Sygn. akt: KIO 2135/16

WYROK

z dnia 25 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2016r. **przez odwołującego:** Budimex S.A. ul. Stawki 40; 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa statio fisci Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2; 15-703 Białystok

z udziałem przystępującego konsorcjum:1)Porr Polska Infrastructure S.A. ul. Domaniewska 50 A; 02-672 Warszawa – Lider Konsorcjum; 2)Porr Bau Gmbh A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47– członek konsorcjum; 3)UNIBEP S.A.ul.3 Maja 19; 17-100 Bielsk Podlaski – członek konsorcjum **po stronie odwołującego**

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Budimex S.A. ul. Stawki 40; 01-040 Warszawa i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S.A. ul. Stawki 40; 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W dniu 10 listopada 2016 roku odwołanie złożył Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zwany „odwołującym" w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie za którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok zwany „zamawiającym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego prowadzone jest pod nazwą „Projekt i budowa drogi ekspresowej 5 -61 Ostrów Mazowiecka – Obwodnica Augustowa odcinek: obw. Szczuczyna/ II jezdnia", nr sprawy: O.BI.D-3.2410.1.2016.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 077-135586 w dniu 20 kwietnia 2016 r.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „pzp" lub "PZP" wniósł odwołanie od czynności ustalającej treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w sposób naruszający przepisy tejże ustawy.

Zarzuty odwołania

Zamawiającemu, zarzucono naruszenie w szczególności następujących przepisów, które to skutkują następującymi wnioskami odwołania:

I.) art. 353^1 w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4), art. 632 i art. 5 Kodeksu cywilnego (kc), art. 1154 Kodeksu postępowania cywilnego (kpc) i art. 1157 kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 a) PZP, art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, poprzez ukształtowanie określonych we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] **pkt od (c) do (t)** – wymagań dotyczących treści umowy Wykonawcy z Podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo Wykonawcy do swobodnego umawiania się z Podwykonawcami w materii, której przepisy PZP i kc nie określają jako

obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w PZP do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną Zamawiającego określoną w art. 647^1 § 5 kc. W związku z powyższym zarzutem, **odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ** – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, Pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] poprzez wykreślenie pkt (c) do (t).

II.) art. 353^1 w związku z art. 492 i art. 5 kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, poprzez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu – warunków odstąpienia przez Wykonawcę od umowy w sposób: (i) naruszający zasadę prawną zgodnie z którą, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego; (2) naruszający zasady współżycia społecznego poprzez ustalenie niewspółmiernie długich terminów dopuszczających możliwość niewywiązywania się Zamawiającego oraz Inżyniera z istotnych obowiązków umownych, jakim jest wystawienie Świadectwa Płatności oraz Płatność, przy jednoczesnym związaniu wykonawcy umową. **W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi** o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2. [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu – **poprzez wykreślenie ostatniego akapitu w.w. klauzuli** oraz zmianę terminu „56 dni „wskazanego w pkt. (a) w.w. klauzuli na termin „30 dni"; jak również zmianę terminu 84 dni wskazanego w pkt. (b) klauzuli na termin „42 dni".

III.) art. 353^1 w związku z art. 353, 627, 647, 487 § 2 i art. 5 kc, art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP, art. 139 ust. 1 PZP i art. 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, poprzez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK – dotyczących zasad dochodzenia roszczeń Wykonawcy w sposób sprzeczny z: (1) właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa - o roboty budowlane, (2) wyżej

wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz (3) zasadami współżycia społecznego, poprzez przyjęcie, iż warunkiem powstania roszczeń wykonawcy w zakresie: (i) przedłużenia terminu wykonania robót, (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez Wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności, co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń. Istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest bowiem uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych. Całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością w/w postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 kc. **W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ** w części zawierającej wzór umowy, j.t. Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu [Roszczenia Wykonawcy] poprzez zmianę zapisów akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

(1) zastąpienie sformułowania: „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy" sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu";

(2) skreślenie sformułowania; „to roszczenie nie powstaje,".

IV.) art. 353^1 w związku z art. 455 i art. 5 kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc poprzez ukształtowanie określonych treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty – zasad rozpatrywania przez zamawiającego roszczeń Wykonawcy naruszający zasadę prawną, iż jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane zapisy Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, iż nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia, ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez Zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli. **W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o** uwzględnienie odwołania i

nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty – poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera], Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. **Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że Zamawiający akceptuje propozycję Inżyniera."**

<u>Odwołujący składając odwołanie powołał się na interes i szkodę jaką może ponieść w związku z zaskarżonymi postanowieniami SIWZ, które kwestionuje:</u>

Odwołujący wskazuje na posiadanie interesu do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż jako podmiot, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym z zakresu infrastruktury drogowej, jest zainteresowany wyborem swojej ewentualnej oferty oraz wykonaniem zamówionych robót w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i opartej na nich umowie. Odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy otrzymali zaproszenie do składania ofert w postępowaniu, i potencjalnie ma możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Nieuwzględnienie odwołania w razie wyboru oferty złożonej przez odwołującego w tym postępowaniu narazić go na konieczność zawierania umów o pod wykonawstwo robót budowlanych na narzuconych przez zamawiającego warunkach ograniczających prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, która nie jest uregulowana przepisami w sposób bezwzględnie obowiązujących. Dotyczy to w szczególności takich utrudnień jak ograniczenie przez zamawiającego – w sposób wykraczający poza istotne postanowienia umowy o roboty budowlane i przepisy o solidarnej odpowiedzialności zamawiającego (art. 647^1 § 5 kc) – katalogu i wysokości kar umownych, możliwości umownej modyfikacji zasad odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, prawa do zapisu na sąd polubowny w kraju lub za granicą, zakazu żądania przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego, stosowania prawa do umownego potrącania (kompensaty) wzajemnych niewymagalnych należności, czy umownego prawa odstąpienia od umowy. Zamawiający zaingerował w zasadę swobody kontraktowania w sposób wykraczający poza

jego ustawowe upoważnienia do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, określając te wymagania w kwestiach wykraczających poza obiektywne potrzeby zamawiającego i jego ustawową rolę w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych.
Jednocześnie, w odniesieniu do pozostałych zarzutów dotyczących zidentyfikowanych wadliwości przyszłego stosunku zobowiązaniowego mającego łączyć strony, odwołujący wskazuje, że ma interes w tym, aby treść umowy jaką zawarłby z zamawiającym w razie wyboru jego oferty, odpowiadała wskazanym w odwołaniu bezwzględnie wiążącym przepisom prawa (PZP, Kodeks cywilny). Odwołanie jest zatem konieczne, aby nie doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy ze skutkiem jej częściowej nieważności z mocy prawa.
Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia na warunkach odpowiadających obowiązującym przepisom, co uzasadnia skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania. Powyższe, w połączeniu z opisanymi powyżej okolicznościami, wypełnia materialnoprawną przesłankę do rozpoznania odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 PZP.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołujący wskazuje, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami została przesłana przez zamawiającego w dniu 27 października 2016 r. za pośrednictwem operatora pocztowego. W związku z tym, należy uznać, iż przesłanie informacji, stanowiących podstawę wniesienia odwołania dokonane zostało w inny sposób niż określony w art. 27 ust. 2 PZP, a wiążącym Wykonawcę terminem na wniesienie odwołania jest termin 15- dniowy, o którym mowa w art. 182 ust.1 pkt 1) zdanie drugie pzp. Stąd też 15-dniowy, ustawowy termin na wniesienie odwołania został zachowany zdaniem odwołującego.
Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami zamawiającemu.

Odwołujący w uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Ad. I. Zarzut dotyczący niedozwolonej treści Subklauzuli 4.4 WSK, Pkt III.
Zgodnie ze zmienionym brzmieniem Subklauzuli 4.4 WSK, Pkt III, Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych nie może zawierać postanowień:
(a) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez

podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę lub od dokonania przez zamawiającego na rzecz wykonawcy płatności za roboty wykonane przez podwykonawcę łub dalszego podwykonawcę,

(b) warunkujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz wykonawcy przez zamawiającego w tym odbioru innych robót, które nie były przedmiotem umowy podwykonawczej,

(c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,

(d) nakazujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych,

(e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy,

(f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;

(g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;

(h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego Wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;

(i) zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają wykonawcę zgodnie z Kontraktem;

(j) na mocy których, z datą zawarcia umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;

(k) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji Umowy podwykonawczej od przedłużenia przez Zamawiającego Czasu na Ukończenie dla danego asortymentu robót;

(l)przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu;

(m) w przypadku gdy umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

(n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymaganych wierzytelności;

(o) na mocy których podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się roszczeń od wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;

(p) rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy łub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;

(q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę łub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

(r) ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

(s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą łub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy;

(t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.”

W Pkt II Subklauzuli 4.4 WSK zastrzeżono, iż „Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane,

zgłosi pisemne zastrzeżenia do projektu umowy: 1) niespełniającej wymagań określonych w punkcie III niniejszej Subklauzuli."
Natomiast zgodnie z ostatnim akapitem Pkt I tej Subklauzuli, „Niewypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych w tej Subklauzuli stanowi podstawę do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy z Placu Budowy. Niniejsze postanowienie nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego określonych w Warunkach Kontraktu".

