

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Warszawa, dnia 13 stycznia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Gliwice

Wydział Zamówień Publicznych
ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice
e-mail: za@um.gliwice.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez r.pr. Annę Wrzesień
adres do doręczeń:
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: agnieszka.szmuc@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane* (znak postępowania: ZA.271.98.2019; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2019 r. pod nr 2019/S 200-485061.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”), na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa PZP**” lub „**PZP**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących Postępowania (dalej jako „**SIWZ**”) - w zakresie zmian do SIWZ wprowadzonych w dniu 3 stycznia 2020 r. - w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy PZP i Kodeksu Cywilnego (dalej jako „**KC**”).



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1) **art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i ust. 2 pkt 11) lit. a) oraz art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 186 ust. 2 ustawy PZP** - poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty oraz narzucenie Wykonawcy obowiązku nadmiernego i nieracjonalnego, który powoduje niemożliwy do oszacowania wzrost kosztów realizacji zamówienia, a także utrudnia uczciwą konkurencję oraz zatrudnianie podwykonawców, co przejawia się we wprowadzeniu w dniu 03.01.2020 r. nowych postanowień do wzoru umowy (w § 3 ust. 2 pkt 48, § 4 ust. 4, § 4 ust. 10 pkt 1 i § 6 ust. 12 pkt 1) oraz Dokumentu Gwarancyjnego (pkt 17), na mocy których **Wykonawca jest zobowiązany do dokonania na rzecz Zamawiającego przelewu uprawnień przysługujących mu na podstawie umowy podwykonawczej z tytułu udzielonej przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanych z realizacją umowy podwykonawczej, przy jednoczesnym pozostawieniu w odniesieniu do robót objętych przelewem uprawnień Zamawiającego w zakresie gwarancji i rękojmi w stosunku do Wykonawcy, w tym do dochodzenia uprawnień bezpośrednio od samego Wykonawcy.** W efekcie takiego przelewu, Wykonawca będzie zobowiązany wobec Zamawiającego do usuwania wad w robotach zleconych Podwykonawcy, ale nie będzie mógł już żądać usunięcia tych wad od swojego Podwykonawcy, który roboty te faktycznie wykonywał, bo zobowiązany jest przenieść uprawnienie do takiego żądania na Zamawiającego. W takim wypadku, Wykonawca będzie musiał sam ponieść koszt usuwania wad w robotach Podwykonawcy, chociaż Wykonawca (a nie Zamawiający) zapłacił już Podwykonawcy za udzielenie mu rękojmi i gwarancji na te roboty przez Podwykonawcę, właśnie po to, by Wykonawca mógł żądać od Podwykonawcy naprawy gwarancyjnej, której od niego zażąda Zamawiający. Wprowadzone przez Zamawiającego nowe postanowienia umowy powodują, że Zamawiający będzie miał niepotrzebnie zdublowane uprawnienia z rękojmi i gwarancji, kosztem Wykonawcy, który utraci umowne narzędzia do żądania usuwania wad w ramach rękojmi i gwarancji w stosunku do Podwykonawcy. Co więcej, prawidłowa wycena przez oferentów kosztu obsługi gwarancyjnej zamówienia w okresie rękojmi i gwarancji w zakresie realizowanym przez Podwykonawców nie będzie w istocie możliwa, bo koszt ten będzie ostatecznie uzależniony od przyszłych, arbitralnych decyzji Zamawiającego o tym, czy będzie on dochodził roszczeń o usunięcie wad bezpośrednio od Podwykonawcy (na podstawie umowy przelewu), czy jednak od Wykonawcy (co zdubluje Wykonawcy koszty obsługi gwarancyjnej, bo z powodu przelewu nie będzie on mógł dochodzić bezpłatnej naprawy od Podwykonawcy, lecz będzie musiał usunąć wadę na swój koszt). Ponadto, kwestionowana w niniejszym odwołaniu konstrukcja prawna przelewu na Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji oraz rękojmi udzielonych przez Podwykonawcę jest analogiczna w skutkach do wykreślonej z SIWZ na podstawie wcześniejszego odwołania konstrukcji umownej o kumulatywnym przystąpieniu Podwykonawcy do długu Wykonawcy, co stanowi próbę obejścia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 ustawy PZP.

