

WYROK
z dnia 28 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński
Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie następujących modyfikacji w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
 - a) w § 3 ust. 2 wzoru umowy - wykreślenie punktu 48 w całości,
 - b) w § 4 ust. 4 wzoru umowy - wykreślenie postanowienia: „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”,
 - c) w § 4 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy - wykreślenie postanowienia: „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”,

- d) w § 6 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy - wykreślenie postanowienia: „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”,
- e) 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”.
- f) w § 7 ust. 17 wzoru umowy - wykreślenie postanowienia: „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”,
- g) usunięcie w całości załącznika nr 20 do SIWZ (Załącznika nr 5 d do Umowy - Oświadczenia Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy).

- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**, na rzecz odwołującego **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach”, numer referencyjny: ZA.271.98.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2019 r., nr 2019/S 200-485061.

W dniu 13 stycznia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „odwołujący”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i ust. 2 pkt 11) lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, oraz art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 11 lit. a 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,
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 (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.

W szczególności odwołujący stwierdził, co następuje.

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

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 od 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. (...)

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 przenieść 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). (...)

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 konstrukcję stosuje w swoich umowach GDDKiA), która nie pozbawiałaby Wykonawcy jego uprawnień gwarancyjnych do Podwykonawców i nie podnosiłaby kosztów realizacji zamówienia z pomocą Podwykonawców o kilka milionów złotych. (...)

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

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. (...)

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.

(...) 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). (...)

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. (...)

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).

Pismem z dnia 26 stycznia 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach” obejmujące m.in. budowę dworca autobusowego oraz rozbudowę i przebudowę ulic i tuneli.

Po dokonaniu modyfikacji siwz z dnia 3 stycznia 2020 r., kwestionowane przez odwołującego w zakresie zarzutu nr 1 postanowienia zyskały następujące brzmienie:

1) § 3 ust. 2 pkt 48 wzoru umowy:

„2. Wykonawca: (...)

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

2) § 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.”

3) § 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:

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”.

4) § 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”.

5) dodany pkt 17 Dokumentu Gwarancyjnego:

„17. Wykonawca przenosi 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.”

Po dokonaniu modyfikacji siwz z dnia 3 stycznia 2020 r., kwestionowane przez odwołującego w zakresie zarzutu nr 2 postanowienia zyskały następujące brzmienie:

1) § 7 ust. 17 wzoru umowy:

„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: (...)”

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

„(...) 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 (...)"

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego. W szczególności Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Po pierwsze, stwierdzić należy, że w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie jest wymagane posiadanie przez odwołującego interesu prawnego. Po drugie, biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i siwz, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu określonych postanowień siwz. Dlatego też, Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), zwanego dalej: „kc”, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z przepisu wynika, że strony dysponują co do zasady swobodą kształtowania treści umowy, niemniej jednak swoboda ta nie jest nieograniczona. Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być bowiem sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na wyrażoną wyżej swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego. Należy dodać, że zgodnie z art. 58 § 1 i 2 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście

ustawy co do zasady jest nieważna, jak też nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 647¹ § 1 i 6 kc, inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót (...), zaś postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne. Kwestie związane z podwykonawstwem zostały też uregulowane w art. 143a – 143d ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego zobowiązania wykonawcy do dokonania na rzecz zamawiającego przelewu uprawnień przysługujących mu na podstawie umowy podwykonawczej z tytułu udzielonej przez podwykonawcę gwarancji oraz rękojmi przy jednoczesnym pozostawieniu zamawiającemu uprawnień w zakresie gwarancji i rękojmi w stosunku do wykonawcy, należy zgodzić się z odwołującym, że wprowadzone przez zamawiającego postanowienia projektu umowy i dokumentu gwarancyjnego prowadzą do sytuacji, w której zamawiający będzie miał wybór, do kogo skieruje roszczenie o usunięcie wad (do wykonawcy, czy podwykonawcy), ale jeśli skieruje je do wykonawcy, to ten będzie musiał usunąć wadę i nie będzie mógł żądać jej usunięcia od podwykonawcy, gdyż jego (wykonawcy) uprawnienie w tym zakresie zostanie przelane na rzecz zamawiającego. Tym samym wykonawca z jednej strony poniesie koszty zapłaty podwykonawcy za uprawnienia wynikające z gwarancji i rękojmi, ale mimo to z drugiej strony, może być pozbawiony prawa dochodzenia swoich roszczeń w tym zakresie od podwykonawcy. Przyjęte przez zamawiającego postanowienia umowne powodują zatem, że koszty, jakie ostatecznie poniesie wykonawca w zakresie usuwania wad, zależą od tego, do kogo zwracać się będzie zamawiający z żądaniem usunięcia tych wad po zakończeniu realizacji umowy, co powoduje, że na etapie sporządzania oferty są one trudne do oszacowania. Przede wszystkim jednak wskazać należy, że przyjęte przez zamawiającego postanowienia projektu umowy powodują, że wykonawca może być pozbawiony prawa korzystania z uprawnień z tytułu gwarancji i rękojmi w stosunku do podwykonawcy, co jest rozwiązaniem oczywiście niekorzystnym dla wykonawcy i skutkującym nierównością stron stosunku zobowiązaniowego.

