

Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o.

ul. Kolejowa 4

43-190 Mikołów

SR w Katowicach Wydz.Gosp.KRS, nr KRS 0000149836
Kapitał zakładowy 80.568.500,00 zł
NIP 635-10-06-267 REGON 272754320
MBS Mikołów 33 8436 0003 0000 0010 7982 0001
ING Bank Śląski o/Mikołów 69 1050 1634 1000 0022 0678 0153
(032) 2180 560, 2260 052
www.zim.com.pl
e-mail: sekretariat@zim.com.pl

Mikołów, dn. 31 lipca 2009r.

UCZESTNICY POSTĘPOWANIA

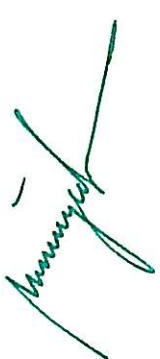
Dotyczy: przetargu nieograniczonego na budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno – ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej w zlewni oczyszczalni Centrum miasta Mikołów w rejonie ul. Skalnej, Różanej, Kwiatowej, Reta-Śmiłowicka, Kuźnickiej oraz kanalizacji deszczowej dla wyżej wymienionego terenu oraz budowy sieci wodociągowej w ulicy Zielonej wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie.

Nr ref. PN-22/RB/2009/JRP

Działając w trybie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655 z późn. zmianami) zawiadamiam o wniesieniu w dn. 30.07.2009 r. protestu przez KEM Sp. z o.o. (w zał.).

Jednocześnie wzywam do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Wiceprezes Zarządu
2 up. Kojum
mgr inż. Adam Putkowski



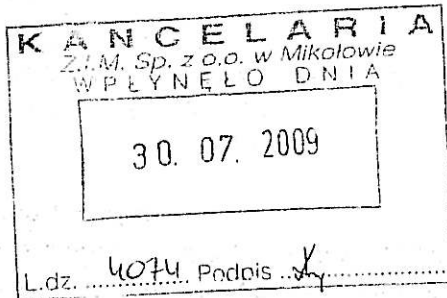
Doreczone osobiście

JRP + Podulany
30.07.2009r.

JRP/0
P. Włodarczyk
31.07.2009
412 Depto

[Signature]

Dąbrowa Górnicza, 28 lipca 2009 r.



Zamawiający:

Zakład Inżynierii Miejskiej
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów

Składający Protest:

KEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
ul. Budowlanych 6/1A, 41-303 Dąbrowa Górnicza.

PROTEST

wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wzoru umowy stanowiącej Załącznik Nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowę sieci wodociągowej w ramach przedsięwzięcia:

„Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno – ściekowej miasta Mikołów”

numer referencyjny PN-21/RB/2009/JRP

numer referencyjny PN-22/RB/2009/JRP

numer referencyjny PN-23/RB/2009/JRP

numer referencyjny PN-24/RB/2009/JRP

W imieniu KEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej („KEM Sp. z o. o.” lub „Składający Protest”), na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 3 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo o zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655), („PZP”), składamy

protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – wzoru umowy stanowiącej Załącznik Nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowę sieci wodociągowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno – ściekowej miasta Mikołów”, numer referencyjny PN-21/RB/2009/JRP, numer referencyjny PN-22/RB/2009/JRP, numer referencyjny PN-23/RB/2009/JRP, numer referencyjny PN-24/RB/2009/JRP, to jest wobec postanowienia **§ 19 wzoru umowy** o treści „1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 85% wartości wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 1 umowy w przypadku odmowy przyznania Zamawiającemu części lub całości dotacji z Funduszu Spójności lub konieczności zwrotu części lub całości tej dotacji z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. 2. W dacie podpisania niniejszej umowy Wykonawca składa do dyspozycji Zamawiającego weksel in blanco wraz z deklaracją wekslową o treści zgodnej z załącznikiem nr 1 do umowy jako zabezpieczenie wierzytelności z tytułu zapłaty kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 1 umowy.”,

zarzucając, że taki wzór umowy jest sprzeczny

[Signature]

- 1) w zakresie § 19 ust. 1 wzoru umowy - z art. 483 kodeksu cywilnego, co w razie zawarcia umowy, powoduje jego nieważność zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 PZP;
- 2) w zakresie § 19 ust. 2 wzoru umowy - z art. 148 ust. 1 PZP oraz art. 150 ust. 2 PZP, co w razie zawarcia umowy, powoduje jego nieważność zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 PZP,
- 3) w zakresie § 19 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy - z art. 353¹ kodeksu cywilnego, co w razie zawarcia umowy, powoduje jego nieważność zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 PZP,

oraz

žadamy usunięcia ze wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w całości postanowienia § 19 o treści wskazanej wyżej.