- 2) **art. 139 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5, 353¹ i 647¹ § 1 i 6 KC w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy PZP i art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy PZP** - poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego w dniu 03.01.2020 r. nowych postanowień do



wzoru umowy (§ 7 ust. 17) oraz nowego Załącznika nr 20 do SIWZ (załącznika nr 5d do umowy) - **uzależniających zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy od dołączenia do każdej faktury oświadczenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców o braku należności niewymagalnych** (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o zapłatę wynagrodzenia) oraz oświadczenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców **o zwolnieniu Zamawiającego z długu w zakresie należności niewymagalnych** (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o wynagrodzenia) **oraz solidarnej odpowiedzialności za dług w tym zakresie.** Wprowadzone przez Zamawiającego nowe postanowienia SIWZ stanowią próbę niedopuszczalnego uwarunkowania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy wcześniejszą zapłatą **niewymagalnych** należności jego Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców (podczas gdy art. 143a ust. 1 pkt 1 PZP mówi wyraźnie tylko o „wymagalnym wynagrodzeniu podwykonawców i dalszych podwykonawców”), jak również zmierzają do uchylecia się przez Zamawiającego, na szkodę Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, od ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, która to odpowiedzialność Zamawiającego wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, przewidujących jednoznacznie, że wszelkie zapisy o umownym wyłączeniu tej odpowiedzialności solidarnej są nieważne.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy PZP i KC interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymogom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy PZP do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż wszystkie zaskarżone postanowienia Załączników nr 6, nr 16 i nr 20 do SIWZ **zostały wprowadzone przez Zamawiającego dopiero w dniu 3 stycznia 2020 r.** – zgodnie z zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego zawiadomieniem ZA.271.98.2019 z dnia 03-01-2020 r. i załączonymi do niego załącznikami: nr 1 – zmienioną wersją wzoru umowy (Załącznika nr 6 do SIWZ), nr 3 – wzorem Dokumentu Gwarancyjnego (Załącznika nr 16 do SIWZ i Załącznika nr 3 do umowy) oraz nr 4 – nowym wzorem Oświadczenia Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy o zwolnieniu Zamawiającego



z długu i odpowiedzialności solidarnej (Załącznika nr 20 do SIWZ i Załącznika nr 5d do umowy). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, **10-dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany.**

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

W postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, Zamawiający w dniu 3 stycznia 2020 r. zmienił treść SIWZ, w szczególności wzoru umowy (Załącznika nr 6 do SIWZ), wzoru Dokumentu Gwarancyjnego (Załącznika nr 16 do SIWZ) oraz wprowadził nowy wzór Oświadczenia Podwykonawcy/Dalszego Podwykonawcy o zwolnieniu Zamawiającego z długu i odpowiedzialności solidarnej (Załącznik nr 20 do SIWZ), w sposób naruszający – zdaniem Odwołującego - bezwzględnie obowiązujące przepisy PZP i KC.

Ad 1) Zarzut dotyczący obowiązku Wykonawcy przelewu na Zamawiającego uprawnień z tytułu udzielonej Wykonawcy przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi

1. W zakresie powyższego zarzutu, Zamawiający w dniu 03.01.2020 r. dokonał następujących zmian w SIWZ (dla lepszej przejrzystości wprowadzone zmiany wytłuszczono i zaznaczono na czerwono):

§ 3 ust. 2 pkt 48 wzoru umowy:

„2. Wykonawca: (...)

48) dokona przelewu na Zamawiającego swoich roszczeń (wymagalnych i niewymagalnych) z tytułu udzielonej mu przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanych z realizacją umowy podwykonawczej oraz powiadomi o dokonaniu przelewu Podwykonawcę.”

§ 4 ust. 4 wzoru umowy:

„4. Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za roboty, które wykonuje przy pomocy podwykonawców. **Wykonawca dokona na rzecz Zamawiającego przelewu uprawnień przysługujących mu na podstawie umowy podwykonawczej oraz przepisów prawa z tytułu udzielonej przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanych z realizacją umowy podwykonawczej. Uprawnienia nabyte przez Zamawiającego z tytułu gwarancji i rękojmi w stosunku do Podwykonawcy nie naruszają jego praw w zakresie gwarancji i rękojmi w stosunku do Wykonawcy, w szczególności w zakresie dochodzenia uprawnień bezpośrednio od samego Wykonawcy.”**

§ 4 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy:

„10. Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu:

2

1) umowa musi spełniać wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym umowa musi zawierać uregulowania dotyczące odpowiedzialności podwykonawcy za wykonanie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie analogicznie do uregulowań zawartych w umowie z wykonawcą, w szczególności odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi oraz kar umownych **oraz zawierać bezwarunkową zgodę Podwykonawcy na przelew uprawnień Wykonawcy z tytułu udzielonej mu przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanej z realizacją umowy podwykonawczej oraz zgodę na powiadomienie o dokonaniu przelewu także przez Zamawiającego"**

§ 6 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy:

„12. Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu w dniu zakończenia odbioru końcowego przedmiotu umowy:

