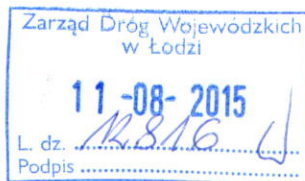


Budimex S.A.
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01



budimex

Warszawa, dnia 11 sierpnia 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:

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi
ul. Sienkiewicza 3
90-113 Łódź
Fax: 42 6162290
e.lubecka@zdw.lodz.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 713 na odcinku przejścia przez Tomaszów Mazowiecki - I Etap” znak sprawy nr DZ.342.44.2015, ogłoszenie w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr. 2015/S 147-269816

Odwołanie

Działając w imieniu Budimex S.A. na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa, 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 – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi 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. 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 oraz art. 29 ust. 1 PZP poprzez zobowiązanie oferentów w SIWZ do określenia w umowach podwykonawczych, by wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy nie przewyższała wartość wynagrodzenia należnego Wykonawcy oraz art. 29 ust. 1 PZP przez brak jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości.

budimex

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

a/ dokonania zmiany treści §12 ust. 5 pkt 2) Tom II SIWZ Wzór Umowy poprzez wykreślenie zwrotu „z zastrzeżeniem ust. 24”;

b/ dokonania zmiany treści §12 ust. 24 Tom II SIWZ Wzór Umowy poprzez jego wykreślenie w całości.

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 1 sierpnia 2015 r., czyli niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

I. W Tomie II SIWZ stanowiącym Wzoru Umowy Zamawiający wprowadził zapis w §12 ust. 2 pkt 5) i ust. 24 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 spełniają wymogu jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości, gdyż nie precyzują, w jakich przypadkach Zamawiający będzie uprawniony do złożenia zarzutów i sprzeciwu od zapisów umowy podwykonawczej, których przedmiotem są roboty budowlane.

Po pierwsze nie można porównywać wartości wynagrodzenia podwykonawcy za roboty budowlane oraz sumy wartości wynagrodzenia wszystkich podwykonawców z wartością wynagrodzenia należnego od Zamawiającego Wykonawcy, gdyż są różne podstawy obliczania tych wartości. I tak przepis §12 ust. 5 pkt 2) Wzoru umowy stanowi o wynagrodzeniu z „tytułu wykonywanych robót”, zaś ustęp 24 §12 Wzoru Umowy odnosi się do całości należnego wynagrodzenia, w tym

budimex

podwykonawców będących dostawcami i usługodawcami, a nie tylko do wynagrodzenia należnego za roboty budowlane. Odwołujący podnosi, że norma art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP dotyczy wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Po drugie nie jest warunku SIWZ pozostawiają niedozwoloną nieprecyzyjność i arbitralną dowolność interpretacyjną w stosunku do których umów podwykonawczych o roboty budowlane Zamawiający zgłosi zarzuty i sprzeciw. Przykładowo wartość wynagrodzenia podwykonawcy jest dokładnie równa wartości wynagrodzenia Wykonawcy, czyli nie przekracza wartości wskazanej w ust. 24 §12 wzoru Umowy, ale zakres robót tego podwykonawcy nie wyczerpuje zakresu zamówienia, za które Wykonawca ma otrzymać przecież wynagrodzenie wskazane w ust. 24 §12 Wzoru Umowy.

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

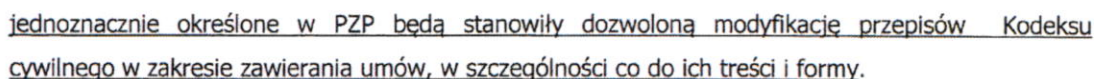
II. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11a PZP Zamawiający zgłasza pisemne zastrzeżenia i sprzeciw gdy zapisy umowy o podwykonawstwo nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, w niniejszym Odwołaniu obejmuje to zapis §12 ust. 5 pkt 2 Wzoru Umowy TOM II SIWZ.

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. 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



Wobec powyższego należy stwierdzić, że w przepisy PZP nie zawierają normy uprawniające 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. Bezsprzeczne jest, że taką normą ustawową, którą „swoboda umów” naruszać nie może, jest przepis art. 647¹ Kc.

W tym miejscu przywołać należy treść uzasadnienia nowelizacji PZP z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 PZP, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Otóż stwierdził, że po pierwsze: „*Proponowane przepisy nie odnoszą się m.in. do kwestii solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, w konsekwencji zagadnienie te będzie oceniane w świetle przepisów Kodeksu cywilnego.*”

Po drugie: „zamawiający – niezależnie od przedmiotu zamówienia – będzie mógł określić w SIWZ, jeżeli będą zachodziły opisane poniżej okoliczności przewidziane w ustawie Pzp, obowiązek osobistego

A także: „Umowa o zamówienie publiczne na roboty budowlane powinna więc przewidywać m.in.: obowiązek przedkładania przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany, poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisu umowy oraz zmiany umowy oraz obowiązek przedkładania poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, a także zmian tych umów. Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców. Umowa o zamówienie publiczne powinna również wskazywać termin na wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Umowa będzie również określać zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowane przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom oraz termin tej zapłaty. W umowie powinny również znaleźć się postanowienia w zakresie zasad dotyczących zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. W umowie zamawiający powinien również określić sankcje, przede wszystkim w formie kar umownych, z tytułu niewykonania postanowień umowy o zamówienie publiczne w zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa.”

5

budimex

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 §12 ust. 5 pkt 2 Wzoru Umowy w związku z ust. 24 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 Sądu 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 odmienne 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

budimex

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 czy KIO 1683/15, gdzie Izba na skutek uznania analogicznego zarzutu odwołania umorzyła postępowanie.

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

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

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

budimex

Warszawa, dnia 30 listopada 2009 r.

DP/Peł/ 857/2009

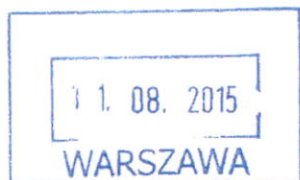
PEŁNOMOCNICTWO

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 Okręgową 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

potwierdzam tożsamość z oryginałem

Wojciech Iwańczyk

RADCA PRAWNY
WA-3735