

Budimex SA
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Warszawa, dnia 10 września 2015 r.

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

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
Fax: 22 6236157
wojciech.iwanczyk@budimex.pl

Zamawiający:

Zachodniopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie
ul. Szczecińska 31
75-122 Koszalin
Fax: 94 3424328
zzdw@zzdw.koszalin.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 203 na odcinku Dąbki - Darłowo” znak sprawy nr ZZDW.6/391/104/8-2/2015, ogłoszenie w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr. 2015/S 169-307521

Odwołanie

Działając w imieniu Budimex S.A. na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) - zwanej dalej jako „PZP” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego – Zachodniopomorskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Koszalinie polegającej na określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zwanej dalej jako „SIWZ”.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP; art. 143 ust. 8, art. 143d ust. 1 PZP oraz art 647¹ Kodeksu cywilnego („Kc”); art. 353¹ Kc i art. 58 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP poprzez zobowiązanie oferentów w SIWZ do określenia w umowach podwykonawczych, by kwota wynagrodzenia podwykonawcy, kwoty za poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie była wyższa niż ceny podane w ofercie Wykonawcy oraz,



- art. 29 ust. 1 PZP przez brak jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości oraz,
- art. 25 ust. 1 PZP i art. 143b ust. 5 i 8 PZP poprzez zobowiązanie Wykonawcy do przedkładania odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego Podwykonawcy lub inny właściwy dokument.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a/ uzupełnienie treści §5 ust. 3 i 4 Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy o zwrot „której przedmiotem są roboty budowlane”, tak by przedmiotowy zapis brzmiał: „Umowa z Podwykonawcą, której przedmiotem są roboty budowlane...”;
- b/ dokonania zmiany treści §5 ust. 3 pkt 2) Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy poprzez wykreślenie zwrotu „- kwoty za poszczególne prace (pozycje kosztorysowe) nie mogą być wyższe niż ceny podane w ofercie Wykonawcy”;
- c/ wykreślenie §5 ust. 5 Rozdziału III SIWZ Projektu Umowy.

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

Przedmiotowe ogłoszenie oraz SIWZ zostały opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE w dniu 2 września 2015 r., czyli niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

I. W Rozdziale III SIWZ stanowiącym Projekt Umowy Zamawiający wprowadził zapis w §5 przewidujące wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo. Zapisy te są niezgodne z art. 36



ust. 2 pkt 11a i art. 29 ust. 1 PZP, gdyż nie spełnia wymogu jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości, gdyż nie precyzuje, że chodzi tylko o umowy podwykonawcze, których przedmiotem są roboty budowlane, bo tylko wobec takich Zamawiający z mocy art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP jest uprawniony do określania wymogów. Nadto zaskarżone przepisy używają niezdefiniowanego i nieprecyzyjnego pojęcia „roboty”, które jest pojęciem znacznie szerszym i wykraczającym poza ramy definicji pojęcia „roboty budowlane” jak wynika to z zapisów Prawa budowlanego w szczególności art. 3 pkt 6 i 7. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w §1 ust. 1 i 3 Projektu Umowy definiując przedmiot umowy wskazał na „roboty budowlane”, a nie na jakiegokolwiek „roboty”.

Ponadto nie można porównywać wartości wynagrodzenia podwykonawcy za powierzony zakres robót budowlanych z wartością cen podanych w ofercie Wykonawcy. Ceny podane w ofercie Wykonawcy odnoszą się do całości należnego mu wynagrodzenia, w tym zawierają wartość wynagrodzenia podwykonawców będących dostawcami i usługodawcami czyli ceny zakupu towarów i usług (w tym za roboty inne niż budowlane), a nie tylko do wynagrodzenia należnego za poszczególny zakres robót budowlanych.

Powyższe w sposób oczywisty stanowi przekroczenie uprawnienia Zamawiającego z mocy normy art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP przez określenie warunków umów podwykonawczych, których przedmiotem są nie tylko roboty budowlane oraz odniesienie wartości umów podwykonawczych, których przedmiotem są jakieś niedoprecyzowane roboty do wartości umów podwykonawczych o innym przedmiocie, a takie nieprecyzyjne i niejednoznaczne formułowanie zapisów SIWZ jest zakazane normą art. 29 ust. 1 PZP.

II. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP Zamawiający zgłasza pisemne zastrzeżenia i sprzeciw gdy zapisy umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, w niniejszym Odwołaniu obejmuje to zapis §5 ust. 3 i 4 Rozdziału III SIWZ Projekt Umowy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że jednym z podstawowych założeń nowelizacji PZP dokonanej ustawą z dnia 8.11.2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473) było wprowadzenie instrumentów umożliwiających Zamawiającemu sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. W wykonaniu powyższych założeń w art. 36 ust. 2 PZP dodano pkt 11 a) oraz dodano nowy art. 143 c i art. 143d PZP.

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



których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy.

