

**WYROK**  
z dnia 27 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Aneta Mlącka**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2013 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A. oraz WTE Wassertechnik GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum:

1. **Budimex S.A. oraz Cadagua S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**,
2. **Instal Kraków S.A. oraz VA TECH WABAG GmbH, ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert, o co najmniej 14 dni, zgodnie z ustaleniami zamieszczonymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z Warszawy** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **Porr (Polska) S.A.** oraz **WTE Wassertechnik GmbH, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z Warszawy** na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - **Porr (Polska) S.A.** oraz **WTE Wassertechnik GmbH, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu ograniczonego, przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., którego przedmiotem jest „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II- II ciąg technologiczny” Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Porr (Polska) S.A. (Lider Konsorcjum) z Warszawy oraz WTE Wassertechnik GmbH (Partner Konsorcjum) z Essen wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających – jego zdaniem - na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego ukształtowaniu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ). Wykonawca podał, że pismem z dnia 2 września 2013 r. został zawiadomiony o zaproszeniu do składania ofert i otrzymał treść SIWZ, w tym jej Część II. Kontrakt. Stwierdził również, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem wobec dokonania wskazanych w odwołaniu niezgodnych z prawem czynności Konsorcjum nie może złożyć oferty, względnie złożyć oferty konkurencyjnej oraz prawidłowo skalkulowanej i tym samym utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Dalej podał, że odwołaniem zostają objęte następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert, tj. wskazanie w SIWZ, cz. I Instrukcja dla Wykonawców terminu składania ofert na dzień 24 września 2013 r. o godz. 11.45;
2. dodanie na końcu Klauzuli 4.4. Części II. 3. SIWZ - Warunki Szczególne, punktów (d), (e), (f) oraz (j) podpunkt (iii), a także postanowień dotyczących zwrotu Zabezpieczenia Wykonawcy (ostatnie dwa akapity Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych);
3. ustalenie wobec wykonawców, powierzających wykonanie Zamówienia podwykonawcom, wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy powyżej 10% ceny całkowitej podanej w ofercie na podstawie Klauzuli 4.2 Warunków Szczególnych w zw. z Załącznikiem do Oferty określającym Kwotę zabezpieczenia należytego wykonania

Kontraktu oraz w zw. z dodanymi w Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych punktami (d), (e), (f) oraz dwoma ostatnimi akapitami;

4. określenie w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny rodzaju podwykonawców, którym powierzenie Robót przez wykonawcę skutkować będzie koniecznością ustanowienia przez wykonawcę Zabezpieczenia, tj. Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych punktu (d) w zw. z Klauzulą 1.1.2.8 Warunków Szczególnych Kontraktu [Podwykonawcy] oraz Klauzulą 1.1.5.8 [Roboty], 1.1.5.5 [Urządzenia] i 1.1.5.3 [Materiały].

Powyższe warunki zdaniem Odwołującego naruszają następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 52 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, albowiem wyznaczony został zbyt krótki termin składania ofert, nieuwzględniający wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami. Powyższe uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych;
- 2) art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na ustanowienie wobec wykonawców powierzających wykonanie Zamówienia podwykonawcom wymogu przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej maksymalną ustawową wartość tego zabezpieczenia, tj. 10% ceny całkowitej podanej w ofercie wykonawcy. Na podstawie Klauzuli 4.2. Warunków Szczególnych w zw. z Załącznikiem do Oferty każdy wykonawca Zamówienia obowiązany jest uzyskać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w swojej ofercie, a wykonawcy zawierający umowy z podwykonawcami obowiązani są uzyskać także Zabezpieczenie dla pokrycia roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz podwykonawców w wysokości proporcjonalnej do zakresu całości robót zleconych podwykonawcy w wysokości równowartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 647 art. 6471 § 2 i art. 649 (3), art. 649 (5) oraz w zw. z art. 649 (3) w zw. z art. 649 (5) Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp – (1) z uwagi na ukształtowanie warunków Kontraktu w sposób sprzeczny z właściwością stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco

nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz (2) naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – z uwagi na (a) uwarunkowanie wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą po uprzednim ustanowieniu przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego na rzecz podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez wykonawcę oraz (b) uwarunkowanie zwrotu całości zabezpieczenia od przedłożenia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających uregulowanie wszelkich należności wobec wszelkich podwykonawców, tj. brak redukowalności zabezpieczenia po dokonaniu przez wykonawcę zapłaty wynagrodzenia na rzecz części podwykonawców lub zapłaty części wynagrodzenia tych podwykonawców;

- 4) art. 2 pkt 131 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) oraz art. 647. art. 6471 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZD i 139 ust. 1 ustawy Pzp - z uwagi na dodanie w Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych pkt (j) ppkt (iii) postanowienia, iż w umowach o podwykonawstwo wykonawca i podwykonawcy oraz dalsi podwykonawcy zobowiązani będą na żądanie Zamawiającego do ukształtowania ich treści zgodnie z tym żądaniem, w szczególności w zakresie płatności, terminów, zastosowanych materiałów oraz estetyki, co wobec ogólności i nieograniczonego zakresu możliwych żądań Zamawiającego skutkuje całkowitą dowolnością Zamawiającego w kształtowaniu treści umów z osobami trzecimi wobec stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest sprzeczne z właściwością (naturą) umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umową o roboty budowlane;
- 5) art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – z uwagi na uzależnienie wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą od ustanowienia na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego na rzecz podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez wykonawcę wyłącznie w formach wskazanych Klauzuli 4.4. punkt (e) i na warunkach określonych w punkcie (d) i (f) oraz dodanych ostatnich dwóch akapitach Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych, tj. na warunkach które skutkują niemożnością złożenia oferty bądź niemożnością złożenia konkurencyjnej oferty przez wykonawców zamierzających powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom z uwagi na bardzo znaczące koszty bądź niemożliwość uzyskania przedmiotowego Zabezpieczenia, co stanowi nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa w realizacji Zamówienia;
- 6) art. 47 oraz art. 48 ust. 2 pkt 61 oraz art. 51 ust.1 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – z uwagi na ustanowienie na etapie zaproszenia do składania ofert w

przetargu ograniczonym dodatkowego warunku w zakresie zdolności finansowej wobec wykonawców, którzy zamierzają powierzyć wykonanie Zamówienia podwykonawcom, który to warunek jest nieproporcjonalny i niedopuszczalny na tym etapie Postępowania i stanowi wyraz nierównego traktowania wykonawców, tj. posiadanie zdolności kredytowej do ustanowienia Zabezpieczenia, o którym mowa w Klauzuli 4.4. Części II. 3. SIWZ - Warunków Szczególnych, punkt (d);

- 7) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2. art. 36 ust. 1 pkt 121 oraz pkt 151 i 161 ustawy Pzp – z uwagi na określenie w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny rodzaju podwykonawców, którym powierzenie Robót przez wykonawcę skutkować będzie koniecznością ustanowienia przez wykonawcę Zabezpieczenia, o którym mowa w Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych co skutkuje niemożnością określenia przez wykonawcę zakresu i wartości Zabezpieczenia, jakie zgodnie z tą Klauzulą powinien ustanowić na rzecz Zamawiającego, tj. niejasne jest czy przedmiotowe Zabezpieczenie należy ustanowić jedynie w wysokości równowartości wynagrodzenia podwykonawców robót budowlanych, czy również w wysokości równowartości wynagrodzenia należnego dostawcom Materiałów i Urządzeń. Postanowienie Klauzuli 4.4 punktu (d), (e) i (f) Warunków Szczególnych stawia wykonawców w niepewności, co do zakresu świadczonego w przyszłości Zamówienia i uniemożliwia porównywalne skalkulowanie ceny w ich ofertach.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania jako całkowicie uzasadnionego oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wydłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na ich przygotowanie i złożenie, to jest o co najmniej 14 dni;
- 2) wykreślenie punktu (d), (e), (f), G) podpunkt (iii) oraz ostatnich dwóch akapitów Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych.