Zdaniem odwołującego, zaskarżone postanowienia Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść swobody umów zawieranych przez Wykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 353^1 Kc w związku z art. 139 ust. 1 PZP. Jej ograniczenie w sposób zapisany w zaskarżonej części wzoru umowy nie ma podstaw na gruncie PZP, w tym na gruncie art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP. Wymagania stawiane w SIWZ w treści umowy o pod wykonawstwo robót budowlanych nie mogą prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących, a takim jest art. 353^1 Kc. Żaden przepis ustawy, natura stosunku prawnego umowy o roboty budowlane ani też zasady współżycia społecznego, nie wyłączają prawa do umówienia się przez Wykonawcę z Podwykonawcą zgodnie z postanowieniami, które zamawiający wyłączył z treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.
Analiza treści zapisów zawartych w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK, wskazuje, że zamawiający nie widzi się w tym zakresie w przypisanej mu ustawowo roli gwaranta zapłaty wynagrodzeń podwykonawców (wynagrodzeń należnych im zgodnie z treścią zawartych umów o podwykonawstwo), ale **postrzega siebie w roli regulatora stosunków cywilnoprawnych pomiędzy osobami trzecimi i występowania jako rzecznik interesów podwykonawców (profesjonalnych przedsiębiorców – sic!), którzy tak samo jak wykonawca, samodzielnie oceniają ryzyko udziału w realizacji danego zamówienia na warunkach zawartych w podpisanych przez siebie umowach o podwykonawstwo.** Treść ograniczonych lub wyłączonych ze stosowania instytucji prawnych wskazuje, iż zamawiający w niedopuszczalny sposób ogranicza swobodę umów i **czyni to w bezpośrednim interesie podwykonawców uzyskują oni bowiem wyłącznie za pomocą zamawiającego gwarancje zapisów prawnych bardzo dla siebie korzystnych.** O ile jednak przepisy PZP uprawniają zamawiającego publicznego **do narzucenia pewnych rozwiązań w umowie o wykonanie zamówienia** (ta jest zawierana jedynie z Wykonawcą) **w zakresie dotyczącym urzeczywistnienia celu realizacji zamówienia,** to nie mogą one prowadzić do ingerencji w stosunki prawne nawiązywane pomiędzy osobami trzecimi (wykonawcą i podwykonawcą) **poprzez zakazanie stosowania powszechnie obowiązujących rozwiązań prawnych**

nieistotnych z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. W ten sposób dochodzi do naruszenia ustawowej gwarancji swobody kontraktowania w obrocie prawnym, która może doznać ograniczenia tylko **na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, a takiego przepisu brak**.

Niedopuszczalność (niezgodność z prawem) zaskarżonych w odwołaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót wynika z kilku niezależnych od siebie podstaw i przyczyn:

(1) Wymagania postawione przez zamawiającego w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK **wykraczają poza ustawową rolę zamawiającego** w systemie prawa zamówień publicznych i bez podstawy prawnej zmierzają do ukształtowania treści stosunków prawnych, których zamawiający nie jest stroną.

(2) Przewidziane w art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP postawienie przez zamawiającego w SIWZ wymagań dotyczących treści umowy o podwykonawstwo robót nie może naruszać **innych bezwzględnie obowiązujących przepisów** – są one granicą stosowania tego przepisu. Granicę do której sięgać mogą wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych stanowi art. 353^1 Kc. Np. w uzasadnieniu Wyroku z dnia 16.12.2015 r. sygn. Akt VI Ga 106/15, Sąd Okręgowy w Koszalinie podał, że przewidziany w art. 143 d ust. 1 katalog postanowień, które powinna zawierać umowa o roboty budowlane, „nie stanowi katalogu zamkniętego, na co jednoznacznie wskazuje użycie określania w szczególności" nie stanowi katalogu zamkniętego, a zważywszy na odesłanie w odniesieniu do tych umów do unormowań kodeksu cywilnego, zawarte w art. 139 ust 1 Pzp, tym bardziej zezwala na swobodne ukształtowanie stosunku pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą – w granicach zakreślonych przez art. 353^1 kc."

Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP nie stanowi zwłaszcza dostatecznej podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody umów dotyczącej poszczególnych instytucji prawnych, które w tym postępowaniu zamawiający ograniczył lub wyłączył ze stosowania w zaskarżonych punktach Subklauzuli 4.4 WSK. Określony tym przepisem PZP skutek zawarcia w projekcie umowy o pod wykonawstwo robót postanowień sprzecznych z wymaganiami zamawiającego polega na złożeniu przez zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń do tej umowy. Instytucja sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo jest z kolei instrumentem realizacji przewidzianej w art. 143c ust. 1 w związku z art. 143b ust. 1, 3 i 4 zasady odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Oznacza to, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót mogą w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP dotyczyć tylko kwestii służących realizacji instytucji gwarancyjnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom zgodnie z zawartymi przez nich umowami. W konsekwencji nie ma podstaw prawnych i nie jest dopuszczalne zakazywanie stosowania lub modyfikowanie powszechnie dostępnych

instytucji prawnych niedotyczących odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego. Nie mają z nią przecież nic wspólnego np. umowne prawo odstąpienia, dokonywanie rozliczeń bezgotówkowych, dozwolona ustawowo modyfikacja odpowiedzialności cywilnej za szkodę, prawo do umawiania się o kary umowne, w tym np. za nieprzestrzeganie przepisów BHP (czego Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy), wysokością takich kar lub ogólnie katalogiem kar umownych, jakie strony zgadzają się stosować w swojej 2-stronnej relacji.
Przewidziana w PZP szczególna ochrona podwykonawców sprowadza sie do ustawowych gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń, lecz nie jest szersza.
Z żadnego przepisu ustawy nie wynika przyznanie zamawiającemu kompetencji do zapewniania podwykonawcom instrumentów dalej idącej ochrony prawnej niż ustawowa gwarancja płatności ich wynagrodzeń. Zasada ta i tak stanowi już wyjątek od powszechnych reguł obrotu prawnego, więc jej rozszerzenie stanowić musi niedozwoloną ingerencję w rynek i zasady obrotu profesjonalnego.
Brak szczegółowego określenia zakresu stosowania art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP oznacza, iż stosowanie go nie może wykraczać poza regulację umowy o podwykonawstwo dozwoloną w PZP – Zamawiający może zatem uszczegóławiać tylko te instytucje, które są przewidziane w PZP dla celów ochrony wynagrodzeń podwykonawców (np. procedurę zgłaszania podwykonawców, monitorowania ich roszczeń, zabezpieczania należnych im płatności itp.), lecz nie może to dotykać instytucji wykraczających poza gwarancję zapłaty wynagrodzeń podwykonawców. Tylko temu celowi służy art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP. Nowela z dnia 08.11.2013 r. zmieniającą PZP z dniem 24.12.2013 r. miała na celu zapewnienie zamawiającym instrumentów umożliwiających 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. Nie można zatem tych przepisów interpretować tak, że zamawiający może postawić wykonawcy dowolne warunki co do treści umowy z podwykonawcą, warunki te bowiem muszą być ograniczone do realizacji ustawowego celu gwarancji zapłaty wynagrodzeń, ale nie mogą poza ten cel wykraczać z ingerencją w zasadę swobody umów, którą cieszy sie wykonawca. Narzucanie wykonawcy terminów na wykonanie umownego prawa odstąpienia od umowy z podwykonawcą ma się przecież nijak do ochrony wynagrodzeń podwykonawców – jest to też doskonały przykład tego, jak daleko wykracza zamawiający poza cele ustawy.
Przeciwnie do powyższego, zamawiający stawia się w roli regulatora treści stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców.
Powołać należy się tu na Wyrok KIO z dnia 03.06.2014 r. sygn. KIO 1023/14, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że uprawnienie zamawiającego do ograniczenia

swobody kontraktowania nie jest bezwzględne lecz wynika z „ściśle określonego celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych. Których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania. Także Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 21.08.2014 r. sygn. Akt IV CSK 733/13 stwierdził, że ingerencja, zastrzeżenia inwestora do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą muszą dotyczyć istotnych kwestii umownych. Podobnie, por. Wyrok KIO z dnia 25.06.2015 r. sygn. Akt KIO 1201/15: „Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Z uzasadnienia Wyroku KIO z dnia 15.06.2015 r. sygn. Akt KIO 1139/15, wynika, że katalog obowiązkowych postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 PZP obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie pod wykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii. Jednocześnie należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 139 PZP, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy jednoznacznie określone w PZP stanowią szczególną regulację w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy. Z powyższego wynika, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647^1 kc z modyfikacjami, które wynikają z przepisów PZP. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą.

Cechą wspólną tych orzeczeń jest podkreślenie, że zamawiający może w SIWZ tylko w takim zakresie kształtować wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, w jakim jest to niezbędne dla zachowania obiektywnych potrzeb i roli zamawiającego w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych oraz ochrony wynagrodzeń podwykonawców. Każde szersze ograniczenie jest niedopuszczalne.
Jak wskazano wyżej, z wyjątkowości regulacji prawnej o ochronie wynagrodzeń podwykonawców wynika, iż przepisy ustawowe, których stosowanie mogłoby doprowadzić do naruszenia fundamentalnej dla prawa cywilnego zasady swobody kontraktowania, nie mogą być wykładane rozszerzająco.
Na poparcie tego stanowiska odwołujący przytacza Wyrok KIO z dnia 15.06.2015 r. Sygn. Akt KIO 1139/15, w którym Izba podzieliła argumentację odwołującego w tym zakresie. Odwołujący przywołał treść uzasadnienia nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 08.11.2013 r. 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. Z ww. uzasadnienia projektu wynika, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 PZP dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. 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 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 i pominął ewentualne uprawnienie zamawiającego co do innych ingerencji to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.
Ustawowa rola gwaranta zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, wynikającego z zawartej przez niego umowy o podwykonawstwo (art. 143c ust. 1 i 8 PZP, art. 647^1 § 5 Kc), ani żaden inny przepis prawa, nie uzasadnia ingerencji zamawiającego w takie podstawowe instytucje prawa cywilnego – oparte na swobodzie kontraktowania – jak: kary umowne, ich katalog i wysokość (art. 483 Kc), modyfikacja zasad odpowiedzialności dłużnika (art. 473 Kc), prawo do zapisu na sąd polubowny w kraju lub za granicą (art. 1154 Kpc, art. 1157 Kpc), niedopuszczalność żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 Kc), prawo do kompensaty wzajemnych rozrachunków (art. 498 § 1 Kc, art. 505 pkt 4) Kc), czy umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 Kc). Żadna kompetencja przyznana publicznemu zamawiającemu nie uprawnia go do ingerencji w te instytucje prawne ze skutkiem dla osób trzecich.
Wprowadzone do wzoru umowy wymagania dotyczące treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych są dodatkowymi zmianami na korzyść podwykonawców, których środki ochrony są już przewidziane w PZP.

