



Bielany Wrocławskie, 11 sierpnia 2009 roku

Zamawiający: **Gmina Miasta Gdyni**
Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54
81-382 Gdynia

Składająca protest: EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **„Przebudowa układu drogowego Węzła Św. Maksymiliana wraz z budową tunelu drogowego pod Droga Gdynią, torami SKM i PKP w Gdyni”** znak postępowania wg nomenklatury Zamawiającego: EZP 340/103/UI/09 (dalej jako „**przetarg**”)

PROTEST

Działając jako pełnomocnik składającej protest, na podstawie art. 180 ustawy z 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku, Nr 19, poz. 177 z późn. zm.; dalej jako „**PZP**”) wnoszę niniejszy umotywowany protest na niżej wskazane warunki Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ).

- W Projekcie umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) brak jest zapisu nakładającego na Zamawiającego obowiązek zapłacenia Wykonawcy kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, co - zdaniem składającej protest - stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- W § 16 ust. 2 pkt 3) oraz w § 16 ust. 3. pkt 3) Projektu umowy podano wysokości odszkodowań, jakie Wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu w związku z odstąpieniem od umowy, co - zdaniem składającej protest - stanowi naruszenie art. 361 Kodeksu cywilnego.

Składająca protest powzięła wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu 28 lipca 2009 roku. Wniesienie protestu 11 sierpnia 2009 roku nastąpi zatem z zachowaniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności.

UZASADNIENIE

Prawo zamówień publicznych w artykule 14 stanowi, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”, czego potwierdzenie można



znaleźć również w art. 139 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż „do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Nowelizacja Kodeksu cywilnego z 1990 roku wprowadziła zasadę swobody umów, wyrażoną m. in. w art. 353¹ K.c. Zdaniem składającej protest zasada ta nie oznacza jednak, że strona silniejsza może narzucić swoją wolę stronie słabszej, bowiem takie działania byłoby ewidentnym pogwałceniem zasad współżycia społecznego, a - jak stanowi art. 353¹ K.c. - strony układając stosunek prawny według własnego uznania muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, a także zasadom współżycia społecznego. Jak z powyższego wynika, że zastrzeżenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień wyłącznie na niekorzyść jednej ze stron (wykonawcy) oraz zastrzeżenie postanowień wyłącznie na korzyść drugiej strony (zamawiającego) nie znajduje oparcia ani uzasadnienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że brak zapisu nakładającego na Zamawiającego obowiązek zapłacenia Wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy narusza zasady współżycia społecznego, a tym samym stanowi naruszenie art. 353¹ K.c. Zdaniem składającej protest wskazana różnica w podejściu do jednego i tego samego zdarzenia (odstąpienia od umowy), podyktowana tylko stroną umowy, która przyczynia się do zdarzenia, nie ma uzasadnienia - nie ma bowiem powodu, aby interes zamawiającego uważać za ważniejszy, aniżeli interes wykonawcy, a zatem by odpowiedzialność finansowa za odstąpienie od umowy dotyczyła tylko wykonawcy. Podkreślić należy, iż w świetle art. 5 K.c. „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”. Jeżeli tak jest, to - zgodnie z art. 5 K.c. - opisane działanie Zamawiającego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zasadę tą potwierdza art. 58 § 2 K.c., który stanowi, iż „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.”

Zgodnie z art. 361 K.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z których wynika szkoda, a w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Zdaniem składającej protest określenie w Projekcie umowy z góry wartości odszkodowania, niezależnie od wystąpienia szkody i jej rzeczywistego rozmiaru stanowi naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego. Przyjęte przez Zamawiającego *a priori* założenie, że wskutek odstąpienia od umowy przez wykonawcę oraz wskutek odstąpienia od umowy przez siebie z winy wykonawcy poniesie szkodę i to w konkretnej wysokości, jest nie do obrony.

Składająca protest pragnie zauważyć, iż w § 12 ust. 3 Projektu umowy Zamawiający zapisał, iż zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody - w sytuacji, gdy zapłacone przez wykonawcę kary umowne jej nie pokryją. Z kolei w § 16 ust. 2 pkt 3) oraz § 16 ust. 3 pkt 3) Projektu umowy nałożył na Wykonawcę dodatkowe obowiązki „naprawienia szkody”, w razie:

- odstąpienia od umowy przez wykonawcę - w wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Projektu umowy,



- odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy - w wysokości 15% wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Projektu umowy.

Zdaniem składającej protest przepisy § 16 ust. 2 pkt 3) i § 16 ust. 3 pkt 3) Projektu umowy należy poczytywać jako rozszerzające zapis o karze umownej, która - w przypadku odstąpienie od umowy przez Wykonawcę - wraz z karą przewidzianą § 12 ust. 3 Projektu umowy, wyniesie łącznie 25% wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Projektu umowy, a - w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy - sięgnie 30% tego wynagrodzenia. Składająca protest pragnie zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zapis taki musi być jednak wyraźny i jednoznaczny, a nie częściowo ukryty pod - pozornie niezależnym od kar umownych - sformułowaniem obowiązku „naprawienia szkody”. Ponadto, zdaniem składającej protest, sankcja, jaką obciąża Zamawiający wykonawcę łącznie na podstawie § 16 ust. 2 pkt 3) lub § 16 ust. 3 pkt 3) i § 12 ust. 3 Projektu umowy jest rażąco wysoka.

W wyroku z 17 marca 1988 roku zapadłego w sprawie IV CR 58/88 Sąd Najwyższy uznał, iż 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 (zamawiającego). Zauważyć należy, że określona przez Zamawiającego sankcja za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę nie jest dostosowana do faktycznej szkody, którą może ponieść Zamawiający. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2003 roku w sprawie III CKN 122/01 kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, która następuje przez zapłatę kary umownej, wobec czego należy uznać, iż określenie rażąco wysokiej sankcji za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę jest sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego i zasadami współżycia społecznego.

INTERES PRAWNY SKŁADAJĄCEJ PROTEST

Interes prawny składającej protest polega na tym, iż wskutek obowiązywania postanowień Projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) niezgodnych z wyżej wymienionymi przepisami powszechnie obowiązującego prawa, składająca protest - w razie uzyskania zamówienia - zmuszona będzie zawrzeć umowę o zamówienie publiczne na rażąco niekorzystnych dla siebie warunkach.

Wobec powyższego składająca protest wnosi o:

- wprowadzenie do Projektu umowy zapisu nakładającego na Zamawiającego obowiązek zapłacenia Wykonawcy kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 15% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 10 ust. 1 Projektu umowy;
- wykreślenie z Projektu umowy § 16 ust. 2 pkt 3);
- wykreślenie z Projektu umowy § 16 ust. 3 pkt 3).



W wyżej opisanym stanie rzeczy protest jest w pełni zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Składająca protest wnosi o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego protestu drogą faksową przez Zamawiającego – **faksem na numer (058) 307-45-94.**

Za i w imieniu składającej protest

PEŁNOMOCNIK

Szymon Kędzierski

Załączniki:

- pełnomocnictwo dla Szymona Kędzierskiego;
- odpis aktualny z KRS dotyczący EUROVIA POLSKA S.A.;