Wykonawca w przypadku nieuwzględnienia żądania w zakresie:

1. wykreślenia punktu (d), (e), (f) oraz dwóch ostatnich akapitów Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych wniósł o:
  - 1) zmianę punktu (d) przedmiotowej Klauzuli poprzez wyraźne wskazanie, że wyrażenie zgody na zawarcie umowy z dostawcami Materiałów nie będzie uwarunkowane ustanowieniem przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego wskazanego w tym punkcie Zabezpieczenia oraz
  - 2) zmianę dwóch ostatnich akapitów Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych poprzez wprowadzenie mechanizmu zwrotu i redukcji Zabezpieczenia po przedłożeniu

Zamawiającemu przez wykonawcę dowodu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, tj. nadanie następującego brzmienia dodanym dwóm ostatnim akapitom Klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych: *„O ile Zabezpieczenie nie zostanie zwrócone, zredukowane lub zaliczone na poczet prawnie uzasadnionych roszczeń Zamawiającego, to Zamawiający zwróci Zabezpieczenie Wykonawcy na jego pisemny wniosek w terminie 30 dni od daty zakończenia realizacji umowy z Podwykonawcą. W przypadku Zabezpieczenia ustanowionego w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia bankowego Zamawiający każdorazowo po przedstawieniu dowodu zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy, złoży gwarantowi lub poręczycielowi w terminie 7 dni oświadczenie o zredukowaniu wartości gwarancji lub poręczenia o wartość zapłaconego Podwykonawcy wynagrodzenia. W przypadku Zabezpieczenia ustanowionego w formie pieniężnej zwrot Zabezpieczenia będzie każdorazowo następował w terminie 7 dni od dnia przedstawienia dowodu zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy”.*

2. wykreślenia punktu (j) podpunkt (iii) Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych wniosł o zmianę tego postanowienia i ograniczenie możliwości ingerencji Zamawiającego w treść umów podwykonawczych, tj. zobowiązanie Zamawiającego do sprecyzowania zakresu żądań odnośnie treści umów z Podwykonawcami z poszanowaniem granic wyznaczonych wart. 353 (1) Kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu faktycznym odwołania wykonawca w szczególności wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie Zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową (modernizacją) oraz budową nowych obiektów na terenie Zakładu Wodociągu Centralnego w Warszawie, etap II-II ciąg technologiczny. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Części III SIWZ. W celu dopuszczenia do udziału w Postępowaniu Zamawiający w punkcie III. 2. 2) Ogłoszenia o Zamówieniu wymagał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż równowartość 10.000.000,00 PLN. Pismem z dnia 2 września 2013 r., w zaproszeniu do składania ofert - przekazał Konsorcjum treść SIWZ, w tym jej Części II. Kontrakt oraz wyznaczył termin składania ofert na dzień 24 września 2013r. na godz. 11.45, tj. 22 dni od dnia przekazania Odwołującemu zaproszenia do składania ofert wraz z treścią SIWZ. Zgodnie z postanowieniem Części III SIWZ - Program Funkcjonalny - Użytkowy (dalej jako PFU) Zamawiający jest w posiadaniu dokumentacji projektowej, którą Wykonawca może zweryfikować, zaktualizować i zaadaptować do aktualnych wymagań Zamawiającego opisanych PFU lub wykonać od nowa. Wykonawca w ciągu 22 dni od przekazania PFU nie jest w stanie zweryfikować materiałów przekazanych przez Zamawiającego i zaadoptować istniejącą dokumentację do

potrzeb opisanych w PFU lub wykonać nową koncepcję, a także wycenić ww. roboty. Zgodnie z punktem 10.1. SIWZ Cz. I Instrukcji podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zastrzegł w treści SIWZ, że część lub całość Zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Stosownie do Części II. 2. SIWZ Warunki Ogólne Kontraktu roboty będące przedmiotem niniejszego Kontraktu będą wykonane zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robot inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę. Na Warunki Kontraktu składają się Część I - Warunki Ogólne oraz Część II - „Warunki Szczególne” (dalej jako Warunki Szczególne) i wykonawca w szczególności zwrócił uwagę na następujące Klauzule i okoliczności, a mianowicie:

- 1) Klauzulę 1.1.2.8. Warunków Ogólnych w nowym brzmieniu: *„1.1.2.8. „Podwykonawca” - może oznaczać każdą osobę wymienioną w Kontrakcie jako Podwykonawca lub wyznaczoną jako Podwykonawca dla wykonania części Robót oraz prawnych następców każdej z tych osób, jak i oznacza każdą inną osobę, której Wykonawca powierzył jako Podwykonawcy zgodnie z Kontraktem i przepisami Kodeksu cywilnego wykonywanie części Robót i wobec której Zamawiający ponosi z Wykonawcą odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane”.*
- 2) (a) Klauzulę 1.1.5.8 Warunków Ogólnych - „Roboty” oznaczają Roboty Stałe i Roboty tymczasowe lub jedno z nich, zależnie co jest odpowiednie oraz na (b) Klauzulę 1.1.5.3 - „Materiały” oznaczają wszelkiego rodzaju rzeczy (inne niż Urządzenia), mające stanowić lub stanowiące część Robót Stałych, włącznie z pozycjami obejmującymi same dostawy (jeżeli występują), które mają być dostarczone przez Wykonawcę według Kontraktu i na (c) Klauzulę 1.1.5.5 Warunków Ogólnych „Urządzenia” oznaczają aparaty, maszyny i pojazdy, mające stanowić lub stanowiące część Robót Stałych.
- 3) Klauzulę 1.1.1.5 w nowym brzmieniu: *„Program funkcjonalno-użytkowy (PFU)”, który oznacza dokument zatytułowany, włączony do Kontraktu, zawierający opis Robót zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego oraz wszelkie dodatki i zmiany tego dokumentu dokonane zgodnie z Kontraktem. Program funkcjonalno użytkowy zawiera Wymagania Zamawiającego. Gdziekolwiek w Warunkach występuje określenie „Wymagania Zamawiającego” należy zastąpić je określeniem „Program funkcjonalno-*

*użytkowy" i wszelkie odniesienia do „Wymagań Zamawiającego” będą oznaczać odniesienie do „Programu funkcjonalno-użytkowego”.*

- 4) na zmianę Klauzuli 1.9 Warunków Ogólnych w ten sposób, że pozbawił Wykonawcę, między innymi, prawa do płatności za jakikolwiek Koszt w sytuacji gdy Wykonawca dozna opóźnienia lub poniesienie Koszt w wyniku jakiegoś błędu w PFU, a doświadczony wykonawca zachowując należyłą staranność wykryłby ten błąd. Powyższe oznacza, że wszelkie błędy w zawartych w PFU wymaganiach zamawiającego Wykonawca obowiązany jest ustalić w ciągu 22 dni do upływu terminu składania ofert i w kalkulować w cenę swojej oferty.
- 5) na Klauzulę 4.2 w nowym brzmieniu: „Wykonawca na własny koszt uzyska Zabezpieczenie Wykonania w wysokości ustalonej w Załączniku do Oferty. W przypadku wygaśnięcia Zabezpieczenia lub jego nieprzedłużenia zgodnie z postanowieniami Kontraktu, Zamawiający ma prawo wstrzymać się z płatnościami do czasu ponownego ustanowienia stosownego Zabezpieczenia. Kopię Zabezpieczenia Wykonania Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie przekazać Inżynierowi. Zabezpieczenie Wykonania służy pokryciu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu, w tym roszczeń z tytułu rękojmi za wady o zapłatę kar umownych lub odszkodowania oraz roszczeń z tytułu niewywiązania się Wykonawcy z obowiązków określonych w klauzuli 14.16”.
- 6) na zmiany do Klauzuli 4.4 Warunków Ogólnych:
  - a. skreślenie pkt (a) stanowiącego, że nie będzie wymagane, „aby Wykonawca uzyskiwał zgodę na dostawców Materiałów, lub na kontrakt podzlecenia, dla którego Podwykonawca jest wymieniony w Kontrakcie”, a na końcu Klauzuli dodano także nowe punkty (c), (d), (e), (f) (g), (h), (i), (j) o następującej treści:
  - b. „(c) Warunkiem wyrażenia zgody na zawarcie umowy przez Wykonawcę z Podwykonawcami jest przedstawienie Zamawiającemu przez Wykonawcę projektu umowy z Podwykonawcą, a następnie umowy z Podwykonawcą (w przypadku Wykonawców wspólnie realizujących Kontrakt - zaakceptowanej uprzednio przez Lidera), z uwzględnieniem pkt. (d) i (e);
  - c. (d) Wyrażenie zgody na zawarcie umowy z Podwykonawcą warunkowane jest uprzednim ustanowieniem przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem Wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę. Wysokość Zabezpieczenia ustala się każdorazowo proporcjonalnie do zakresu całości robót zleconych Podwykonawcy w wysokości równowartości

wynagrodzenia należnego Podwykonawcy, a wynikającego z umowy zawartej przez Wykonawcę z Podwykonawcą;

