GDDKiA
Stanisław Dmuchowski
Z-ca Dyrektora Oddziału

Warszawa, dnia 06.01.2010 r.

Do wszystkich zainteresowanych

nr postępowania 199/2009

Numer pisma: GDDKiA-O/WA/R.2/A.Z./14/2010

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **"Budowę drogi ekspresowej S-2 od węzła „Konotopa" do węzła „Puławska" długości ok. 15km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5km łączącej węzeł „Lotnisko" z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy Okęcie" i z węzłem „Marynarska". Etap III: Południowa Obwodnica Warszawy S2 – odcinek od węzła „Konotopa" (bez węzła) do węzła „Lotnisko" (bez węzła)".**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zawiadamia, że w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynął protest dnia 05.01.2010r. Firmy **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa.**

Treść protestu w załączeniu.

W związku z powyższym wzywamy do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Z-CA DYREKTORA ODDZIAŁU

mgr inż. Stanisław Dmuchowski

Sprawę prowadzi: Agata Zielińska
tel. 022 323 12 60
fax: 022 323-11-17
azielinska@warszawa.gddkia.gov.pl

BILFINGER BERGER
Budownictwo

Bilfinger Berger Budownictwo S.A.
ul. Domaniewska 50A
02–672 Warszawa
tel.: +48 22 24 43 400
fax: +48 22 24 43 541
centrala@bilfinger.pl

Warszawa, dnia 5 stycznia 2010 roku

Zamawiający:
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
ul. Żelazna 59
00-848 Warszawa

Prowadzący postępowanie:
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Warszawie
ul. Mińska 25
03-808 Warszawa
faks: (022) 323 11 17, 819 04 12

Protestujący:
Bilfinger Berger Budownictwo S.A.
w imieniu, którego działa
Anna Jędrzejewska
ul. Domaniewska 50A
02-672 Warszawa

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę drogi ekspresowej S- 2 od węzła „Konotopa" do węzła „Puławska" długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł „Lotnisko" z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy Okęcie" i z węzłem „Marynarska. Etap III: Południowa Obwodnica Warszawy S2 – odcinek od węzła „Konotopa" (bez węzła) do węzła „Lotnisko" (bez węzła)", numer referencyjny: 199/2009

PROTEST
dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

Działając na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655), dalej

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

jako: Prawo zamówień publicznych, w imieniu Protestującego, działając na podstawie pełnomocnictwa Nr 330/BBB/2009 (którego oryginał był dołączony do protestu z dnia 28.12.2009) niniejszym składam protest wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: siwz) sporządzonej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę drogi ekspresowej S-2 od węzła „Konotopa" do węzła „Puławska" długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł „Lotnisko" z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy Okęcie" i z węzłem „Marynarska. Etap III: Południowa Obwodnica Warszawy S2 – odcinek od węzła „Konotopa" (bez węzła) do węzła „Lotnisko" (bez węzła)", numer referencyjny: 199/2009 (zwanego dalej: „Postępowaniem"), z naruszeniem powołanych w niniejszym proteście powszechnie obowiązujących przepisów.

Powyższym czynnościom Zamawiającego zarzucam w szczególności naruszenie:

przepisów art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przepisów art. 5, art. 58, art. 353[1], art. 354 § 1, art. 355, art. 387, art. 471, art. 487 § 2, art. 647 kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych;

poprzez: niezapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zawarcie postanowień jednostronnie niekorzystnych dla wykonawców, sformułowanie postanowień Formularza 2.1 załącznika do oferty oraz szczególnych warunków kontraktu z naruszeniem zasad kodeksu cywilnego oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego protestu.

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej po zapoznaniu się z treścią siwz udostępnioną przez Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2009 roku. Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Tym samym z uwagi na przepis art. 180 ust. 3 pkt 2) Prawa zamówień publicznych termin do wniesienia protestu na treść siwz upływa w dniu 5 stycznia 2010 r.

Niniejszy protest jest wnoszony zatem do Zamawiającego z dochowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2) Prawa zamówień publicznych.

W wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień siwz interes prawny Protestującego może doznać uszczerbku w uzyskaniu zamówienia. Interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej znalazł się Protestujący. Protestujący zamierza ubiegać się o zamówienie. W tej sytuacji pojęcie interesu prawnego rozumieć należy szeroko, jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych. W tym przypadku mamy do czynienia z rzeczywistym zagrożeniem sfery prawnej Protestującego. Wynika to z przepisu art. 14 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się w sprawach nieuregulowanych Prawem zamówień

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

publicznych przepisy kodeksu cywilnego. Cywilistyczny charakter ustawy przesądza, że interes prawny, to zarówno interes majątkowy, jak i niemajątkowy, czyli wystarczające jest samo zagrożenie w interesie prawnym Protestującego.

Wystąpienie w niniejszym postępowaniu ze środkiem ochrony prawnej przewidzianym w Prawie zamówień publicznych stało się konieczne, ponieważ zaskarżone protestem postanowienia siwz sformułowane zostały w sposób uniemożliwiający złożenie przez Protestującego oferty na realizację świadczenia. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy oferta Protestującego zostanie uznana za najlepszą, zostanie zawarta umowa, zgodnie z projektem przedstawionym w siwz i warunkami sformułowanymi w siwz, które w swej treści zawiera jednostronnie rażąco niekorzystne dla wykonawcy postanowienia. Tym samym treść siwz narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane wprost zasady kodeksu cywilnego m.in. o: równouprawnieniu podmiotów umowy cywilnoprawnej, niesprzeciwianiu się treści lub celu stosunku prawnego właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, wzajemności umów, ekwiwalentności świadczeń, nakładaniu zobowiązań możliwych do spełnienia, *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, co stanowi pogwałcenie przepisów art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przepisów art. 5, art. 58, art. 353^1, art. 354 § 1, art. 355, art. 387, art. 471, art. 483 § 1, art. 487 § 2, art. 647 kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych.

W tej sytuacji uznać należy, że podniesione zarzuty stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe, wnoszę o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych, a w szczególności dokonania modyfikacji siwz poprzez zastąpienie aktualnych wymagań innymi postanowieniami, zgodnie z uzasadnieniem do protestu.

UZASADNIENIE

I. W Formularzu Oferty oraz w Formularzu 2.1 – Załącznik do Oferty (Dane Kontraktowe), jak również Tomie I Instrukcji dla Wykonawców wraz z Formularzami, rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW) Zamawiający, a także w Formularzu Umowy Zamawiający określa **Czas na Ukończenie na dzień 31.08.2012 r.**, stanowiąc jednocześnie, że **prawo dostępu do Placu Budowy zrealizowane zostanie w ciągu 30 dni od daty podpisania umowy, jednakże z wyłączeniem 50 (!) działek, które będą przekazywane aż do dnia 31 grudnia 2010 roku**.

Zważenia wymaga, że wskazane postanowienia w praktyce **fikcyjnym czynią jeden podstawowych obowiązków Zamawiającego, jakim jest przekazanie placu budowy w terminie odpowiednim i umożliwiającym wykonanie prac budowlanych objętych zakresem**

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

umowy (art. 647 k.c.), uniemożliwiając tym samym dochowanie terminu na ukończenie, który jest integralnie związany z możnością dysponowania przez wykonawcę placem budowy. **Zauważyć bowiem należy, że ukończenie tak skomplikowanej inwestycji, jak stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia, nie jest możliwe w terminie 20 miesięcy licząc od dnia przekazania 36 działek stanowiących istotną część placu budowy** (zgodnie z Warunkiem 2.1 w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego w Formularzu 2.1, gdzie przewidziano, ze przekazanie 36 enumeratywnie wskazanych działek nastąpi do dnia 31 grudnia 2010 r., nie licząc oczywiście innych 14 działek wyłączonych z umownego terminu przekazania, które mają być udostępniane w okresie od dnia 28 lutego 2010 r. do dnia 31 lipca 2010 r.).