W art. 143 d. ust. 1 PZP ustawodawca określił katalog postanowień jakie zawiera umowa o roboty budowlane. Katalog ten nie zawiera przepisu o uprawnieniu Zamawiającego do określenia wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a tym bardziej w szczególności odpowiadającej rozbiciu na ceny jednostkowe.

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

Wynika z stąd, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647¹ Kc z ewentualnymi modyfikacjami, które wynikają z przepisów PZP, które de facto w swej mocy bezwzględnie obowiązującej odnoszą się jedynie do wymogu określenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że w przepisy PZP nie zawierają normy uprawniającej Zamawiającego do określania wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, jak też wymogów dotyczących sposobu określenia tejże wysokości takich jak charakter ceny - ryczałtowa czy kosztorysowa, a w konsekwencji charakteru i wysokości cen jednostkowych przyjętych przy ustalaniu kosztorysu ofertowego podwykonawcy i dalej wartości umowy podwykonawczej.

III. Uprawnienia Zamawiającego do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy nie wynikają także z uprawnień stron do określenia stosunku prawnego według swego uznania wskazanej w art. 353¹ Kc. Zasada swobody umów napotyka na ograniczenie, gdzie treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jest to zasada która znajduje swoje umocowanie konstytucyjne, chociaż jako taka nie jest nigdzie, w żadnej normie konstytucyjnej sformułowana *expressis verbis* jako przedmiot ochrony. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, podobnie jak stanowisko ukształtowane w ostatnich latach w doktrynie, nie pozostawiają jednak żadnych wątpliwości, że podstawy do konstytucyjnej ochrony swobody umów poszukiwać można w normach konstytucyjnych, a przede wszystkim normie art. 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która gwarantuje wolność każdej jednostki, oraz art. 22 Konstytucji gwarantującym wolność działalności gospodarczej. Bezspornym jest, że taką normą ustawową, którą „swoboda umów” naruszać nie może, jest przepis art. 647¹ Kc.



solidarnej Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Tak też wprost stanowi norma art. 143c ust. 8 PZP odsyłając w zakresie solidarnej odpowiedzialności uczestników procesu budowlanego do art. 647¹ Kc.

Pozostałe kwestie umowy podwykonawczej, w tym określenie wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, pozostawione są wyłącznej woli wykonawcy i podwykonawcy. To ich w tym zakresie dotyczy zasada swobody umów, zaś ingerencja Zamawiającego (osoby trzeciej) może się opierać wyłącznie na podstawie przepisu ustawowego, a takiego nie zawiera PZP. Żaden przepis w randze ustawy nie przyznał Zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z art. 143b ust. 2 PZP czy 143d PZP. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli w jednej normie określił ingerencję w umowę podwykonawczą co do terminu i zasad zapłaty i procedurę postępowania związaną z jego dochowaniem i pominął ewentualne uprawnienie Zamawiającego co do prawa określenia wysokości tegoż wynagrodzenia to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

Odwrotnie należy stwierdzić, że po pierwsze nie budząca żadnych wątpliwości **treść §5 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy polega na określeniu wysokości przyszłego wynagrodzenia podwykonawcy, a po drugie zakładanym celem wprowadzenia tego przepisu jest określenie zakresu odpowiedzialności Zamawiającego jako ustawowo odpowiedzialnego solidarnie za wynagrodzenie podwykonawcy nie może korzystać z przymiotu dozwolonego zgodnie z art. 353¹ Kc, gdyż jednoznacznie narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 647¹ Kc i przez to zgodnie art. 58 Kc jest nieważna.**

Oczywistym jest, że art. 647¹ §6 Kc zabrania umownej modyfikacji zakresu solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego. Użycie w przepisie tego paragrafu liczby mnogiej „odmienne postanowienia umów” odnosi się do umowy o roboty budowlane pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, i także umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. Nadto zgodnie z jednolitą i powszechną opinią odpowiedzialność solidarna Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy oparta jest na zasadzie gwarancyjnej i nie może być ograniczona między innymi co do wysokości określonej w umowie pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą. Odwołujący w całości przywołuje wyrok Sadu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. sygn. akt V ACa 746/13, a niniejszym cytując jedynie jego fragment:

„Przepis art. 647¹ k.c. ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej zgodnie z §6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których w nim mowa, są nieważne. Powyższe oznacza, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek innej regulacji kwestii przepisem tym regulowanych. Stąd



wszelkie postanowienia umowne wprowadzające odmiennie zasady od wyrażonych w art. 647¹ §5 k.c. czy to wyłączające odpowiedzialność solidarną inwestora, czy też ją modyfikujące, ograniczające są nieważne. Zatem wprowadzone w tym przypadku umownie ograniczenie odpowiedzialności pozwanego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od inwestora, wynikającego z umowy pomiędzy wykonawcą a inwestorem (tj. liczonego według kosztorysu ofertowego wykonawcy) na których bazował Sąd Okręgowy rozstrzygając o odpowiedzialności pozwanego Skarbu Państwa, nie mogły być uznane za prawnie skuteczne. W konsekwencji stanowisko Sądu I instancji co do tego, że odpowiedzialność Skarbu Państwa sięga tylko do kwoty 195680,54 wynikającej z kosztorysu ofertowego wykonawcy (tj. wynagrodzenie z umowy łączącej pozwanego z konsorcjum), nie mogło być uznane za prawidłowe, gdy narusza ono treść przepisu art. 647¹ §5 k.c. i 6 k.c.¹, a co czyni podnoszony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego zasadnym."