Koronnym argumentem zamawiającego na temat swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych jest to, iż nikt nie zmusza wykonawcy do składania oferty. Po pierwsze jest to błędne stanowisko, ponieważ wykonawca działający na rynku zamówień publicznych działa pod przymusem ekonomicznym, a nie godząc się na jaskrawo niekorzystne dla siebie warunki umowne musiałby żadnych ofert nie składać i zlikwidować działalność. Po drugie jednak, stosowane przez zamawiającego tłumaczenie, iż wykonawca nie musi się zgadzać na postawione mu w SIWZ warunki i nie składać oferty, ma ten mankament, że można (i należy) stosować je analogicznie dla relacji Wykonawca – Podwykonawca. Podwykonawca również nie ma obowiązku przystawać na warunki handlowe lub prawne stosowane przez Wykonawcę. Nie ma więc żadnej różnicy pomiędzy swobodą przystąpienia przez Wykonawcę do udziału w przetargu publicznym opartym na wzorze umowy znacząco uprzywilejowującym zamawiającego, a zawarciem przez podwykonawcę umowy o podwykonawstwo na warunkach umownych korzystniejszych dla wykonawcy.

Jeśli zatem zamawiający „chce chronić" podwykonawców uzasadniając to twierdzeniem, iż ci zawierają z wykonawcą umowę o podwykonawstwo robót budowlanych pod przymusem ekonomicznym, to argumentacja taka nie może się ostać, ponieważ – analogicznie rzecz ujmując – pod jeszcze większym przymusem umowy o generalne wykonawstwo zawiera wykonawca z zamawiającym, skoro ten jest na krajowym rynku budowy dróg ekspresowych i autostrad 100-procentowym monopolistą.

Podwykonawcy robót nie są konsumentami, lecz przedsiębiorcami, co oznacza, iż przepisy o klauzulach abuzywnych (art. 385^3 Kc) nie mają tu zastosowania, a każda forma uprzywilejowania podwykonawców względem wykonawcy (także przedsiębiorcy) musi mieć wyraźne ustawowe podstawy. Podstaw takich jednak brak w obowiązującym prawie zamówień publicznych, wobec czego publiczny zamawiający dopuszcza się naruszenia prawa.

Należy postawić pytanie gdzie zamawiający upatruje prawnego oparcia dla szerszej niż gwarancje płatności ochrony podwykonawców kosztem wykonawcy – jest to przecież domena ustawodawcy, a nie zamawiającego?

Zachowanie tzw. interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję podwykonawcy ponad gwarancje ochronne przewidziane dla podwykonawców w przepisach prawa. Działanie takie godzi w inny interes publiczny ponieważ ogranicza zagwarantowane ustawowo prawo do swobodnego umawiania się przez uczestników rynku usług budowlanych. Co więcej, działanie takie może być uznane za pomoc publiczną w rozumieniu Artykułu 87 ust. 1 [Pomoc publiczna dla przedsiębiorców] Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25.03.1957 r. (Dz. Urz. UE. C 1992 Nr 224.

Str. 1). Zgodnie z którym: „Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w niniejszym Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca hub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi." Wskutek zabiegów zamawiającego polski rynek zamówień publicznych staje się bardziej uprzywilejowany dla branży podwykonawczej niż rynki innych państw członkowskich UE, które nie stosują analogicznych rozwiązań.
(10) Ostatecznie zaś, ukształtowanie treści wymagań do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w sposób dokonany przez Zamawiającego w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK należy uznać za sprzeczne z art. 5 Kc, ponieważ stanowi nadużycie prawa.

Zarzuty do szczegółowych postanowień będących przedmiotem zaskarżenia:

(c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,
Zgodnie z art. 483 § 1 Kc, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
Katalog dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w postanowienia dotyczące kar umownych zawiera art. 143d ust. 1 pkt 7) PZP w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane, co oznacza, że zamawiający nie jest w ogóle uprawniony kształtować ani katalogu ani wysokości kar umownych w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych, co bezpodstawnie czyni. Materia kar umownych określonych umową o podwykonawstwo robót budowlanych nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP (ani w żadnej innej ustawie), co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów w relacji prawnej wykonawcy z podwykonawcą. Nie ma wiec żadnych podstaw prawnych (w tym w przepisach PZP), by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich. Wykonawca i podwykonawca są na podstawie art. 353^1 kc uprawnieni określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób jaki uważają za dla siebie stosowny, w tym poprzez prawo do nakładania kar umownych w ustalonej przez siebie wysokości. Zamawiający nie ma podstaw prawnych by w tę materię ingerować, zaś czyniąc to, narusza zasadę swobodnego umawiania się przez wykonawcę i podwykonawcę.
(d) nakazujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez

możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych,
Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.
(e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,
Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)
(f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;
Zgodnie z art. 1157 Kpc, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty.
W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, Zamawiający nie może tego zakazać.
(g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;
Zgodnie z art. 1154 Kpc, przepisy części niniejszej [przypis: Część Piąta. Sąd Polubowny (Arbitrażowy)] stosuje się, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wypadkach w części tej określonych – także wtedy, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest oznaczone.
W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, zamawiający nie może tego zakazać.
(h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;
Zgodnie z art. 473 § 1 i 2 Kc, dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach, PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

(l) zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

Ubocznie należy zauważyć, że nie ma w polskim prawie cywilnym konstrukcji prawnej „przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności" Wykonawcy przez Podwykonawcę. Możliwa jest tylko umowne przejęcie długu (18rt. 519 § 1 Kc), a na to zawsze wymagana jest zgoda wierzyciela (ius 18rt18a18).

(j) na mocy których, z datą zawarcia umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

(k) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego czasu na ukończenie dla danego asortymentu robót;

Zgodnie z art. 476 Kc, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

(l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcę łub dalszego Podwykonawcę powiadomienia o roszczeniu;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (k)

(m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

Zamawiający zgłosi zastrzeżenia do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, a jej postanowienia będą wyłączać możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Wymóg taki stanowi wprost naruszenie art. 632 § 1 Kc w związku z art. 139 ust. 1 PZP. Zgodnie bowiem z cyt. Przepisem, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było

przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Tym samym dopuszczalne i zgodne z istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zastrzeżenie, iż Podwykonawca nie będzie się domagał podwyższenia ryczałtu.

W cytowanym wcześniej Wyroku z dnia 21.08.2014 r. sygn. Akt IV CSK 733/13 SN uznał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przewidziany w art. 632 S 1 Kc, prowadzi do obciążenia wykonawcy ryzykiem nieprzewidzianego wzrostu rozmiaru prac lub kosztów. Zamawiający zaś nie może żądać obniżenia wynagrodzenia, nawet gdyby wykonawca osiągnął korzyści wyższe od zakładanych.

(n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich nie wymaganych wierzytelności;

Trudno dopatrzyć się prawnie chronionych interesów zamawiającego, których realizacji miałoby służyć pozbawienie Wykonawcy prawa do stosowania kompensat należności niewymagalnych w granicach umów zawartych z Podwykonawcami.

Stosownie do treści art. 505 pkt 4) Kc, nie mogą być umorzone przez potrącenie: 4) wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne, Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Odwołujący podnosi, iż brak przepisu szczególnego, na podstawie którego zamawiający mógłby zakazać wykonawcy zamówienia publicznego dokonywania rozliczeń należności, także tych niewymagalnych, w relacji umownej, jaką wykonawca nawiązuje z podwykonawcą. Podstawą taką nie jest w szczególności art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP, ponieważ – w braku przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 505 pkt 4) Kc znajdującego zastosowanie w zakresie prawa zamówień publicznych – nie uprawnia on zamawiającego do postawienia wykonawcy zamówienia wymagań godzących w zasadę swobody umów art. 353^1 Kc). Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11a) PZP nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia zasady swobody umów w zakresie, w jakim nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się przez wykonawcę i podwykonawcę o stosowanie-rozliczeń wzajemnych należności (kompensat umownych).

W aspekcie zasadności prawa wykonawcy do umówienia się z podwykonawcą o bezgotówkową formę rozliczeń, odwołujący zwraca uwagę, iż w celu obrony zamawiającego przed niezasadnymi roszczeniami podwykonawcy, można powoływać się na Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28.06.2006 r., III CZP 36/06 i z dnia 05.09.2012 r. IV CSK 91/12. Zgodnie bowiem z art. 375 § 1 Kc, dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty

wynagrodzenia na rzecz wykonawcy ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor – wykonawca. Za dopuszczalny uznać należy jednak zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca – podwykonawca lub inwestor – podwykonawca. W istocie zatem posiadanie przez wykonawcę prawa do potrącenia należności przysługujących mu względem podwykonawcy, jest korzystne dla samego zamawiającego, który może korzystać z szerszego katalogu zarzutów.

(o)na mocy których podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się roszczeń od wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (m);

(p) rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania łub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

(q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)

(r) ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

(s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą łub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy;

Zgodnie z art. 395 § 1 kc, można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

Brak jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach PZP, by zamawiający poprzez ukształtowanie treści SIWZ wpływał na ustalane pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą terminy wykonywania umownego prawa odstąpienia, co korzysta z wyrażonej w art. 353^1 Kc gwarancji swobody kontraktowania.

(t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że przewidziany w Subklauzuli 4.4 WSK rygor w postaci żądania usunięcia z terenu budowy podwykonawcy, na zawarcie umowy z którym zamawiający się nie zgodził, do czego doprowadzi niepodporządkowanie się przez wykonawcę niedopuszczalnym i nieważnym w świetle art. 58 § 3 Kc wymaganiom dotyczącym umowy o podwykonawstwo robót. Jeśli zatem zamawiający będzie żądał usunięcia takiego podwykonawcy z terenu budowy, to dopuści się braku należytego współdziałania z wykonawcą w realizacji umowy o zamówienie publiczne, przewidziane do realizacji za pomocą podwykonawców (21rt. 354 Kc, 21rt. 36a ust. 1 PZP).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ tak jak wskazano na wstępie niniejszego odwołania, tj. Zmianę SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 4.4 f Podwykonawcy Warunków Szczególnych Kontraktu, Pkt III (Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo) poprzez wykreślenie pkt art. do (t).

