

Warszawa, dnia 26 października 2020 roku

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

**Zamawiający:**  
**Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek**  
**Przygotowań Olimpijskich w Wałczu,**  
Al. Zdobywców Wału Pomorskiego 99,  
78-600 Wałcz  
tel.: 697 691 652, fax: (67) 258 44 61 wew. 448  
e-mail: [przetargi.walcz@cos.pl](mailto:przetargi.walcz@cos.pl)

**Odwołujący:**  
**ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.**  
ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz  
**reprezentowane przez:**  
**adwokata Jana Rolińskiego**  
**radcę prawnego Michała Mielnika**  
z kancelarii WKB Wierciński Kwieciński  
Baehr sp.k.  
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa  
tel.: 22 201 00 00, fax: 22 201 00 99  
e-mail: [jan.rolinski@wkb.pl](mailto:jan.rolinski@wkb.pl),  
[michal.mielnik@wkb.pl](mailto:michal.mielnik@wkb.pl)

***Dotyczy:*** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa wielofunkcyjnej treningowej hali sportowej” – dalej jako „**Postępowanie**”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16.10.2020 r. pod nr 2020/S 202-487205

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „**ALSTAL**” lub „**Odwołujący**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego – Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Wałczu (dalej jako „**Zamawiający**”) polegającej na ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „**SIWZ**”), w tym w szczególności wzoru umowy, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „**KC**”).

**Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, powodujące, że ofertę w Postępowaniu

może złożyć tylko jeden wykonawca, w sytuacji gdy Zamawiający może przeprowadzić Postępowanie w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji, tj. ukształtować postanowienia SIWZ, w tym przede wszystkim zakresu przedmiotu zamówienia, w taki sposób aby w Postępowaniu oferty mogli złożyć także inni wykonawcy zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia,

2. art. 143b ust. 2 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC zw. z art. 139 PZP poprzez zobowiązanie wykonawcy w § 6 ust. 4 i ust. 13 pkt 4 wzoru umowy, aby termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców był nie dłuższy niż 14 dni, podczas gdy zgodnie z art. 143b ust. 2 PZP termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców nie może być dłuższy niż 30 dni, co tym samym prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek określania krótszego terminu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, pomimo, że w wyżej wskazanym przepisie PZP termin ten został odmiennie ustalony – tj. jako 30 dni,
3. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 139 PZP, art. 473 § 1 KC, art. 483 § 1 KC oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych za opóźnienie, w sytuacji gdy wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za niezawinione opóźnienie w wykonaniu umowy lub obowiązków z niej wynikających, co stanowi naruszenie zasady równości strony umowy oraz wyklucza prawidłowe określenie ceny oferty z uwagi na brak możliwości oceny ryzyka wynikającego z realizacji umowy, które spoczywać będzie na wykonawcy, co tym samym powoduje, że złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji jest niemożliwe.

W związku z powyższym, **wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości** i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP zmianę postanowień wzoru umowy oraz SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania.

Ponadto **wnoszę o:**

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach Postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

### **Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności postanowienia wzoru umowy były zgodne z przepisami PZP, KC i uwzględniały fundamentalne zasady przeprowadzenia postępowania, w szczególności zasadę proporcjonalności, adekwatności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Tymczasem sposób ukształtowania przez Zamawiającego treści SIWZ nie spełnia tych wymogów. Zasady realizacji zamówienia bowiem wynikające SIWZ oraz ze wzoru umowy uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. na etapie publikacji SIWZ **„wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”<sup>1</sup>.**

Zasygnalizowane powyżej zastrzeżenia, zostały szczegółowo opisane i wyjaśnione w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Już w tym miejscu nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ:

- zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania,
- może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, co pozbawia ALSTAL szansy na udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

### **Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania**

Wskutek wskazanych wyżej naruszeń przepisów Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz

---

<sup>1</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 21/17.

ustalić warunki wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami KC, a przez to – jak wskazano powyżej – uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Ogłoszenie o Postępowaniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 16 października 2020 r. wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 1) PZP został zachowany.

