

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.lwanczyk@budimex.pl

**Zamawiający:**  
Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad  
Oddział w Rzeszowie  
ul. Legionów 20  
35-959 Rzeszów  
Fax: 17 853 73 95  
sekretariat\_rzeszow@gddkia.gov.pl

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.: „Budowa Miejsc Obsługi Podróżnych „Paszczyzna Południe” i „Paszczyzna Północ” od km 540+956-541+704 autostrady A4 - etap II w ramach zadania pn: „Budowa autostrady A4 na odcinku węzeł Dębica Pustynia-Rzeszów „węzeł Rzeszów Zachodni” km 537+550-570+300 wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi” znak sprawy nr O/RZ.D-3.2411.6.2015, ogłoszenie w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr. 2015/S 154-283445

### **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 – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Rzeszowie polegającej na określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( zwanej dalej jako „SIWZ” ) zmiana numer 9 i 10.

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

art. 14 i art. 139 PZP w związku z art. 483 §1 Kodeksu cywilnego („Kc”), art. 353<sup>1</sup> Kc oraz art. 5 Kc, a także art. 36 ust. 2 pkt 11 PZP i art. 143b ust. 8 i 9 PZP i art. 29 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo

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

budimex

granicę swobody umów i sprzecznych z PZP, poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku niezwiązany z wykonaniem przedmiotu zamówienia i wykorzystanie jej w sposób spreczny z funkcją, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób spreczny z zasadami współżycia społecznego prowadzący do wzbogacenia Zamawiającego, a także w sposób nieprecyzyjny i budzący wątpliwości.

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

a/ dokonania zmiany treści §14 ust. 1 pkt 12 Tomu II SIWZ Istotne Postanowienia Umowy określonej zmianą SIWZ nr 9 przez wykreślenie zwrotu „13”;

b/ dokonania zmiany treści §15 ust. 3 Tomu II SIWZ Istotne Postanowienia Umowy określonej zmianą SIWZ nr10 poprzez jego wykreślenie zwrotu „lub umowa zawiera postanowienia sprzeczne z ust. 13”.

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 skutkujące niemożnością złożenia oferty i pozyskania zamówienia lub ewentualnie w przypadku zawarcia umowy ryzykiem obciążenie karami umownymi.

Przedmiotowe zmiany SIWZ zostały opublikowane w dniu 1 września br. zmiana nr 9 i 2 września br. zmiana nr 10, czyli niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

#### UZASADNIENIE

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

budimex

I. W Tomie II SIWZ stanowiącym Istotne Postanowienia Umowy Zamawiający wprowadził zapis w §15 ust. 13 w którym zobowiązał wykonawców do umieszczania w umowach z Podwykonawcami, Usługodawcami i Dostawcami postanowienia ustanawiające solidarną odpowiedzialność wykonawcy za wynagrodzenie należne dalszym podwykonawcą, usługodawcą i dostawcą. Taki też obowiązek nałożył także na wszystkich dalszych podwykonawców, usługodawców i dostawców. Zaskarżone Odwołaniem zapisy SIWZ to: zmiana nr 9 ustanowienie kary umownej za nie wprowadzenie przedmiotowego zapisu do umów podwykonawczych zawieranych przez wykonawcę i dalszych umów podwykonawczych zawieranych pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami oraz pomiędzy dalszymi podwykonawcami; zmiana nr 10 wprowadzająca instytucję wezwania wykonawcy pod groźbą kary umownej do zmiany umowy zawartej z Dostawcą i Usługodawcą oraz umów zawartych pomiędzy dalszymi dostawcami i usługodawcami, które nie zawierają zapisu o ustanowieniu solidarnej odpowiedzialności.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający ma możliwość kształtowania treści stosunku prawnego, w tym także zakresu kar umownych, według własnego uznania, z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane przez Zamawiającego warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, o charakterze ius cogens. Biorąc zatem pod uwagę uregulowania zawarte w art. 14 oraz art. 139 ust. 1 PZP, Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować treść stosunku prawnego w granicach określonych zgodnie z treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kc. Ugruntowane w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych jest stanowisko, że dopuszczalna modyfikacja zasady swobody umów w postępowaniu o zamówienie publiczne wynika z celu zamówienia i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego (KIO 1570/12, KIO 2397/13, KIO 1023/14). Powyższe oznacza, że ewentualne przesłanki ograniczające swobodę umów muszą wynikać i być uzasadnione przedmiotem i charakter zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie jedynie przesłankami ogólnymi czy ubocznymi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto Zamawiający jest zawsze ograniczony bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Potwierdza to także w swym orzecznictwie KIO wyrok z dnia 27 marca 2014 r. sygn. KIO 487/14 oraz KIO 2397/13 czy KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13 czy KIO 2649/11. Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> Kc, a także z Innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