Ad II. Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 16. 2 [Odstąpienie przez Wykonawcę].

Zamawiający zastąpił dotychczasową treść Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] treścią, zgodnie z którą, zamawiający de facto dopuszcza, bez żadnych istotnych powodów, możliwość niewystawienia przez Inżyniera Świadectwa Płatności przez łączny okres 84 dni, jak również możliwość niedokonania zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia przez łączny okres 142 dni, co stanowi nie tylko naruszenie zasad współżycia społecznego oraz pewności obrotu gospodarczego we współpracy z zamawiającym publicznym, ale dodatkowo (w zakresie dotyczącym pkt. (a) w.w. Subklauzuli, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustaw podatkowych, w zakresie momentu powstania, po stronie wykonawcy, obowiązku podatkowego w podatku VAT. Istotnym jest również iż wykonawca przez cały ten okres związany jest postanowieniami Kontraktu oraz zawartymi przez wykonawcę umowami z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami. Fakt możliwości zawieszenia przez wykonawcę prac lub robót zgodnie z Subklauzulą 16. [Uprawnienie wykonawcy do zawieszenia prac] jest tu bez znaczenia. Tym samym, wnioskowane przez odwołującego skrócenie terminów zwłoki/ opóźnienia, w spełnieniu przez zamawiającego istotnych zobowiązań umownych, umożliwiające wykonawcy skorzystanie z prawa odstąpienie od umowy zawartej z zamawiającym jest w pełni uzasadnione.

W zakresie wnioskowanego przez odwołującego wykreślenia ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2. w brzmieniu „W przypadkach opisanych powyżej wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu zamawiającego do spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin, nie krótszy niż 5 dni od daty doręczenia zamawiającemu. Wskazane w zdaniu poprzednim wezwanie zamawiającego oraz upływ wyznaczonego terminu nastąpić muszą nie później niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie wskazać należy, iż zapis ten stanowi kompilację wypowiedzenia umowy, odstąpienia od umowy *w trybie art. 395 § 1 k.c.* oraz odstąpienia od umowy w trybie art. 492 k.c. nakładając na wykonawcę obowiązek wezwania zamawiającego do spełnienia świadczenia, wyznaczenia zamawiającemu 5 dniowego terminu na spełnienia świadczenia oraz jak należy domniemywać, złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w maksymalnym terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie. Pomijając już fakt, iż termin 14 dni może być niemożliwy do dotrzymania, z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy, a leżących po stronie zamawiającego, to tak formułowany zapis Subklauzli 16.2. narusza przepis art. 492 k.c. Zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa, „gdy w umowie zastrzeżono uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, o którym mowa w art. 492 KC, wówczas art. 395 KC (w zakresie wyznaczenia terminu) nie ma zastosowania. Prawo odstąpienia z art. 492 KC nie jest bowiem modyfikacją umownego prawa odstąpienia, ale modyfikacją ustawowego prawa odstąpienia' (Kodeks Cywilny, Komentarz, T. II red. Gutowski 2016, wyd. 1, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 08.01.2013 r. sygn.. I AGA 793/11, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku sygn. I Aca 97/15 – wyrok SA Białystok z dnia 10-06-2015).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ tak jak wskazano na wstępie niniejszego odwołania, tj. zmianę treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2. (odstąpienie przez Wykonawcę Warunków Szczególnych Kontraktu –przez wykreślenie ostatniego akapitu w.w. klauzuli oraz zmianę terminu „56 dni „wskazanego w pkt. (a) w.w. klauzuli na termin „30 dni": jak również zmianę terminu 84 dni wskazanego w pkt. (b) klauzuli na termin „42 dni".

Ad. III. Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2:

Zamawiający zmienił oryginalną wersję Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] poprzez usunięcie treści pierwszego i drugiego akapitu i zastąpienie jej poniższą treścią:

„Strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiejkolwiek

dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono Wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy o:

(i) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub

(ii) zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania lub

(iii) dodatkową płatność

według jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków Kontraktu lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia. Powiadomienie takie może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności.

Jeżeli Wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje. Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, a Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiejkolwiek dodatkowej płatności."

Powyższa zmiana, warunkująca moment „powstania roszczenia" od faktu powiadomienia Inżyniera w określonym terminie „o okoliczności lub wydarzeniu powodującym powstanie takiego roszczenia" jest sprzeczna z powołanymi w petitum odwołania bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do przedmiotu Inwestycji. Skoro bowiem przedmiotem Inwestycji jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi w ramach zamówień publicznych, to w myśl art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP zastosowanie mają przepisy art. 627 Kc (umowa o dzieło) oraz 647 Kc (umowa o roboty budowlane). Zarówno umowa o roboty budowlane, jak i umowa o dzieło jest umową wzajemną w rozumieniu art. 487 § 2 Kc, co oznacza, że świadczenia każdej ze stron są ekwiwalentne, tzn. świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zatem spełnienie przez jedną ze stron (Wykonawcę) swojego świadczenia, polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi zgodnie z umową stanowi tytuł do roszczenia o zapłatę, stąd ustanawianie jakiegokolwiek warunku powstania roszczenia jest niedopuszczalne. Roszczenie to stanowi prawo podmiotowe wykonawcy mające swoje źródło w umowie, do której mają zastosowanie bezwzględnie obowiązujące w/w przepisy, tj. art. 627, art. 647 i art. 487 § 2 Kc, przyznające Wykonawcy to uprawnienie i jedynym „warunkiem" powstawania tego prawa może być wykonanie świadczenia wzajemnego w sposób zgodny z umową. Zatem ustanawianie warunku – o charakterze proceduralnym – „powstania roszczenia" narusza w/w bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i z tego względu jest nieważne

Powyższe wynika wprost z powołanych wyżej przepisów, ale również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 roku, IV CKN 513/01, zgodnie z którym wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane powstaje w chwili wykonania określonego etapu prac.

Należy zwrócić uwagę, że polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem, istotne są jedynie dwie kwestie: (1) świadczenie musi być możliwe do spełnienia (zgodnie z rzymską zasadą impossibllium nulla obligatio est) oraz musi być ono (świadczenie) oznaczone, przede wszystkim przez treść czynności prawnej tworzącej zobowiązanie, a także przez odnoszące się do danego typu zobowiązań przepisy prawa (por. Komentarz do KC, art. 353 SPP T.5 red. Łętowska 2013, wyd. 2). Skoro zatem zarówno świadczenia Wykonawcy (zaprojektowanie i wybudowanie drogi), jak i świadczenia Zamawiającego (m.in. zapłata wynagrodzenia) zostały określone (oznaczone) w umowie i są możliwe do spełnienia, to odpowiadające im wzajemne roszczenia drugiej strony powstają w dacie wykonania tych świadczeń, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności, czego życzyłby sobie zamawiający, poprzez wprowadzenie komentowanej zmiany w warunkach kontraktu.

Ponadto należy podkreślić, że zamawiający ustanawiając zaskarżany warunek sam sobie przeczy, albowiem z jednej strony pisze, że „warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy.... jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia....", z drugiej zaś, że warunek ten dotyczy powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodująca powstanie takiego roszczenia....". Oznacza to, że zamawiający ma świadomość, iż to nie żaden warunek powoduje powstanie roszczenia lecz, że to okoliczność lub wydarzenie stanowi źródło jego powstania.

Powyższe rozważania dotyczyły roszczenia wykonawcy o dodatkową zapłatę, jednakże są one aktualne również w odniesieniu do roszczenia o przedłużenie terminu wykonania robót, jak i w zakresie wykonania Kamienia Milowego, albowiem ustanawianie warunku dla powstania tych roszczeń, w tym dwóch wyżej wymienionych, godzi również w naturę stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło oraz umowa o roboty budowlane oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie stanowi nadużycie prawa.

Dlatego też, biorąc pod uwagę cel stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło i umowa o roboty budowlane, ustanowienie warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353^1 Kc, skutkujące nieważnością postanowień w tej części.

Każdorazowo trzeba pamiętać, że dochodzenie roszczeń na gruncie polskiego prawa cywilnego jest procesowym aspektem realizacji praw podmiotowych, które przysługują jednostce na podstawie przepisu ustawy lub stosunku prawnego, czy też wynikają z

określonych zdarzeń, z którymi przepisy prawa lub postanowienia umowy wiążą skutek powstania prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe przysługuje zatem ex lege lub ex contractu niezależnie od faktu powiadomienia kogokolwiek o jego istnieniu lub od zgłoszenia komukolwiek w określonym czasie zamiaru jego dochodzenia. Postanowienia zmienionej Subklauzuii 20.1 WSK akapit pierwszy i drugi nie mogą wpływać na terminy dochodzenia roszczeń określone w sposób bezwzględnie wiążący przepisami Kodeksu cywilnego (w tym art. 119 Kc) – nie mogą być zmieniane przez czynność prawną, gdyż zmiana taka jest nieważna. Wykonawca jest uprawniony dochodzić swoich praw podmiotowych przed organem właściwym

ustawowo do ich rozpoznawania (sądem powszechnym) w terminach przedawnienia, a nawet po ich upływie, skoro przedawnienie uwzględniane jest na zarzut drugiej strony. Proceduralne ujęcie trybu dochodzenia roszczeń na drodze kontraktowej (w reżimie warunków kontraktu) nie może jednak stanowić o istnieniu lub nieistnieniu praw służących Wykonawcy na podstawie stosunku prawnego nawiązanego z zamawiającym, np. prawa do wynagrodzenia z tytułu wykonanych i odebranych robót, odsetek, pokrycia kosztu, odszkodowania za naruszenie umowy przez zamawiającego, czy zmiany terminu wykonania zamówienia – istniejących niezależnie od zgłoszenia powiadomienia w terminie 28 dni od powstania okoliczności kreującej te prawa. Niezaprzeczalnym argumentem w tej sprawie jest Uchwała Sądu Najwyższego podjęta w składzie 7 Sędziów – a zatem mająca moc zasady prawnej – z dnia 11.01.2002 r. sygn. Akt III CZP 63/01, zgodnie z którą „Roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 Kc." Podjęta w SIWZ próba obejścia przepisów o przedawnieniu roszczeń poprzez użycie sformułowania „roszczenie nie powstaje" nie może się ostać w świetle art. 58 § 1 i § 3 Kc.