Tym samym skarżone postanowienie nie tylko pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego - umową o roboty budowlane, **naruszając bezwzględnie wiążący przepis art. 647 k.c.**, ale jest również niezgodna z ogólnymi przepisami o zobowiązaniach umownych oraz poprzez fakt uwzględnienia jedynie potrzeb Zamawiającego, z pominięciem interesu prawnego wykonawcy, **pozostaje w sprzeczności z art. 353[1] k.c.** Zamawiający, **korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa oraz niezasadnie różnicuje pozycję stron na niekorzyść Protestującego, co jest niezgodne z zasadą równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.**

Kwestionowanym unormowaniom należy też postawić zarzut pozostawania w sprzeczności z ekwiwalentnością świadczeń Zamawiającego i wykonawcy oraz zasadą równoważności interesów stron umowy wzajemnej. Protestujący wskazuje przy tym na istniejące orzecznictwo w zakresie przez niego podnoszonym. I tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 8 października 2004 r. (sygn. akt V CK 670/2003, LexPolonica nr 386378, OSNC 2005/9, poz. 162) stwierdził, że *postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać ekwiwalentności świadczeń.* Niesporne jest, że umowa o zamówienie publiczne ma charakter umowy wzajemnej i jako taka powinna odpowiadać uregulowaniom art. 487 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Podnieść należy również, iż **w omawianym przypadku może dojść do unormowanej w art. 387 § 1 k.c. pierwotnej niemożliwość świadczenia**. Mając bowiem na względzie zakres zobowiązania Zamawiającego do przekazania placu budowy w całości i terminu na ukończenie, przyjąć trzeba, iż z praktycznego punktu widzenia niemożliwe jest dochowanie wskazanego terminu. Tym samym mamy w tym przypadku do czynienia ze świadczeniem niemożliwym, zaś świadczenie dłużnika będące przedmiotem danego zobowiązania musi być oczywiście możliwe do spełnienia. Zasada swobody kształtowania treści umowy nie sięga tak dalece, by zezwalać stronom na zaciąganie zobowiązań niemożliwych do realizacji. **Według art. 387 § 1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna**. Niemożliwość świadczenia, która powoduje nieważność umowy, musi być pierwotna, a świadczenie musi być obiektywnie

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

niemożliwe do spełnienia, jak ma to miejsce w przypadku obowiązku dotyczącego ukończenia Projektu budowlanego i uzyskania ostatecznej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę. Zważyć należy, że przepis art. 387 § 1 kodeksu cywilnego odnosi się także do sytuacji, gdy wykonanie świadczenia jest wprawdzie możliwe, ale pociągałoby takie koszty, nakłady i starania, jakich w konkretnej sytuacji nie można od dłużnika wymagać (niemożliwość gospodarcza), a więc niemożliwości uzasadnionej względami racjonalności ekonomicznej. Zgodnie zaś z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 2 czerwca 2004 r. (sygn. akt IV CK 400/2003, LexPolonica nr 367044): *Zastrzeżenie w umowie obowiązku spełnienia określonego świadczenia przez jedną ze stron umowy, w sytuacji istnienia zobiektywizowanego stanu niepewności co do realnej możliwości jego wykonania, może w okolicznościach konkretnej sprawy świadczyć o bezprawności zachowania tej strony jako sprzecznego z zasadami współżycia społecznego i stanowić delikt.* Pogląd powyższy podziela również UZP. Zgodnie bowiem z postanowieniem Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 grudnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2913/06, LexPolonica nr 1985461): *Stosownie do art. 387 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.* Tak też w wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-64/06, LexPolonica nr 407337): *Biorąc pod uwagę art. 387 k.c. w związku z art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych umowa o świadczenie niemożliwe jest nie ważna. Umowa może być dotknięta nieważnością (bezwzględną), jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest niemożliwe do wykonania (patrz Komentarz tom I do art. 387 k.c. pod red. Pietrzykowskiego; Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999 r.).*

Mając powyższe na względzie **Protestujący wnosi o wydłużenie Czasu na Ukończenie do dnia 31.08.2013, tak aby uchylić niepewność co do realnej możliwości dochowania terminu na ukończenie oraz stan braku ekwiwalentności świadczeń i nieuprawnione korzystanie przez zamawiającego z silniejszej pozycji gospodarczej przejawiające się w narzuceniu niemożliwych do spełnienia świadczeń.**