### **UZASADNIENIE**

#### **1. Zarzut 1 – opis przedmiotu zamówienia**

- 1.1. Przedmiotem Postępowania jest wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu wielofunkcyjnej treningowej hali sportowej. W ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekuje wykonania przede wszystkim robót budowlanych polegających na wybudowaniu obiektu budowlanego. Stanowi to podstawowy cel inwestycyjny.
- 1.2. Zamawiający wymaga również wykonania infrastruktury sportowej. Co do zasady takie prace nie wykraczają poza ramy ogólnych robót budowlanych i wykonawcy posiadają niezbędne zasoby do ich wykonania. Jednak jeden z elementów, tj. wykonanie bieżni o nawierzchni kauczukowej syntetycznej prefabrykowanej, która powinna być zgodna z wymaganiami Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (dalej jako „PZLA”) jest bardzo specjalistyczną pracą.
- 1.3. W rozdziale III pkt 1.3) SIWZ (str. 4) Zamawiający przedstawił szczegółowy opis nawierzchni jaka ma zostać zastosowana na bieżni. Zgodnie z nim *„zaprojektowano bieżnię okrężną, lekkoatletyczną, na konstrukcji stalowej z regulowaną wysokością (regulowane stopy) elementy winny być łączone bez elementów pośrednich zapewniającej wymaganą stabilność i możliwość wielostopniowej płynnej regulacji. Konstrukcja wykończona panelem drewnianym, a następnie nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną o gr. 13– 14 mm. Konstrukcja nie może zawierać w żadnej swojej części elementów sprężystych”. Nawierzchnia kauczukowa nie może zawierać w swoim składzie żadnych materiałów z recyklingu (np.: SBR).*  
*Nawierzchnia sportowa, kauczukowa, grubość 13 - 14 mm składająca się z dwóch zwulkanizowanych w procesie produkcyjnym warstw. Wierzchnia warstwa kauczukowa teksturowana o grubości min. 6 mm, natomiast dolna warstwa składająca się z*

*konstrukcji o kształcie geometrycznym zapewniająca optymalne cechy funkcjonalne dla amortyzacji oraz zwrotu energii o grubości 7 mm. Przeznaczona do użytkowania przez sportowców biegających w butach lekkoatletycznych z kolcami, całość nawierzchni nieprzepuszczalna dla wody. Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach wewnętrznych lekkoatletycznych. Nawierzchnia kauczukowa powinna być przeznaczona do montażu na placu budowy. Nie dopuszcza się stosowania nawierzchni wykonywanych na placu budowy metodą „In-situ” (w całości ani częściowo)”.*

- 1.4. Powyższe wymagania co do nawierzchni zostały także szczegółowo opisane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STB 2.14 POSADZKA SPORTOWA, stanowiąca załącznik 1 do SIWZ - dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych).
- 1.5. Zgodnie z informacjami na stronie internetowej PZLA, tj. Zestawienie zweryfikowanych (dopuszczonych do rozgrywania oficjalnych zawodów I a), pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych w układzie alfabetycznym nazw miejscowości - stan na dzień 1 stycznia 2019 r. (dalej jako „**Zestawienie**”), jedyną, dopuszczalną nawierzchnią spełniającą powyższe wymagania (tj. nawierzchnia kauczukowa prefabrykowana) jest Mondo Sporttrack i Sportflex (dalej jako „**Mondo**”). Pozostałe nawierzchnie zastosowane na obiektach sportowych nie są nawierzchniami kauczukowymi, prefabrykowanymi.

*Dowód:*

*- Zestawienie zweryfikowanych (dopuszczonych do rozgrywania oficjalnych zawodów I a), pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych w układzie alfabetycznym nazw miejscowości - stan na dzień 1 stycznia 2019 r.*

- 1.6. Co prawda z Zestawienia wynika, że istnieje jeszcze jedna nawierzchnia spełniająca wymagania PZLA - King Arthur 4-13, czyli nawierzchnia kauczukowa prefabrykowana, jednak została ona wykonana przez Saltex Europa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości, która znajduje się w trakcie postępowania upadłościowego (zmierzającego do likwidacji podmiotu). Tym samym podmiot ten nie może zostać zaangażowany do wykonania tego zakresu zamówienia.

