

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. 20 lipca 2009r.

UCZESTNICY POSTĘPOWANIA

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno – ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej oraz przebudowę sieci wodociągowej w zlewni dzielnicy Kamionka, wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie.

Nr ref. PN-23/RB/2009/JRP

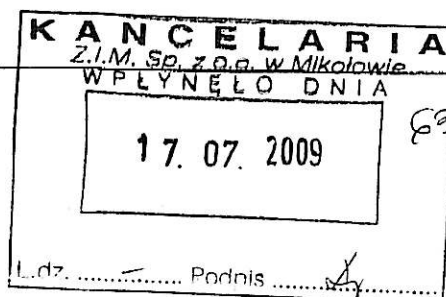
Działając w trybie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. Nr 223 z 2007 r., poz. 1655 z późn. zmianami) zawiadamiam o wniesieniu w dn. 17.07.2009 r. protestu przez Hydrobudowę Polska S.A. (w zał.).

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

Wls

Wiceprezes Zarządu

mgr inż. Adam Putkowski



nasz znak: HBP/DPK/09/235

Wysogotowo, 17.07.2009 r.

Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o.
ul. Kolejowa 4
43-190 Mikołów

17.07.2009
JRP

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów” –część III zamówienia dot.: „Rejon ul. Sienkiewicza – budowa kanalizacji i wodociągu” oraz część IV zamówienia dot.: „Rejon ul. Włeczorka – budowa kanalizacji”

PROTEST

Działając w imieniu spółki HYDROBUDOWA POLSKA S.A. (zwanego dalej HBP lub Wykonawcą), w oparciu o art. 180 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 14 września 2006 r., nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) (zwanej dalej „PZP”), składam protest na czynności Zamawiającego w zakresie sformułowania treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) w postaci:

1. zastrzeżenia w §6 ust. 3 wzoru umowy, iż w wypadku powierzenia części prac Podwykonawcy, Wykonawca załącza każdorazowo do faktury za wykonane roboty cechę wiarygodności na rzecz Podwykonawcy, do wysokości wartości wykonanych, odebranych i zafakturowanych przez Podwykonawcę robót, niezapłaconych przez Wykonawcę,
2. zastrzeżenia w §18 wzoru umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie, gwarancji i rękojmi w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień, licząc od dnia wyznaczonego na ich usunięcie.
3. zastrzeżenia w § 22 wzoru umowy stanowi, iż w terminie podpisania umowy Wykonawca składa do dyspozycji Zamawiającego weksel in blanco wraz z deklaracją wekslową jako zabezpieczenie roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za odmowę otrzymania części lub całości

dotacji z Funduszu Spójności lub konieczności zwrotu jej części lub całości, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności z powodu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy.

W związku z powyższym, Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 353¹ KC w zw. z art. 139 § 1 PZP oraz art. 647 kc**, poprzez zastrzeżenie, iż Wykonawca zmuszony jest do dokonania cesji wierzytelności przysługujących mu z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia,
2. **art. 353¹ kc w zw. z art. 139 § 1 PZP oraz art. 483 §1 kc w zw. z art. 139 § 1 PZP**, polegające na takim ukształtowaniu stosunku prawnego, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy poprzez zastrzeżenie kar umownych za zwłokę w rażąco wygórowanej wysokości, nieadekwatnej i niewspółmiernej do wysokości hipotetycznej szkody, co powoduje, iż traci ona charakter surogatu odszkodowania i prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego,
3. **art. 353¹ KC w zw. z art. 139 § 1 PZP**, polegające na takim ukształtowaniu stosunku prawnego, którego treść i cel sprzeciwia się jego naturze właściwości stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego, poprzez zastrzeżenie, iż termin na usuwanie wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi wyznaczany jest jednostronnie przez Zamawiającego,
4. **art. 148 ust.1 PZP oraz art. 150 ust.2 PZP w zw. a art. 58 art. 58 § 1 kc w zw z art. 139 ust.1 PZP**, polegającego na ustanowieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie niedopuszczonej przez ustawę PZP oraz w wysokości przekraczającej dopuszczalne limity zabezpieczenia wskazane przez ustawę PZP, a co za tym idzie nieważnego z mocy prawa.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący domaga się :

1. usunięcia w §6 ust. 3 wzoru umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym w wypadku powierzenia części prac Podwykonawcy, Wykonawca załącza każdorazowo do faktury za wykonane roboty cesję wierzytelności na rzecz Podwykonawcy, do wysokości wartości wykonanych, odebranych i zafakturowanych przez Podwykonawcę robót, niezapłaconych przez Wykonawcę,
2. zastrzeżenia w §18 wzoru umowy, iż Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za każdy dzień, licząc od dnia ustalonego przez Strony na ich usunięcie, przy zastrzeżeniu, iż termin ten winien być adekwatny do rozmiaru i rodzaju usterki,

3. usunięcia § 22 ze wzoru umowy.

