

.....
.....
.....

dotyczy: przetargu na wykonanie boiska o sztucznej nawierzchni przy ul Łąkowej w Trzebiatowie

Urząd Miasta i Gminy w Trzebiatowie informuje, iż od jednego z wykonawców wpłynął w dniu 22.02.2007 protest o następującej treści:

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późno zm.- dalej zwana "PZP") Protestująca wnosi w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie boiska o sztucznej nawierzchni przy ul Łąkowej w Trzebiatowie, protest na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczące:

- (I) odpowiedzialności Wykonawcy za błędy w dokumentacji projektowej
- (II) kar umownych,

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP ,
art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP,
art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP,
art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr i50;poz.,535 z późno zm.),

wnosi o dokonanie w trybie art. 38 ust. 3 PZP modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dostosowanie jej do wymogów wynikających z obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności przepisów kodeksu cywilnego, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 19 lutego 2007 r. zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: "SIWZ") dla przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 60.000 euro na realizację zadania polegającego na wykonaniu boiska o sztucznej nawierzchni przy ul. Łąkowej w Trzebiatowie, której zapisy w sposób rażący naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a tym samym interes prawny Protestującej.

(I) Zarzuty co do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dot. odpowiedzialności Wykonawcy za błędy w dokumentacji projektowej

Zgodnie z pkt 3 SIWZ oraz § 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z odwodnieniem i oświetleniem, przy ul. Łąkowej w Trzebiatowie zgodnie z posiadanym przez Zamawiającego projektem budowlanym. Tymczasem w pkt 16 SIWZ Zamawiający wprowadził zapis, iż "Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają Wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia", który w sposób rażący narusza właściwość stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane w kształcie określonym przez ustawodawcę wart. 647 i nast. Kodeksu cywilnego.

Cechą istotną umowy o roboty budowlane w świetle art. 647 Kodeksu cywilnego jest to, że wykonawca zobowiązany jest oddać przewidziany w umowie obiekt, wykonując go zgodnie z projektem, natomiast obowiązek dostarczenia projektu obciąża inwestora (zamawiającego). Do obowiązków Zamawiającego (inwestora) jako uczestnika procesu inwestycyjnego należy zatem zorganizowanie procesu budowlanego między innymi poprzez opracowanie projektu budowlanego. Za skutki wadliwego opracowania projektu w ramach zobowiązania wynikającego z umowy o roboty

budowlane, odpowiedzialność ponosi Zamawiający, który przyjmując projekt zobowiązany jest do jego merytorycznego sprawdzenia. Wykonawca nie może ponosić ujemnych następstw wadliwie przygotowanego projektu, chyba że sam przyjmuje to zobowiązanie polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, a tak nie jest w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze powyższe uwarunkowania prawne, należy stwierdzić, iż wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu, iż skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają Wykonawcę narusza w sposób rażący właściwości stosunku prawnego. Zgodnie z zasadą swobody umów zawartą w art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wobec powyższego przekroczeniem granic swobody umów jest między innymi naruszenie właściwości stosunku prawnego. Na podstawie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. W związku z powyższym Protestująca wnosi o dokonanie stosownej modyfikacji SIWZ w tym zakresie i wykreślenie zapisu przerzucającego odpowiedzialność za wady projektu z inwestora na wykonawcę.

(II) Zarzuty co do postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego dot. kar umownych

(1)

w § 9 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik m 1 do SIWZ tiret drugi, Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 1% wartości przedmiotu odbioru brutto za każdy dzień zwłoki, jednakże nie więcej niż 20% wartości przedmiotu odbioru. Z kolei w § 9 ust. 1 tiret trzeci, Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze w wysokości 1 % wartości przedmiotu odbioru (zadania) brutto za każdy dzień zwłoki, liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

Kara umowna nakładana na Wykonawcę w takiej wysokości narusza przepis art. 5 Kodeksu cywilnego, do której to ustawy odsyła art. 139 PZP. Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający swoim działaniem, polegającym na wykorzystaniu pozycji dominującej, polegającej na narzuceniu wykonawcom z góry wysokości kar umownych, wypełnił tym samym dyspozycję art. 5 Kodeksu cywilnego. Zamawiający zapomniał, że umowa o zamówienie publiczne ma charakter cywilnoprawny, a jedną z podstawowych zasad stosunków zobowiązaniowych jest zasada równości. Zgodnie bowiem z art. 353¹ strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tymczasem Zamawiający wiedząc, że element tego stosunku w postaci kar umownych nie będzie przedmiotem ustaleń pomiędzy stronami umowy, narzucił wykonawcom rażąco wygórowane kary umowne. Takie zachowanie Zamawiającego bez wątpienia jest sprzeczne z właściwością stosunku i zasadami współżycia społecznego. Powoduje bowiem zachwianie równości cywilnego stosunku zobowiązaniowego na korzyść Zamawiającego i prowadzi w świetle art. 58 § 1 kodeksu cywilnego do nieważności umowy.

(2)

Podobnie rzecz się ma z zapisem znajdującym się w § 9 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik m 1 do SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł tylko i wyłącznie dla siebie możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych. Taki zapis powoduje również naruszenie podstawowej zasady jaka obowiązuje w stosunkach zobowiązaniowych czyli zasady równości. Zamawiający zastrzegając tylko dla siebie możliwość dochodzenia - odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych, pozbawia tym samym wykonawców możliwości dochodzenia odszkodowania w sytuacji, gdyby ponieśli oni szkodę przewyższającą karę umowną, która należy im się od Zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w § 9 ust. 2 wzoru umowy. Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 484 § 1 zdanie drugie Kodeksu cywilnego żądanie

odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej nie jest dopuszczalna, chyba że strony postanowiły inaczej. Przy takim zapisie w umowie wysokość kary umownej dla wykonawców będzie miała charakter kary umownej wyłącznej.

(3)

Ponadto zgodnie z § 12 pkt 1 ppkt 1.2. wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy zostanie ogłoszona upadłość lub likwidacja firmy wykonawcy. Zapis powyższy jest niezgodny z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późno zm.). Stosownie do tego przepisu nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły.

Mając powyższe na uwadze Protestująca wnosi o dokonanie modyfikacji w § 9 ust. 3, § 9 ust. 1 oraz § 12 pkt 1 ppkt 1.2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Opisane czynności Zamawiającego jednocześnie naruszają interes prawny Protestującej w uzyskaniu zamówienia, co stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności środka odwoławczego jakim jest protest. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Protestująca wnosi jak na wstępie.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 37 ust. 4 ustawy prawo o zamówieniach publicznych postanowił zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującym zakresie:

1. Punkt 16 SIWZ otrzymuje brzmienie:

Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późniejszymi zmianami) ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632 następująco:

§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia.

Będą to między innymi następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy, odtworzenie dróg, chodników, wywozu nadmiaru gruntu, sporządzenia projektu BIOZ, projektu organizacji robót, prac geodezyjnych i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej oraz powinien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od wykonawców bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków realizacji zamówienia. Wymagane jest załączanie do oferty kosztorysu ofertowego. Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy również przedstawić w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

2. W załączniku nr 1 Umowa § 9 pkt 3 otrzymuje brzmienie:

Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych.

3. W załączniku nr 1 Umowa §12 pkt 1.2 został wykreślony.