*Dowód:*

*- Zestawienie zweryfikowanych (dopuszczonych do rozgrywania oficjalnych zawodów la), pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych w układzie alfabetycznym nazw miejscowości - stan na dzień 1 stycznia 2019 r.*

- 1.7. Zgodnie z Zestawieniem kilka podmiotów dotychczas wykonało nawierzchnie Mondo. Jednak Tamex jest jedynym istniejącym podmiotem, który wykonał je na hali (technologia wykonania nawierzchni na obiekcie zewnętrznym różni się od tej stosowanej na hali), co powoduje, że tylko ten podmiot może wykonać zamówienie objęte Postępowaniem. Poniżej przedstawiona jest lista podmiotów, które wykonały nawierzchnię Mondo, jednak podmioty te nie mogą wykonać przedmiotu zamówienia:
- 1.7.1. Romines sp. z o.o. – przestał istnieć, został wykreślony z Krajowego Rejestru Sądowego,
  - 1.7.2. Eversport S.A. – wykonał nawierzchnię na obiekcie zewnętrznym, nie wykonuje natomiast nawierzchni Mondo w hali dla systemu opartego na podłodze podniesionej oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wynikających z rozdziału V pkt. 2 ppkt c) SIWZ,
  - 1.7.3. Prosport – wykonał jedną inwestycję polegającą na położeniu nawierzchni bieżni, jednak nastąpiło to w roku 2000, stąd też podmiot ten nie spełni warunków udziału w postępowaniu (wynikających z rozdziału V pkt. 2 ppkt c) SIWZ)
  - 1.7.4. Gardenia Sport sp. z o.o. - wykonał nawierzchnię na obiekcie zewnętrznym, nie wykonuje natomiast nawierzchni Mondo w hali dla systemu opartego na podłodze podniesionej oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wynikających z rozdziału V pkt. 2 ppkt c) SIWZ
  - 1.7.5. EKO-BET sp. z o.o. w upadłości – znajduje się w trakcie postępowania upadłościowego zmierzającego do likwidacji majątku,
  - 1.7.6. HEMET sp. z o.o. - wykonał nawierzchnię na obiekcie zewnętrznym, nie wykonuje natomiast nawierzchni Mondo w hali dla systemu opartego na podłodze podniesionej oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wynikających z rozdziału V pkt. 2 ppkt c) SIWZ.
- 1.8. Podsumowując , jedyną akceptowalną nawierzchnią, tj. kauczukową prefabrykowaną, jest Mondo. Ponadto, jedynym podmiotem, który posiada doświadczenie w wykładaniu takiej nawierzchni jest Tamex. To powoduje zatem, że względu na omawiany zakres zamówienia, Tamex jest jedynym podmiotem, który może złożyć ofertę. Z jednej bowiem strony jedynie Tamex spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego



doświadczenia (określone w Rozdziale V pkt 2 ppkt c) SIWZ), a z drugiej strony tylko Tamex podejmie się położenia nawierzchni w hali.

- 1.9. Sformułowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Żaden bowiem wykonawca, który posiada odpowiednie doświadczenie, zasoby i zdolności do wykonania zamówienia polegającego na wybudowaniu obiektu kubaturowego o przeznaczeniu sportowym, nie może złożyć konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. Powyższe powoduje, że w istotny sposób faworyzowany jest Tamex, który zdając sobie sprawę z posiadanego unikatowego doświadczenia w wykonywaniu nawierzchni bieżni, może zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowicie nierynkową.
- 1.10. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP realizując zasadę uczciwej konkurencji Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby zapewnić udział więcej niż jednego wykonawcy w postępowaniu.
- 1.11. Skoro zatem Zamawiający, ze względu na wymagania PZLA, jest zobowiązany do postawienia odpowiednich wymagań co do materiału, z którego wykonana będzie nawierzchnia bieżni, powinien dążyć do tego, aby jednak pozostałe elementy przedmiotu zamówienia mogły wykonać inne podmioty niż Tamex, będący monopolistą na rynku w zakresie wykonania nawierzchni bieżni (o charakterystyce wymaganej przez Zamawiającego). W aktualnym bowiem brzmieniu SIWZ Zamawiający niejako skazuje się na współpracę z Tamex, co powoduje, że koszty planowanej inwestycji będzie na pewno wyższy niż w przypadku gdyby inni wykonawcy mogliby złożyć oferty na wykonanie hali sportowej (bez nawierzchni bieżni). Należy przy tym podkreślić, że wykonanie bieżni stanowi marginalny zakres zamówienia. Odwołujący szacuje, że jego wartość nie przekroczy 2% ceny zamówienia. Skoro zatem najistotniejszym kosztem w wykonaniu zamówienia są roboty budowlane związane z wykonaniem hali i jej wyposażeniem, wyłączenie specjalistycznych prac polegających na wykonaniu nawierzchni bieżni, spowoduje, że w Postępowaniu będą mogli brać udział także inni wykonawcy, którzy dysponują odpowiednimi zasobami do wykonania robót budowlanych.
- 1.12. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że oczekiwania Zamawiającego dotyczące nawierzchni bieżni wynikają z odrębnych wymagań PZLA. To jednak nie powoduje, że Zamawiający nie może przeprowadzić Postępowania w sposób zapewniający udział w nim innym wykonawców. ALSTAL wielokrotnie brał udział w realizacji obiektów sportowych, które powinny spełniać odpowiednie parametry, aby zostały dopuszczone przez odpowiednie związki (np. PZLA). Jednak wielokrotnie przy podobnych inwestycjach zamawiający wyłączali z zakresu zamówienia podstawowego takie