II. Ponadto w Formularzu Oferty oraz w Formularzu 2.1 – Załącznik do Oferty (Dane Kontraktowe), jak również Tomie I Instrukcji dla Wykonawców wraz z Formularzami, rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW), a także w Formularzu Umowy Zamawiający nakłada na wykonawcę również obowiązek zapewnienia przejezdności budowanej drogi ekspresowej na czas trwania finałowego turnieju mistrzostw Europy w piłce nożnej UEFA EURO 2012. W tym zakresie Zamawiający postanawia:

Wykonawca zorganizuje i przeprowadzi roboty w taki sposób aby zapewnić zrealizowanie „kamienia milowego" określającego konieczność – na czas trwania finałowego turnieju mistrzostw Europy w piłce nożnej UEFA EURO 2012 począwszy od dnia 31.05.2012 – oddania do ruchu jezdni głównych (po dwa pasy ruchu w każdym kierunku) zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi.

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

Jednocześnie w klauzuli 8.7 Szczególnych Warunków Kontraktu Zamawiający wprowadza również **karę umowną *z tytułu niewykonania kamienia milowego, określającego konieczność – na czas trwania finałowego turnieju mistrzostw Europy w piłce nożnej UEFA EURO 2012, począwszy od dnia 31.05.2012 roku – oddania do ruchu jezdni głównych (po dwóch pasach ruchu w każdym kierunku zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno – budowlanymi w wysokości 0,03% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1, za każdy dzień zwłoki***. Tymczasem **kara umowna za przekroczenie Czasu na Ukończenie została przez Zamawiającego określona w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, co czyni karę w wysokości 0,03% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za nierównomierną i nieuzasadnioną stopniem zawinienia wykonawcy oraz pozostającą w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami.**

Biorąc pod uwagę zapisy kontraktu, jak również skarżone powyżej postanowienia w zakresie przekazywania Placu Budowy, **powyższy wymóg niezasadnie skraca przewidziany Czas na Ukończenie. Zgodnie z warunkami kontraktu i obowiązującymi przepisami w zakresie dróg publicznych, budowy autostrad oraz prawa budowlanego, oddanie obiektu do użytkowania (odcinka drogi ekspresowej) wymaga pozyskania odpowiednich zgód, opinii i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Ponadto narzucane rozwiązanie niezasadnie przerzuca na Wykonawcę ryzyko eksploatacji przed wydaniem Świadectwa Przejęcia.**

Ocena zgodności z prawem czynności Zamawiającego w omawianym zakresie każe odwołać się do kryteriów oceny wynikających z przepisów art. 5, art. 58, a w szczególności art. 353[1] k.c., który statuuje zasadę swobody umów. I tak strony mogą ułożyć stosunek prawny wedle własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie Protestującego kwestionowane zapisy stanowią rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym, co należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353[1] k.c. i co w konsekwencji może prowadzić do nieważności umowy o zamówienie publiczne zgodnie z normą wyrażoną w art. 58 k.c. Wskazać również należy, że skarżone postanowienie narusza także art. 5 k.c., zgodnie z którym *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.*

Należy wobec tego uznać, że **umowa jest niezgodna z art. 353[1] k.c., zaś Zamawiający korzysta ze swojego prawa do narzucenia treści umowy w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.)**.

Ponadto z całą stanowczością podnieść należy, iż również **we wskazanym przypadku może dojść do unormowanej w art. 387 § 1 k.c. pierwotnej niemożliwość świadczenia omówionej obszernie powyżej**.

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

Kwestionowane postanowienie **pozostaje również w sprzeczności z istotą umowy o roboty budowlane oraz w rozumieniu szerszym – z naturą stosunku zobowiązaniowego**. W umowie tej ocenie podlega bowiem końcowy efekt prac wykonawcy – roboty budowlane. Zatem wprowadzanie pośrednich, wyodrębnionych czasowo i pod względem odpowiedzialności etapów inwestycji, jak chociażby kwestionowane wydzielenie pod względem czasowym działań odnośnie „kamienia milowego", co wymaga od wykonawcy pozyskania przed faktycznym terminem na ukończenia dzieła odpowiednich zgód, opinii i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, pozostaje w sprzeczności z istotą zobowiązania o roboty budowlane (art. 647 k.c.). Tego rodzaju ułożenie stosunku prawnego nie jest więc także zgodne z naturą zobowiązania, naruszając tym samym normę art. 353^1 k.c.