Zwłaszcza w aspekcie brzmienia art. 487 § 2 Kc, zgodnie z którym „umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej*- zaś umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną – należałoby zadać następujące pytanie: czy jeśli w sytuacji braku terminowej zapłaty przez zamawiającego kwoty poświadczonej przez Inżyniera w PŚP i ujętej w fakturze. Wykonawca nie zgłosi powiadomienia o roszczeniu o zapłatę tej kwoty w terminie określonym w akapicie 1i 2 Subklauzuli 20.1 WSK. To czy można twierdzić, iż roszczenie wykonawcy o to wynagrodzenie nie powstało i wykonawca nie może żądać zapłaty? Do takiego, absurdalnego i nie dającego się pogodzić z powołanymi przepisami stanowiska prowadzi stosowanie się do zaskarżonych postanowień Subkiauzuii 20.1 WSK.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w sposób określony na wstępie niniejszego Odwołania, tj Zmianę SIWZ w części zawierającej wzór umowy, tj. Tom II – wzór umowy –

Subklauzula 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (Roszczenia Wykonawcy) przez zmianę zapisów akapitu 1 i 2 w następujący sposób:
(1) zastąpienie sformułowania: „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy" sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu":
(2) skreślenie sformułowania: „to roszczenie nie powstaje."

Ad IV. Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 6:W Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK Zamawiający usunął całą treść szóstego akapitu Subklauzuli 20.1 i zastąpił ją następującą treścią:
„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie."
Zdaniem Odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 455 Kc w zakresie, w jakim nie określa żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z treści stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia Wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów.
Zgodnie z WSK, Subkiauzula 3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] akapit trzeci, zdanie drugie: Inżynier jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego przed wydaniem rozstrzygnięcia w zakresie wynikającym z następujących Subklauzuli: (g) Subkiauzula 20.1 Roszczenia Wykonawcy. Rozstrzygnięcie Inżyniera będzie przekazane Wykonawcy wraz z pisemnym uzgodnieniem zamawiającego. Wszędzie tam gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Inżynier, przed wydaniem zatwierdzenia lub odrzucenia, o którym mowa w Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego
Brak wskazania czasu oczekiwania na to uzgodnienie oznacza, iż rozpatrywanie roszczeń Wykonawcy w trybie kontraktowym nie jest nieograniczone żadnym terminem. Powoduje to, iż Wykonawca do końca trwania Kontraktu może nie uzyskać rozstrzygnięcia swoich roszczeń, co powoduje stan niepewności co do sytuacji prawnej wykonawcy, a także bieżące problemy związane np. z aktualizacją Programu, gdy w rozsądnym terminie nie są rozstrzygane roszczenia Wykonawcy o przedłużenie Czasu na Ukończenie.
Jest poważnym mankamentem, podważającym sens procedury zgłaszania roszczeń wykonawcy, że zamawiający może praktycznie zablokować kontraktową ścieżkę ich

dochodzenia. Zarzut ten należy powiązać z naruszeniem art. 5 Kc (nadużycie prawa), ponieważ żadne racjonalne względy nie przemawiają za takim ukształtowaniem zasad rozpoznawania roszczeń wykonawcy.
Brak stanowiska zamawiającego przedstawionego w rozsądnym terminie, stanowiącego warunek dalszego procedowania roszczenia wykonawcy, w zakresie, w jakim nie kreuje stanu wymagalności roszczenia niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia, jest wprost sprzeczny z ustawą (art. 353^1 Kc w związku z art. 455 kc).
Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści w sposób wskazany na wstępie niniejszego odwołania, tj. zmianę treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty przez nadanie mu następującego brzmienia: „W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzuią 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że zamawiający akcentuje propozycje Inżyniera.”

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 23 listopada 2016 roku zamawiający na podstawie art.186 ust.1 pzp udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przytoczył podniesione zarzuty i okoliczności faktyczne oraz prawne odwołania.

Odnosząc się do treści zarzutów zamawiający podniósł jak poniżej.
Przede wszystkim wskazał, że aktualna treść pkt III Subklauzuli 4.4 Warunków Szczegółowych Kontraktu (WSK) obowiązuje na kontraktach zamawiającego w wersji niezmienionej od listopada 2015r. i w tym też zakresie jest stosowana w toczących się postępowaniach przetargowych. Katalog postanowień zakazanych w umowach podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane został opracowany w

znacznej mierze na podstawie propozycji przedłożonej przez środowisko budowlane. Zamawiający otrzymał przedmiotową propozycję postanowień umownych zwaną „Zbiorem dobrych praktyk oraz wzorcowych klauzul w umowach podwykonawczych o roboty budowlane dotyczących obiektu liniowego" za pismem Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa (dalej OIGD) nr OIGD 46/2015 z dnia 07.05.2015r., którą załączył do odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z informacją wskazaną w przedmiotowym piśmie, celem wypracowania przedmiotowych dobrych praktyk został powołany specjalny zespół, w którego pracach brali udział „zarówno członkowie OIGD jak również zaproszeni przedstawiciele Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa (PZPB).
Na podstawie przedmiotowej propozycji branży budowlane], zostały wprowadzone postanowienia do Warunków Szczegółowych Kontraktu (WSK) zamawiającego. Zamawiający w ujęciu tabelarycznym przedstawił propozycje branży budowlanej i wprowadzone postanowienia przez zamawiającego w subklauzuli 4.4. Warunków kontraktu, przedstawiając tylko te postanowienia, które są przedmiotem zaskarżenia. Dokonując porównania propozycji branży budowlanej z postanowieniami WSK należy stwierdzić, że te ostatnie niemal literalnie odpowiadają zgłoszonym propozycjom. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Odwołanie złożono w dniu 10 listopada 2016 roku w związku z prowadzonym zamówieniem publicznym w trybie przetargu ograniczonego na inwestycję drogową pod nazwą „Projekt i budowa drogi ekspresowej 5 - 61 Ostrów Mazowiecka – Obwodnica Augustowa odcinek: obw. Szczuczyna/ II jezdnia”, nr sprawy: O.BI.D-3.2410.1.2016.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło w dniu 20 kwietnia 2016 r. przez ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 077-135586.

W związku z powyższą datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotowe postępowanie odbywa się, w myśl art.22 ustawy zmieniającej ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwaną „pzp”, według stanu prawnego sprzed wejścia w życie ostatniej zmiany pzp, to

jest według stanu prawnego sprzed dn. 28 lipca 2016r. Najnowsza zmiana pzp została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 roku pod poz. 1020, w którym opublikowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty i żądania:

I.) zarzut naruszenia art. 353^1 w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4), art. 632 i art. 5 Kodeksu cywilnego (kc), art. 1154 Kodeksu postępowania cywilnego (kpc) i art. 1157 kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 a) PZP, art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] pkt (c) do (t) – wymagań dotyczących treści umowy wykonawcy z podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy pzp i kc nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647^1 § 5 kc. W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, Pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] poprzez wykreślenie pkt (c) do (t).

II.) art. 353^1 w związku z art. 492 i art. 5 kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, poprzez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu – warunków odstąpienia przez Wykonawcę od umowy w sposób: (i) naruszający zasadę prawną zgodnie z którą, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego; (2) naruszający zasady współżycia społecznego poprzez ustalenie niewspółmiernie długich terminów dopuszczających możliwość niewywiązywania się zamawiającego oraz Inżyniera

z istotnych obowiązków umownych, jakim jest wystawienie Świadectwa Płatności oraz Płatność, przy jednoczesnym związaniu wykonawcy umową. W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2. [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu – poprzez wykreślenie ostatniego akapitu w.w. klauzuli oraz zmianę terminu „56 dni „wskazanego w pkt. (a) w.w. klauzuli na termin „30 dni"; jak również zmianę terminu 84 dni wskazanego w pkt. (b) klauzuli na termin „42 dni".

III.) art. 353^1 w związku z art. 353, 627, 647, 487 § 2 i art. 5 kc, art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11a) pzp, art. 139 ust. 1 pzp i art. 14 pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 kc, przez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK – dotyczących zasad dochodzenia roszczeń wykonawcy w sposób sprzeczny z: (1) właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa - o roboty budowlane, (2) wyżej wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz (3) zasadami współżycia społecznego, poprzez przyjęcie, iż warunkiem powstania roszczeń wykonawcy w zakresie: (i) przedłużenia terminu wykonania robót, (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności, co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń. Istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest bowiem uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych. Całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością w/w postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 kc. W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w części zawierającej wzór umowy, tj. Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu [Roszczenia Wykonawcy] poprzez zmianę zapisów akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

(1) zastąpienie sformułowania : „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy" sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu";

(2) skreślenie sformułowania; „to roszczenie nie powstaje,".

IV.) art. 353^1 w związku z art. 455 i art. 5 kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty – zasad rozpatrywania przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy naruszający zasadę prawną, iż jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane zapisy Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, iż nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia, ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli, W związku z powyższym zarzutem, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty – przez nadanie mu następującego brzmienia: „W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera], Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że Zamawiający akceptuje propozycje Inżyniera."

