



Znak: DW/WK-7034/54/06

Sędziszów dn.2006-12-04 r.

CITEC S.A.
ul.Dulęby 5
PL 40-833 Katowice

dotyczy

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji do wniosku do Funduszu Spójności dla grupy projektów w ramach przedsięwzięcia „Ochrona zbiornika wód podziemnych na terenie gmin: Sędziszów, Jędrzejów, Słupia Jędrzejowska, Wodzisław (woj. Świętokrzyskie)”.

Treść protestu

Dotyczy: Opracowanie dokumentacji do wniosków do Funduszu Spójności dla grupy projektów w ramach przedsięwzięcia – *Ochrona zbiornika wód podziemnych na terenie gmin: Sędziszów, Jędrzejów, Słupia Jędrzejowska, Wodzisław (woj. świętokrzyskie)* – PL-Sędziszów: Usługi doradcze w zakresie środowiska naturalnego 2006/S 221-237449.

PROTEST

Na podstawie art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004r. Nr 19, poz. 177 ze zm.) – nazywanej dalej „ustawą” lub „u.p.z.p” – CITEC S.A. występujący jako CITEC S.A. wnosi protest na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartych w Części II SIWZ – Wzór umowy - § 15 oraz § 17 w zakresie kar umownych jak również umownego prawa odstąpienia od umowy.

Zdaniem Protestującego w toku w/w postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 139 ust. 1 ustawy poprzez niezgodność zaproponowanej w SIWZ umowy z przepisami k.c. oraz inne przepisy wynikające z uzasadnienia niniejszego protestu.

Protestujący wnosi o:

1. dokonanie modyfikacji treści SIWZ w oprotestowanym zakresie,
ewentualnie:
2. unieważnienie przetargu.

UZASADNIENIE

Dnia 20 listopada 2006r. Protestujący powziął wiadomość o treści SIWZ, zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego, co jednoznacznie dowodzi, iż Protestujący zachowuje ustawowy termin do wniesienia protestu.

Protestujący może doznać uszczerbku w swym interesie prawnym poprzez fakt niemożności uzyskania zamówienia na wykonywanie czynności będących przedmiotem przetargu, z uwagi na nieprzystąpienie do przetargu z powodu okoliczności zależnych od Zamawiającego.

Zdaniem Protestującego Zamawiający naruszył oraz 139 ust. 1 ustawy, poprzez zawarcie w treści umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, postanowień o treści niezgodnej z przepisami k.c.

Istotnym jest, iż zgodnie z § 15 ust. 3 oraz ust. 4 umowy kara umowna zastrzeżona jest dla Zamawiającego w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia (§ 15 ust. 3 umowy) oraz w wysokości 25 % wynagrodzenia netto (§ 15 ust. 4 umowy), tj. w wysokościach jednocześnie zawyżonych, jak również niezgodnie z samym charakterem tejże kary i przepisami k.c.

Należy wskazać, iż odszkodowawczy charakter kary umownej i umiejscowienie przepisów odnoszących się do niej wskazują, że kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.) (tak m.in. S. Dąbrowski, *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecnictwem. Tom II*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2005). Natomiast wskazana w umowie kara umowna nie uzależnia naliczenia jej od tego czy niewykonanie bądź też nienależyte wykonanie umowy jest spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność (w umowie wskazano jako okoliczność uprawniającą do naliczenia kary umownej opóźnienie, zamiast zwłokę dłużnika). Dlatego tak określona kara umowna została w umowie określona w sposób odbiegający zarówno od samej swej istoty, jak i od ogólnie przyjętych stosunków handlowych. Zaburza tym samym podstawową zasadę prawa cywilnego tj. równości stron stosunku prawnego.

Wskazać ponadto należy, iż z przyjętej w kodeksie cywilnym koncepcji kary umownej jako surogatu odszkodowania wynika, że roszczenie o tę karę powstaje tylko w razie istnienia szkody choćby w minimalnym zakresie. Jednocześnie z treści przepisu art. 484 § 1 k.c. wynika, że zamiarem ustawodawcy było jedynie wyeliminowanie zależności między wysokością kary umownej i wartością szkody. We wskazanym przepisie wyraźnie zachowane zostało jednak iunctim pomiędzy obowiązkiem zapłaty kary umownej, a poniesieniem przez wierzyciela szkody w ogóle. Związek ten nie może być uchylony wolą stron. Zatem za nieskuteczne uznać należy postanowienia, zgodnie z którymi kara umowna należy się wierzycielowi także w razie braku jakiegokolwiek szkody (Drapała P., *Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)*, PiP 2003/6/55 - t.8).