1) *podpisany przez Wykonawcę dokument gwarancyjny w formie zgodnej ze wzorem określonym w toku postępowania przetargowego po przeprowadzeniu, którego zawarto niniejszą umową **oraz zawierający oświadczenia stron o dokonaniu na rzecz Zamawiającego przelewu uprawnień Wykonawcy, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 48) wraz z załącznikami w postaci potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii dokumentów gwarancyjnych wydanych Wykonawcy przez Podwykonawców;"***

+ dodany pkt 17 Dokumentu Gwarancyjnego:

„17. Wykonawca prznosi na rzecz Zamawiającego swoje roszczenia (wymagalne i niewymagalne) z tytułu udzielonej mu przez następujących Podwykonawców:

*a) (wskazanie podwykonawców i umów podwykonawczych) **gwarancji oraz rękojmi związanych z realizacją umów podwykonawczych oraz powiadomi o dokonaniu przelewu Podwykonawcę w terminie 7 dni od dnia podpisania protokołu odbioru,***

Do dokumentu gwarancyjnego dołączono potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów gwarancyjnych wydanych przez Podwykonawców wskazanych w pkt. 17."

2. Wydaje się, że Zamawiający, wprowadzając do SIWZ nowe postanowienia o obowiązku Wykonawcy przelewu na Zamawiającego uprawnień z tytułu udzielonej Wykonawcy przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi, przy jednoczesnym zachowaniu roszczeń Zamawiającego do Wykonawcy o usunięcie wad w robotach tego Podwykonawcy, nie wziął pod uwagę wszystkich konsekwencji prawnych i finansowych takiej zmiany w SIWZ, które powodują, że zastosowanie tej konstrukcji umownej jest niedopuszczalne w świetle przepisów PZP (o czym szczegółowo niżej). Wynikało to zapewne z pośpiechu, w jakim działał Zamawiający po uznaniu zasadności złożonego wcześniej odwołania na zapisy SIWZ (odwołanie Budimex S.A. z dnia 28.10.2019 r.) w zakresie podobnej (i mającej ten sam cel) konstrukcji umownej zastosowanej w pierwotnym SIWZ przez Zamawiającego, tj. bezwarunkowego oświadczenia Podwykonawcy o kumulatywnym przystąpieniu do długu Wykonawcy w zakresie odpowiedzialności związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań (w tym zobowiązań związanych z udzieloną rękojmią lub gwarancją) wynikających z umowy w części objętej umową o podwykonawstwo. Zamawiający, uznając w całości zasadność poprzedniego odwołania, zobowiązany był wykreślić z wzoru umowy

zakwestionowaną konstrukcją prawną jako sprzeczną z przepisami ustawy PZP. W nowym wzorze umowy z 03.01.2020 r. Zamawiający wprowadził wykreślił zakwestionowaną wcześniej konstrukcję prawną, ale jednocześnie zamiast niej wprowadził „na szybko” nową konstrukcję prawną, która ma zapewnić mu dokładnie ten sam efekt, tj. uzyskanie roszczeń bezpośrednio do Podwykonawców, którzy nie są podmiotami wybranymi zgodnie z przepisami ustawy PZP (art. 7 ust. 1 PZP). Już z tego względu, wprowadzenie „zastępczej” konstrukcji obowiązkowego przelewu na Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji oraz rękojmi udzielonych przez Podwykonawcę, należy uznać za **niedopuszczalną próbę obejścia przepisu art. 186 ust. 2 ustawy PZP**, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający wykonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Próba obejścia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przepisu art. 186 ust. 2 ustawy PZP polega na tym, że po formalnym wykreśleniu z SIWZ sprzecznych z PZP zapisów o kumulatywnym przystąpieniu Podwykonawcy do długu Wykonawcy, Zamawiający jednocześnie wprowadza do SIWZ niemalże identyczną w skutkach prawnych konstrukcję przelewu na Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji oraz rękojmi udzielonych przez Podwykonawcę, a więc w istocie Zamawiający nie wykonuje czynności zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu.