Izba zważyła

Odwołujący w złożonym odwołaniu kwestionuje prawo zamawiającego co do ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą potencjalnie odwołującym a podwykonawcą. Swoje stanowisko wywodzi z okoliczności, że zamawiający nie jest stroną stosunku umownego

pomiędzy wykonawcą (odwołującym) a podwykonawcą. Ponadto powołuje się na obowiązującą uczestników obrotu gospodarczego w tym wypadku robót budowlanych zasadę swobody kontraktowania na mocy art. 353 [1] kodeksu cywilnego w myśl której 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. Natomiast w myśl art. 14 pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Owszem odwołujący przyznaje, że na mocy art. 647 [1] § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Stąd zdaniem odwołującego ingerencja zamawiającego w kształtowanie stosunków umownych pomiędzy wykonawcą robót budowlanych a jego podwykonawców powinna ograniczać się tylko i wyłącznie do zagadnień regulacji należności za roboty w związku z odpowiedzialnością solidarną w tym zakresie zamawiającego /inwestora. Odpowiedzialność solidarna zamawiającego za rozliczenia finansowe pomiędzy wykonawcą a jego podwykonawcami wynika wprost jak już powyżej nadmieniono z art. 647[1] § 5 zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W związku z tym odwołujący uważa, że tylko w zakresie odpowiedzialności solidarnej za zapłatę wynagrodzenia, zamawiający może ingerować w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, formułując stosunki umowne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Żadna dalsza ingerencja w postanowienia umowne wykonawca i podwykonawca ze strony zamawiającego nie może mieć miejsce, ponieważ naruszona zostałaby zasada swobody umów przywołana już wcześniej a wynikająca z art.353 [1] k.c. (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). Natomiast już z samej treści art. 353 [1] k.c. wynika, że swoboda umów ma swoiste ograniczenia gdy treść i cel umowy sprzeciwiają się naturze stosunku, ustawie i zasadom współżycia społecznego. Tak więc powstaje pytanie o związek umowy o roboty budowlane z umową o podwykonawstwo tej umowy. Z całą pewnością należy stwierdzić, że jeżeli istnieje pomiędzy nimi zależność w kategorii nadrzędności to należy ich poszukiwać pomiędzy umową o roboty budowlane a umową o podwykonawstwo tychże robót a nie odwrotnie to jest poszukiwać nadrzędności pomiędzy umową o podwykonawstwo a umową o roboty budowlane. O tym, że pomiędzy umową o roboty budowlane a umową o podwykonawstwo istnieje zależność stanowi treść całego art. 647[1] kodeksu cywilnego. I tak

w jego § 1 przewiduje się, że w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Dalej w § 2 tegoż artykułu przewiduje się, że do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia jemu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Z przepisu wynika, że inwestor czyli zamawiający ma prawo nie tylko zgłosić sprzeciw ale również zastrzeżenia. Należy rozważyć czym jest sprzeciw a czym zastrzeżenie. W ocenie Izby sprzeciw jest co do zasady protestem przeciwko w ogóle zawarciu umowy a zastrzeżenia co do zasady nie są sprzeciwem co da zawarcia umowy tylko protestem przeciw regulacjom postanowień umowy. Dalsze regulacje tegoż artykułu k.c. odnoszą się kolejno do wymagania również zgody inwestora i wykonawcy co do dalszych umów z podwykonawcą (§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio – sprzeciw i zastrzeżenia w ciągu 14 dni ze skutkiem milczącej akceptacji). Kolejno w tymże artykule przewidziano obowiązek formy pisemnej dla umowy podwykonawczej jaki dalszych umowa podwykonawczych pod rygorem nieważności (§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności). Dopiero w § 5 art. 647 [1] k.c. przewiduje się solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia (§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.). Reasumpcja regulacji stosunków inwestor, wykonawca, podwykonawca znajduje się w ostatnim paragrafie art.647 [1] k.c. zgodnie z którym odmienne postanowienia umów pomiędzy inwestorem (zamawiającym) a wykonawcą w zakresie umów wykonawca a podwykonawca czy też dalszy podwykonawca w zakresie uregulowanym w tymże artykule są z mocy prawa nieważne (§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne). Konstatując przedmiot i zakres regulacji art.647[1] k.c. należy zauważyć, że reguluje on obowiązek określenia w umowie między zamawiającym (inwestorem) a wykonawcą zakresu robót, które będzie wykonywał wykonawca osobiście a które za pośrednictwem podwykonawcy, obowiązek przedłożenia umów podwykonawczych z prawem zamawiającego do zgłoszenia do nich sprzeciwu czy też zastrzeżeń, czyli obowiązek uzyskania zgody na treść umowy z podwykonawcą, obowiązek pisemności umów wykonawca a podwykonawca, solidarności zapłaty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą wobec podwykonawców oraz nieważność umów zawartych wbrew postanowieniom

zawartym w tym artykule kodeksu cywilnego. Stąd w ocenie Izby już art.647 [1] k.c. wprowadza obowiązek przedkładania umów podwykonawczych zamawiającemu a tym samym wprowadza prawo zamawiającego ingerowania w treść tychże umów. W związku z tym kwestią zasadniczą do ustalenia jest zakres możliwości zgłaszania sprzeciwu a w szczególności zastrzeżeń przez zamawiającego co do przedkładanych jemu umów wykonawcy z podwykonawcami. Tę miarę można znaleźć właśnie w art. 353 [1] k.c. wskazującym na swobodne umów ale również na jej ograniczenia (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). Zamykając rozważania na temat zarzutu odwołującego co do co do zakresu prawa zamawiającego zgłaszania sprzeciwu czy zastrzeżeń do umów podwykonawczych należy również uwzględnić w tym zakresie regulacje w ustawie prawo zamówień publicznych. Ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) regulacji w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeśli zamawiający określa takie wymagania (W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:

11) w przypadku zamówień na roboty budowlane :a) wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania - art.36 ust.2 pkt 11 a pzp). Tak więc z dyspozycji pzp wynika prawo zamawiającego do formułowania wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo bez ograniczenia tych wymagań tylko co do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy zapłaty na rzecz podwykonawcy. Rozwinięcie tego zagadnienia stanowią regulacje odnoszące się do umów o roboty budowlane wykonawców z podwykonawcami w szczególności art.143 d. ust.1 pzp, który stanowi między innymi w pkt 2 o obowiązku zawarcia w umowach o roboty budowlane postanowień dotyczących trybu zgłaszania zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo i do projektu ich zmian lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo i do jej zmian. Ustawodawca odrębnie uregulował zagadnienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy czyniąc to w szczególności w art.143 b ust.2, określający warunki i terminy zapłaty w umowie o podwykonawstwo nie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku oraz w ust.3 pkt 2), ust.8, ust.9. Ponadto w tymże art.143 b w kolejnych ustępach uregulował 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 zagadnienia przedkładania projektu umowy na podwykonawstwo, zastrzeżeń do

projektu umowy jak i sprzeciwu do przedłożonej umowy co do niespełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art.143 b ust.3 pkt 2)).

W związku z powyższym w ocenie Izby stanowisko odwołującego co do zasady, że bezprawnymi są uregulowania postanowień SIWZ w zakresie ponad zagadnienia zasad, trybu zapłaty należności podwykonawcom, nie znajduje usprawiedliwienia zarówno w przywołanych powyżej regulacjach kodeksu cywilnego jak i ustawy prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba nie uwzględnia zarzutu odwołania **numer I** co do bezprawności postanowień SIWZ regulujących we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] lit.(c) do (t) – to jest wymagań dotyczących treści umowy wykonawcy z podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy pzp i kc nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647^1 § 5 kc.
W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wymagania ustalone w SIWZ w Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] mogą dotyczyć tylko i wyłącznie we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647^1 § 5 kodeksu cywilnego.
Jak również odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał, że postanowienia we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] lit.(c) do (t) nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ze względów jak poniżej.

W zakresie zarzutów do szczegółowych postanowień będących przedmiotem zaskarżenia Izba zważyła jak poniżej:

Co do zarzutu odnoszącego się do zakazu klauzuli umownej z podwykonawcą:

(c) określającej karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienie; kary takie można określać według oczekiwań zamawiającego jedynie jako kary za zwłokę.
oraz
(e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,

Odwołujący kwestionując ustalony przez zamawiającego zakaz domaga się rozszerzonej odpowiedzialności podwykonawcy to jest nie tylko z tytułu zwłoki ale również za okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi czyli opóźnienie (art.483 §1 w zw. z art.471 i 476 k.c.). Poza tym treść art.143 d ust.1 pkt pzp traktuje jako jedynie dopuszczalny katalog kar umownych i wywodzi, że w żaden sposób zamawiający nie jest uprawniony do kształtowania kar w umowach z podwykonawcami. W jego ocenie katalog kar umownych z podwykonawcami jest wyjęty spod kontroli zamawiającego i poddany pełnej swobodzie umów pomiędzy stronami z przywołaniem art.353 [1] k.c. W ocenie Izby zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami na podstawie art.647 [1] k.c. oraz art. 143 b w związku z art.36 ust.2 pkt 11 lit.a pzp. Natomiast odwołujący, kwestionując prawo ograniczenia odpowiedzialności podwykonawcy do odpowiedzialności za zwłokę a nie za opóźnienie, nie wykazał interesu ani żadnych okoliczności faktycznych w domaganiu się takiego zaostrzenia odpowiedzialności po stronie podwykonawców. Argumentacja Izby odnosząca się do lit.c) jest zbieżna z argumentacją odnoszącą się lit.e), ponieważ w obydwu przypadkach zarzuty odwołującego dotyczą kar umownych. Przy czym jak zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił ograniczenia kar umownych do 20% wartości kontraktu domaga się od szeregu lat środowisko branżowe reprezentowane przez: PZPB; SIDiR,OIGD. Ponadto warunki kontraktu dla wykonawcy przewidują odpowiedzialność za zwłokę i do wysokości 20 % wartości kontraktu. W ocenie Izby słuszna jest również argumentacja zamawiającego o braku podstaw do zawyżania warunków odpowiedzialności dla podwykonawców w stosunku do warunków odpowiedzialności dla wykonawcy. Izba w świetle zgromadzonego materiału w sprawie nie znajduje przeszkód aby odpowiedzialność wykonawcy i podwykonawców kształtowała się na porównywalnym poziomie.

Tym samym Izba zarzutu odwołującego co do zakazu zamawiającego jako nieuprawnionych klauzul umownych przedstawionych w lit.c) i d), nie uwzględnia.