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

**Budimex**

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji określenia treści SIWZ zmianami nr 9 i 10. Zgodnie z treścią art. 483 Kc naprawienie szkody (odszkodowanie umowne) wynika z niewykonania, lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego może nastąpić przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Powyższe uregulowanie w całości odnosi się do instytucji odszkodowania jak określono to w art. 471 Kc i co jest bezsporne w doktrynie, że cechą podstawową kary umownej jest charakter odszkodowawczy. Kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy. Ze względu na wskazaną wyżej funkcję kara umowna zwykle zastrzegana jest w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy (np. zwłoka w dostawie przedmiotu zamówienia, braki ilościowe lub jakościowe przedmiotu zamówienia). W takim przypadku kara umowna, co do zasady, zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi. Wobec tego kara umowną tak jak odszkodowanie musi być związana m.in. z konkretnym zobowiązaniem, szkoda, wynikłą z zawinionego działania. Sąd Najwyższy w ugruntowanym orzecznictwie stwierdza, że ustawowa konstrukcja kary umownej opiera się na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej, wskazywał ponadto, że karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za nienależyte wykonanie świadczenia niepieniężnego i obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie, jeżeli niewykonanie czy nienależyte wykonanie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności. Wśród licznych orzeczeń, w których Sąd Najwyższy opowiadał się za takim poglądem, należy wskazać na wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/1, z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 385/07, i z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10. Stanowisko to jest ponadto przyjmowane w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Jako przykład można podać wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 r., IA Ca 153/12, jak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 października 2014 r., IA Ca 441/14 i 7 listopada 2012 r., IA Ca 496/12.

**II.** W przedmiotowym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest budowa Miejsc Obsługi Podróżnych i za należyte wykonanie tego obowiązku wykonawca odpowiada m.in. pod groźbą kar umownych i gwarantuje jego wykonanie przedkładając stosowne zabezpieczenie. Przedmiotem zamówienia nie jest z pewnością obowiązek przyjęcia przez czynność prawną solidarnej odpowiedzialności za wiarygodność dalszych dostawców i usługodawców. Wobec tego karę umowną przewidzianą należy uznać za nie związaną z zamówieniem będącym przedmiotem postępowania. Ewentualne niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania przyjęcia solidarnej odpowiedzialności nie ma związku z należyтым wykonaniem zobowiązania budowy MOP. Objęty odwołaniem zapis o karze umownej nie wynika także celu i potrzeb Zamawiającego dotyczące

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

budimex

przedmiotu zamówienia, który w sposób specyficzny dla tego celu i potrzeb uzasadniałby jego wprowadzenie. Wobec tego powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej (o znacznej wysokości) z naruszeniem zobowiązań ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia, narusza jej istotę oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i społeczno gospodarczym przeznaczeniem kary. Kara umowna powiązana z naruszeniem zobowiązań dodatkowych, ubocznych, niezwiązanych z przedmiotem świadczenia, jaka została ukształtowana przez Zamawiającego w §14 ust. 1 pkt 12 Istotnych Postanowień Umownych nie stanowi zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu zamówienia i umowy, a zatem jest ona sprzeczna z istotą kary umownej wrażeń w art. 483 § 1 Kc, a dodatkowo jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie, przez co narusza art. 353<sup>1</sup> Kc oraz art. 5 Kc. Kara umowna ma w swej funkcji być czynnikiem mobilizującym i dyscyplinującym dłużnika do wykonania zobowiązania, zaś w tym wypadku jest całkowicie oderwana od przedmiotu zamówienia, czy wręcz zbędna między innymi z poniższej wskazanych powodów. Odwołujący (wykonawca) może przedmiot zamówienia czyli Miejsca Obsługi Podróżnych wykonać należycie, w terminie i bez wad, dokonać zapłaty swoim podwykonawcą w terminie a mimo to być obciążony karami umownymi z przyczyn nie związanych z uchybieniami w wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

