





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

**budimex**

*wynagrodzenia Wykonawcy za te roboty wynikającego ze złożonej przez niego oferty i określonego w niniejszej Umowie; projekty umów oraz umowy przewidujące wynagrodzenie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy obliczone z zastosowaniem cen jednostkowych przekraczających ceny jednostkowe określone w niniejszej Umowie nie będą akceptowane przez Zamawiającego."*

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 rozbić 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. 647<sup>1</sup> 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

budimex SA  
 ul. Sławki 40  
 01-040 Warszawa  
 tel. (46) 22 623 60 00  
 fax (46) 22 623 60 01

**budimex**

kosztorysu ofertowego podwykonawcy czy w ofercie. Na podkreślenie zasługuje, że kwestionowany przepis odnosi się wprost do jednostronnej czynności osoby trzeciej jaką jest oferta.

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. 353<sup>1</sup> 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. 647<sup>1</sup> 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 solidarności odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, w konsekwencji zagadnienie to 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 wykonania przez wykonawcę części zamówienia. W przypadku umów o podwykonawstwo robót budowlanych, służących do wykonania części zamówień na roboty budowlane, zamawiający będzie uprawniony do przewidzenia w SIWZ zarówno wymagań dotyczących podwykonawstwa, jak również warunków dotyczących podwykonawców lub dalszych podwykonawców, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.”*

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*

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

**budimex**

*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."*

Z przywołanego uzasadnienia wynika jednoznacznie, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 PZP nie dotyczy uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. 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 §9 ust. 3 pkt 6 ppkt c) projektu Umowy polegająca na określeniu wysokości przyszłego wynagrodzenia podwykonawcy, a po drugie cel wprowadzenia tego przepisu polegający na określeniu zakresu odpowiedzialności Zamawiającego jako ustawowo odpowiedzialnego solidarnie za wynagrodzenie podwykonawcy nie może korzystać z przyimotu dozwolonego zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kc, gdyż jednoznacznie narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 647<sup>1</sup> Kc i przez to zgodnie art. 58 Kc jest nieważna.



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

**budimex**

Odwolujący niniejszym przywołuje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2015 r, sygn. KIO 1231/15, 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 KR5 Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

  
RADCA PRAWNY  
Wojciech Iwańczyk