- d. (e) Formami zabezpieczeń, o których mowa w pkt (d) są ustanowione samodzielnie lub łącznie według wyboru Wykonawcy: pieniądź, gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie bankowe;
- e. (f) Zabezpieczenie wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym, jego zwrot następuje w kwocie nominalnej powiększonej o odsetki wynikające z umowy rachunku bankowego oraz pomniejszonej o koszty związane z prowadzeniem rachunku. Poręczenie, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa będzie nieodwołalna, bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. W przypadku ustanowienia zabezpieczeń określonych w pkt (e), ich termin ważności (okres zabezpieczenia) musi być dłuższy o 30 dni od terminu zakończenia realizacji umowy z Podwykonawcą. W przypadku przedłużenia wykonania takiej umowy zabezpieczenie musi być przedłużone o termin, o jaki przedłuża się termin jej realizacji. W przypadku braku przedłużenia przez Wykonawcę zabezpieczenia przynajmniej na 30 dni przed końcem ważności tego zabezpieczenia Zamawiający ma prawo do realizacji zabezpieczenia w kwocie jaka zostaje do rozliczenia z Podwykonawcą,
- f. (g) (-) oraz (h) (...);
- g. (i) Wszystkie umowy, zawierane przez Wykonawcę z Podwykonawcami, muszą zawierać postanowienie, uprawniające do występowania do Inżyniera, z kopią do Zamawiającego, o dokonywaniu bezpośredniej zapłaty faktur VAT, wystawionych Wykonawcy, a niezapłaconych przez niego w terminie ustalonym dla danej płatności, z załączeniem kopii niezapłaconej faktury VAT oraz kopią protokołu odbioru prac przez Wykonawcę bez uwag z powołaniem się na postanowienia niniejszej klauzuli 4.4 punkt (i). Postanowienie takie musi mieć charakter przechodni, to jest analogiczne postanowienie musi być zawarte w każdej kolejnej umowie z dalszymi Podwykonawcami;
- h. (j) Wszystkie umowy z Podwykonawcami bądź dalszymi Podwykonawcami winny zawierać nadto co najmniej następujące postanowienia: (i) postanowienie stwierdzające, że w przypadku zakończenia obowiązywania niniejszego Kontraktu z jakiegokolwiek powodu, również umowa o podwykonawstwo winna być uznana za zakończoną; (ii) wszelkie prawa autorskie, oraz prawa własności intelektualnej, które powstały w związku z wykonywaniem Robót, winny być odpowiednio przeniesione na Zamawiającego; (iii) w umowach o podwykonawstwo Wykonawcy z Podwykonawcami dalszymi Podwykonawcami Wykonawca i Podwykonawcy zobowiązani będą nadto na żądanie Zamawiającego do ukształtowania ich treści zgodnie z tym żądaniem, w szczególności w zakresie płatności, terminów, zastosowanych materiałów oraz estetyki. O ile Zabezpieczenie nie zostanie zaliczone na poczet prawnie uzasadnionych roszczeń Zamawiającego, to Zamawiający

zwróci Zabezpieczenie Wykonawcy, na jego pisemny wniosek, w terminie 30 dni od daty zakończenia realizacji umowy z Podwykonawcą. Warunkiem zwrotu Zabezpieczenia jest przedłożenie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających uregulowanie wszelkich należności względem wszystkich Podwykonawców, tj. oświadczeń Podwykonawców o nie zaleganiu Wykonawcy z płatnościami, całkowitym spełnieniu świadczeń zgodnie z umowami oraz o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń w tytułu zawartej w ramach tego projektu umowy zarówno w stosunku do Wykonawcy jak i do MPW i K S.A. w Warszawie (Zamawiającego).

Dalej podał, że Zamawiający będzie dokonywał płatności na rzecz Wykonawcy na podstawie Przejściowych i Ostatecznego Świadectwa Płatności. Na końcu Klauzuli 14.3. Warunków Szczególnych Zamawiający dodał akapit, iż każdy Wniosek o Przejściowe Świadectwo Płatności dla danego rozliczenia przejściowego, winien zawierać oświadczenie Wykonawcy, że wszystkie należne faktury Podwykonawców oraz dalszych Podwykonawców, których termin płatności upłynął w okresie objętym rozliczeniem przejściowym, zostały zapłacone, lub podać wysokość niezapłaconych kwot i powody niezapłacenia całości lub części takich faktur. Do tego oświadczenia Wykonawcy należy dołączyć oświadczenia Podwykonawców, których należności z faktur stały się wymagalne w okresie objętym rozliczeniem przejściowym o wysokości tych należności, z jednoznacznym wskazaniem czy zostały one w całości zapłacone lub z podaniem wysokości niezapłaconych kwot i powodów niezapłacenia całości lub części należności. Stosownie do zmienionej Klauzuli 14.10 Warunków Szczególnych w Rozliczeniu Końcowym Strony odpowiednio uwzględnią potrącenia z tytułu bezpośredniej zapłaty Podwykonawcom czy dalszym Podwykonawcom dokonane bezpośrednio przez Zamawiającego na mocy klauzuli 4.4 [Podwykonawcy] oraz wszelkie inne potrącenia dokonane przez Zamawiającego na zasadach określonych w Kontrakcie. Zamawiający dodał również Klauzulę 14.16 [Dowody płatności] w brzmieniu: Przed wystawieniem Świadectwa Płatności, obejmującego kwotę należną Podwykonawcy i dalszym Podwykonawcom, Inżynier uzyska od Wykonawcy, Podwykonawcy i dalszych Podwykonawców dowody, że Podwykonawca i dalsi Podwykonawcy otrzymali zapłatę wymagalnego wynagrodzenia za roboty wykonane przed wystawieniem Świadectwa Płatności w okresie objętym rozliczeniem przejściowym na podstawie Świadectwa Płatności, pomniejszone o odpowiednie potrącenia z tytułu kwot zatrzymanych lub innego tytułu. Z wyjątkiem przypadków, kiedy Wykonawca, Podwykonawca i dalsi Podwykonawcy przedstawią Inżynierowi odpowiednie dowody, lub Wykonawca dostarczy Inżynierowi pisemnych przekonujących dowodów, że jest w uzasadniony sposób uprawniony do wstrzymania lub, odmowy zapłaty tych kwot. Zamawiający może, według swego uznania, zapłacić Podwykonawcy lub dalszym Podwykonawcom bezpośrednio całość lub część kwot

tytułem należnego wynagrodzenia za roboty wykonane, uprzednio potwierdzonych przez Inżyniera u Wykonawcy, minus odpowiednie potrącenia kwot należnych Podwykonawcy i dla których Wykonawca nie dokonał przedstawienia dowodów zapłaty kwot należnych Podwykonawcy, opisanych powyżej. W takim przypadku Strony Kontraktu zgodnie ustalają, iż zapłata wynagrodzenia Podwykonawcy zwalnia Zamawiającego z zapłaty kwot należnych tytułem wynagrodzenia Wykonawcy w części zapłaconej Podwykonawcy lub dalszym Podwykonawcom, o czym Zamawiający powiadomi Wykonawcę po dokonaniu zapłaty na rzecz Podwykonawcy lub dalszych Podwykonawców. Przedstawienie przez Wykonawcę dowodów, że jest w uzasadniony sposób uprawniony do wstrzymania lub odmowy zapłaty kwot dla Podwykonawcy lub dalszych Podwykonawców powoduje, że zapłata tych kwot zostaje przez Zamawiającego wstrzymana do czasu kiedy zostanie ustalone, czy Podwykonawca lub dalsi Podwykonawcy są uprawnieni do otrzymania zapłaty spornych kwot i z tego tytułu Wykonawcy nie przysługują żadne uprawnienia lub roszczenia wobec Zamawiającego, w tym o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie. Jeżeli zachowanie Wykonawcy lub Podwykonawcy lub dalszych Podwykonawców będzie utrudniało lub uniemożliwiało ustalenie lub zapłatę kwot należnych z tytułu wymagalnego wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszym Podwykonawcom za roboty wykonane, wówczas Zamawiający może powstrzymać się z wypłatą tych kwot do czasu kiedy zapłata będzie możliwa i Wykonawcy, Podwykonawcy oraz dalsi Podwykonawcy z tego tytułu nie będą przysługiwały wobec Zamawiającego żadne uprawnienia lub roszczenia, w tym o zapłatę odsetek ustawowych. W umowie z Podwykonawcami bądź dalszymi Podwykonawcami winno być zawarte postanowienie odpowiadające treści zawartej w zdaniu poprzedzającym. Jeżeli Zamawiający w ramach odpowiedzialności solidarnej z Wykonawcą wobec Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane, zaspokoi roszczenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, Zamawiającemu służy roszczenie regresowe do Wykonawcy i odpowiednio do Podwykonawcy o zwrot całego spełnionego świadczenia wobec Podwykonawcy albo dalszego Podwykonawcy. Na podstawie Klauzuli 15.2 punkt (d) Warunków Szczególnych Zamawiający uprawniony będzie od odstąpienia od Kontraktu, jeśli Wykonawca podzleci Roboty w zakresie zabronionym postanowieniami Klauzuli 4.4 bez zgody Zamawiającego.