(d) nakazujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby warunek wniesienia zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania tylko i wyłącznie w formie pieniężnej przez podwykonawców jest dyskryminujący w stosunku do wykonawcy, który w myśl art.148 pzp ma prawo wyboru pomiędzy formą pieniężną a wieloma formami niepieniężnymi. Warunek ten również przekracza granicą swobody umów wynikającą z art.353 [1] k.c. jako naruszający naturę instytucji zabezpieczenia, której przepisy regulujące zabezpieczenie chociażby w art.148 ust.1 pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujących. W pozostałym zakresie to jest co do prawa zamawiającego regulacji instytucji zabezpieczenia aktualna jest argumentacja zawarta w lit c) i e).

Tym samym Izba zarzutu odwołującego, co do zakazu zamawiającego jako nieuprawnionej klauzuli umownej przedstawionej w lit. e), nie uwzględnia.

(f) **przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;**
oraz
(g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;
Zgodnie z art. 1154 Kpc.

Zamawiający przedstawiając argumentację słusznie wskazał, że toczenie procesów poza granicami kraju przez małe podmioty gospodarcze, które w znakomitej części są podwykonawcami naraża je na ryzyko i koszty związane z oba procedurą sądów zagranicznych. W ocenie Izby za słusznością argumentacji zamawiającego przemawia również okoliczność, że drobne podmioty nawet w kraju w wielu przypadkach nie korzystają z obsługi prawnej ze względu na koszty. W przypadku procesów zagranicznych skazane byłyby na przegrane procesy z racji braku znajomości obcego prawa. Tym bardziej, że ryzyko zamawiającego do pokrywania w ramach odpowiedzialności solidarnej skutków finansowych kontraktu, obciążałoby również zamawiającego jak i by narażało go na udział w procesach zagranicznych. Uregulowania zamawiającego w tym zakresie mają chronić podwykonawców przed dyskryminacją w sytuacji gdy zamawiający w subklauzuli 20.6 Rozstrzyganie sporów przewidział, że ”Wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją niniejszego kontraktu w tym każdy spór w odniesieniu do którego decyzja Komisji

(jeśli była) nie stała się ostateczna i wiążąca, będą rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego (Warszawa ul. Wronia 53)".
Izba oddalając zarzut uwzględniła również zmianę na dzień orzekania wprowadzoną do SIWZ przez zamawiającego, polegającą na skreśleniu podpunktu – litera f) i zmianie litery g) na następujący zapis "przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd, w tym polubowny, z siedzibą poza Rzeczpospolita Polską."
Reasumując zamawiający dopuszcza sąd polubowny oraz sąd powszechny na terenie Rzeczypospolitej Polskiej a nie poza jej granicami.
Tym samym Izba zarzutu odwołującego, co do zakazu zamawiającego jako nieuprawnionej klauzuli umownej przedstawionej w lit. g), nie uwzględnia.

(h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;

Przywołany przez odwołującego art.473 k.c. reguluje rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza okoliczności wskazane w ustawie (§ 1) oraz zakaz zastrzeżenia o wyłączeniu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (§ 2). Z kolei klauzula zakazana przez zamawiającego mówi o ograniczaniu odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do podwykonawcy do okoliczności powodujących odpowiedzialność pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Zatem nie mówi o rozszerzeniu odpowiedzialności w stosunku wykonawca a podwykonawca tylko o zawężeniu tejże odpowiedzialności do sytuacji adekwatnych do umowy zamawiający a wykonawca. W tym stanie rzeczy uzasadnienie zarzutu przez przywołanie art.473 k.c. jest nieodpowiednie do treści kwestionowanej klauzuli.
Izba nie dostrzegając racjonalnych przesłanek, co do zarzutu bezprawności zakazanej klauzuli przez zamawiającego, w sytuacji braku adekwatnego do treści klauzuli uzasadnienia ze strony odwołującego, nie uwzględnia tego zarzutu.

(m) zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem;

Odwołujący przywołuje jako uzasadnienie argumentację jak powyżej, w ocenie Izby nieadekwatną do treści art.473 k.c. (cytuję „Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)"). Zamawiający w tej klauzuli zakazuje tożsamości ryzyk i odpowiedzialności w kontrakcie wykonawca i podwykonawca w stosunku do kontraktu zamawiający a wykonawca. Stanowisko

zamawiającego wydaje się racjonalne, ponieważ kontrakt zamawiający i wykonawca zawiera całkowity obszar zamówienia czego nie zawiera umowa podwykonawcza, ponieważ obejmuje część obszaru zamówienia. W związku z tym logicznym wydaje się zakazanie tożsamej odpowiedzialności wykonawcy z odpowiedzialnością podwykonawcy również co do równego obarczania ich ryzykami. W efekcie takie ustawienie ryzyka i odpowiedzialności zwolniłoby wykonawcę w ogóle z odpowiedzialności obarczając nią podwykonawców.
Izba nie dostrzegając racjonalnych przesłanek, co do zarzutu bezprawności zakazanej klauzuli przez zamawiającego, w sytuacji braku adekwatnego do treści klauzuli uzasadnienia ze strony odwołującego, nie uwzględnia tego zarzutu.

(j) na mocy których, z datą zawarcia umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;

Odwołujący zawarł następujące uzasadnienie do postawionego zarzutu bezprawności klauzuli zakazującej cytuję „Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)" Izba traktuje to jako brak uzasadnienia. W ocenie Izby wydaje się racjonalnym wykluczenie przez zamawiającego automatycznego zrzeczenia się do roszczeń w związku z przejęciem budowy z datą podpisania umowy podwykonawczej chociażby jak wskazali na rozprawie zamawiający z powodu np.: prowadzonych prac archeologicznych.
Izba nie dostrzegając racjonalnych przesłanek, co do zarzutu bezprawności zakazanej klauzuli przez zamawiającego, w sytuacji braku adekwatnego do treści klauzuli uzasadnienia ze strony odwołującego, nie uwzględnia tego zarzutu.

(k) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego czasu na ukończenie dla danego asortymentu robót

Brak ze strony odwołującego uzasadnienia, ponieważ przepis art.476 k.c. wskazuje na niezależność przedłużenia terminu od uzyskania przedłużenia terminu od poprzedniego kontrahenta w tym wypadku zamawiającego a takiej koncepcji broni odwołujący. Przepis tego artykułu definiuje pojęcie zwłoki oraz wykluczenia odpowiedzialności dłużnika za zwłokę. Tym samym przywołanie art.476 nie może służyć uzasadnieniu na bezprawność klauzuli umownej zakazującej uzależnienie zmiany terminu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą od zgody zamawiającego.

W związku z powyższym zarzut odwołującego o bezprawności klauzuli zakazującej zawartej w punkcie – lit. k. nie zasługuje na uwzględnienie.

(l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę powiadomienia o roszczeniu;

Odwołujący na uzasadnienie zarzutu przywołuje argumentację – cytuję –„uzasadnienie jak dla pkt (k)". Zamawiający na rozprawie wskazał, że ograniczenie skrócenia terminu na reklamację nie krócej niż 7 dni dla podwykonawcy jest odpowiednie wobec terminu 28 dni dla wykonawcy, ponieważ stanowi czterokrotność terminu 7 dni. W ocenie Izby posługiwanie się argumentacją, że pzp nie zawiera regulacji nie jest wystarczające do kwestionowania klauzuli zakazującej jak w punkcie – lit.l i to bez wskazania jakiegokolwiek faktycznego uzasadnienia stanowiska odwołującego.
W związku z powyższym zarzut odwołującego o bezprawności klauzuli zakazującej zawartej w punkcie – lit. l. nie zasługuje na uwzględnienie.

(m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

Przed rozprawą zamawiający zmienił klauzulę wskazując, że zakaz nie może dotyczyć prawa dochodzenia zmiany wynagrodzenia ryczałtowego nie w ogóle ale na drodze sądowej. W ocenie Izby klauzula zakazująca, po jej zmianie przez zamawiającego, ma uzasadnienie w obowiązujących przepisach k.c. co do charakteru wynagrodzenia ryczałtowego jako niezmiennego. Niemniej odstępstwo przewiduje art.632 § 2 k.c. przewidując w ścisłe określonych okolicznościach możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego przez sąd. Aktualna treść klauzuli zakazującej jest zgodna z dyspozycją art.632 kodeksu cywilnego.
W związku z powyższym zarzut odwołującego co do jej bezprawności Izba nie stwierdza.

(n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;

Izba odnosząc się do argumentacji odwołującego stwierdza, że pomimo powoływania się przez niego na korzyści dla zamawiającego w związku możliwością potraceń należności to decydujące znaczenie ma okoliczność, że klauzula dotyczy roszczeń niewymagalnych. Natomiast prawo do potrąceń na które powołuje się odwołujący w myśl art.498 k.c. i

następne odnosi się do wierzytelności już wymagalnych, których można dochodzić przed sądem lub innym organem państwowym. W związku z powyższym argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ dotyczy innego stanu prawnego to jest wierzytelności wymagalnych.
W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględnia zarzutu odwołującego co do bezprawności klauzuli zwartej w punkcie – lit. n.

(o)na mocy których podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się roszczeń od wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;

Odwołujący kwestionując powyższą klauzulę zakazującą narusza prawo podwykonawcy do roszczeń, narażając jego na rezygnację z odszkodowań, odsetek czy też wynagrodzenia za roboty dodatkowe, czy też zamienne. Tym bardziej stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ przywołuje argumentację odnoszącą się do niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego (cytuję - Por. uzasadnienie jak dla pkt (m)), które w powyższych sytuacjach nie ma zastosowania.
W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględnia zarzutu odwołującego co do bezprawności klauzuli zwartej w punkcie – lit. o.

(o) rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania łub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;

Przywołane uzasadnienie odwołującego to jest „por. uzasadnienie jak dla pkt (h)" wkracza w okoliczności na które co do zasady podwykonawca nie ma wpływu a odpowiada za wymienione ryzyka sam wykonawca. Podane okoliczności odnoszą się do sytuacji, niezależnych od podwykonawcy to jest: na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania łub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę. Kwestionowanie tej klauzuli stanowi o zamiarze przerzucenia przez odwołującego odpowiedzialności na podmiot, który nie odpowiada za całość tylko część robót. W związku z tym podwykonawca czy dalszy podwykonawca nie ma wpływu na wystąpienie szkód w

okolicznościach i rozmiarze wskazanym w klauzuli zakazującej. Tym samym Izba nie uwzględnia zarzutu co do bezprawności klauzuli zakazującej a opisanej w punkcie –lit.p.