Ponadto powyższe, zważywszy na możliwość kumulacji kar, brak określenia jej maksymalnej wysokości i naliczanie w razie braku jakiejkolwiek szkody po stronie Zamawiającego szkody, pozostaje w jawnej sprzeczności z zasadą równoważności interesów stron umowy wzajemnej. W opinii Protestującego takie ukształtowanie kary umownej, gdzie nie określono górnego limitu naliczania kar, odnosząc je do Zaakceptowanej Kwoty Kontaktowej brutto, może w praktyce prowadzić do naliczenia kary w nieograniczonej wysokości, a więc rażąco wygórowanej, znacznie odbiegającej od ewentualnego stopnia zawinienia wykonawcy i wysokości szkody Zamawiającego. Kara ta będzie mogła być naliczana nawet wówczas, gdy po stronie Zamawiającego w ogóle nie powstanie szkoda, a więc będzie stanowiła bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego. **Bez wątpienia pozostaje to w sprzeczności z ukształtowaną w kodeksie cywilnym funkcją kary umownej, która stanowi surogat odszkodowania, a więc narusza normę art. 483 § 1 k.c. oraz art. 471 k.c.** Funkcją kary umownej jest bowiem dyscyplinowanie wykonawcy i ułatwienie dochodzenia naprawienia szkody przez Zamawiającego. Wysokość kary nie może być jednak oderwana od potencjalnej szkody Zamawiającego. Brak górnego limitu kar prowadzi do niewspółmiernego z wysokością ewentualnej szkody naliczenia kwoty kar, co następnie może prowadzić do sądowego miarkowania kar. Jest to więc ryzyko dla obu stron kontraktu. Należy wobec tego uznać, że umowa w tym zakresie jest niezgodna z art. 353^1 k.c., zaś Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swoje silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.

Twierdzenia Protestującego znajdują potwierdzenie w ugruntowanej praktyce orzeczniczej odnośnie kar umownych. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07) orzeczono, że *W zakresie zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych Zespół Arbitrów zauważa, iż zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, kompensacyjny a nie prewencyjny jako silny środek oddziaływania na niesolidnych wykonawców, zapewniający należyte wykonanie umowy. Należy pamiętać, że rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353^1 w zw. z art. 58 par. 1 k.c.).* Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 maja 2007 r.

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

(sygn. akt I CSK 484/2006, LexPolonica nr 1765137, OSNC 2008/B, poz. 34) stwierdzono: *Nie jest dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej.* Analogicznie wypowiedział się również Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90, LexPolonica nr 311763, OSAiSN 1991/4, poz. 20, str. 30): *Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art. 58 k.c.) oraz wykonywania praw podmiotowych (art. 5 k.c.).* Również w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 17 marca 1988 r. (sygn. akt IV CR 58/88, LexPolonica nr 319962) orzeczono: *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.*

Zatem Protestujący domaga się wykreślenia wskazanego postanowienia o karze umownej z tytułu niewykonania kamienia milowego lub usunięcia wskazanych powyżej postanowień normujących zapewnienie zrealizowania „kamienia milowego" w terminie do dnia 31 maja 2012 r.

III. W uwzględnieniu uzasadnienia zarzutu podniesionego w pkt II powyżej Wykonawca domaga się również wykreślenia w klauzuli 8.7 Szczegolnych Warunków Kontraktu pkt d) w całości.

