

Kielce, 30.04.2009 r.

**Wykonawcy  
uczestniczący w postępowaniu**

Znak: AK.ZP/B/241/2/2009

**INFORMACJA O PROTEŚCIE**

Dotyczy: *postępowania nr AK/ZP/B/241/2/09 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację inwestycji: „Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach”.*

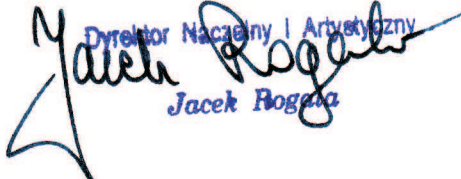
Filharmonia Świętokrzyska im. O. Kolberga w Kielcach informuje o wniesieniu protestu przez firmę HOCHTIEF Polska Sp. z o.o. ul. Elbląska 14 01-737 Warszawa Oddział w Poznaniu, Aleja Niepodległości 6, 60-967 Poznań, dotyczącego postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ( załączników nr 6b i 6 c).

Zgodnie z art. 181 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (j.t. Dz.U.07.223.1655 ze zm.), przekazujemy kopię protestu.

Jednocześnie Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

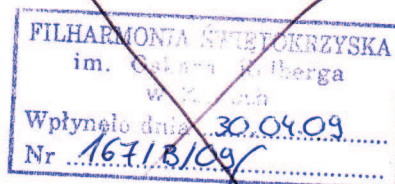
Uczestnikami w/w postępowania stają się Wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania do upływu terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, tj. do dnia **02.05.2009 r.**

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazuje swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Zamawiającego przekazując jednocześnie jego kopię Wykonawcy wnoszącemu protest.

  
Dyrektor Naczelny i Artystyczny  
Jacek Rogala

**HOCHTIEF****POLSKA**

**FILHARMONIA ŚWIĘTOKRZYSKA**  
**Im. O.Kolbergera w Kielcach**  
**Plac Stanisława Moniuszki 2 B**  
**25-334 KIELCE**

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU****Dyrekcja Oddziału**

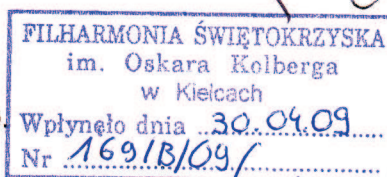
al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 1

**Protestujący :** HOCHTIEF Polska Sp. z o.o.  
ul. Elbląska 14  
01-737 Warszawa  
Adres do korespondencji  
HOCHTIEF Polska Sp. z o.o.  
Oddział w Poznaniu  
Al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań



**Zamawiający :** Filharmonia Świętokrzyska  
Im. O.Kolbergera w Kielcach  
Plac Stanisława Moniuszki 2 B  
25-334 KIELCE

**Dotyczy :** Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach – 2009/S 74-107100 Znak AK.ZP/B/241/2/2009

### PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w imieniu HOCHTIEF Polska Sp. z o.o składam niniejszym protest wobec czynności Zamawiającego –Filharmonię Świętokrzyską im. O Kolbergera w Kielcach - podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie nieograniczonym na: Budowę Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach - 2009/S 74-107100 Znak AK.ZP/B/241/2/2009 polegającej na sporządzeniu Załączników nr. 6b i 6c do SIWZ przez Zamawiającego.



EN ISO 9001:2000  
Certificate No.: FS 29825

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przy sporządzaniu „Załączników nr. 6b i 6c do SIWZ” następujących przepisów prawa :

- 1) art.2 punkt 13 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez takie ukształtowanie stosunków umownych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, które umożliwiałoby wstrzymywanie wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy
- 2) art. 7 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez takie ukształtowanie stosunków umownych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, które narusza zasadę uczciwej konkurencji.
- 3) art. 14 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez takie ukształtowanie stosunków umownych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, które jest sprzeczne z przepisami Kodeksu Cywilnego i Prawa Zamówień Publicznych
- 4) art. 29 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak istotnych zapisów umowy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.
- 5) art. 139 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez takie ukształtowanie stosunków umownych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, które jest sprzeczne z przepisami Kodeksu Cywilnego i Prawa Zamówień Publicznych
- 6) art. 144 Ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez naruszenie zakazu zmian postanowień umowy w stosunku do oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.
- 7) art. 353' Kodeksu Cywilnego poprzez takie ukształtowanie stosunku prawnego, które jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, naturą stosunku prawnego oraz społeczno-gospodarczym celem umowy.
- 8) art. 471 Kodeksu Cywilnego poprzez takie ukształtowanie stosunku prawnego, które zobowiązuje Wykonawcę do ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności od niego niezależne.
- 9) art. 387 Kodeksu Cywilnego takie ukształtowanie stosunku prawnego, które zobowiązuje Wykonawcę do świadczenia niemożliwego
- 10) art. 647 i 647<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego poprzez takie ukształtowanie stosunków umownych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, które jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu Cywilnego i Prawa Zamówień Publicznych.