elementy, których wykonanie jest możliwe jedynie przez jednego wykonawcę. W taki właśnie sposób postąpiła Gmina Miasta Toruń przy realizacji inwestycji pn. „Budowa hali widowiskowo – sportowej przy ul. Bema w Toruniu”. Inwestycja ta została podzielona przez Gminę Miasta Toruń na etapy. W ramach jednego etapu miały zostać wykonane roboty budowlane polegające na budowie obiektu, natomiast dopiero w kolejnym etapie zamawiający zlecił wykonanie nawierzchni bieżni. Zadania te zostały wykonane przez dwóch różnych wykonawców.

- 1.13. W związku z powyższym, Zamawiający powinien dokonać wyłączenia z Postępowania zakresu obowiązków wykonawcy polegających na wykonaniu nawierzchni kauczukowej prefabrykowanej. Ten zakres robót powinien być przedmiotem odrębnego postępowania albo też odrębnej części zamówienia. Nie istnieją bowiem argumenty, w tym w szczególności techniczne, które uniemożliwiałyby taki podział. Możliwe jest bowiem określenie obowiązków poszczególnych wykonawców za realizację danego zakresu prac w taki sposób, aby nie powstały ryzyka ich niewykonania. Jednocześnie taka czynność Zamawiającego sprawi, że w Postępowaniu oferty będą mogli złożyć wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonaniu podobnych robót (z wyłączeniem nawierzchni bieżni), gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.
- 1.14. Zamawiający dysponuje instrumentami prawnymi, które pozwoliłyby na osiągnięcie wyżej opisanego celu, tj. rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców budowy hali sportowej. Przede wszystkim Zamawiający mógłby podzielić zamówienie na części na podstawie art. 36 aa PZP. Jakkolwiek przepis ten daje Zamawiającemu uprawnienie do podzielenia zamówienia na części, to jednak biorąc pod uwagę fundamentalne zasady przeprowadzenia postępowania, taki podział w tym przypadku powinien zostać dokonany. Wówczas bowiem zostanie spełniona zasada uczciwej konkurencji i możliwości udziału w nim przez podmioty zdolne do jego realizacji.
- 1.15. Decyzja o tym, że zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę podlega ocenie z punktu widzenia zasad wynikających z przepisów PZP. W wyroku KIO z dnia 29 czerwca 2020 r. o sygn. 1051/20 Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie jest uprawniony do takiego formułowania postanowień SIWZ, aby możliwe było wykonanie zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. W konsekwencji Izba nakazała wyłączenie do odrębnej części zamówienia zakres czynności, które mógł wykonać jedynie monopolista na rynku.
- 1.16. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający powinien dążyć do tego, aby oferty na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie hali sportowej mogły być złożone przez kilku wykonawców. Natomiast te prace, które ze względu na sytuację rynkową może wykonać tylko Tamex zostały wydzielone do odrębnego postępowania



lub do odrębnej części zamówienia. W konsekwencji takich zmian Zamawiający powinien dokonać modyfikacji także innych elementów SIWZ, w tym w szczególności warunków udziału w postępowaniu i zmienić je w taki sposób, aby dostosować je do zakresu przedmiotowego Postępowania. W konsekwencji zatem Zamawiający powinien zrezygnować z warunku określonego w Rozdziale V pkt 2 ppkt c) tiret drugie odnoszący się do doświadczenia w wykonaniu nawierzchni bieżni. Skoro bowiem ten zakres miałby być wyłączony, weryfikacja doświadczenia w tym zakresie byłaby nieadekwatna.