(q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;
oraz
(r) ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

Izba odnosi się do zakwestionowanych przez odwołującego klauzul łącznie ze względu na to, że przedmiotem tych klauzul są kary umowne co do ich katalogu jak i wysokości. Tym bardziej, że odwołujący jako uzasadnienie wskazuje w obydwu przypadkach – cytuję - „Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)". Przy czym argumentacja odwołującego w punkcie – lit.c sprowadza się do kwestionowania uprawnienia zamawiającego do regulowania kar umownych pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Do problemu tego Izba odniosła się powyżej, nie akceptując stanowiska odwołującego co do braku wpływu na treści stosunków umownych wykonawca –podwykonawca. W tym zakresie Izba przywołała art. 647 k.c. oraz art. 143 b i art.36 ust.2 pkt 11 lit. a pzp.
Izba nie podziela argumentacji odwołującego co do braku wpływu zamawiającego na treść stosunków wykonawca i podwykonawca oraz ocenia powyższe klauzule zakazujące jako dopuszczalne w świetle prawa oraz uznaje je za stabilizujące stosunki zamawiający – wykonawca – podwykonawca.

(s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą łub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy

Wbrew argumentacji odwołującego postanowienie o terminie nie przekraczającym 60 dni, jeżeli chodzi o termin odstąpienia od umowy od daty wystąpienia przesłanki do odstąpienia, nie narusza ani swobody kontraktowania umów ani nie oznacza nadmiernej ingerencji zamawiającego w stosunki umowne wykonawca – podwykonawca. Odwołujący nie odniósł się do klauzuli zakazującej w sposób konkretny, wymierny a jedynie kwestionował co do zasady prawo zamawiającego do narzucania terminu na odstąpienie w ogóle. Zamawiający na rozprawie wskazał, że w kontekście czasu trwania robót podwykonawczych, termin 60 dni

na skuteczne odstąpienie od umowy, jest terminem adekwatnym do długości czasu trwania tychże umów.
W tym stanie rzeczy Izba nie uznaje zarzutu odwołującego co do bezprawności klauzuli zamawiającego a opisanej w punkcie jak wyżej – litera s.

(t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.

Powyżej zakwestionowana przez odwołującego klauzula zakazująca odnosi się jak w trzech już opisanych powyżej przypadkach do kar umownych. Odwołujący w każdym z tych przypadków na poparcie argumentacji przywoływał art.483 §1 i art.353^1 k.c. jak i art.139 ust.1 i art.143 d ust.1 pkt 7 pzp argumentując, że zamawiający może regulować tylko warunki co do sposobu, terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Natomiast zdaniem odwołującego nie może zamawiający ingerować w pozostałe warunki umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami w tym w szczególności co do katalogu kar, ich zakresu (opóźnienie; zwłoka), wysokości i wreszcie nieograniczonych okoliczności ich obowiązywania. W przedmiotowym przypadku zamawiający zakazuje zastrzeżenia kar umownych bez podania okoliczności w razie których wystąpienia kary są stosowane. Orzecznictwo sądów powszechnych na tle stosowania kar umownych jednoznacznie wskazuje, że nieskuteczne są zastrzeżenia kar umownych za tzw. naruszenie obowiązków umownych bez ich konkretnego wskazania to jest za jakie zachowanie czy też za jakie zaniechanie naliczane są kary umowne.

Podsumowując zarzut co do skreślenia punktów – lit od (c) do (t) Izba w żadnym z przypadków nie znalazła okoliczności do uwzględnienia żądań odwołującego jako uzasadnionych.

Co do zarzutu **II**

Zarzut dotyczący Subklauzuli 16. 2 [Odstąpienie przez Wykonawcę].

został ograniczony przez pełnomocnika odwołującego w zakresie kwestionowanego terminu zapłaty, ponieważ zamawiający w dniu 22.11.2016 roku dokonał zmiany terminu z 84 dni do 42 dni. W związku z tym odwołujący podtrzymał zarzut w zakresie żądania wykreślenia ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2. w brzmieniu „W przypadkach opisanych powyżej wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu zamawiającego do

spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin, nie krótszy niż 5 dni od daty doręczenia zamawiającemu. Wskazane w zdaniu poprzednim wezwanie zamawiającego oraz upływ wyznaczonego terminu nastąpić muszą nie później niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie.
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ–przez **wykreślenie ostatniego akapitu w.w. klauzuli** oraz zmianę terminu „56 dni „wskazanego w pkt. (a) w.w. klauzuli na termin „30 dni": jak również zmianę terminu 84 dni wskazanego w pkt. (b) klauzuli na termin „42 dni".

Izba nie uwzględnia powyższego zarzutu z powodu:
Odwołujący nie wykazał przy użyciu jakiegokolwiek dowodu w jakim wcześniejszym terminie przy obowiązującym obiegu dokumentów u zamawiającego czynności na które wyznaczono kolejno 56 dni i 84 dni mogą zostać faktycznie wykonane w krótszym terminie to jest w terminie oczekiwanym przez odwołującego: 30 dni i 42 dni. Poza tym zamawiający skrócił termin 84 dni do 42 dni dobrowolnie przed rozprawą spełniając chociaż częściowo oczekiwania odwołującego. Co do warunków do odstąpienia powołując się na art. 395 i art. 492 k.c. odwołujący podnosi, że nieuprawnione jest ze strony zamawiającego żądanie dodatkowego terminu 5 dni na wykonanie czynności dla których przewidziano termin z rygorem odstąpienia. W ocenie Izby wyznaczenie dodatkowego terminu 5 dni jest możliwe z uwzględnieniem nawet treści art.492 k.c. jako normującym ewentualny stan niepewności co do tego czy zamawiający faktycznie nie zamierzał wykonać czynności opisanej w tej subklauzuli. Tym bardziej pożądanym jest w interesie odwołującego wyznaczenie stosunkowo krótkiego terminu w związku z rozliczeniami i płatnościami na rzecz odwołującego. Reasumując w ocenie Izby treść art. 492 k.c. nie wyklucza unormowania, w żądanej przez odwołującego do wykreślenia klauzuli, zarówno co do wyznaczenia dodatkowego terminu 5 dni jak i 14 dni od wystąpienia tam opisanych okoliczności.
W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu III **Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2**:
„Strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiejkolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono Wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy o:
(ii) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub

(ii) zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania lub
(iii) dodatkową płatność
według jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków Kontraktu lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia. Powiadomienie takie może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności.
Jeżeli Wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje**.** Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, a Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiejkolwiek dodatkowej płatności."

Zdaniem odwołującego ustanawianie warunku – o charakterze proceduralnym – „powstania roszczenia" narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa wynikające z umowy wzajemnej i z tego względu jest nieważne

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ przez zmianę zapisów akapitu 1 i 2 w następujący sposób:
(1) zastąpienie sformułowania: „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy" sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu":
(2) skreślenie sformułowania: „to roszczenie nie powstaje."

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Czym innym jest instytucja przedawnienia roszczenia a czym innym jest samo roszczenie w znaczeniu jego zgłoszenia. Roszczenie to inaczej żądanie i dopóki nie zostanie wyartykułowane wobec dłużnika to faktycznie nie istnieje. Do jest zaistnienia jest bowiem konieczne nie tylko spełnienie się jego w sensie obiektywnym to jest spełnienie się okoliczności, które warunkują jego powstanie, powodujące jego wymagalność. Sam fakt jego zaistnienia należy odnosić do stanu powstania wymagalności roszczenia, od której biegnie termin przedawnienia roszczenia. Natomiast dla zaistnienia roszczenia konieczne jest jego zgłoszenie dłużnikowi. Zatem żądanie przez zamawiającego zgłoszenia roszczenia i określenie, że z tą datą powstaje roszczenie nie niweczy samego faktu jego zaistnienia w sensie możliwości dochodzenia od daty wymagalności czy to na drodze polubownej czy na drodze spornej. Tak więc użycie formuły przez zamawiającego, że do powstania roszczenia wymaga się jego zgłoszenia Izba

uznaje za prawidłowe. Bowiem nie niweczy ta formuła samej wymagalności roszczenia od ziszczenia się określonych danym stosunkiem okoliczności. W związku z tym Izba nie uwzględnia żądania w tym zakresie odwołującego.

Co do zarzutu IV

Zarzut dotyczący Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 6:W Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK z następującą treścią:

„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie."

Zdaniem odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 455 kc w zakresie, w jakim nie określa żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z treści stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści przez nadanie mu następującego brzmienia: „W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzuią 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że zamawiający akceptuje propozycje Inżyniera."

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przed rozprawą zamawiający dokonał zmiany wyznaczając termin 90 dni na zajęcie przez niego stanowiska na oczekiwane 84 dni przez odwołującego. Izba z uwagi na nieznaczny termin rozbieżności co do terminu oczekiwanego a terminu przyznanego 84 a 90 dni nie znajduje podstaw do uwzględnienia w tym zakresie odwołania. Co prawda zamawiający wyznaczając termin dla siebie 90 dni przewidział możliwość żądania jeszcze niezbędnych dokumentów, których doręczenie przerywa termin.

Niemniej w ocenie Izby odwołujący zawsze może kwestionować brak niezbędności dokumentów jako pojęcie niezdefiniowane przez zamawiającego i uznać wezwanie zamawiającego za bezskuteczne do uzupełnienia dokumentów. Niemniej w przypadku uwzględnienia wezwania zamawiającego i przystąpienia do uzupełnienia dokumentów należy mieć na uwadze, że termin 90 dni dla zamawiającego od uzupełnienia dokumentów biegnie na nowo.
Izba zarzutu nie uwzględnia.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego

Przewodniczący: ……