Podsumowując należy wskazać, że na podstawie przepisów PZP w zakresie przyszłych umów o podwykonawstwo Zamawiający jest uprawniony do nadzorowania, aby w umowach podwykonawczych nie zostały określone dłuższe terminy zapłaty podwykonawcą, może określić zasady zawierania takich umów, w tym warunki stawiane podwykonawcom, natomiast **w żadnej mierze nie jest uprawniony do określania wysokości i charakteru wynagrodzenia podwykonawcy.** Narzucanie takiej wysokości w umowie z wykonawcą nie jest uprawnione zgodnie z zasadą swobody umów i stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującej normy prawnej przez zakazane ograniczenie zakresu odpowiedzialności Zamawiającego.

Odwołujący niniejszym przywołuje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2015 r. sygn. KIO 1231/15 i z dnia 24 lipca 2015 r. sygn. KIO 1520/15, KIO 1683/15 czy KIO 1878/15, gdzie Izba na skutek uznania analogicznego zarzutu odwołania umorzyła postępowanie.

IV. Art. 25 ust. 1 PZP stanowi, że Zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Takiego przymiotu nie mają dokumenty wskazane w Projekcie Umowy §5 ust. 5. Po pierwsze przedłożenia takich dokumentów nie wymaga PZP ograniczając się do odpisu zawartej umowy podwykonawczej. Po drugie z punktu widzenia Zamawiającego, w szczególności gdy nie ponosi solidarnej odpowiedzialności z tytułu zobowiązań wynikających z umowy podwykonawczej co ma miejsce przy dostawach i usługach, obojętne są wady oświadczeń woli stron trzecich. Po trzecie dokumenty i dane, których Zamawiający żąda przedłożenia są publicznie dostępne w internecie zgodnie z normami ustawowymi to jest art. 4 ust. 4a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym i art. 38 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności

¹ Najprawdopodobniej pomyłka w druku i chodziło o art. 5 Kc

budimex

gospodarczej. Żądanie przedłożenia przez oferentów czy wybranego wykonawcę dokumentów nie związanych z warunkami udziału w postępowaniu i wymaganiami udziału w nim zakazuje przywołany art. 25 ust. 1 PZP.

Na marginesie można ponadto przywołać ugruntowany w judykaturze i doktrynie pogląd, że zgoda czy sprzeciw inwestora nie wpływa na ważność umowy podwykonawczej (np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 8 maja 2013 r. sygn. I ACa 158/13), co także oznacza, że inwestor nie ma żadnego interesu prawnego co do oceny skuteczności reprezentacji stron zawierających umowę podwykonawczą.

Wobec wyżej wskazanych czynności Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów PZP oraz Kodeksu cywilnego wnoszę jak w komparycji niniejszego Odwołania.

Załączniki:

1. Odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Odpis KRS Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.


RADCA PRAWNY
Wojciech Iwańczyk

budimex

Warszawa, dnia 30 listopada 2009 r.

DP/Peł/ 857/2009

PEŁNOMOCNICTWO

Zarząd BUDIMEX Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000001764, kapitał zakładowy 127.650.490 złotych – wpłacony w całości, (dalej też Spółka),
udziela niniejszym Panu

Wojciechowi Iwańczyk

radcy prawnemu wpisanemu na listę radców prawnych prowadzoną przez Radę Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie pod nr WA-3735, pełnomocnictwa procesowego ogólnego obejmującego umocowanie do czynności określonych w art. 91 Kpc. upoważniając Go do reprezentowania BUDIMEX SA przed wszystkimi sądami powszechnymi, administracyjnymi, polubownymi, Sądem Najwyższym oraz przed organami administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego, organami egzekucyjnymi, syndykiem masy upadłości w postępowaniach upadłościowych, a także wnoszenia w imieniu Spółki środków odwoławczych w postępowaniach przetargowych oraz przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), w tym w szczególności składania protestów i przyłączania się do protestów złożonych przez innych wykonawców oraz składania odwołań i reprezentowania Spółki na posiedzeniach i rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych a także składania skarg do sądu w tych postępowaniach.

Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje także upoważnienie do składania w trakcie postępowań oświadczeń materialnoprawnych o potrąceniu.

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR GENERALNY

Dariusz Blocher