W związku z powyższym Protestujący wnosi o :

1) uwzględnienie protestu w całości i dostosowanie „Załącznika 6b i 6c do S/WZ- do poniższych żądań Protestującego:

Załącznik 6 b

- a. Wykreślenia w art. II punktu 5 w całości lub takie jego przeredagowanie, aby treść zapisu odpowiadała przepisom obowiązującego prawa.
- b. uzupełnienia art. IV punkt 3 o następujący zapis: „wstrzymania robót lub przerw w wykonywaniu robót powstałych na skutek okoliczności lub zdarzeń, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca”.
- c. Wykreślenia w art. VI punkt 2 wyrażenia „bez zastrzeżeń” i wpisanie na końcu „Wykonawca nie odpowiada za błędy, braki lub pominięcia przekazanej dokumentacji projektowej, których pomimo zachowania należytej staranności nie wykrył.”.
- d. uzupełnienia art. IX o punkt 6 o następującej treści : „zapłata za należycie wykonane i odebrane roboty.”
- e. Wykreślenia art. XIII punkt 5 w całości
- f. Wykreślenia art. XIV punkt 4 w całości i wpisanie zamiast niego co następuje : „Za datę dokonania odbioru uważa się dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, o ile odbiór został dokonany.”
- g. Wykreślenia w art. XIV punkt 2 w całości.
- h. Wykreślenia w art. XVIII punkt 5 i 6 „0,5%” i wpisanie „0,1%”
- i. Wykreślenia w art. XVIII punkt 7 „0,2% wynagrodzeni brutto przewidzianego niniejszą umową ...” i wpisanie „0,1% wynagrodzenia brutto za element, w którym wystąpiła wada...”
- j. Wykreślenia w art. XVIII umowy punktu 9 w całości i wpisanie „Limit kar z tytułu niniejszej umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto.”
- k. Wykreślenia art. XIX punkt 1 podpunkt 3 w całości
- o. Uzupełnienia art. XVI o podanie kwot dla poszczególnych ubezpieczeń.

Załącznik 6 c

- p. Zmiany w art. 24. punkt 7.1 z „10 lat” na „5 lat” i w punkcie 7.2 z „5 lat” na „2 lata”

### UZASADNIENIE

W dniu 17 kwietnia 2009 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o w/w zamówieniu dotyczące postępowania przetargowego na :

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 3



EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825

„Budowę Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach 2009/S 74-107100 - Znak AK.ZP/B/241/2/2009”. W tym też dniu Protestujący powziął wiadomość o naruszeniach przepisów obowiązującego prawa przez Zamawiającego dokonanych przy opracowywaniu Załączników 6b i 6c co skutkuje koniecznością wniesienia niniejszego protestu.

Zgodnie z art. 180 punkt 3 protest dotyczący specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Protestujący wnosząc w dniu dzisiejszym ten protest dochował tegoż terminu.

Zdaniem Protestującego postanowienia zawarte w Załączniku nr. 6b i 6c do SIWZ oraz rażąco naruszają przepisy obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej prawa w podany poniżej sposób:

## **1. Ad punkt 1 a)**

Sąd Najwyższy w wyroku z 13.01.2004 roku sygn. Akt. V CKN 97/03 wyraźnie stwierdził „Zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, jest nieważną czynnością prawną. Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy de facto umożliwiają cesję umowy o zamówienie publiczne na bliżej niezidentyfikowany podmiot zwany Inwestorem Zastępczym, na który to Zamawiający ceduje swoje uprawnienia wynikające z umowy tym samym naruszając przepis art. 144 PZP.

Zamówienie publiczne jest, bowiem umowa między Zamawiającym a Wykonawcą, zawierana na podstawie i w ramach Ustawy. Ustawa określa też, kto jest Zamawiającym oraz jakie są jego prawa i obowiązki z niej wynikające, oraz kto jej podlega jako Zamawiający. Zatem utrzymanie zapisu art.II punkt 5 wzoru umowy w dotychczasowym, oprotestowanym brzmieniu skutkowałoby możliwością podejmowania przez Zamawiającego działań niezgodnych z prawem, co potwierdza też w/w orzecznictwo,

W związku z powyższym wniosek Protestującego o wykreślenie lub zmianę tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