3. Żeby dobrze zrozumieć konsekwencje prawne i finansowe kwestionowanej konstrukcji umownej, należy wskazać, że w efekcie żądanej przez Zamawiającego cesji Wykonawca, który jest zobowiązany wobec Zamawiającego do usuwania wad w robotach zleconych Podwykonawcy, **zostanie pozbawiony uprawnień do żądania usunięcia tych wad od swojego Podwykonawcy**, który roboty te faktycznie wykonywał (bo Wykonawca zobowiązany jest przejąć to uprawnienie na Zamawiającego). W takim wypadku, Wykonawca będzie musiał ponieść koszt usuwania wad w robotach Podwykonawcy niejako **po raz drugi**, bo pierwszy raz poniósł go płacąc Podwykonawcy wynagrodzenie za jego roboty, które obejmowało również udzielenie Wykonawcy rękojmi i gwarancji na te roboty przez Podwykonawcę, czyli zobowiązanie do bezpłatnych napraw gwarancyjnych. Należy podkreślić, że Wykonawca właśnie po to płaci Podwykonawcy za udzielenie mu (a nie Zamawiającemu) gwarancji i rękojmi, by Wykonawca mógł żądać od Podwykonawcy bezpłatnej naprawy gwarancyjnej w przypadku, gdy takiej naprawy gwarancyjnej zażąda od niego Zamawiający.
4. Wprowadzone przez Zamawiającego nowe postanowienia umowy powodują, że Zamawiający będzie miał niepotrzebnie zdublowane uprawnienia z rękojmi i gwarancji, **kosztem Wykonawcy**, który utraci umowne narzędzia do żądania usuwania wad w ramach rękojmi i gwarancji w stosunku do Podwykonawcy, za które uprawnienia zapłacił Wykonawca (a nie Zamawiający). Zważywszy na wartość uprawnień gwarancyjnych, które standardowo wyceniane są na rynku budowlanym na ok. 3-5% wartości robót (przy czym dla specjalistycznych robót i urządzeń oraz ponadstandardowej długości rękojmi i gwarancji potrafią sięgać nawet 10%), **o tyle też wzrosnąć musi koszt realizacji Zamówienia przez Wykonawcę w zakresie jego robót powierzanych Podwykonawcom** (a zważywszy na skalę i stopień skomplikowania przedmiotu niniejszego Zamówienia konieczne będzie powierzenie specjalistycznym Podwykonawcom zdecydowanej większości robót objętych tym Zamówieniem). Zatem, wprowadzenie przez Zamawiającego zaskarżonej konstrukcji do umowy **będzie skutkowało znaczącym (rzędu**

budimex

kilku milionów złotych) podniesieniem kosztów realizacji niniejszego zamówienia i cen oferowanych przez wykonawców Zamawiającemu. Wszyscy wykonawcy będą bowiem musieli uwzględnić w swoich ofertach fakt, że aby się zabezpieczyć przed negatywnymi skutkami kwestionowanych zapisów, muszą w ofercie dodatkowo, niejako podwójnie wycenić obsługę gwarancyjną kontraktu (bo mimo przelewu swoich uprawnień gwarancyjnych do Podwykonawców Wykonawca nie będzie zwolniony z odpowiednich zobowiązań gwarancyjnych wobec Zamawiającego, gdy ten zdecyduje arbitralnie o ich dochodzeniu od Wykonawcy, a nie od jego Podwykonawcy).

5. Wprowadzane takim kosztem przez Zamawiającego zdublowanie jego uprawnień z rękojmi i gwarancji jest **rozwiązaniem nie stosowanym na rynku zamówień publicznych, a przy tym zbędnym i nieproporcjonalnym**, bo dla uzyskania możliwości dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń gwarancyjnych bezpośrednio od Podwykonawców Wykonawcy zupełnie wystarczająca byłaby konstrukcja **upoważnienia** Zamawiającego przez Wykonawcę do dochodzenia bezpośrednio od Podwykonawców roszczeń gwarancyjnych w imieniu Wykonawcy (taką konstrukcją stosuje w swoich umowach GDDKiA), która nie pozbawiłaby Wykonawcy jego uprawnień gwarancyjnych do Podwykonawców i nie podnosiłaby kosztów realizacji zamówienia z pomocą Podwykonawców o kilka milionów złotych.
6. Co więcej, zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja prawna, która uzależnia ostateczny koszt obsługi gwarancyjnej zamówienia przez Wykonawcę od przyszłych, arbitralnych decyzji Zamawiającego o tym, czy Zamawiający będzie dochodził roszczeń o usunięcie wad bezpośrednio od Podwykonawcy (na podstawie umowy przelewu), czy jednak od Wykonawcy (co zdubluje Wykonawcy koszty obsługi gwarancyjnej, bo z powodu dokonanego przelewu nie będzie on mógł dochodzić bezpłatnej naprawy od Podwykonawcy, lecz będzie musiał usunąć wadę na swój koszt), jest konstrukcją **mogącą rodzić w przyszłości zagrożenie wystąpieniem sytuacji korupcyjnych** (bo zarówno Wykonawca, jak i Podwykonawca będą mieli interes finansowy w tym, by Zamawiający zdecydował o dochodzeniu uprawnień gwarancyjnych od drugiej strony umowy podwykonawczej), a tym samym **naruszającą zasadę uczciwej konkurencji i równości oferentów**.
7. Wobec uzależnienia ostatecznych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę - w zakresie świadczeń (napraw) w okresie rękojmi i gwarancji - od przyszłych, arbitralnych decyzji Zamawiającego, nie można uznać by ta część przedmiotu zamówienia została opisana w SIWZ w sposób umożliwiający jej prawidłową wycenę przez oferentów w ich ofertach, co stanowi **naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP**. Co więcej, kwestionowane postanowienia Umowy wprowadzają dodatkowe (obok obsługi gwarancyjnej zamówienia przez Wykonawcę), znaczące ekonomicznie świadczenie Wykonawcy w postaci przelewu na Zamawiającego uprawnień gwarancyjnych Wykonawcy do Podwykonawców, wartych – jak wyżej wskazano – co najmniej kilka milionów złotych, które to świadczenie **nie zostało właściwie ujęte w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ w sposób umożliwiający jego wycenę** (bo ta również będzie uzależniona od przyszłych, arbitralnych decyzji Zamawiającego). Tak istotny i potencjalnie kosztotwórczy dodatkowy wymóg, jak obowiązek przelewu uprawnień z gwarancji i rękojmi Podwykonawców, nie powinien być wprowadzany przez Zamawiającego bez jego adekwatnego doprecyzowania w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, bo może to spowodować sytuację, gdy

