartość planowanego zamówienia dotyczy usług. Stanowisko KIO wyraźnie nawiązuje więc do art. 27 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego w postępowaniu prowadzonym przez skarżącego główny przedmiot zamówienia stanowią usługi, a w takiej sytuacji nie jest uprawnione odwoływanie się przez skarżącego do regulacji z Pzp (związanych z podwykonawcami) dotyczących robót budowlanych. Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że opisany wyżej zarzut nie był zasadny.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Izba trafnie wskazała na prymat normy prawnej z art. 353¹ k.c. W ocenie Sądu wszelkie ograniczenia dla wynikającej z tego przepisu i fundamentalnej dla porządku prawnego zasady swobody umów winny być traktowane w sposób zawężający. W tym kontekście należy uznać, że co do zasady każdy wykonawca powinien mieć możliwość swobodnego ułożenia treści swojego stosunku prawnego z podwykonawcą, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie winny mieć przekonujące uzasadnienie w przepisach Pzp. Izba prawidłowo oceniła, że uregulowania wprowadzone przez zamawiającego do wzoru umowy stanowią przekroczenie zasady swobody umów, gdyż stanowiły ingerencję zamawiającego w stosunek prawny, którego nie jest on stroną i który go bezpośrednio nie dotyczy. W ocenie Sądu Okręgowego Izba trafnie zauważyła, że zamawiający w rozpoznawanej sprawie nie wykazał, aby występowała jedna z przesłanek ograniczająca swobodę umów, tj. aby ingerencja taka była usprawiedliwiona naturą stosunku prawnego, zasadami współżycia społecznego, czy bezwzględnie obowiązującymi przepisami.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Sądu Okręgowego, nie było trafne odwoływanie się przez skarżącego do art. 464 Pzp, gdyż przepis ten w większości dotyczy umów o roboty budowlane, a nie umów, których przedmiotem są usługi. Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia Izby, że przedmiot postępowania w przeważającej części dotyczył usług. KIO trafnie uznała, że podstawą prawną do ograniczenia zasady swobody umów, określonej w art. 353⁽¹⁾ k.c. nie może być art. 464 Pzp, który dotyczy robót budowlanych. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie jest trafna argumentacja skarżącego, że zasady jakie ustawodawca ustalił co do robót budowlanych można stosować również do usług. Jak wynika jednak z art. 646 Pzp ustawodawca wprowadził rozróżnienie między tymi dwoma rodzajami umów.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, że Izba trafnie oceniła, iż w przedmiotowej sprawie § 16 PPU w sposób nadmierny ingeruje w treść umów z potencjalnymi podwykonawcami. Wobec powyższego Sąd Odwoławczy uznał opisywane zarzuty skargi za niezasadne. Przeciwnie stanowisko nie kwalifikuje się jako nadużycie i wbrew stanowisku skarżącego nie narusza art. 5 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego Izba trafnie stwierdziła, że zakwestionowane postanowienia wzoru umowy stanowią przekroczenie zasady swobody umów, ponieważ powodują ingerencję zamawiającego w stosunek prawny, którego nie jest on stroną. Podkreślić należy, 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. Powyższe wynika niewątpliwie z treści art. 464 Pzp (oraz art. 437 ust. 1 Pzp), który 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.

W ocenie Sądu Okręgowego przepisy Pzp w sposób jednoznaczny i całościowy regulują tryb przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo (ich projektów) a także podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo. Wbrew twierdzeniom skarżącego niedopuszczalne zatem jest uregulowanie obowiązków wykonawców, związanych z zawieraniem umów o podwykonawstwo, w sposób odmienny niż określony w ustawie. Zdaniem Sądu Okręgowego, 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).

Wskazać należy, że w przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając do kar umownych i zapłaty wynagrodzenia (art. 463 Pzp) oraz do terminu zapłaty wynagrodzenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który ma być nie dłuższy niż 30 dni (art. 464 ust. 10 w zw. z art. 464 ust. 2 Pzp). Zatem nie jest uprawnione stosowanie regulacji ściśle odnoszących się do robót budowlanych, do zamówienia, wobec którego należy stosować uregulowania właściwe dla usług, gdyż natura obu tych stosunków prawnych jest inna, co usprawiedliwia odmienne podejście ustawodawcy w tym zakresie.

Reasumując, w ocenie Sądu Okręgowego skarżący naruszył zatem swobodę kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ k.c., gdyż nie wykazał przesłanek ograniczenia zasady swobody umów w relacji wykonawca - podwykonawca i dalszy podwykonawca, w tym przesłanek stosowania art. 464 ust. 1, 2, 8 i 10 Pzp.

Przechodząc do dalszej części skargi wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 369 k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż skarżący nie jest uprawniony do wprowadzenia lub rozszerzenia, w drodze czynności prawnej, odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom za wykonane przez nich prace na rzecz wykonawcy, należało uznać za chybiony. W ocenie Sądu Okręgowego w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie wykazał, ażeby istniały podstawy ustawowe bądź umowne, które przewidywały by jego solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawców. Mając na uwadze powyższe za nieuzasadnioną należało uznać argumentację skarżącego jakoby właśnie owa solidarność miała być uzasadnieniem do ingerencji w treść umów z podwykonawcami. Reasumując, omawiany zarzut skargi Sąd Okręgowy uznał za chybiony.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zarzut naruszenia art. 647¹ k.c. poprzez jego błędną interpretację oraz niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że nie ma on zastosowania w przedmiotowej sprawie należało uznać również za bezzasadny. Wskazać należy, że przedmiotowy zarzut odwołuje się do przekonania skarżącego jakoby przedmiotem postępowania była umowa o roboty budowlane. Sąd Okręgowy, jak już opisano w ramach omówienia poprzednich zarzutów, takiej argumentacji skarżącego nie podziela. Zatem skoro w rozpoznawanej zaś nie mamy do czynienia z umową o roboty budowlane, to nie istnieje także podstawa do zastosowania art. 647¹ k.c., dlatego także ten zarzut należało uznać za chybiony.

Sąd nie dopatrył się również naruszenia art. 2 Konstytucji, zgodnie z którym Rzeczypospolita Polska jest państwem prawnym. Sąd nie potrafił dostrzec w tym artykule żadnej zasady uprawniającej wprowadzenie w umowie zastrzeżeń, które wykraczają poza zasadę swobody umów.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Pzp skargę tę oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 Pzp obciążając obowiązkiem ich zwrotu zamawiającego, którego skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go adwokata w kwocie 12 500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1800) z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis w/w rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem Sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

Sędzia Sylwia Paschke