**III. Solidarna odpowiedzialność za wierzytelności poddostawców robót budowlanych wynika wprost z ustawy z art. 647<sup>1</sup> §5 Kc.** Pomimo istnienia ustawowej solidarnej odpowiedzialności Odwołującego za wierzytelności dalszych podwykonawców robót budowlanych będzie on obciążany karą umowną wskazaną w §14 ust. 1 pkt 12 Istotnych Postanowień Umowy gdy zabraknie w umowach podwykonawczych stosownego zapisu, postanowienia ustanawiającego solidarną odpowiedzialność przez czynność prawną. Takie postępowanie Zamawiającego w sposób oczywisty, pod zasłoną zasady swobody umów, stanowi nadużycie prawa zakazane przez art. 5 Kc. Jeżeli celem przedmiotowej kary umownej jest przymuszenie do ustanowienia solidarnej odpowiedzialności, to w świetle istnienia ustawowej solidarności taki cel kary jest w sposób oczywisty sprzeczny z społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa wskazanego w art. 483 Kc, gdy taka solidarność z mocy ustawy już istnieje z innego tytułu. Odwołujący podnosi, że nie można być dwukrotnie solidarnie odpowiedzialnym. Nadto, pomijając aspekt ustawowej solidarnej odpowiedzialności, w świetle zapisu §14 ust. 1 pkt 9 Istotnych Postanowień Umowy dojść może do faktycznego karania wykonawcy podwójnie za de facto te samo działanie czyli za brak zapłaty podwykonawcy i nie ma na to wpływu brak czy ustanowienie umownej odpowiedzialności solidarnej w umowie powykonawczej. To także w sposób oczywisty świadczy o nadużyciu prawa przez Zamawiającego z pogwałceniem normy art. 5 Kc.

**IV.** Także w świetle zapisów art. 143a ust. 1 i 2 oraz 143c ust. 1 ust. 6 i 7 PZP zastrzeżenie kary umownej za brak ustanowienia solidarnej odpowiedzialności sprzeczne jest ze społeczno-

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

budimex

gospodarczym celem takiej kary. Otóż w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych w przypadku braku zapłaty podwykonawcom Odwołujący nie otrzymuje zapłaty od Zamawiającego, lecz ten dokonuje bezpośredniej zapłaty tym podwykonawcom. W tym znaczeniu wierzytelności dostawców i usługodawców są zabezpieczone na równi z poddostawcami robót budowlanych i w konsekwencji będą zaspokojone bez względu na fakt ustanowienia umownej solidarnej odpowiedzialności. Obciążanie wykonawców karą umowną, w sytuacji gdy spełnienie świadczenia na rzecz podwykonawców jest bez związku z ustanowieniem lub brakiem ustanowienia solidarnej odpowiedzialności także należy za sprzeczne z normą art. 483 Kc, jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

V. Nadto mając na uwadze powyższe, to jest normę art. 143a i 143c PZP wskazać należy, że w przedmiotowej sytuacji ewentualnego braku ustanowienia przez czynność prawną solidarnej odpowiedzialności za wierzytelności dalszych podwykonawców, która zagrożona jest karą umowną nie dojdzie do wyrządzenia jakiegokolwiek szkody, gdyż ewentualne środki przeznaczone dla „niepłacącego” wykonawcy, zostaną przekazane podwykonawcom i potrącone z należności wykonawcy.