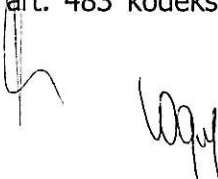
Jednocześnie wskazujemy, że interes prawny KEM Sp. z o. o. we wniesieniu niniejszego protestu wynika z faktu, iż oprotestowane postanowienie § 19 wzoru umowy stanowiącej Załącznik Nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uniemożliwia KEM Sp. z o. o. złożenie ofert dla żadnej z części zamówienia publicznego, a złożenie ofert i przyjęcie zaproponowanego przez Zamawiającego wzoru umowy może spowodować podniesienie przez Zamawiającego nieuzasadnionych roszczeń oraz poniesienie przez KEM Sp. z o. o. niepotrzebnych i negatywnych skutków prawnych i finansowych.

Uzasadnienie

1. Protest niniejszy składany jest w odniesieniu do wszystkich części zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego, dla których Zamawiający przewidział i umieścił na swojej stronie internetowej w dniu 17 lipca 2009 r. zmodyfikowany wzór umowy stanowiący Załącznik Nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a to części oznaczonych kolejno numerem referencyjnym PN-21/RB/2009/JRP, numerem referencyjnym PN-22/RB/2009/JRP, numerem referencyjnym PN-23/RB/2009/JRP, numerem referencyjnym PN-24/RB/2009/JRP.
2. Składający Protest wnosi protest w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt 2) PZP, gdyż zmodyfikowana treść wzoru umowy w odniesieniu do wszystkich części zamówienia publicznego została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 17 lipca 2009 r.
3. Z postanowienia § 19 ust. 1 wzoru umowy wynika jednoznacznie, że kara umowna zastrzegana na wypadek, (1) jeżeli Zamawiający nie otrzyma dotacji z Funduszu Spójności lub będzie miał obowiązek zwrotu tej dotacji (w całości lub części) i (2) z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Zdaniem Składającego Protest, postanowienie § 19 ust. 1 wzoru umowy jest sprzeczne z art. 483 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 483 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania **zobowiązania niepieniężnego** nastąpi przez zapłatę określonej sumy (**kara umowna**). Przepis art. 483 kodeksu cywilnego ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zastrzeżenie



kary umownej nastąpić może zatem wyłącznie w odniesieniu do określonego niepieniężnego zobowiązania umownego oraz na wypadek jego niewykonania lub nienależytego wykonania. Jest oczywiste, że zastrzeżenie kary umownej ma prowadzić do zwiększenia realności wykonania przez dłużnika jego zobowiązania o charakterze niepieniężnym oraz ułatwienia wierzycielowi naprawienia szkody powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem. Kara umowna nie może być zastrzegana dla każdego przypadku powstania szkody po stronie wierzyciela, w szczególności w odniesieniu do pozaumownych relacji wierzyciela z osobami trzecimi. W tym zakresie zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego regulujące odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Tymczasem, powyżej powołane postanowienia wzoru umowy nie zawiera zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę zobowiązania niepieniężnego. Zapis § 19 ust. 1 zastrzega karę umowną na wypadek nieotrzymania lub obowiązku zwrotu przez Zamawiającego dotacji (w całości lub części) z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. **Przy czym, według zapisu § 18 ust. 1 wzoru umowy, kara umowna należy się Zamawiającemu od Wykonawcy jeżeli Zamawiający nie otrzyma dotacji z Funduszu Spójności lub będzie musiał ją zwrócić.** Sformułowanie „z przyczyn, z które odpowiedzialność ponosi Wykonawca” nie dotyczy możliwości żądania kary umownej, a odnosi się wprost i wyłącznie do utraty lub obowiązku zwrotu przez Zamawiającego dotacji z Funduszu Spójności. Bez wątpliwości postanowienie § 19 ust. 1 wzoru umowy nie zawiera w swej treści zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania określonego zobowiązania niepieniężnego przez Wykonawcę.