2



każdy z oferentów zupełnie inaczej oszacuje koszt spełnienia tego wymogu, prowadząc do **nieporównywalności ofert w tym zakresie.**

8. Należy podkreślić, że zbędne podniesienie kosztów realizacji zamówienia publicznego o kilka milionów złotych, w dodatku przy zastosowaniu metody godzącej w zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwiającej wykonawcom prawidłową wycenę istotnej części zamówienia jest zupełnie **nieracjonalne ekonomicznie i narusza art. 44 ustawy o finansach publicznych**, czyli zasadę celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Ponadto, opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję wypełnia przesłankę **naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.**
9. Niezależnie od powyższych zarzutów, należy dodatkowo wskazać, że wymaganie przez Zamawiającego w § 4 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy, by umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zawierała bezwarunkową zgodę Podwykonawcy na przelew uprawnień Wykonawcy z tytułu udzielonej mu przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanej z realizacją umowy podwykonawczej stanowi **nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść umów podwykonawczych zawieranych z osobami trzecimi przez Wykonawcę** zgodnie z zasadą swobody umów, której ograniczenie nie ma podstaw na gruncie ustawy PZP, w tym w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP. Należy przypomnieć - za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r. (KIO 1978/16) - że „*zamawiający nie ma ustawowych uprawnień, aby w SIWZ ograniczać wykonawcę w kontraktach ze swoimi podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w korzystaniu z zasadnej swobody umów (art. 353¹ KC)*” oraz „*ingerencje w ustawową regułę swobody umów mogą być wprowadzane przez zamawiającego na zasadzie wyjątku, a więc jako uregulowanie dotyczące wyjątku nie może być interpretowane rozszerzająco zgodnie z łacińską paremią *Exceptiones non sunt extentendae - wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco**”. Zgodnie z przepisem art. 474 KC, interes inwestora jest wystarczająco chroniony tym, że wykonawca odpowiada przed nim za działania lub zaniechania podwykonawców jak za własne działania i zaniechania. Kwestionowane zapisy wzoru umowy są **ewidentnie sprzeczne z celem przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP**, którym jest ochrona interesów podwykonawców w zamówieniach publicznych, w szczególności przez zabezpieczenie zapłaty ich wynagrodzenia przez Zamawiającego. Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia Umowy nie tylko nie zapewniają Podwykonawcom zapłaty ich wynagrodzenia przez Zamawiającego, ale przeciwnie - przewidują, że **Podwykonawcy będą odpowiadać z rękojmi i gwarancji bezpośrednio wobec Zamawiającego**, w tym z tytułu np. kar umownych (bo przelew dotyczy wszystkich uprawnień Wykonawcy z tytułu udzielonej przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanej z realizacją umowy podwykonawczej, a więc również uprawnień do karania Podwykonawcy za zwłokę w usuwaniu wad zgłoszonych w okresie rękojmi i gwarancji).
10. Wobec opisanego powyżej skutku kwestionowanej konstrukcji prawnej, polegającego na tym, że zatrudnienie Podwykonawców grozić będzie Wykonawcy zdublowaniem kosztów obsługi gwarancyjnej zamówienia w zakresie robót powierzonych Podwykonawcy, nie może być



wątpliwości, iż **wprowadzony przez Zamawiającego wymóg ograniczy - bez żadnego racjonalnego uzasadnienia i wbrew intencji ustawodawcy - dostęp do udziału w realizacji niniejszego zamówienia publicznego potencjalnym podwykonawcom**, w tym wielu małym i średnim, lokalnym przedsiębiorcom budowlanym, którzy mogliby występować jako Podwykonawcy Wykonawcy, ale w tych warunkach albo nie będą w stanie przyjąć na siebie bezpośredniej odpowiedzialności gwarancyjnej względem Zamawiającego albo w ogóle nie zostaną zatrudnieni przez Wykonawcę, bo z ich zatrudnieniem będzie związany dodatkowy koszt obsługi gwarancyjnej przez Wykonawcę.

