

# 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. 27 lipca 2009r.

L.dz. JRP/O/HYDROBUDOWA/Z-I/P/159 - P 382/2009

Hydrobudowa Polska S.A.  
Ul. Skórzewska 35  
Wysogotowo  
62- 081 Przeźmierowo

**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. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), rozstrzygając protest wniesiony 17.07.2009r. dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „PN-23/RB/2009/JRP Budowa 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”, zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.07.2009r.,

#### I. ZAMAWIAJĄCY UWZGLĘDNI PROTEST W ZAKRESIE:

- usunięcia § 22 ze wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do siwz,

#### II. ZAMAWIAJĄCY ODDAŁA PROTEST W POZOSTAŁYM ZAKRESIE.

#### UZASADNIENIE.

Pismem z dnia 17 lipca 2009 roku Hydrobudowa Polska S.A. (dalej „Protestujący”) wniosła protest wobec czynności Zakładu Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o. w Mikołowie (dalej „Zamawiający”) w zakresie sformułowania treści wzoru umowy, stanowiącego integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa 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.

Protestujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 353<sup>1</sup> kc, art. 647 kc, art. 483 § 1 kc w zw. z art. 139 § 1 Pzp oraz art. 148 ust. 1 Pzp i art. 150 ust. 2 Pzp w zw. z art. 58 kc i art. 139 ust. 1 Pzp wniósł o:

1) usunięcie ze wzoru umowy, stanowiącego załącznik do siwz postanowień:

a) § 22 o treści: „W terminie podpisania umowy Wykonawca składa do dyspozycji Zamawiającego weksel In blanco wraz z deklaracją wekslową, której treść przedstawia załącznik nr 1 do umowy, jako zabezpieczenie roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za odmowę otrzymania części lub całości dotacji z Funduszu Spójności lub konieczności zwrotu jej w części lub w całości, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności z powodu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy”. Zgodnie z deklaracją wekslową kwota weksla nie może przekroczyć 85% wartości netto wynagrodzenia Wykonawcy,

b) § 6 ust. 3 o treści; „W przypadku powierzenia części prac Podwykonawcy, Wykonawca załącza każdorazowo do faktury za wykonane roboty cesje wierzytelności na rzecz Podwykonawcy, do wysokości wartości wykonanych, odebranych i zafakturowanych przez Podwykonawcę robót, niezapłaconych przez Wykonawcę”,

oraz

2) składając zastrzeżenia do zapisu § 18 wzory umowy odnośnie wysokości przewidzianej kary umownej za zwłokę w usunięciu wad oraz ustalenia dat wyznaczenia jednostronnie przez Zamawiającego terminu na ich usunięcie przedstawił w punkcie 2 (str. 2) protestu propozycję modyfikacji tego zapisu domagając się jej uwzględnienia.

Protestujący wskazał, iż złożenie protestu leży w interesie Protestującego i jest konieczne, gdyż zaskarżone zapisy siwz zostały sformułowane w sposób uniemożliwiający złożenie oferty na realizację zamówienia, zaś złożenie oferty zgodnie z zaproponowaną przez Zamawiającego treścią umowy mogłoby narazić Wykonawcę na nieuzasadnione roszczenia.

Rozpatrując protest Zamawiający zważył, co następuje:

Ad. I. 1a.

Protestujący domagając się usunięcia § 22 ze wzoru umowy w uzasadnieniu podniósł, iż żądanie Zamawiającego złożenia przez Wykonawcę weksla In blanco wraz z deklaracją wekslową, w której kwota weksla nie może przekraczać 85% wartości wynagrodzenia netto dla zabezpieczenia roszczeń z tytułu zadośćuczynienia za odmowę otrzymania lub konieczność zwrotu części lub całości dotacji z Funduszu Spójności z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a w szczególności z powodu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy narusza przepisy art. 148 ust. 1 Pzp i art. 150 ust. 2 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc. Protestujący podkreślił w uzasadnieniu protestu, iż zgodnie z powyższymi przepisami Prawa zamówień publicznych Zamawiający nie może żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej 10% ceny całkowitej podanej w ofercie ani



też domagać się wniesienia zabezpieczenia w innych formach niż określone w przepisie art. 148 ust. 1 Pzp, przy czym wybór formy zabezpieczenia należy do Wykonawcy.

Zamawiający uwzględni argumenty Protestującego odnośnie żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przewyższającej wielkości dopuszczone Prawem zamówień publicznych, przemawiające za usunięciem postanowienia § 22 ze wzoru umowy. Jednakże, Zamawiający zauważa, iż Protestujący powołując się na przepis art. 58 § 1 kc domaga się usunięcia zapisu, który zdaniem Protestującego jest nieważny z mocy prawa. Niezależnie od powyższego Zamawiający nie może zgodzić się ze stwierdzeniem Protestującego, iż „w przewidzianych prawem formach zabezpieczenia brak jest weksla In blanco”, gdyż zgodnie z art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp za zgodą Zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również w wekslach. Skoro Zamawiający zażądał weksla dla zabezpieczenia swoich roszczeń to tym samym wyraził zgodę na taką formę zabezpieczenia.