Izba rozumie przy tym intencje zamawiającego wynikające z chęci zabezpieczenia jego interesów na wypadek upadłości, czy restrukturyzacji wykonawcy, niemniej jednak ryzyko związane z ww. okolicznościami jest powszechnym ryzykiem kontraktowym, którego chęć uniknięcia nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie

niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku – wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Jak wskazano już wyżej, możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które w tym wypadku zostały naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Ponadto rozwiązania te niekoniecznie muszą w pełni chronić interes publiczny, który jest pojęciem szerszym niż tylko interes zamawiającego. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia mogą bowiem zniechęcać potencjalnych wykonawców do składania ofert oraz powodować wzrost cen składanych ofert, co przekłada się nie tylko na koszty zamawiającego, ale też na sytuację wykonawców zmuszanych do wyboru pomiędzy rezygnacją ze złożenia oferty albo – w razie jej złożenia i wybrania – do realizacji kontraktu na niekorzystnych dla siebie warunkach. Nadto brak wiedzy wykonawcy, do kogo zamawiający skieruje ewentualne roszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji (do wykonawcy czy do podwykonawcy) rodzi negatywne skutki dla możliwości wyceny ryzyka związanego z kosztami ewentualnych napraw. Interes publiczny, obejmujący – jak wskazano wyżej – nie tylko interes zamawiającego, ale także działających na rynku przedsiębiorców, doznaje w tym wypadku uszczerbku, co także wskazuje na niezgodność kwestionowanych postanowień z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia kwestionowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy i dokumentu gwarancyjnego i nakazała dokonanie modyfikacji ww. dokumentów zgodnie z żądaniami odwołującego.

Niezależnie od powyższego należy dodać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż postanowienie siwz kwestionowane w poprzednim postępowaniu odwoławczym (KIO 2178/19) i uwzględnione przez zamawiającego miało inną treść i jego wykreślenie było zgodne z żądaniem odwołującego. Obecnie kwestionowane są nowe postanowienia, na których wprowadzenie przysługuje odwołującemu nowe odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu drugiego dotyczącego postanowień projektu umowy i załącznika nr 20 do siwz uzależniających zapłatę wynagrodzenia wykonawcy od dołączenia do każdej faktury oświadczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców o braku należności niewymagalnych oraz zwalniających zamawiającego z odpowiedzialności solidarnej za dług w tym zakresie, należy zauważyć, że w art. 647¹ kc wprost przewidziana została odpowiedzialność solidarna zamawiającego z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych. Ponadto w

art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp mowa jest o uzależnieniu wypłaty wykonawcy wynagrodzenia lub zaliczek jedynie od przedstawienia dowodów zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia. Tym samym wprowadzone przez zamawiającego postanowienia projektu umowy i załącznika nr 20 do siwz są niezgodne z ww. przepisami. Dodatkowo zauważyć należy, że postanowienia uzależniające wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od oświadczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców o braku należności niewymagalnych zmuszają wykonawcę do prefinansowania podwykonawców przed uzyskaniem wynagrodzenia od zamawiającego. Są to więc rozwiązania niekorzystne dla wykonawcy, niezgodne z zasadami współżycia społecznego, w tym z regułą wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom po otrzymaniu wynagrodzenia od zamawiającego. Natomiast zwolnienie zamawiającego z odpowiedzialności solidarnej za należności podwykonawców nie jest też korzystne dla tych podwykonawców, gdyż ogranicza liczbę podmiotów, od których mogą się domagać swoich należności. Izba podtrzymuje także wskazaną wyżej argumentację dotyczącą powoływanego przez zamawiającego interesu publicznego, niemożności utożsamiania go wyłącznie z interesem zamawiającego oraz niedopuszczalności nadawania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w sposób zdecydowanie odbiegający od reguł wynikających z przepisów kc.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia kwestionowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy i załącznika nr 20 do siwz i nakazała dokonanie modyfikacji / usunięcia ww. dokumentów zgodnie z żądaniami odwołującego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty dotyczące postanowień siwz kwestionowanych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018r. poz. 972).

Przewodniczący

.....

.....