11. Ponadto, z uwagi na konstrukcję prawną kwestionowanych zapisów Umowy, wprowadzają one niejako „tylnymi drzwiami” (w przepisach o Podwykonawcach) nie przewidziane w przepisach ustawy PZP **dotatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia w okresie rękojmi i gwarancji (tym bardziej, że przelew na Zamawiającego obejmuje również kaucje gwarancyjne Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców)**, wykraczające poza dopuszczalne formy i limity wartościowe dla takiego zabezpieczenia z art. 147-150 ustawy PZP, a więc stanowią one również naruszenie tych bezwzględnie obowiązujących przepisów PZP.
12. Nie można też nie dostrzec faktu, iż zgodnie z kwestionowanymi zapisami wzoru umowy, na skutek żądanego przez Zamawiającego przelewu, Podwykonawca będzie odpowiadał bezpośrednio przed Zamawiającym za należyte wykonanie robót wchodzących w skład niniejszego zamówienia publicznego w zakresie zobowiązań w okresie rękojmi i gwarancji, a Zamawiający na podstawie odpowiednich przepisów będzie odpowiadał za bezpośrednią zapłatę wynagrodzenia tego Podwykonawcy, a więc status takiego Podwykonawcy wobec Zamawiającego - w zakresie tej części zamówienia publicznego - nie będzie się niczym różnił od statusu Wykonawcy, z tą jednak zasadniczą różnicą, że **Podwykonawca będzie wykonawcą wybranym niezgodnie z przepisami ustawy PZP, a więc z naruszeniem art. 7 ust. 3 PZP.**
13. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o wykreślenie następujących zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego w SIWZ w dniu 03.01.2020 r:**
 - **W § 3 ust. 2 wzoru umowy** - wykreślenie punktu 48 w całości;
 - **W § 4 ust. 4 wzoru umowy** - wykreślenie zapisu: „Wykonawca dokona na rzecz Zamawiającego przelewu uprawnień przysługujących mu na podstawie umowy podwykonawczej oraz przepisów prawa z tytułu udzielonej przez Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanych z realizacją umowy podwykonawczej. Uprawnienia nabyte przez Zamawiającego z tytułu gwarancji i rękojmi w stosunku do Podwykonawcy nie naruszają jego praw w zakresie gwarancji i rękojmi w stosunku do Wykonawcy, w szczególności w zakresie dochodzenia uprawnień bezpośrednio od samego Wykonawcy.”;
 - **W § 4 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy** - wykreślenie zapisu: „oraz zawierać bezwarunkową zgodę Podwykonawcy na przelew uprawnień Wykonawcy z tytułu udzielonej mu przez



Podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi związanej z realizacją umowy podwykonawczej oraz zgodę na powiadomienie o dokonaniu przelewu także przez Zamawiającego"

- **W § 6 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy** - wykreślenie zapisu: „*oraz zawierający oświadczenia stron o dokonaniu na rzecz Zamawiającego przelewu uprawnień Wykonawcy, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 48) wraz z załącznikami w postaci potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii dokumentów gwarancyjnych wydanych Wykonawcy przez Podwykonawców;*”
- **W Dokumencie Gwarancyjnym** - wykreślenie punktu 17 w całości wraz z następującym po nim zapisem: „*Do dokumentu gwarancyjnego dołączono potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów gwarancyjnych wydanych przez Podwykonawców wskazanych w pkt. 17.*”

Ad 2) Zarzut dotyczący uwarunkowania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy brakiem niewymagalnych należności Podwykonawców oraz złożeniem przez Wykonawcę oświadczeń Podwykonawców o zwolnieniu Zamawiającego z długu oraz solidarnej odpowiedzialności w zakresie niewymagalnych należności Podwykonawców, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność w świetle obowiązujących przepisów

1. W zakresie powyższego zarzutu, Zamawiający w dniu 03.01.2020 r. dokonał następujących zmian w SIWZ (dla lepszej przejrzystości wprowadzone zmiany wytłuszczono i zaznaczono na czerwono):

W § 7 ust. 17 wzoru umowy:

*17. Warunkiem dokonania zapłaty jest dołączenie do faktury (częściowej i końcowej) oświadczenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców o treści załącznika nr 5 lit. b), c), d) tj. o uregulowaniu **wszystkich należności (wymagalnych) oraz o braku należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o zapłatę wynagrodzenia), a w przypadku istnienia należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o wynagrodzenia) - oświadczenie o zwolnieniu Zamawiającego z długu w zakresie należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o wynagrodzenia) oraz solidarnej odpowiedzialności za dług w tym zakresie (art. 373 k.c.) wynikających z realizacji umowy o podwykonawstwo oraz związanych z jej realizacją, zawierające dodatkowo: (...)***

+ dodany nowy załącznik nr 20 do SIWZ (Załącznik nr 5 d do Umowy) - Oświadczenie Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy:

20



„(...) Podwykonawca/Dalszy Podwykonawca zwalnia Zamawiającego z długu oraz odpowiedzialności solidarnej w zakresie należności niewymagalnych, w zakresie których w świetle obowiązujących przepisów Zamawiający ponosi odpowiedzialność z tytułu wykonania robót budowlanych będących przedmiotem odbioru jak wyżej, realizowanych w ramach umowy (...)”

2. Na wstępie należy zauważyć, że kwestionowane zapisy, wprowadzone przez Zamawiającego w dniu 03.01.2020 r. do SIWZ warunkują zapłatę przez Zamawiającego wynagrodzenia Wykonawcy brakiem **niewymagalnych** należności Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, czyli w praktyce wcześniejszą zapłatą przez Wykonawcę tych **niewymagalnych** należności (tj. należności, których Wykonawca nie ma obowiązku prawnego płacić, bo termin ich zapłaty jeszcze nie minął). Jest to wprost **niezgodne z art. 143a ust. 1 pkt 1 PZP, który mówi wyraźnie o „wymagalnym wynagrodzeniu podwykonawców i dalszych podwykonawców”**. Z istoty „niewymagalności” należności Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców wynika, że Wykonawca nie ma obowiązku prawnego ich zapłaty dopóki nie upłynie termin zapłaty, a Zamawiający nie może zmuszać Wykonawcy do takiej zapłaty pod rygorem odmowy zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Wykonawcy.
3. Należy przypomnieć, że **zapłata umówionego wynagrodzenia Wykonawcy jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego, jako inwestora umowy o roboty budowlane (art. 647 KC)** i w związku z tym nie może być ona warunkowana przez Zamawiającego spełnieniem świadczeń, które nie są objęte umową Wykonawcy z Zamawiającym, a takim świadczeniem jest zapłata niewymagalnych należności Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców.
4. Niezależnie od niedopuszczalności prawnej takiego rozwiązania, wymaganie Zamawiającego, by Wykonawca płacił niewymagalne należności Podwykonawców, jest **nieracjonalne ekonomicznie**, bo prowadzi do konieczności prefinansowania Podwykonawców przez Wykonawcę (tzn. Wykonawca musi zapłacić niewymagalne wynagrodzenie Podwykonawcy zanim sam otrzyma wynagrodzenie od Zamawiającego). Zapłata przez Wykonawcę niewymagalnych należności Podwykonawców nic Zamawiającemu nie daje (bo Zamawiający, podobnie jak Wykonawca, nie ponosi odpowiedzialności prawnej za zapłatę niewymagalnych należności Podwykonawców), a **podnosi koszt realizacji zamówienia o setki tysiące złotych**, które Wykonawca będzie musiał zapłacić bankom jako koszty kredytowania przez nie wcześniejszej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców. Koszty te zostaną oczywiście doliczone przez wszystkich oferentów do cen ofertowych i pokryte ze środków publicznych przez Zamawiającego. Trudno taki efekt finansowy działań Zamawiającego pogodzić z zasadą z art. 44 ustawy o finansach publicznych, tj. zasadą celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego.
5. Nieracjonalność nowego wymagania Zamawiającego, by Wykonawca płacił niewymagalne należności Podwykonawców, najlepiej obrazuje fakt, że - w wykonaniu tego obowiązku umownego - Wykonawca, aby otrzymać należne mu za wykonane roboty wynagrodzenie od Zamawiającego powinien np. wcześniej zwrócić Podwykonawcy udzieloną przez niego na okres

2



rękojmi i gwarancji kaucją gwarancyjną, bo wiarytelność Podwykonawcy o zwrot (zapłatę) kaucji gwarancyjnej (wymagalna po zakończeniu okresu rękojmi i gwarancji) jest niewątpliwie „niewymagalną należnością Podwykonawcy”, od której nieistnienia (a więc wcześniejszej zapłaty) Zamawiający uzależnia zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy za wykonane roboty budowlane.