Uprowadzając zarzut Zamawiającego w ewentualnej odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący oświadcza, że znana mu jest teza uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. III CZP 61/03, iż dla zasadności zapłaty kary umownej nie ma znaczenia kwestia występowania szkody po stronie wierzyciela. Podnoszony przez Odwołującego zarzut dotyczy jednakże faktu, że Zamawiający ustanawiając taką karę umowną w SIWZ od samego początku jest świadomy, że w świetle przepisów ustawy PZP, szkody nie poniesie, gdyż ewentualna wypłata podwykonawcy stanowiąca rzekomą szkodę nienależytego działania wykonawcy zostanie skompensowana (naprawiona) przez potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy. Co więcej Zamawiający na bieżąco będzie stan płatności dla podwykonawców kontrolował zgodnie z §6 ust. 4 Istotnych Postanowień Umowy i przywołanym art. 143a PZP. I właśnie za niegodne z przywołanymi zapisami Prawa Zamówień Publicznych i Kodeksu cywilnego uznać należy, gdyż w takim przypadku zastrzeżona kara umowna jest w całości sprzeczna z jej odszkodowawczym charakterem. Nie można zastrzec kary umownej w sytuacji braku potencjalnego wyrządzenia szkody, a ewentualne naruszenie przez wykonawcę zobowiązania wskazanego w §15 ust. 13 Istotnych Postanowień Umowy żadnych ujemnych skutków po stronie Zamawiającego wyrządzić nie może. Nadto to przecież sam Zamawiający zgodnie z postanowieniami umownymi dokonuje kontroli terminowości płatności podwykonawcą i podejmuje decyzję co do bezpośredniej zapłaty czy wpłaty do depozytu sądowego. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że jeżeli za taką ewentualną szkodę uznać nienależyte wykonanie zamówienia objętego postępowaniem, na przykład nieterminowe czy wadliwe wykonanie MOP oraz brak zapłaty podwykonawcą, to za taką szkodę Istotne Postanowienia Umowy w §14 kary umowne już przewidują, a także sankcję i karę w postaci odstąpienia od umowy tj. w §19.

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

budimex

Jeżeli w chwili określenia warunków SIWZ i ustanowienia objętej odwołaniem kary umownej szkoda po stronie Zamawiającego powstać nie może, to jej zapłata prowadzić będzie do wzbogacenia Zamawiającego. Takie wzbogacenie jest sprzeczne z naturą kary umownej. Stanowisko doktryny i judykatury jest jednoznaczne w tym zakresie. I tak wskazać należy na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 stycznia 2015 r. sygn.. I ACa 1567/14, gdzie jednoznacznie wskazano, że „zasadniczą funkcją kary umownej jest funkcja odszkodowawcza. Kara umowna ma głównie za zadanie ułatwienie poszkodowanemu ex contractu dochodzenie odszkodowania, przez zwolnienie go z niełatwego obowiązku udowadniania wysokości szkody. W drugiej kolejności zadaniem kary umownej jest dyscyplinowanie uczestników obrotu gospodarczego do należytego i terminowego wykonywania zobowiązań. Wbrew stanowisku strony apelującej celem kary umownej nie jest zapewnienie korzyści materialnej zlecałacemu świadczenie niepieniężne i w zasadzie nie powinno prowadzić do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy.” tak samo Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 17 grudnia 2008 r. sygn. V ACa 483/08 „Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego”.

**VI.** Z charakteru odszkodowawczego kary umownej wynika, że roszczenie o jej zapłatę nie przysługuje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Takie stanowisko potwierdza przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. sygn. akt V CSK 385/2007, zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, oraz także wyrok KIO na przykład w wyroku z 15 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1387/10. Natomiast zaskarżone postanowienia SIWZ przewidują karę umowną także w przypadku braku winy po stronie wykonawcy. §14 ust. 1 pkt 12 Istotnych Postanowień Umowy przewiduje karę umowną zgodnie z §15 ust. 13 za brak zawarcia postanowienia ustanawiającego solidarną odpowiedzialność w umowie podwykonawczej jednoznacznie wskazując, że „obowiązek ten dotyczy to także wszystkich dalszych podwykonawców, usługodawców, i dostawców”. Zgodnie z art. 366 Kc solidarna odpowiedzialność poza ustawą może wynikać z czynności prawnej, a stroną tej czynności prawnej musi być podmiot swoją solidarną odpowiedzialność ustanawiający. Nie można ustanowić solidarnej odpowiedzialności osoby trzeciej bez jej wiedzy i zgody. W tym znaczeniu Odwołującemu nie można przypisać winy, której konsekwencją będzie kara umowna, w przypadku gdy dalsi podwykonawcy, w łączącej ich na przykład umowie dostawy, która będzie dalszą umową poddostawcy w rozumieniu umowy z Zamawiającym, nie przyjmą takiej odpowiedzialności za wiarytelności jeszcze dalszych poddostawców.

