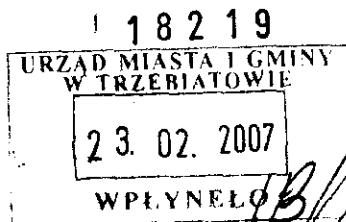


**UNIPOL Sp. z o.o.**  
ul. Duńska 73  
71-795 Szczecin  
NIP 827-10-04-874 KRS 000000526  
tel. 091 42 65 119 fax 091 42 63 928



Szczecin, dnia 22 lutego 2007 r.

**Protestująca:**

UNIPOL Sp. z o.o.  
ul. Duńska 73  
71 – 795 Szczecin

**Zamawiający:**

Gmina Trzebiatów  
ul. Rynek 1  
72 – 320 Trzebiatów

**PROTEST**

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 późn. 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. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 PZP,
- art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. 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 w art. 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. 353<sup>1</sup> 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 nr 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. 353<sup>1</sup> 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 nr 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 dopuszczalne, 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 późn. 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 materialnoprawną przesłankę zasadności środka odwoławczego jakim jest protest. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Protestująca wnosi jak na wstępie.

Załącznik:

- potwierdzony za zgodność z oryginałem wypis Protestującej z KRS;

P r o k u r e n t  
Marzena Półska

IB 2220/54/EB/2007

Trzebiatów, 05.02.2007 r.

URZĄD MIASTA I GMINY  
72-320 TRZEBIATÓW  
Rynek 1

### WEZWANIE

W związku z protestem wniesionym przez firmę UNIPOL dnia 22.02.2007 r. wzywa się wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Z up. BURMISTRZA

*Grzegorz Olejniczak*  
7-cz BURMISTRZA