6. Oprócz wymogu zapłaty przez Wykonawcę niewymagalnych należności Podwykonawców, Zamawiający w kwestionowanych postanowieniach SIWZ uzależnił zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy od złożenia przez Wykonawcę **oświadczeń Podwykonawców / Dalszych Podwykonawców o zwolnieniu Zamawiającego z długu oraz solidarnej odpowiedzialności** w zakresie niewymagalnych należności Podwykonawców, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność w świetle obowiązujących przepisów. Abstrahując od oczywistej wewnętrznej sprzeczności pojęcia: „niewymagalnych należności Podwykonawców, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność w świetle obowiązujących przepisów” (żadne przepisy nie nakładają odpowiedzialności za zapłatę niewymagalnych należności), należy podkreślić, że **sprzeczny z prawem jest założony przez Zamawiającego cel tych regulacji, jakim jest uchylenie się przez Zamawiającego, na szkodę Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, od ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców.** Ta odpowiedzialność solidarna Zamawiającego wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które przewidując taką odpowiedzialność gwarancyjną Zamawiającego, jako inwestora, stanowią jednoznacznie, że **wszelkie zapisy o umownym wyłączeniu tej odpowiedzialności solidarnej są nieważne – vide art. 647¹ § 6 KC.**
7. Co więcej, wymóg zawarcia przez Wykonawcę w umowach podwykonawczych zobowiązania osoby trzeciej (Podwykonawcy i Dalszego Podwykonawcy) do składania oświadczeń o zwolnieniu Zamawiającego z długu stanowi kolejną nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencją w treść umów podwykonawczych zawieranych przez Wykonawcę z osobami trzecimi zgodnie z zasadą swobody umów, której ograniczenie nie ma podstaw na gruncie PZP, w tym w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP. Wprowadzenie dodatkowego obowiązku zwolnienia Zamawiającego przez Podwykonawcę z odpowiedzialności za dług, za który Zamawiający odpowiada z mocy przepisów prawa, jest konstrukcją **sprzeczną z naturą stosunku wynikającego z umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane**, dla której art. 647¹ KC przewiduje odpowiedzialność gwarancyjną Zamawiającego, jako inwestora, za zapłatę wynagrodzenia Podwykonawcy, w przypadku gdy Zamawiający wyraził zgodę na jej zawarcie.
8. Kwestionowane zapisy Umowy są również **ewidentnie sprzeczne z celem powołanego wyżej przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP, którym jest ochrona interesów podwykonawców w zamówieniach publicznych**, w szczególności przez zabezpieczenie zapłaty ich wynagrodzenia przez zamawiających. Wprowadzony do SIWZ w dniu 03.01.2020 r. wymóg zwolnienia z góry Zamawiającego przez Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców z przyszłej odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców z pewnością nie służy realizacji wskazanego celu powołanego przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a) PZP.



9. Mając powyższe na uwadze, nie może być wątpliwości, iż wprowadzony przez Zamawiającego wymóg zwolnienia Zamawiającego z długu przez Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców, wraz z koniecznością zapłaty przez Podwykonawców niewymagalnych należności Dalszych Podwykonawców, **ograniczy – znów wbrew intencji ustawodawcy - dostęp do udziału w realizacji niniejszego zamówienia publicznego wielu małym i średnim, lokalnym przedsiębiorcom budowlanym**, którzy mogliby zrealizować część robót w ramach tego zamówienia, ale zwyczajnie nie będzie ich stać na zapłatę przed terminem należności swoich podwykonawców, zwłaszcza gdy sami będą musieli wcześniej zwolnić inwestora publicznego z solidarnej odpowiedzialności za zapłatę ich własnego wynagrodzenia.

10. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o wykreślenie następujących zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego w SIWZ w dniu 03.01.2020 r:

- **W § 7 ust. 17 wzoru umowy** – wykreślenie zapisu: „d) tj. o uregulowaniu wszystkich należności (wymagalnych) oraz o braku należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o zapłatę wynagrodzenia), a w przypadku istnienia należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o wynagrodzenia) - oświadczenie o zwolnieniu Zamawiającego z długu w zakresie należności niewymagalnych (w zakresie których Zamawiający ponosi odpowiedzialność, a w szczególności roszczeń o wynagrodzenia) oraz solidarnej odpowiedzialności za dług w tym zakresie (art. 373 k.c.) wynikających z realizacji umowy o podwykonawstwo oraz związanych z jej realizacją”;
- Wykreślenie (usunięcie) w całości **załącznika nr 20 do SIWZ** (Załącznika nr 5 d do Umowy - Oświadczenia Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie jego odwołania.

Anna Wrzesień

Anna Wrzesień
radca prawny

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.