Skarżone zapisy naruszają również statuowaną przez art. 7 ust. 1 naczelną zasadę Prawa zamówień publicznych, która nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak stwierdzono bowiem w wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 13 sierpnia 2003 r. (sygn. UZP/ZO/0-1221/03, *Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie* 2003/3, poz. 9) stwierdzono: *Należy wskazać, że do naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych należą: zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Omawiane zasady jako ogólne w zakresie udzielania zamówień obejmują wszelkie czynności Zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także zapisów SIWZ. Ustalone przez Zamawiającego warunki określone w SIWZ powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia - nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji dostawców. Każde odstąpienie od naczelnych zasad udzielania zamówień poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. W spornej sprawie Zespół Arbitrów podzielił zarzuty Odwołującego. Bezspornym jest fakt, że Zamawiający ma prawo stosować w SIWZ kryteria pozwalające dokonać mu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże ta swoboda nie*

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

może być niczym nie ograniczona. Strony bowiem, układając przyszły stosunek prawny, muszą pamiętać o celu i jego treści oraz o podstawowej zasadzie określonej w art. 5 k.c. „współżycia społecznego". Stosownie do treści art. 72 ust. 1 cytowanej ustawy do umów w zakresie zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego i postępowania cywilnego. Kwestionowany załącznik obejmuje projekt przyszłej umowy z dostawcą. W projekcie tym znajdują się niedozwolone zapisy. Do takich postanowień umowy należy zaliczyć wyraźną dysproporcję, gdy chodzi o wartość świadczeń. W konkretnym przypadku zastosowanie kary umownej w wysokości 5% za dzień i 1825% w skali roku, przy jednoczesnym żądaniu od dostawcy obniżenia odsetek ustawowych za zwłokę płatności Zamawiającego, potwierdza tę niedozwoloną dysproporcję. Sprzeczność celu umowy z zasadami współżycia społecznego powoduje bezwzględną nieważność dokonanej czynności prawnej (art. 353[1] w związku z art. 58 § 1 k.c.).

Ponadto skarżony niniejszym protestem kształt warunków umowy jest niezgodny z ugruntowanym stanowiskiem orzeczniczym UZP w tym zakresie. W wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 6 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2430/06, LexPolonica nr 1956510) stwierdzono na przykład: *Umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale i wykonawców.* Tymczasem umowa narzucana przez Zamawiającego nie czyni zadość temu wymogowi.

Protestujący podnosi, że Zawarcie umowy o zamówienie publiczne poprzedza ciąg czynności (oświadczeń woli uczestników postępowania) składających się na postępowanie w trybie wybranym przez zamawiającego, w toku którego strony te uzgadniają wszystkie postanowienia umowy. Zawarcie samej umowy następuje w późniejszym czasie. Wymaga to od zamawiającego i oferenta zgodnej woli zawarcia umowy na warunkach ustalonych w toku postępowania o zamówienie publiczne, co w praktyce, z uwagi na formę pisemną umowy o zamówienie publiczne, następuje z chwilą złożenia podpisów na dokumencie umowy. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem jej szczególnych warunków, w tym przypadku umowy o roboty budowlane, może podlegać modyfikacjom, tak by stworzyć treść umowy akceptowalną dla obu stron stosunku zobowiązaniowego. Dlatego też Protestujący zwraca uwagę na fakt, iż obecna treść projektu zwiera w jego ocenie warunki, które stwarzają niekorzystną dla niego sytuację, a ponadto pozostają w sprzeczności ze wskazanymi powyżej bezwzględnie obowiązującymi przepisami.

Istotą zamówień publicznych jest racjonalne oraz celowe wydatkowanie środków publicznych, Zamawiający nie może więc poprzez określanie warunków udziału w postępowaniu doprowadzić do sytuacji w której podmiot, przedstawiający najkorzystniejsza ofertę spełniającą wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarazem dający rękojmie należytego wykonania, nie otrzymuje zamówienia.

Protestujący podnosi, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia

Jędrzejewska Anna

BILFINGER BERGER
Budownictwo

publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane w art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w Prawie zamówień publicznych, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem Ustawy. Jeżeli więc Zamawiający nie usunie wad wskazanych w niniejszym proteście, wybór oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji wybór taki nie mógłby prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

Mając na uwadze przytoczoną argumentację, niniejszy protest zasługuje na uwzględnienie i wnoszę jak w treści niniejszego protestu.

Proszę o potwierdzenie drogą faksową na nr faksu 0-22 24-43-541 wpływu niniejszego protestu do Zamawiającego.

Jędrzejewska Anna

W załączeniu:

- KRS Protestującego;
- Kopia pełnomocnictwa