W tym znaczeniu podnieść nadto trzeba, że zapis SIWZ §14 ust. 1 pkt 12 Istotnych Postanowień Umowy przewidujący karę umowną „w zakresie określonym w §15 ust. 13” nie jest jednoznaczny i

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

BUDIMEX

zrozumiały uniemożliwiający Odwołującemu oszacowanie ewentualnego ryzyka wystąpienia kary przez co sprzeczny z art. 29 ust. 1 PZP.

**VII.** Odwołujący wskazuje, że zapis § 15 ust. 3 (zmiana SIWZ nr 10) Istotnych Postanowień Umowy w zakresie upoważniający Zamawiającego pod groźbą kary do wezwania wykonawcy do doprowadzenia o zmiany umowy podwykonawczej sprzecznej z §15 ust. 13 umowy jest sprzeczny z art. 36 ust. 2 pkt 11 i art. 143b ust. 9 PZP. Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do umów dostawy i świadczenia usług przewiduje jedynie uprawnienie do kontroli pod groźbą kary terminu zapłaty wierzytelności dostawców i usługodawców. Jak wskazano powyżej uprawnienie Zamawiającego do ingerencji w treść umów zawieranych pomiędzy osobami trzecimi, to jest w zasadę swobodę umów pomiędzy wykonawcą i jego podwykonawcami, musi wynikać z przepisu prawa. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 20 czerwca 2013 r. sygn. I ACa 80/13 „Artykuł 139 ust. 1 PZP potwierdza cywilistyczny charakter instytucji zamówień publicznych. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się bowiem przepisy kodeksu cywilnego, chyba że, jak była o tym mowa wyżej - przepisy ustawy stanowią inaczej, przy czym wyłączenie przepisów KC uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w ustawie PZP.” Potwierdza to też 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 w objętym zaskarżeniem przypadku oznacza, że bez względu na umieszczenie czy też nie w umowie podwykonawczej zapisu wskazanego w §15 ust. 13 Istotnych Postanowień Umowy, taka umowa podwykonawcza jest ważna, zaś Zamawiający nie ma żadnych uprawnień do jej zmiany. Na marginesie można wskazać, że przepisem ewentualnie upoważniającym Zamawiającego nie może być art. 143d ust. 1 pkt 6 PZP, gdyż stanowi jedynie o „zasadach zawierania umów podwykonawczych z dalszymi podwykonawcami”. Z treści tego zapisu w odróżnieniu do normy art. 36 ust. 2 pkt 11a nie wynika by upoważniał do wskazywania wymogów umów podwykonawczych, a czym innym są „wymogi” które dotyczą kwestii merytorycznych, a czym innym „zasady zawierania”, które dotyczą kwestii proceduralnych. Nadto Odwołujący wskazuje, że norma art. 143d ust. 1 pkt 6 jednoznacznie dotyczy umów pomiędzy podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, co wyklucza by dotyczyła umów zawieranych między wykonawcą (np. Odwołującym) a podwykonawcą.

**VIII.** Reasumując mając na względzie powyższą argumentację, Odwołujący cytuje przywołane wyżej orzeczenie Izby z dnia 27 marca 2014 r. sygn. KIO 487/14, odnoszące się do analogicznej jak w przedmiotowym Odwołaniu sytuacji: „Izba zważyła, że zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> KC, a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym



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

budimex

przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W analizowanej umowie, której przedmiot zamówienia polega na dostarczeniu i uruchomieniu systemu do nawigacji śródooperacyjnej w formie sprzedaży ratalnej wraz z zamawiający zastrzegł w § 4 ust. 1 kary umowne na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zasadniczych dla realizacji zamówienia zobowiązań wykonawcy. Są to kary za opóźnienie w wykonaniu świadczenia, opóźnienie w usunięciu wad czy odstąpienie od umowy.

Zastrzeżone przez zamawiającego w § 8 ust. 1 - 4 istotnych postanowień pozostałe kary umowne, dotyczą jedynie zabezpieczenia przed obrotem wierzytelnościami i pozostają bez żadnego związku z przedmiotem zamówienia i ewentualnymi uchybieniami wynikającymi z realizacji umowy. Kary te odnoszą się do sytuacji, które mogą wystąpić niezależnie do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, mają one charakter wyłącznie prewencyjny, a ich celem nie jest zmotywowanie wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale sankcjonowanie ewentualnych prób naruszenia wymagań określonych w § 8 ust. 1 - 4."

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