Równocześnie należy zauważyć, iż zastrzeżenie kary umownej podlega także kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art. 58) oraz wykonywania praw podmiotowych (art. 5). W konkretnych okolicznościach żądanie kary umownej może zostać uznane

za sprzeczne z tymi zasadami, por. orz. SA w Krakowie z 18 grudnia 1990 r., ACR 117/90, Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Krakowie, rocznik I, Bielsko-Biała 1993, poz. 1 (K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 1997).

W przedmiotowym przypadku żądanie kary umownej we wskazanej w umowie wysokości, w dodatku bez uzależnienia jej od wystąpienia po stronie Zamawiającego szkody i niezależnie od przyczyn niewykonania bądź nienależytego wykonania świadczenia w przewidzianym terminie, należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający stosuje bowiem nacisk na potencjalnych Wykonawców, spowodowany wykorzystaniem swej pozycji jako podmiotu silniejszego, od którego zależy udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający określił w umowie kary umowne w wysokości niewspółmiernie wysokiej do rozmiaru ewentualnej szkody i przedmiotu zamówienia, jednocześnie zaś zastrzegł kary umowne tylko i wyłącznie dla siebie co jednoznacznie sugeruje wykorzystywanie w przedmiotowym zamówieniu swojej pozycji dominującej. Ponadto w przedmiotowej umowie (§15 ust. 4a) wskazał dla siebie uprawnienie do żądania zwrotu zarówno całości wypłaconego już wynagrodzenia, jak również żądania dodatkowo kary umownej w wysokości 25 % wynagrodzenia netto, pomimo braku po jego stronie szkody, co jednocześnie może doprowadzić do sytuacji bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego. Tak m.in. Wyrok SN z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88 LEX nr 8867) *„Kara umowna - jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”*.

Istotnym jest, iż zgodnie z zapisami zawartymi w zaproponowanej umowie może dojść do sytuacji, w której Wykonawca pomimo wykonania części zadania, w dodatku zaakceptowanego przez Zamawiającego, zostanie w wyniku opóźnienia prac (w umowie wskazano jako okoliczność uprawniającą do odstąpienia opóźnienie, pomimo iż jak to już wskazano powyżej w piśmie powinna to być zwłoka tj. opóźnienie zawinione przez Wykonawcę), pozbawiony zarówno samej wcześniej już wypłaconej części wynagrodzenia (30 % zgodnie z § 3 ust. 3 umowy), jak również dodatkowo obciążony karą umowną w wysokości 25 % wynagrodzenia, co spowoduje po stronie Zamawiającego bezpodstawne wzbogacenie. Takie zapisy umowne wskazują bezsprzecznie na zachwianie proporcji w zakresie równości stron umowy i działanie z wykorzystaniem swojej pozycji dominującej jako Zamawiającego od którego zależy udzielenie zamówienia. A więc takie zapisy umowne sprzeczne są z art. 353¹ k.c. w związku z 395 § 2 k.c.

W przypadku bowiem jeśli Zamawiający odstępuje od umowy powinien zwrócić Wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie za świadczone usługi, które tak jak wspomniano powyżej zgodnie z umową zostaną już zaakceptowane przez Zamawiającego na wcześniejszym etapie wykonania

umowy. Dodatkowo zaś zważywszy na fakt, iż Wykonawca, który otrzymał 30 % wynagrodzenia (a jednocześnie powinien je zwrócić zgodnie z §15 ust. 4a), ma dodatkowo zapłacić karę umowną w wysokości 25 % wynagrodzenia, to istotnym jest, iż tak określona kara umowna jest niewspółmiernie wysoka. Co za tym idzie Zamawiający powinien powyższy zapis ograniczyć do żądania ewentualnej kary umownej, bez uprawnienia do zwrotu wynagrodzenia za wykonane już usługi zgodnie z art. 395 § 2 k.c. Jednocześnie zaś kara umowna powinna ulec zmniejszeniu stosownie do okoliczności, co w tym przypadku może oznaczać co najwyżej 10 % wynagrodzenia netto (kara stosowana w stosunkach gospodarczych obowiązujących w podobnych sytuacjach). Nie można bowiem doprowadzać do sytuacji w której Wykonawca pomimo prawidłowo wykonanej części zamówienia zostanie pozbawiony zarówno całego wynagrodzenia za wykonaną pracę, a jednocześnie jest zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości odpowiadającej faktycznie wykonanej przez siebie pracy. Takie postępowanie jest niezgodne zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak również z ustawą k.c., o czym wspomniano powyżej.