Taka treść postanowienia § 19 ust. 1 wzoru umowy, w razie zawarcia umowy, powoduje, że będzie on nieważny zgodnie z art. 58 kodeksu cywilnego, jako sprzeczny z art. 483 kodeksu cywilnego.

4. Zgodnie z art. 147 ust. 1 i ust. 2 PZP, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości. Jest oczywiste, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu także roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu kar umownych i odszkodowań. Z kolei, przepis art. 148 ust. 1 i ust. 2 PZP nie wymienia wśród rodzajów zabezpieczeń „weksla in blanco”. Nadto, przepis art. 150 ust. 2 PZP wskazuje, że zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z § 19 ust. 2 wzoru umowy wynika, że Zamawiający żąda zabezpieczenia jego roszczeń wobec Wykonawcy z tytułu kary umownej w wysokości 85% wartości wynagrodzenia netto, w postaci weksla in blanco.

Powołane wyżej przepisy PZP dają podstawę do stwierdzenia, że:

- 1) żądanie przez Zamawiającego zabezpieczenia w postaci weksla in blanco jest sprzeczne z art. 148 ust. 1 i ust. 2 PZP, a w razie zawarcia umowy, prowadzi do nieważności postanowienia § 19 ust. 2 wzoru umowy;

2) żądanie przez Zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 85% wynagrodzenia netto jest sprzeczne z art. 150 ust. 2 PZP, a w razie zawarcia umowy, prowadzi do nieważności postanowienia § 19 ust. 2 wzoru umowy.

5. Niezależnie od powyższego należy jeszcze ponieść okoliczność, że żądana przez Zamawiającego kara umowna zgodnie z treścią § 19 ust. 1 wzoru umowy w wysokości 85% wynagrodzenia netto jest rażąco wygórowana i pozostaje bez jakiegokolwiek związku niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę. Analiza treści § 19 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy prowadzi wprost do stwierdzenia, że Zamawiający zamierza, poprzez zapis o karze umownej i wekslu in blanco, uzyskać uzależnienie Wykonawcy od postępowania Zamawiającego w toku realizacji umowy. Proponowany zapis § 19 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy podporządkowuje Wykonawcę i stawia go w nierównej sytuacji wobec Zamawiającego. Zamawiający, w razie podpisania umowy z § 19 w obecnym brzmieniu, uzyskuje instrument podważający naturę stosunku prawnego – umowy o roboty budowlane, w którym wykonawca, jako profesjonalista powinien kierować się zakresem rzeczowym umowy, dokumentacją techniczną, przepisami, normami, wiedzą i sztuką budowlaną, nie zaś koniecznością zapewnienia Zamawiającemu komfortu w otrzymaniu i dysponowaniu dotacją z Funduszu Spójności. Dodatkowo wskazać należy, iż ewentualna realizacja wygórowanej kary umownej poprzez skorzystanie z weksla in blanco może spowodować bezpodstawne wzbogacenie się Zamawiającego kosztem Wykonawcy i doprowadzić do upadłości Wykonawcy. Proponowana we wzorze kara umowna nie ma bowiem żadnego związku z wielkością kwoty dotacji nieotrzymanej lub utraconej przez Zamawiającego, a pośrednio, nie ma żadnego związku z rodzajem ewentualnej odpowiedzialności Wykonawcy i zakresem tej odpowiedzialności. Z pewnością zatem zapisy art. 19 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy naruszają także zasadę swobody umów i są przez to sprzeczne z art. 353¹ kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Składający Protest wnosi jak na wstępie.

Za KEM Sp. z o. o.

"KEM" Sp. z o.o.
WICEPREZES ZARZĄDU

Urszula Dzierżoń

"KEM" Sp. z o.o.
WICEPREZES ZARZĄDU

Wanda Wojciechowska

"KEM"
SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
ul. Budowlanych 6/1A
41-303 DĄBROWA GÓRNICZA
NIP 629-231-30-96