W uzasadnieniu prawnym zarzutów z odwołania wykonawca w szczególności wskazał na następujące okoliczności:

1. odnośnie zarzutu nr 1

Stosownie do art. 52 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu

informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni. Tym niemniej zamawiający obowiązany jest także przy zamówieniach nadprogowych uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Dalej podał, że uwzględnienie w warunkach konkretnego postępowania czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia jego złożoności i rozmiarów, zapewnia realną konkurencję w postępowaniu i odpowiada postulatowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wyznaczając termin składania oferty, zamawiający powinien zatem zawsze uwzględniać czas niezbędny wykonawcom do przygotowania i złożenia oferty. Wskazując również na art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE w ust. 1 stwierdził, że zgodnie z tym przepisem podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Mając na względzie systematykę art. 38 Dyrektywy 2994/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 należy przyjąć, że zasadą na gruncie unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych winno być ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych. Wyznaczony przez Zamawiającego w Postępowaniu termin nie uwzględnia powyższych kryteriów. W szczególności Zamawiający ustalił zbyt krótki termin na składanie ofert mając na uwadze rozmiary (dużą liczbę obiektów i instalacji, które mają być poddane remontom lub wymianie), złożoność oraz duże zróżnicowanie zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia, a także konieczność uzgodnienia, skoordynowania, opracowania, nawiązania współpracy i wyjaśnienia wielu elementów zamówienia ze specjalistycznymi podmiotami zewnętrznymi. Wyznaczony termin składania ofert jest nierealny i w sposób istotny ogranicza wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do przedmiotowego zamówienia. Kwestionowana czynność Zamawiającego ogranicza zatem krąg wykonawców, którzy będą w stanie konkurować o zamówienie, względnie uniemożliwia bądź znacząco utrudnia wykonawcom złożenie porównywalnych, rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert. W następstwie powyższego zniweczony zostanie jeden z podstawowych celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zapewnienie efektywnej konkurencji w Postępowaniu. W konkluzji stwierdził, że powyższe stanowi naruszenie art. 52.ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 38 ust.1 Dyrektywy 2004/18/WE oraz skutkuje uchybieniem przez Zamawiającego dyrektywie zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego Postępowania o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

## 2. odnośnie zarzutu nr 2

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wprowadzone w Klauzuli 4.4 punkt (d) dodatkowego Zabezpieczenia na rzecz Zamawiającego stanowi rażące naruszenie art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, że ustawa Pzp w Dziale IV zatytułowanym Umowy w sprawie zamówienia publicznego dopuszcza jedynie dwa rodzaj zabezpieczeń, tj. zabezpieczenie należytego wykonania umowy (art. 147 i n. ustawy Pzp) oraz zabezpieczenie zwrotu zaliczki (art. 151 a ust. 6 do 7 ustawy Pzp). Jednocześnie ustawa Pzp ustanawia w art. 150 ust. 2 maksymalną kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. stanowi, iż zabezpieczeni ustala się w wysokości od 2% do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Zamawiający ustanowił w SIWZ - Załącznik do oferty wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na maksymalnym poziomie 10% ceny całkowitej oferty z VAT podanej w Formularzu Oferty. Tym samym ustanawianie dalszego (wyższego) zabezpieczenia stanowi naruszenie art. 150 ust. 2 ustawy Pzp. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy z art. 147 ustawy Pzp ma służyć pokryciu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. To jakie naruszenia ze strony Wykonawcy stanowiąc będą naruszenie umowy określa zamawiający, a także na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie nieunormowanym oraz w zakresie uregulowań bezwzględnie obowiązujących Kodeks cywilny. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający w Klauzuli 4.2 Warunków Szczególnych wyraźnie przewidział, że Zabezpieczenie wykonania (zabezpieczenie należytego wykonania umowy w rozumieniu art. 147 i n. ustawy Pzp) służy pokryciu roszczeń Zamawiającego w tytułu niewywiązania się z obowiązków określonych w Klauzuli 14.6, tj. nieprzedstawienia przez Wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom. Wobec tego Zamawiający objął Zabezpieczeniem wykonania z art. 147 i n. ustawy Pzp niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku zapłaty wynagrodzenia Podwykonawców przez Wykonawcę. Tym samym, wobec ustanowienia w SIWZ - Załącznik do oferty wartości zabezpieczenia na poziomie 10% Zamawiający nie jest uprawniony do żądania dodatkowego Zabezpieczenia, o którym mowa w zmienionej Klauzuli 4.4 punkt (d) (e) i (f) oraz dwóch ostatnich akapitów tej Klauzuli. Na marginesie Odwołujący wskazał, że również w przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 12 lutego 2013 projekcie ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych dotyczącym podwykonawstwa, który w dniu 11 marca 2013 r. został skierowany do Sejmu nie przewiduje się dopuszczalności ustanowienia odrębnego zabezpieczenia, które miałyby służyć pokryciu

ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy. Projekt ustawy w art. 143a stanowi jedynie, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom skutkować będzie tym, że kwota należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane będzie pomniejszana o sumę kwot wynikającą z nieprzedstawionych dowodów zapłaty (w sytuacji gdy zapłata wynagrodzenia wykonawcy następuje w częściach) lub wysokość kolejnej zaliczki będzie pomniejszana o sumę kwot wynikającą z nieprzedstawionych dowodów zapłaty (w sytuacji gdy całość wynagrodzenia należnego wykonawcy jest wypłacana po wykonaniu całości robót budowlanych i udzielana jest zaliczka). W projektowanym art. 143c przewidziano również uprawnienie Zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

### 3. odnośnie zarzutu nr 3

Stosownie do art. 353 Kodeksu cywilnego granice swobody kontraktowej, w tym swobody kształtowania umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyznacza kryterium odnoszące się do właściwości (natury) stosunku kontraktowego. Pojęcie właściwości (natury) utożsamia się z nakazem poszanowania wyraźnie uregulowanych przepisami prawa elementów określonego typu stosunku zobowiązaniowego [tu: umowy o roboty budowlane], których zmiana lub brak prowadziłyby do zniekształcenia tego typu stosunku albo do zachwiania równowagi kontraktowej. Dalej podał, że (...) Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 Kodeksu cywilnego). Zgodnie z art. 647 (1) §1 Kodeksu cywilnego w umowie o roboty budowlane strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Na podstawie § 2 tego artykułu zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest uzależnione od uzyskania zgody inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Na mocy art. 647 (1) § 5 Kodeksu cywilnego zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor [tu: Zamawiający] i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez

podwykonawcę. W kontekście omawianego zarzutu należy mieć na uwadze art. 649 (3) w zw. z art. 649 (5) Kodeksu cywilnego, które dotyczą obowiązku udzielenia gwarancji zapłaty przez wykonawcę na rzecz podwykonawców oraz okoliczność, iż w Postępowaniu Zamawiający zapewnił sobie szereg mechanizmów (por. w szczególności Klauzula 4.4 (i), 14.3 ostatni akapit, 14.10, 14.16 oraz 15.2 Warunków szczególnych), które mają go uchronić przed koniecznością wydatkowania własnych środków na wynagrodzenie podwykonawców i dalszych podwykonawców. Poprzez wprowadzenie i efektywne egzekwowanie tych mechanizmów Zamawiający nie poniesienie negatywnych skutków ustanowionej w art. 647 (1) § 5 Kodeksu cywilnego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego tym pomiotom. Innymi słowy, interesy Zamawiającego oraz podwykonawców zostały należycie zabezpieczone innymi niż kwestionowane przez Odwołującego postanowieniami Warunków Szczególnych. Tym niemniej, wykonawca powierzający wykonanie Robót podwykonawcom musi się liczyć, obok konsekwencji niewypełnienia zobowiązań wskazanych w szczególności w Klauzuli 4.4 (i), 14.3 ostatni akapit, Klauzuli 14. 10 oraz Klauzuli 14.16 Warunków Szczególnych, z koniecznością ustanowienia dodatkowego Zabezpieczenia wynagrodzenia podwykonawców na rzecz Zamawiającego, w tym z koniecznością poniesienia znaczących kosztów tego Zabezpieczenia. Na skutek powyższego dochodzi z jednej strony do wyłączenia przez Zamawiającego skutków solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawców, a z drugiej strony do potrójnego zabezpieczenia zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy (podmiotu niebędącego stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego i umowy o roboty budowlane) poprzez Zabezpieczenie płatności wynagrodzenia podwykonawcy na rzecz Zamawiającego, ustawowa gwarancja płatności na rzecz podwykonawcy, mechanizm wstrzymania wypłaty i potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Zamawiającego kwot wynagrodzenia należnych lub potencjalnie należnych Podwykonawcy. Nie tylko cały ciężar zabezpieczenia wynagrodzenia podwykonawcy został przerzucony na Wykonawcę, ale mechanizm zabezpieczenia został bezzasadnie zwielokrotniony. Innymi słowy, mając na uwadze całość postanowień Kontraktu oraz przepisy Kodeksu cywilnego, wprowadzenie do Klauzuli 4.4 Warunków szczególnych punktów (d), (e), (f) oraz dodanie dwóch ostatnich akapitów stanowi o rażącym zachwianiu równowagi kontraktu o roboty budowlane i tym samym o przekroczeniu granic swobody umów. Z kolei uwarunkowanie zwrotu całości zabezpieczenia od przedłożenia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających uregulowanie wszelkich należności wobec wszelkich podwykonawców, tj. brak redukowalności zabezpieczenia po dokonaniu przez wykonawcę zapłaty wynagrodzenia na rzecz części podwykonawców lub zapłaty części wynagrodzenia tych podwykonawców, stanowi o braku powiązania Zabezpieczenia z dokonaniem zapłaty na rzecz Podwykonawców i stanowi niczym nieuzasadniony rodzaj

represji wobec wykonawcy zatrudniającego Podwykonawców. Na koniec Odwołujący wskazał, że dodane w Klauzuli 4.4. punkt (d), (e) i (f) oraz dwóch ostatnich akapitów stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako że w nadmierny sposób utrudnia wykonawcom zamierzającym zatrudnić podwykonawców złożenie konkurencyjnej oferty. Cena wykonawcy zamierzającego zatrudnić podwykonawców musi uwzględniać dodatkowe, znaczące koszty ustanowienia wymaganego przez Zamawiającego Zabezpieczenia, a także potencjalne ryzyko niezasadnego skorzystania z tego Zabezpieczenia. Jak wykazano wyżej wobec pozostałych przewidzianych w Kontrakcie i w Kodeksie cywilnym mechanizmów zabezpieczenia Zamawiającego przed skutkami solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, utrudniane wykonawcom zamierzających skorzystać z usług podwykonawców jest całkowicie bezzasadne.

#### 4. odnośnie zarzutu nr 4

Podobnie, jak w przypadku zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł, że dodanie w Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych punktu (j) ppkt (iii) postanowienia, iż w umowach o podwykonawstwo wykonawca i podwykonawcy oraz dalsi podwykonawcy zobowiązani będą na żądanie Zamawiającego do ukształtowania ich treści zgodnie z tym żądaniem, w szczególności w zakresie płatności, terminów, zastosowanych materiałów oraz estetyki stanowi naruszenie zasady swobody umów, o której mowa w art. 3531 Kodeksu cywilnego z uwagi na sprzeczność tego postanowienia z właściwością (naturą) umowy o roboty kształtowaną ukształtowaną w Księdze trzeciej, Tytule XVI Kodeksu cywilnego, w tym art. 647, art. 647 91) § 2 Kodeksu cywilnego. Zamawiający jako inwestor nie jest uprawniony do ogólnego i nieograniczonego kształtowania treści umów, jakie zawiera wykonawca z osobami trzecimi, w tym podwykonawcami. Ewentualne żądanie Zamawiającego odnośnie treści umów z podwykonawcami powinno być na etapie Postępowania sprecyzowane i obiektywnie uzasadnione. Kwestionowane postanowienie Warunków Szczególnych stawia Wykonawców zatrudniających podwykonawców w całkowitej niepewności, co do warunków przyszłej współpracy z podwykonawcami i uniemożliwia im poprawne skalkulowanie ceny oferty. Naraża ich bowiem na niemożliwe do określenia ryzyko związane z niepewnością odnośnie treści przyszłych warunków współpracy z podwykonawcami, które to warunki uprawniony będzie określić Zamawiający po uzyskaniu Zamówienia przez tego Wykonawcę. Wprowadzenie niemożliwego do skalkulowania ryzyka dla wykonawców korzystających z Podwykonawców skutkować będzie także nieporównywalnością ofert tych wykonawców. Powyższe stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o realizację Zamówienia, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### 5. odnośnie zarzutu nr 5

Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem sytuacji gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Zamawiający uzależniając wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą od ustanowienia na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego na rzecz podwykonawcy na warunkach określonych w zmienionej Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych ogranicza możliwość skorzystania przez wykonawców z podwykonawstwa, gdyż wymaga, aby wykonawcy wpłacili pieniądze albo złożyli gwarancje albo poręczenia na całą wartość wynagrodzenia podwykonawców, co w przypadku powierzenia podwykonawcom realizacji Zamówienia oznacza konieczność wpłaty na rzecz Zamawiającego pieniędzy bądź wykorzystania przez wykonawcę limitu kredytowego na poziomie kilkudziesięciu milionów złotych. Tego rodzaju postanowienie istotnie utrudnia bądź wyłącza możliwość złożenia przez wykonawcę oferty opartej na realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców. Powyższe, wobec dopuszczalności podwykonawstwa w Postępowaniu, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, jako że bezzasadnie ogranicza bądź wyłącza możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy będą zatrudniać podwykonawców, tj. stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### 6. odnośnie zarzutu nr 6

Zamawiający w celu dopuszczenia do udziału w Postępowaniu wymagał w punkcie III. 2. 2) Ogłoszenia o Zamówieniu posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż równowartość 10.000.000,00 PLN. Według obliczeń Odwołującego w przypadku zawarcia przez wykonawcę umów z Podwykonawcami na poziomie 30% wartości zamówienia, zdolność kredytowa wykonawcy powinna wynosić niemal trzykrotnie więcej, tj. około 30.000.000, PLN. Jest to wymóg nieproporcjonalny w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i jako wprowadzony w przetargu ograniczonym na etapie zaproszenia do składania ofert i przekazania SIWZ niezgodny z istotą tego typu przetargu (art. 47, art. 48 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp). Ponadto wskazany wymóg posiadania wyższej zdolności kredytowej dotyczy wyłącznie wykonawców zamierzających zatrudnić Podwykonawców, co stanowi naruszenie wymogu równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

## 7. odnośnie zarzutu nr 7

Odwołujący podniósł, że zawarte w Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych postanowienie punktu (d) w zw. z Klauzulą 1.1.2.8 Warunków Szczególnych Kontraktu [Podwykonawcy] oraz Klauzulą 1.1.5.8 [Roboty], 1.1.5.5 [Urządzenia] i 1.1.5.3 [Materiały] nie spełnia wymogu precyzyjnego określenia zobowiązania wykonawcy dotyczącego realizacji Zamówienia, co skutkuje niemożnością prawidłowego skalkulowania ceny oferty oraz nieporównywalnością ofert wykonawców, tj. naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu. Zamawiający objął zobowiązaniem do ustanowienia Zabezpieczenia na mocy klauzuli 4.4 punkt (d) Warunków Szczególnych „Podwykonawców, „ wykreślając jednocześnie z Klauzuli 4.4 Warunków Ogólnych punkt (a) stanowiący, iż nie będzie się wymagało, aby Wykonawca uzyskiwał zgodę na dostawców Materiałów lub na kontrakt podzlecenia, dla którego Podwykonawca jest wymieniony w Kontrakcie. Stosownie do Klauzuli 1.1.2.8 Podwykonawcą jest osoba wymieniona w Kontrakcie, jako Podwykonawca lub wyznaczona, jako Podwykonawca dla wykonania Robót, a także każda inna osoba, której Wykonawca powierzył, jako Podwykonawcy zgodnie z Kontraktem i przepisami Kodeksu cywilnego wykonywanie części Robót i wobec której Zamawiający ponosi z Wykonawcą odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane. Na Roboty składają się stosownie do Klauzuli 1.1.5.8 Warunków Ogólnych Roboty Stałe i Roboty Tymczasowe. Przy czym zarówno Materiały i Urządzenia stanowią na podstawie odpowiednio 1.1.5.3 oraz 1.1.5.5 część Robót Stałych. Wobec powyższego dostawców Materiałów i Urządzeń należy traktować, jako Podwykonawcy w rozumieniu Kontraktu. Na skutek powyższego dalece niejasne jest, czy punkt (d) Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych warunkujący udzielenie zgody na zawarcie umowy z Podwykonawcą dotyczy także dostawców Materiałów i Urządzeń. Zabezpieczenie wymagane na mocy tego punktu dotyczy, bowiem roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę. Wykonawca stwierdził także, że skierował do Zamawiającego pytanie do SIWZ celem jednoznacznego ustalenia, czy obowiązkiem ustanowienia Zabezpieczenia z Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych objęcie są także dostawcy Materiałów i Urządzeń. Odwołujący zakwestionował jednak przedmiotowe postanowienie i zażądał - w razie nieuwzględnienia żądania nr 3 odwołania - jego modyfikacji, gdyż w innym postępowaniu Zamawiający odnośnie analogicznego postanowienia nie udzielał jednoznacznej odpowiedzi i zachodzi uzasadniona obawa, że w obecnym Postępowaniu Zamawiający postąpi podobnie. Postępowanie dotyczyło przetargu ograniczonego pn. „Rozbudowa technologii uzdatniania wody Zakładu Wodociągu Praskiego”. Zamawiający wyjaśnił, że postanowienie Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych dotyczące Zabezpieczenia dotyczy podwykonawców w rozumieniu