UZASADNIENIE

I

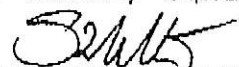
O naruszeniu przez Zamawiającego ww. przepisów prawa protestujący dowiedział się w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej DzUE) tj. w dniu 4 lipca 2009r. Fakt, że ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w DzUE wskazuje, że postępowanie niniejsze ma wartość wyższą od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. 2006, Nr 87, poz. 604). Wobec powyższego, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 PZP termin do wniesienia protestu dotyczący postanowień SIWZ upływa z 14 dniem od daty ogłoszenia w DzUE lub od daty zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Składając protest w dniu 16 lipca 2009r. protestujący dochował zatem terminu do jego wniesienia.

Wystąpienie w niniejszym postępowaniu ze środkiem ochrony prawnej przewidzianym w PZP leży w interesie protestującego i stało się konieczne, ponieważ zaskarżone protestem postanowienia SIWZ sformułowane zostały w sposób uniemożliwiający złożenie przez protestującego oferty na realizację zamówienia. Złożenie oferty na wykonanie zamówienia zgodnie z zaproponowaną przez Zamawiającego umową w obecnym kształcie mogłoby bowiem narazić Wykonawcę na szereg niczym nieuzasadnionych roszczeń.

II

W treści §6 ust. 3 wzoru umowy, zastrzeżono, iż w wypadku powierzenia części prac Podwykonawcy, Wykonawca załącza każdorazowo do faktury za wykonane roboty część wierzytelności na rzecz Podwykonawcy, do wysokości wartości wykonanych, odebranych i zafakturowanych przez Podwykonawcę robót, niezapłaconych przez Wykonawcę.

Protestujący podnosi, iż powyższy zapis nie przewiduje sytuacji w której na skutek określonych zdarzeń faktycznych, bądź zapisów umownych, Wykonawca będzie uprawniony od odmowy zapłaty



wynagrodzenia Podwykonawcy. Tym samym oprotestowany zapis zakłada wypłatę wynagrodzenia Podwykonawcom nawet w sytuacji w której nie wywiążą się oni należycie z zobowiązań płynących z umów podwykonawczych. Stanowi to, w ocenie protestującego, niedopuszczalną ingerencję w stosunek zobowiązaniowy łączący Wykonawcę z Podwykonawcą i stoi w rażącej sprzeczności z zasadą swobody umów i swobodą prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej, norma art. 647 kc wyraźnie wskazuje, iż umowa o roboty budowlane jest umową odpłatną. Zapis mogący pozbawić wykonawcę wynagrodzenia z przyczyn od niego niezależnych należy uznać za rażąco sprzeczny z powołanymi wyżej przepisami oraz normą art. 353¹ kc.

Protestujący podnosi również, iż przedmiotowy zapis uniemożliwi wykonawcy cesję wierzytelności na zabezpieczenie (np. spłaty kredytu bankowego, który wykonawca uzyska w celu sfinansowania realizacji przedmiotu zamówienia), nawet po uzyskaniu zgody Zamawiającego. Banki współpracujące z protestującym nie udzielą zgody na kredytowania inwestycji jeśli umowa z Zamawiającym przewidywać będzie cesję wierzytelności na Podwykonawcę. Powyższe może wpłynąć na zwiększenie kosztów finansowania realizacji zamówienia, a co za tym idzie na podwyższenie cen ofertowych.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o usunięcie oprotestowanego zapisu.

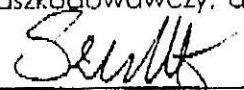
III

Stosownie do treści § 18 wzoru umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękajmi w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień, licząc od dnia wyznaczonego na ich usunięcie.

Protestujący podnosi, iż przedmiotowe kary umowne określić należy jako rażąco wygórowane.

Stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005r. (I ACa 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez zamawiającego sposób naliczania kary umownej, w praktyce może doprowadzać do naliczania niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do rzeczywiście poniesionej szkód kar umownych.

Niezależnie od powyższego, określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 § 1 kc, która określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój charakter odszkodowawczy, a



zyskuje przymiot nieuzasadnionego zysku wierzyciela. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w składzie Izby Cywilnej i Administracyjnej z dnia 17.03.1988r. (IV CR 58/99): „Kara umowna – jako rażąco wygórowana – powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania, prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Wysokość wskazanych przez Zamawiającego kar umownych narusza również zasady współzycia społecznego. Protestujący podnosi, iż w doktrynie podkreśla się, że umowa jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz jeśli wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką. W przedmiotowej sprawie, wysokość zastrzeżonej kary umownej w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie zwyczaje kupieckie.

Nadto, w ocenie Protestującego, termin na usunięcie wad winien być dostosowany do rodzaju usterek i ich rozmiaru, tak by Wykonawca miał możliwość jego zachowania. Termin wyznaczony jednostronnie przez Zamawiającego, może być na tyle krótki, że nawet przy dołożeniu największej staranności ze strony Wykonawcy zachowanie go nie będzie możliwe. Nadto, termin powinien być ustalany przez obie strony, tak by uwzględniając wszystkie okoliczności mające wpływ na usuwanie wad i usterek i wyznaczyć najbardziej optymalny termin zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o stosowną modyfikację przedmiotowego zapisu zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum protestu.

IV

Treść § 22 wzoru umowy stanowi, iż w terminie podpisania umowy Wykonawca składa do dyspozycji Zamawiającego weksel in blanco wraz z deklaracją wekslową jako zabezpieczenie roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za odmowę otrzymania części lub całości dotacji z Funduszu Spójności lub konieczności zwrotu jej części lub całości, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności z powodu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy – „Deklaracją wekslową”, kwota weksla nie może przekroczyć 85% wartości netto wynagrodzenia Wykonawcy.

Protestujący podnosi, iż stosownie do treści art. 147 PZP, Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy służące pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub

nienależytego wykonania umowy. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 148 ust.1 PZP, zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego, może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Przepis art. 150 ust.2 PZP, ustala natomiast wysokość zabezpieczenia w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

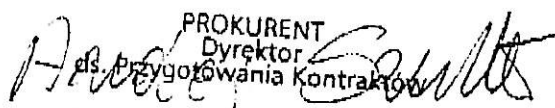
Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż żądanie wystawienia przez Wykonawcę weksla in blanco wraz z deklaracją wekslową jako zabezpieczenia roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za odmowę otrzymania części lub całości dotacji z Funduszu Spójności lub konieczności zwrotu jej części lub całości, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, umożliwiające jego wypełnienie na kwotę równą 85% wartości netto wynagrodzenia Wykonawcy, w sposób rażąco narusza ww przepisy. Podnieść bowiem należy, iż zakres roszczeń zabezpieczonych wekslem mieści się w pojęciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający może jednak żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyłącznie w kwocie nie przekraczającej kwoty 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Skoro w § 11 umowy ustanowiono zabezpieczenia wykonania umowy w tej kwocie, żądanie dodatkowego zabezpieczenia jest wyłączone. Nadto, to Wykonawca dokonuje wyboru formy zabezpieczenia, a narzucanie ich z góry przez Zamawiającego jest niedopuszczalne. Co jednak najważniejsze, w przewidzianych prawem formach zabezpieczenia brak jest weksla in blanco.

Zgodnie zaś z treścią art. 58 § 1 kc w zw z art. 139 ust.1 PZP, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Mając zatem na uwadze, iż w treści § 22 umowy Zamawiający zawarł przepis nieważny z mocy prawa, protest w niniejszej części uznać należy za w pełni uzasadniony.

W tym stanie rzeczy wnoszę o uznanie protestu w całości i dokonania stosownych modyfikacji SIWZ.

Z poważaniem

PROKURENT
Dyrektor ds. Przygotowania Kontraktów

Andrzej Szultka

Załączniki:

1. KRS

Adres do korespondencji:

Hydrobudowa Polska S.A.

Oddział Śląsk

Ul. Żwirki i Wigury 58

43-190 Mikołów