Ad. II.1b.

Zamawiający nie dopatrył się naruszenia art. 353<sup>1</sup>kc i art. 647 kc w związku z art. 139 § 1 Pzp i odrzuca żądanie Protestującego usunięcia ze wzoru umowy zapisu § 6 ust. 3 o treści przywołanej powyżej w punkcie 1b) na podstawie zarzutu Protestującego, iż zapis ten nie przewiduje sytuacji, w której na skutek określonych zdarzeń faktycznych bądź zapisów umownych Wykonawca będzie uprawniony do odmowy zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a tym samym zakłada wypłatę wynagrodzenia Podwykonawcom nawet wtedy, gdy nie wywiążą się oni należycie z zobowiązań wynikających z umów podwykonawczych, a ponadto może pozbawić Wykonawcę wynagrodzenia z przyczyn od niego niezależnych podczas gdy norma art. 647 kc przewiduje odpłatność umowy o roboty budowlane.

Zgodnie z § 6 ust. 1 i 3 wzoru umowy Wykonawca może powierzyć część prac Podwykonawcy na zasadach określonych w art. 647<sup>1</sup> kc. Z treści art. 647<sup>1</sup> § 2 kc wyraźnie wynika, iż powierzenie przez Wykonawcę części robót Podwykonawcy następuje na podstawie zawartej z Podwykonawcą umowy o roboty budowlane, której przedmiotowo istotne elementy zostały normatywnie zdefiniowane w art. 647 kc. W myśl tego przepisu Wykonawca zawierając umowę o roboty budowlane z Podwykonawcą na realizację części robót objętych umową z Zamawiającym obowiązany jest odebrać wykonane przez Podwykonawcę roboty i zapłacić mu wynagrodzenie. Zgodnie z utrwalonym już orzecnictwem dokonanie odbioru ma decydujące znaczenie dla powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty. Czynność odbioru robót w umowach o roboty budowlane potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera Wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia za wykonane roboty (por. np. wyrok SN z 05.03.1997r., II KKN 28/97, opubl. w OSNC 1997/6-7/90; wyrok SN z 08.01.2004r., I CK 24/03; wyrok S. apel. w Szczecinie z 14.09.2005r., I ACa 222/05, OSA 2006/11/38, wyroki S. apel. w Katowicach: z dnia 30.03.2006r., IACa 1900/05 i z dnia 17.02.2000r., IACa 1027/99, opubl. Pr. Gosp. 2001/2/48).

Przewidziana w § 6 ust. 3 wzoru umowy cesja wierzytelności na rzecz Podwykonawcy dotyczy robót odebranych przez Wykonawcę. w świetle treści przepisu art. 647 kc i wskazanych wyżej poglądów orzecnictwa Wykonawca, który odebrał roboty wykonane przez Podwykonawcę nie może powoływać się na zdarzenia faktyczne bądź zapisy umowne uprawniające go do odmowy zapłaty wynagrodzenia

Podwykonawcy. Również w przypadku, gdy Wykonawca odebrał roboty z wadami nie przysługuje mu prawo do powstrzymywania się ze świadczeniem wzajemnym, jakim jest zapłata wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy. Wykonawca może natomiast skorzystać w takim przypadku z przewidzianej przez ustawodawcę w kodeksie cywilnym instytucji rękojmi za wady bądź ochrony wynikającej z przepisów

o skutkach nienależytego wykonania umowy (art. 471 kc). Zamawiający podkreśla, iż wynikający z zapisu § 6 ust. 3 umowy obowiązek złożenia cesji na rzecz Podwykonawcy dotyczy wyłącznie robót odebranych, a niezapłaconych przez Wykonawcę. W przypadku terminowego regulowania przez Wykonawcę wynagrodzenia za odebrane od Podwykonawcy roboty obowiązek złożenia przedmiotowej cesji w ogóle nie wystąpi.

Umowa przelewu wierzytelności (cesja) przewidziana w zapisie § 6 ust. 3 wzoru umowy jest dopuszczalna na podstawie art. 509 i nast. kc i nie narusza stosunku zobowiązaniowego łączącego Wykonawcę z Podwykonawcą ani też nie stanowi niedopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w ten stosunek zobowiązaniowy. Jak podkreślił bowiem SN w wyroku z dnia 26.09.2003r. (IV CKN 513/01, Lex nr 467473) w wyniku zawarcia umowy przelewu (cesji) „nie ulega zmianie stosunek zobowiązaniowy”.