art. 647(1) Kodeksu cywilnego, ale nie potwierdził, pomimo wyraźnych pytań wykonawców, że postanowienie to nie dotyczy innych podwykonawców (np. dostawców).

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm – Budimex S.A. [lider] z Warszawy oraz Gadagua S.A. z Bilbao [Hiszpania] i Konsorcjum firm Instal Kraków S.A. oraz VA TEch WABAG GmbH z Krakowa.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując jednocześnie na zmianę terminu składania ofert [jego wydłużenie do dnia 2 października godz. 11, 45], o czym poinformował wykonawców w piśmie z dnia 20 września 2013 r.

W zakresie pierwszego z zarzutów [naruszenia art. 52 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi] wskazał na informację o planowanym udzieleniu zamówienia przekazaną do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich we Wstępnym ogłoszeniu informacyjnym drogą mailową w dniu 06.12.2012 r., która ma potwierdzać zachowanie 52-dniowego terminu, o którym mowa w art. 52 ust. 3 ustawy Pzp. Dalej wskazał na Informację o opublikowaniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego została zamieszczona również w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu opublikowanym w Dz. U. E. E, pod numerem 2013/S 104-177539 z dnia 31.05.2013 r. Zwrócił również uwagę na wyznaczenie 22 dniowego terminu składania ofert z uwzględnieniem wstępnego ogłoszenia informacyjnego zamieszczone w wymaganym przez ustawę Pzp terminie, który również nie narusza przepisów ustawy Pzp i tym samym nie może stanowić skutecznego zarzutu odwołania. Podał również, że w dniu 18 września 2013 r. udzielił odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jednocześnie zmienił termin składania ofert na dzień 2.10.2013 r., (czyli o kolejne 8 dni). Jego zdaniem Odwołujący nie wyjaśnił w ogóle, poza hasłowym żądaniem „wydłużenia terminu, o co najmniej 14 dni”, w jaki sposób skalkulował i wyliczył postulowany przez niego minimalny termin składania ofert i w jaki sposób ustalił, że wyłącznie taki termin zapewnia zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do drugiego zarzutu [naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp], związanych z ustanowieniem wobec wykonawców powierzających wykonanie zamówienia podwykonawcom wymogu przedłożenia

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej maksymalną ustawową wartość tego zabezpieczenia [10% ceny całkowitej podanej w ofercie wykonawcy]

Stwierdził przede wszystkim, że (...) w realiach niniejszej sprawy brak należytego zabezpieczenia interesu publicznego, który w świetle obowiązujących regulacji przepisu art. art. 647 (1) Kodeksu cywilnego (zgoda Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą), nie może być w pełni spełniony i uznanie zakwestionowanej klauzuli za niezgodną z przepisami prawa, prowadzić niechybnie będzie do przyjęcia uprzywilejowanej pozycji Wykonawcy względem Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście dyspozycji art. 649 (1) KC, zgodnie, z którą Wykonawca może zażądać od Zamawiającego „gwarancji zapłaty” w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Wobec tego, nie do przyjęcia jest pogląd, wedle, którego Wykonawca jest w uprzywilejowanej sytuacji względem Zamawiającego, i z tego tytułu może żądać od tego ostatniego stosownego zabezpieczenia zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, samemu będąc zwolnionym z obowiązku zabezpieczenia roszczeń, powstałych w skutek jego nierzetelnego postępowania wobec Podwykonawcy, które z pewnością będą kierowane do majątku Zamawiającego, jako dłużnika solidarnego. Zgodnie z przywoływaną już wyżej treścią przepisu art. 647(1) § 5 Kodeksu cywilnego zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor (Zamawiający) i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę”. Dalej podał, że (...) mając na uwadze, iż solidarna odpowiedzialność Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy może stwarzać dla niego dodatkowe obciążenie w postaci obowiązku zapłaty za roboty budowlane, za które już raz Wykonawcy zapłacił, podnieść należy, iż wprowadzenie kwestionowanej przez Odwołującego klauzuli było podyktowane jedynie zabezpieczeniem Zamawiającego przed powtórnią zapłatą za wykonane roboty budowlane. Biorąc pod uwagę ustawowo zagwarantowaną w art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, nieograniczoną specyfiką przedmiotu niniejszego zamówienia, możliwość realizowania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców, Zamawiający wprowadził powyższą klauzulę w celu zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych. Zamawiający nie może także zgodzić się z zarzutem, jakoby Zamawiający żądał od Wykonawcy zabezpieczenia przekraczającego dyspozycję określoną w art. 147 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę, iż przepis ten ma charakter *ius dispositivum*, a po wtóre, brak jest przepisów wprowadzających ograniczenia w stosowaniu zabezpieczenia roszczeń, w inny sposób niż to wskazano w omawianym przepisie. Tym samym należy przyjąć za dopuszczalne wprowadzenie przez Zamawiającego innych niż zabezpieczenie, o którym jest mowa w art. 147 ust. 1 Pzp, form zabezpieczenia wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto argument ten jest uzasadniony z punktu widzenia zamawiającego,

który jako wierzyciel zainteresowany jest wprowadzeniem do umowy zapisów gwarantujących realne wykonanie świadczenia albo uzyskanie przynajmniej częściowego odszkodowania bez konieczności występowania na drogę sądową. Trudno również wyobrazić sobie, aby tak skomplikowane i długotrwałe stosunki prawne, z których wynikałyby różnorodne zobowiązania, mogły być zabezpieczone tylko poprzez instytucję zabezpieczenia z art. 147 ust. 1. Wobec czego należy przyjąć, iż wspomniany przepis limituje jedynie możliwość wprowadzania i kształtowania zabezpieczenia w formie kaucji wskazanej w tym przepisie, nie stanowiąc natomiast przeszkody w budowaniu innych sposobów wykonania zobowiązania przez dłużnika, czyli wykonawcę. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż zabezpieczenie ustanowione przez Zamawiającego w klauzuli 4.4 pkt 3 lit, d, nie jest zabezpieczeniem w rozumieniu art. 147 ust. 1 ustawy Pzp, lecz jest innym zabezpieczeniem, ukształtowanym na wypadek zaistnienia warunków określonych w dyspozycji art. 647 (1) § 5 kodeksu cywilnego, czyli konieczności spełnienia ewentualnych roszczeń regresowych powstałych w wyniku nie zapłacenia przez wykonawcę podwykonawcom należnego im wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Tym samym należy uznać, iż wobec ciężącego na Zamawiającym ryzyku odpowiedzialności związanym z rozliczeniami finansowymi pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, jak również „nierówności” pozycji zajmowanych przez Zamawiającego i Wykonawcę w kontekście art. 6491 kodeksu cywilnego (o czym szerzej mowa była wyżej), Zamawiający działając w interesie dobra publicznego został postawiony przed koniecznością ustanowienia swoistego zabezpieczenia w brzmieniu nadanym klauzulą 4.4 pkt 3 lit. d. Wobec tego wartym podkreślenia jest fakt, iż owe zabezpieczenie nie może być utożsamiane z zabezpieczeniem należytego wykonania kontraktu, o którym jest mowa w art. 147 ustawy Pzp, a tym samym do zabezpieczenia ustanowionego w klauzuli 4.4 pkt 3 lit, d nie będzie miał zastosowania 10% limit wskazany w art. 150 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kolejnych zarzutów zauważył, że zarzuty te nr 3 i 5 w istocie rzeczy są rozwinięciem zarzutu nr 2, a ich treść sprowadza się do zakwestionowania zasadności wprowadzenia do treści „Szczególnych Warunków Umowy” klauzuli 4.4 pkt 3 lit. d, której znaczenie, jak również funkcje wyczerpująco zostały przedstawione w uzasadnieniu odpowiedzi do zarzutu nr 2.