Ponadto odnosząc się do wysokości kary umownej wskazanej w § 15 ust. 3 umowy należy podkreślić, iż wysokość tejże kary jest niezgodna z art. 359 § 2¹ k.c. Zważyć należy bowiem, iż zgodnie z faktem świadczenia niepieniężnego ze strony Wykonawcy, Zamawiający niejako poprzez naliczenie kary umownej wprowadza dla siebie surogat odsetek od opóźnienia w spełnieniu świadczenia. Tym samym w tym zakresie odnieść należy się do w/w przepisu w zakresie wysokości odsetek jakie może żądać wierzyciel. Wskazaną zaś przez Zamawiającego w umowie wysokość kary za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania należy uznać za zbyt wygórowaną.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z orzecznictwem SN „Według art. 471 k.c. dłużnik nie jest obowiązany do naprawienia szkody, jeżeli wykaze, że nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Ta ogólna zasada dotyczy również kary umownej za nieterminowe wykonanie zobowiązania” (wyrok SN z 19 lutego 1969 r., I CR 580/69, LEX nr 6459). Co za tym idzie również w przypadku kary umownej z § 15 ust. 3 umowy nie ma podstaw do jej naliczania w wypadku jeśli przyczyny dla których nie wykonano zobowiązania w terminie nie są zależne od Wykonawcy. Jakkolwiek w przedmiotowej umowie nie znalazło to również wyrazu.

Ponadto należy zważyć, iż zgodnie z § 17 ust. 2 – 4 umowy nie wskazano, iż w przypadku odstąpienia od umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane usługi co, wg Protestującego, powinno znaleźć swój wyraz. Istotnym jest bowiem, iż sam przedmiot zamówienia ma postać fizyczną, którą w przypadku odstąpienia od umowy Zamawiający mógłby zwrócić w stanie niezmienionym zgodnie z art. 395 § 2 k.c. Jakkolwiek należy zważyć, iż sama fizyczna postać przedmiotu umowy, jest tylko efektem świadczonych przez Wykonawcę usług, których nie można

zwrócić fizycznie, a więc Wykonawcy należałoby się odpowiednie wynagrodzenie stosownie do zakresu i ilości wykonanej już pracy. W przypadku jeśli zaś stosowny zapis nie znajdzie się w przedmiotowej umowie może dojść do niepotrzebnych nieporozumień skutkujących sporem sądowym.

Tym samym zaś wnosimy jak w *petitum* pisma.

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

Burmistrz Sędziszowa na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych /Dz.U.Nr 19 poz.177 z z póź.zm/ po rozpatrzeniu protestu firmy CITEC S.A. ul.Dulęby 5 ,PL 40-833 Katowice wniesionego w dniu 28.11.2006r w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji do wniosku do Funduszu Spójności dla grupy projektów w ramach przedsięwzięcia „Ochrona zbiornika wód podziemnych na terenie gmin: Sędziszów, Jędrzejów, Słupia Jędrzejowska ,Wodzisław (woj.świętokrzyskie) wobec czynności Zamawiającego dot.postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

postanawia uznać protest w części dot.zapisów występujących § 15 oraz dokonać modyfikacji treści SIWZ poprzez wykreślenie zapisów §.15 pkt 4a ,4b oraz pkt.5.Po dokonaniu modyfikacji treści zapisów §15 pkt 4 i pkt 5 otrzymują brzmienie :

4.Jeżeli opóźnienie, o którym mowa w ust.3 przekroczy 30 dni Zamawiający ma prawo do:
a)odstąpienia od umowy w całości i powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania pracy innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy.

Pkt.5.Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych za szkodę, która powstała na wskutek nienależytego wykonania umowy.

Pozostałe zarzuty Zamawiający uznaje za niezasadne.

UZASADNIENIE

Utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego, a w szczególności uchwała 7 sędziów z dnia 6.11.03r./III CZP61/03 podkreśla, że 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. Nie można więc mówić o naruszeniu przez zamawiającego art.471 k.c. w związku z art.484§ 1 k.c. Strony są uprawnione do swobodnego ukształtowania umowy według swego uznania, byleby jej treść nie sprzeciwiała się ustawom lub zasadom współżycia społecznego / 353¹k.c./.Strony mogą również przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu okoliczności niezawinionych, umieszczając odpowiednie zapisy w umowie./wyrok S.N z dnia 08.07.04 Sygn.IV CK 583/03/.Zatem zarzuty o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów k.c. w zapisach § 15 ust.2,3 oraz § 17 ust.2 – 4 wzoru umowy są nieuzasadnione.

Burmistrz Sędziszowa

mgr inż. .Wacław Szarek