Niewątpliwie, zgodnie z treścią przepisu art. 647 kc każda umowa o roboty budowlane jest umową odpłatną również umowa o roboty budowlane zawarta w wyniku powierzenia przez Wykonawcę realizacji części robót Podwykonawcy. Zarzut Protestującego, iż zapis § 6 ust. 3 wzoru umowy może pozbawić Wykonawcę wynagrodzenia z przyczyn od niego niezależnych jest bezpodstawny, gdyż po dokonaniu odbioru robót Wykonawca obowiązany jest zapłacić Podwykonawcy wynagrodzenie, za wykonane i odebrane roboty, a powody niezrealizowania tego obowiązku obciążają Wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego nieprzekonujące są też argumenty Protestującego, iż „banki współpracujące z Protestującym nie udzielią zgody na kredytowanie inwestycji jeżeli umowa z Zamawiającym przewidywać będzie cesję wierzytelności na Podwykonawcę”. W ocenie Zamawiającego zapis odnośnie cesji wierzytelności na rzecz Podwykonawcy może być co najwyżej przeszkodą w zabezpieczeniu przez Wykonawcę spłaty kredytu bankowego poprzez cesję na bank wierzytelności wynikających z zawartej przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym, tym bardziej, iż cesja taka uzależniona jest od zgody Zamawiającego, a nie powodem odmowy udzielenia przez bank kredytu na finansowanie inwestycji. Obowiązujące przepisy przewidują szereg możliwości zabezpieczenia spłaty kredytu bankowego np. poprzez ustanowienie hipoteki bankowego zastawu rejestrowego, dokonanie przewłaszczenia na zabezpieczenia i inne, które banki przyjmują, jeżeli zabezpieczenia takie w ocenie banku zapewniają spłatę udzielonego kredytu.

Ad.II.2.

W § 18 wzoru umowy zastrzeżono karę umowną, którą zapłaci Wykonawca Zamawiającemu 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. Protestujący zarzucił Zamawiającemu, iż kara umowna za zwłokę w usunięciu wad została ustalona w rażąco wygórowanej wysokości, nieadekwatnej i niewspółmiernej do wysokości hipotetycznej szkody, co spowodowało naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 353<sup>1</sup> kc i art. 483 § 1 kc



w zw. z art. 139 § 1 Pzp i z tego względu Protestujący domaga się modyfikacji zapisu § 18 wzoru umowy w sposób wskazany w złożonym proteście. Nadto, Protestujący podniósł, iż termin na usunięcie wad powinien być ustalony przez strony umowy o roboty budowlane i dostosowany do rodzaju i rozmiaru usterek, a nie wyznaczony jednostronnie przez Zamawiającego. Odnosząc się do powyższych zarzutów Zamawiający podnosi, iż stosownie do przepisów art. 483 § 1 kc i art. 484 § 1 zd 1 kc, jeżeli w umowie zastrzeżono, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę kary umownej, to należy się ona wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z treści powyższych przepisów wyraźnie wynika, iż wysokość kary umownej i prawo do domagania się należności z tytułu kary umownej nie zależy od wielkości poniesionej szkody. Co więcej, w uchwale z dnia 06.11.2003 roku (III CZP/61/03, opubl. OSNC 2004/5/69) Sąd Najwyższy podkreślił, iż „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Skoro wysokość kary umownej nie jest zależna od wysokości poniesionej szkody, to tym bardziej od zaistniałej szkody, przyszła, hipotetyczna szkoda nie może decydować o jej wysokości. Zgodnie z tezą wyroku SN z dnia 20.05.1980r. (I CR 229/80, OSNC 1980/12/243) „o tym, czy w danym przypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika”.

Zatem o tym, czy ustalona w umowie kara umowna jest rażąco wygórowana nie decyduje jej procentowa wysokość określona w umowie, lecz ustalenia takiego dokonuje sąd uwzględniając okoliczności konkretnej sprawy.

Przepis art. 637 § 1 kc, który ma zastosowanie do umów o roboty budowlane w zakresie rękojmi za wady z uwagi na zawarte w art. 656 kc odesłanie do tego przepisu uprawnia Zamawiającego do jednostronnego wyznaczenia terminu do usunięcia wad przez Wykonawcę bez względu na rodzaj i zakres usterek. Zaproponowana przez Protestującego modyfikacja przedmiotowego zapisu przewidująca ustalenie terminu usunięcia wad przez dwie strony umowy o roboty budowlane nie znajduje oparcia we wskazanych wyżej przepisach. Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż treść postanowienia § 18 wzoru umowy nie narusza przepisu art. 483 § 1 kc ani też nie jest sprzeczna z wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> kc zasadą swobody umów.

W związku z powyższym uzasadnieniem zachodzą przesłanki w sposób zasadny przemawiające za uwzględnieniem protestu w części, w zakresie usunięcia zapisu § 22 wzoru umowy oraz oddaleniem protestu w pozostałym zakresie.

Z tych względów Zamawiający postanowił jak wskazano na wstępie.

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Do odwołania należy dołączyć dowód uiszczenia wpisu.

Wiceprezes Zarządu

mgr inż. Adam Putkowski