Odnosnie zarzutu nr 4 [naruszenia art. 2 pkt 13) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) oraz art. 647, art. 647 (1) § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp] wskazał na pismo z dnia 26.09.2013 r. którym zmienił SIWZ, w tym treść kwestionowanej przez Odwołującego klauzuli 4.4 pkt 3 lit (j) ppkt (iii) kontraktu.

Odnośnie zarzutu nr 6 Zamawiający wyjaśnił, że (...) treść Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych jest taka sama dla każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, więc zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie została naruszona. Od decyzji każdego z wykonawców zależy, czy będzie korzystał z podwykonawców i w jakim zakresie. W przypadku korzystania z podwykonawców Zamawiający przewidział możliwość wniesienia Zabezpieczenia służącego pokryciu ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem Wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego w różnych formach, w tym w gwarancjach bankowych, ubezpieczeniowych oraz poręczeniach bankowych, niewymagających od Wykonawców zaangażowania własnych środków finansowych. Co więcej Zamawiający udzielił zaliczki w wysokości 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy. Zatem każdy z wykonawców, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i przystąpi do realizacji zamówienia będzie miał środki finansowe na wniesienie wymaganego zabezpieczenia. Ponadto wskazany w uzasadnieniu odwołania argument „Według obliczeń Odwołującego w przypadku zawarcia przez wykonawcę umów z Podwykonawcami na poziomie 30% wartości zamówienia, zdolność kredytowa wykonawcy powinna wynosić niemal trzykrotnie więcej, tj. około 30 000 000 zł.” jest okolicznością dotyczącą potencjału biznesowego Wykonawcy i jako taka nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii”.

Odnośnie zarzutu nr 7 [naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz 15) i 16) ustawy Pzp] stwierdził, że w piśmie z 20.09.2013 r. [w odpowiedzi na pytanie wykonawcy (pytanie nr 6) dotyczące Klauzuli 4.4 punkt (d), (e) i (f) Warunków Szczególnych Kontraktu] (...) określił że podwykonawcami, dla których należy ustanowić Zabezpieczenie określone w Klauzuli 4.4. Części II. 3. SIWZ - Warunków Szczególnych w wysokości równowartości wynagrodzenia są jedynie podwykonawcy robót budowlanych.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący na rozprawie ograniczył zarzuty z odwołania, oświadczając, że odstępuje od popierania zarzutu 4 związanego z pkt (j) ppkt (iii) w klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych oraz zarzutu 7 związanego z pkt (d) również w klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych w związku z Klauzulą 1.1.2.8 Warunków Szczególnych Kontraktu [Podwykonawcy] oraz Klauzulą 1.1.5.8 [Roboty], 1.1.5.5 [Urządzenia] i 1.1.5.3 [Materiały].

Rozpoznając zarzuty w pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że podlega uwzględnieniu tylko pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 52 ust. 3 ustawy Pzp w

zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Zamawiający, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert, nie uwzględniając wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Ta okoliczność uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, co najmniej złożenie rzetelnie i prawidłowo sporządzonej oferty.

Zgodnie z przepisem art. 52 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym [o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu,] w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni [i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu], zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni.

Jednakże, w pierwszej kolejności, zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania [w tym przypadku przy zamówieniach nadprogowych], uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym [ust.1] podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych.

Uwzględniając zatem systematykę art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych.

Wyznaczony przez Zamawiającego w tym postępowaniu termin nie uwzględnia powyższych kryteriów.

Zdaniem Izby, ustalając termin na składanie ofert [do dnia 24.09.2013 r. godz. 11, 45] Zamawiający nie uwzględniał, w szczególności rozmiarów zamówienia (dużą liczbę obiektów i instalacji, które mają być poddane remontom lub wymianie), złożoności oraz dużego zróżnicowanie zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia, a także konieczności uzgodnienia, skoordynowania, opracowania, nawiązania współpracy i wyjaśnienia szeregu elementów zamówienia ze specjalistycznymi podmiotami zewnętrznymi.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie wyjaśnił w ogóle, [poza hasłowym stwierdzeniem, że wyznaczony termin nie narusza ustawy Pzp], w jaki sposób skalkulował i wyliczył kwestionowany minimalny termin składania ofert i w jaki sposób ustalił, że taki termin zapewnia wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty.

Także twierdzenie, co do ukształtowania terminu proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia i konieczności zabezpieczenia interesu Zamawiającego oraz prawidłowej realizacji inwestycji, nie zostało w żaden sposób nawet przez zamawiającego uprawdopodobnione zasadnością zastosowania możliwie najkrótszych terminów, szczególnie w sytuacji, gdy - jak podkreślał Zamawiający w konkluzji odwołania - „to zamówienie dotyczy jednej z największych inwestycji na terenie naszego kraju”.

Tak jak podniósł Odwołujący podana przez wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) jest - zgodnie z punktem 10.1. SIWZ Cz. I Instrukcji dla Wykonawców - wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu Kodeksu cywilnego i tym samym cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto zgodnie z Klauzulą 1.9 Warunków Ogólnych [po jej zmianie] wykonawca nie będzie miał prawa do dodatkowego wynagrodzenia m.in. gdy poniesione koszty są wynikiem jakiegoś błędu w PFU, a jak zaznaczono, doświadczony wykonawca zachowując należyta staranność powinien wykryć ten błąd.

Odwołujący w toku rozprawy przedstawił wymagane [stosownie do Części II. 2. SIWZ Warunki Ogólne Kontraktu roboty będące przedmiotem niniejszego Kontraktu będą wykonane zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robot inżynierskich i budowlanych

projektowanych przez Wykonawcę] etapy wykonania prac, poprzedzające opracowanie oferty, wykazując, że ustalony pierwotnie termin składania ofert [24 wrzesień 2013 r.] jest obiektywnie nadmiernie krótki dla rzetelnego sporządzenia oferty.

Istotnym etapem dla opracowania oferty zarówno w części technicznej był także termin uzyskania dokumentacji oraz wizja lokalna zalecona PFU [pkt 3.1.5].

Izba zwraca uwagę, że wykonawca dokumentację otrzymał dopiero 3 września 2013r., a pierwsza wizja - na żądanie wykonawcy - odbyła się dopiero w dniu 18 września 2013 r., a kolejna w dniu 24 września 2013 r.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że dopiero po wizji lokalnej możliwie było przystąpienie do sporządzania oferty w jej części technicznej

Izba stwierdza, że wyznaczony termin, *de facto* 22 dni, nie pozwala potencjalnemu wykonawcy na rzetelne i prawidłowe zweryfikowanie materiałów przekazanych przez Zamawiającego i zaadoptowanie istniejącej dokumentacji do potrzeb opisanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym [PFU] lub wykonania nowej koncepcji, a także na wycenę tych robót.

Kwestionowana czynność, zdaniem Izby, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą w stanie konkurować o zamówienie, względnie uniemożliwia bądź znacząco utrudnia wykonawcom złożenie porównywalnych, rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

Wskazane okoliczności stanowią o naruszeniu art. 52 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 38 ust.1 Dyrektywy 2004/18/WE oraz skutkują uchybieniem przez Zamawiającego zasadzie zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, związanej z obowiązkiem przygotowania i przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W konkluzji Izba za zasadne uznała żądanie przedłużenia terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie oferty, w tym przypadku o wnioskowane przez wykonawcę co najmniej 14 dni w stosunku do pierwotnego terminu [z daty wniesienia odwołania] tj. od dnia 24.09.13 r.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że w przypadku udzielania dalszych odpowiedzi na pytania, wskazany termin może podlegać dalszemu przedłużeniu, o ile w związku z art. 38

ust.6 ustawy Pzp udzielona odpowiedź będzie prowadziła do zmiany treści specyfikacji [jej modyfikacji] i, która to zmiana będzie powodowała po stronie wykonawców konieczność wprowadzania zmian do przygotowywanych ofert. Taki nowy termin zamawiający ustala względnie samodzielnie, albowiem zobowiązany jest przede wszystkim obiektywnie ocenić zakres zmian w specyfikacji i ich wpływ na sporządzenie oferty.