## **2. Zarzut nr 2 – termin zapłaty podwykonawcom**

- 2.1. Zgodnie z § 6 ust. 4 i ust. 13 pkt 4 wzoru umowy termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 14 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.
- 2.2. Takie postanowienia wzoru umowy są niezgodne z art. 143b ust. 2 PZP, wedle którego:  
*„Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej”*. Z przepisu wynika bezsprzecznie, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy niż 30 dni. Tym samym, Zamawiający w sposób niezgodny z przepisem art. 143b ust. 2 PZP skrócił maksymalny, ustawowy terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom (dalszym podwykonawcom) do 14 dni. Należy podkreślić, że to wykonawca jest uprawniony do ewentualnego określenia krótszego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Zamawiający nie może bowiem nakładać na wykonawcę innych warunków umów podwykonawczych, tj. mniej korzystnych dla wykonawcy, niż przewidziane w PZP.
- 2.3. Doświadczenie ALSTAL pokazuje, że terminy zapłaty wynagrodzenia w umowach o podwykonawstwo mogą być różne i często uzależnione są od przedmiotu umowy podwykonawczej. W przypadku bowiem umów o mniejszym zakresie lub wartości terminy te są często krótsze niż 30 dni. Trudno jednak wymagać od wykonawcy, aby w równie krótkim terminie dokonywał zapłaty wynagrodzenia wszystkim podwykonawcom, nawet tym, których umowy przewidują wykonanie znaczącego zakresu przedmiotu umowy z zamawiającym.

- 2.4. Ponadto, zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy skrócenie terminu zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom zwiększa również ryzyko nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Tym samym Zamawiający nie tylko pozbawia wykonawcę prawa do zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w ustawowym terminie 30 dni, ale również nakłada karę w przypadku niewykonania zapłaty w skróconym terminie 14 dni. Takie postanowienia są więc sprzeczne z zasadą konkurencyjności, gdyż skrócenie terminu płatności podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom faworyzuje duże podmioty, których potencjał finansowy pozwala na przyjęcie ryzyka związanego z oczekiwanym przez Zamawiającego terminem płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.
- 2.5. Nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidzianego w umowie o podwykonawstwo w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku stanowi również naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC. Takie postanowienia są bowiem sprzeczne z art. 143b ust. 2 PZP, który przewiduje, że wykonawca i podwykonawca mogą swobodnie określić termin zapłaty wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że nie może być on dłuższy niż 30 dni.
- 2.6. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 4 i ust. 13 pkt 4 wzoru umowy poprzez modyfikację terminu zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (lub dalszych podwykonawców) na termin 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Taka zmiana spowoduje, że omawiane postanowienie będzie zgodne z art. 143b ust. 2 PZP.

### **3. Zarzut nr 3 – kary umowne**

- 3.1. Zamawiający w § 14 ust. 1 wzoru umowy przedstawił katalog kar umownych, które mogą zostać naliczone wykonawcy z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy. Zamawiający w przedstawionym katalogu przewidział możliwość nałożenia kary umownej na wykonawcę m.in. w przypadku opóźnień w wykonaniu przedmiotu Umowy, a także w przypadku opóźnień w usunięciu wad przedmiotu Umowy. Oznacza to zatem, że bez względu na to czy winę za opóźnienie ponosi wykonawca, Zamawiający czy też podmiot trzeci (inny niż podwykonawca), Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej.

- 3.2. Należy również stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych<sup>2</sup> oraz KIO<sup>3</sup> kara umowna nie może być naliczona wykonawcy za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Izba w wyroku z dnia 17 lipca 2017 r. o sygn. KIO 1339/17 stwierdziła, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niezawinionego opóźnienia nieproporcjonalnie obciąża wykonawcę, gdyż ten powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie.
- 3.3. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę kar umownych przewidzianych na wypadek opóźnienia na kary umowne za zwłokę wykonawcy w wykonaniu przedmiotu Umowy lub zwłokę w usunięciu wad przedmiotu Umowy. Wówczas bowiem odpowiedzialność wykonawcy będzie dotyczyć jedynie jego zawinionego działania lub zaniechania.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

---

Jan Roliński

Adwokat

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania w imieniu Odwołującego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
3. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. Zestawienie zweryfikowanych (dopuszczonych do rozgrywania oficjalnych zawodów la), pełnowymiarowych stadionów lekkoatletycznych w układzie alfabetycznym nazw miejscowości - stan na dzień 1 stycznia 2019 r.

---

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2016-06-17, IV CSK 674/15, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., o sygn. III CKN 50/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., o sygn. V CSK 139/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., o sygn. II CSK 318/10

<sup>3</sup> Wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r. o sygn. KIO 897/15