Pozostałe zarzuty z odwołania [zarzut 2, 3, 5 i 6] w spornym zakresie nie podlegają uwzględnieniu.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że według klauzuli 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu [WSzK] podano, że „Zabezpieczenie Wykonania służy pokryciu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu, w tym roszczeń z tytułu rękojmi za wady, o zapłatę kar umownych lub odszkodowania oraz roszczeń z tytułu nie wywiązywania się Wykonawcy z obowiązków określonych w klauzuli 14.16.”

Z kolei Klauzula 4.4. WSzK stanowi wyłącznie o Zabezpieczeniu - de facto gwarancji per analogiam z art. 647 (1) § 5 kc - które „służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem Wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę.”

Powołana w Klauzuli 4.2 WSzK Klauzula 4.16 stanowi z kolei wyłącznie o takich obowiązkach, jak obowiązek przedłożenia oświadczeń Podwykonawców bądź dowodów na potwierdzenie zapłaty Podwykonawcy oraz stanowi także o zachowaniach Wykonawcy bądź Podwykonawców utrudniających ustalenie, czy kwoty zostały zapłacone bądź w jakiej wysokości. W tej klauzuli zastrzeżono także roszczenia regresowe odpowiednio do Wykonawcy lub Podwykonawców.

Brzmienie powyższych klauzul oznacza, że dotyczą one różnych okoliczności i tak sformułowane postanowienia nie naruszają ani przepisów ustawy Pzp, ani kodeksu cywilnego, a służą wyłącznie usprawiedliwionemu zabezpieczeniu odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, na wypadek nie rozliczenia się rzetelnego z podwykonawcą, pomimo zapłaty wynagrodzenia wykonawcy przez zamawiającego za roboty wykonane przez podwykonawcę.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że powyższa regulacja jest uprawniona, w szczególności w związku z solidarną odpowiedzialnością Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy przewidzianą w art. 647 (1) § 5 k.c.

Izba zwraca uwagę, że realizacja zamówienia na gruncie ustawy Pzp ma następować z założenia przez samego wykonawcę legitymującego się odpowiednim potencjałem technicznym i ekonomicznym oraz finansowym, a także osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z faktu [art. 36 ust. 5 ustawy Pzp], że wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom [z wyłączeniem części zastrzeżonej] nie wynika, że z tego powodu zamawiający, wobec treści art. 749 (1) kc, nie może wymagać od wykonawcy rzetelnego rozliczania się z podwykonawcą oraz zmniejszenia ryzyk związanych z jego uczestnictwem w związku z odpowiedzialnością solidarną.

Roszczenia regresowe, o których stanowi klauzula 4.16 Warunków Szczegółowych nie pozostają w sprzeczności z wymaganym Zabezpieczeniem z pkt 4.4. czy też pkt 4.2.

Izba przede wszystkim podkreśla, że zabezpieczenie o którym stanowi art. 147 ustawy Pzp służy, zgodnie z jego ust. 2, pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i zostało ograniczone do 10 % całkowitej ceny podanej w ofercie.

Przedmiotem umowy w niniejszym postępowaniu jest „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego etap II- II ciąg technologiczny, „ [a nie odpowiedzialność solidarna za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane podwykonawcy] i temu służy Zabezpieczenie wykonania zgodnie z klauzulą 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Z kolei zabezpieczenie z klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych służyć ma pokryciu ewentualnych roszczeń regresowych Zamawiającego wobec Wykonawcy o zwrot świadczeń spełnionych przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, a wynikających z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, zgodnie z art. 647 (1) § 5 kc.

W niniejszej sprawie Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że uznanie kwestionowanej klauzuli za niezgodną z przepisami prawa prowadziłoby w konsekwencji, z jednej strony do braku należytego zabezpieczenia interesu Zamawiającego w związku z jego solidarną odpowiedzialnością [w świetle obowiązujących regulacji przepisu art. 647 (1) kc], a z drugiej - do uprzywilejowanej pozycji wykonawcy względem Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście dyspozycji art. 649 (1) § 1 kc, zgodnie z którą wykonawca może zażądać od Zamawiającego

„gwarancji zapłaty" w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, będąc jednocześnie zwolnionym z obowiązku zabezpieczenia roszczeń, powstałych w skutek jego nierzetelnego postępowania wobec podwykonawcy, a które to roszczenia będą mogły być kierowane do majątku Zamawiającego jako dłużnika solidarnego.

Zdaniem Izby, wobec możliwego dodatkowego obciążenia, wynikającego z powtórnego obowiązku zapłaty za roboty budowlane na rzecz podwykonawcy [za które już raz Wykonawcy zapłacił] Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia kwestionowanej Klauzuli 4.4, celem realnego zabezpieczenia Zamawiającego przed powtórną zapłatą za wykonane roboty budowlane.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że biorąc pod uwagę ustawowo zagwarantowaną w art. 36 ust. 5 ustawy Pzp i nieograniczoną specyfiką przedmiotu niniejszego zamówienia, możliwość realizowania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców, Zamawiający wprowadził sporną klauzulę, celem zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych i takie dodatkowe Zabezpieczenie nie przekracza dyspozycji określonej w art. 147 ustawy Pzp.

Jak już wyżej wskazano powołany przepis art. 147 ustawy Pzp ogranicza wyłącznie, bezpośrednio w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, możliwość wprowadzania i kształtowania zabezpieczenia w wysokości i formach wskazanych tym przepisem, nie stanowiąc jednocześnie przeszkody w domaganiu się innych sposobów wykonania zobowiązania przez dłużnika [wykonawcę] w związku [nie bezpośrednio] z realizowanym kontraktem, a dotyczącego wymaganych płatności na rzecz podwykonawców.

W świetle powyższego Izba stwierdza, że zabezpieczenie ustanowione przez Zamawiającego w klauzuli 4.4 pkt 3 lit. d), nie jest zabezpieczeniem w rozumieniu art. 147 ust. 1 ustawy Pzp, lecz jest innym sposobem zabezpieczenia [gwarancji] ukształtowanym na wypadek zaistnienia warunków określonych w dyspozycji art. 647 (1) § 5 kodeksu cywilnego, czyli konieczności spełnienia ewentualnych roszczeń regresowych powstałych w wyniku nie zapłacenia podwykonawcom przez wykonawcę należnego im wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Zdaniem Izby, wobec ciążącego na Zamawiającym ryzyku odpowiedzialności, związanym z rozliczeniami finansowymi pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, jak również „nierównością" pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy w kontekście art. 649 (1) kodeksu

cywilnego (o czym mowa była wyżej), Zamawiający był uprawniony do ustanowienia swoistego zabezpieczenia w brzmieniu nadanym klauzulą 4.4 pkt 3 lit. d.

Izba ponownie podkreśla, że sporne zabezpieczenie według Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych nie może być utożsamiane z zabezpieczeniem należytego wykonania kontraktu, o którym jest mowa w art. 147 ustawy Pzp, a tym samym do zabezpieczenia ustanowionego w klauzuli 4.4 pkt 3 lit. d) nie będzie miał zastosowania 10% limit wskazany w art. 150 ustawy Pzp.

Treść Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych jest taka sama dla każdego z wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Zatem zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie została naruszona i od decyzji każdego z wykonawców zależy, czy będzie korzystał z podwykonawców i w jakim zakresie.

Zamawiający, w przypadku korzystania z podwykonawców, możliwość wniesienia zabezpieczenia służącego pokryciu ewentualnych jego roszczeń względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego, przewidział w różnych formach [w tym w gwarancjach bankowych, ubezpieczeniowych oraz poręczeniach bankowych], co nie wymaga od wykonawcy zaangażowania własnych środków finansowych.

Co więcej, Zamawiający – na wniosek wykonawcy - udzieli zaliczki w wysokości 20% (...) Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy”. Tym samym każdy z wykonawców, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i przystąpi do realizacji zamówienia będzie miał środki finansowe na wniesienie wymaganego zabezpieczenia.

Wskazany w uzasadnieniu odwołania argument, że zawarcie przez wykonawcę umów z podwykonawcami na poziomie 30% wartości zamówienia, wymaga zdolności kredytowej wykonawcy trzykrotnie wyższej niż określono w warunkach tego postępowania jest okolicznością dotyczącą – jak słusznie stwierdził Zamawiający - potencjału biznesowego wykonawcy i tym samym pozostaje to bez wpływu dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii. Jak już wskazano, od decyzji każdego z wykonawców zależy, czy będzie korzystał z podwykonawców i w jakim zakresie

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....

.....

.....