## **2. Ad punkt 1 b)**

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 4



EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825

Należy zaznaczyć, iż w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych Zamawiający sam ustala wzorzec umowy, ale przy jego ustalaniu nie ma on pełnej swobody i musi on określić treść tego wzorca w sposób zgodny z ogólnymi zasadami określonymi dla danego rodzaju umowy w kodeksie cywilnym. Obowiązek stosowania kodeksu cywilnego przy ustalaniu treści SIWZ w tym treści wzoru umowy nakłada na niego art. 14 PZP oraz 139 PZP. Zamawiający nie może więc określać warunków umowy w sposób krzywdzący Wykonawcę, w tym obciążający go nadmiernym ryzykiem, za które nie ponosi on odpowiedzialności zgodnie z kodeksem cywilnym. Takie działania Zamawiającego stanowią nadużycie prawa i nie podlegają ochronie.

Wprowadzenie wnioskowanego przez Protestującego zapisu ma na celu ochronę Wykonawcy przed następstwami zdarzeń, na które nie ma wpływu i za które nie może odpowiadać. Należy wyraźnie podkreślić, iż zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik nie odpowiada za niewykonanie zobowiązania na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Wykonawca nie może odpowiadać za działania np. zatrudnionych przez Zamawiającego w trybie art. 11 szczegółowych warunków tzw. innych wykonawców. Tak sformułowany przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie w/w artykułu kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku w taki sposób, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie korzysta z ochrony tym samym za nadużycie pozycji Zamawiającego należy uznać brak proponowanego przez Protestującego zapisu.

W związku z powyższym wniosek Protestującego o uzupełnienie tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

### 3. Ad punkt 1 c)

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (wyrok SN z dn. 27.03.2000r., III KKN 629/98, OSNC 2000/9/173) stanowiącym, iż: "Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651k.c.)". Oczywiście jest, iż w myśl

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 5



EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825

obowiązujących przepisów Wykonawca nie może ponosić ryzyka błędów, pominięć braków projektowych, których, mimo zachowania należytej staranności, nie mógł przewidzieć jako trudniący się profesjonalnie wykonywaniem robót budowlanych a nie projektowaniem.

Dodatkowo należy wskazać na art. 355 § 1 k.c., z którego wynika wprost, że należyta staranność Wykonawcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, który to charakter powoduje, że działalność ta z natury rzeczy obejmuje mniejszą wiedzę z zakresu projektowania u Wykonawcy robót budowlanych niż u profesjonalnego Projektanta, który tenże projekt dla Zmawiającego sporządził.

Podnieść z całą stanowczością należy, iż takie uregulowanie stosunków umownych stawia Zamawiającego w uprzywilejowanej pozycji względem Wykonawcy, co jest niedopuszczalne. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny "Zachowanie Zamawiającego nie może zaburzać równości stron stosunku cywilnoprawnego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może również stawiać siebie w uprzywilejowanej pozycji względem Wykonawców, byłoby to przejawem zaburzenia tej równości" [tak "Prawo zamówień publicznych - komentarz, G. Wicik JP. Wiśniewski, wyd. C.H. BECK, W-wa 2007" do art. 7 Ustawy]

W związku z powyższym wniosek Protestującego o uzupełnienie i wykreślenie części tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

#### 4. Ad punkt 1 d)

Jednym z zasadniczych obowiązków Inwestora wynikającym z art. 647 kodeksu Cywilnego jest zapłata umówionego wynagrodzenia Wykonawcy, z którym wiąże Inwestora umowa. Obowiązek ten powstaje z chwilą odbioru. Z uwagi na treść powyższego zapisu zupełnie niezrozumiałym jest pominięcie tego podstawowego obowiązku Zamawiającego w umowie i to w paragrafie dotyczącym jego obowiązków.

Z uwagi na powyższe wniosek Protestującego o uzupełnienie tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

#### 5. Ad punkt 1 e)

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 6



EN ISO 9001 2000  
Certificate No. FS 29825

Podstawowym obowiązkiem Inwestora wynikającym z art. 647 kodeksu Cywilnego jest zapłata umówionego wynagrodzenia Wykonawcy, z którym wiąże Inwestora umowa. Obowiązek ten powstaje z chwilą odbioru Odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż potwierdza wykonanie zobowiązania wzajemnego i otwiera Wykonawcy prawo do żądania wypłaty wynagrodzenia. Kodeks Cywilny nie przewiduje możliwości wstrzymywania płatności na rzecz Wykonawcy, w sytuacji, gdy ten wykonał swe zobowiązanie względem Zamawiającego. Jak już to zostało wcześniej wskazane zachowanie Zamawiającego nie może zaburzać równości stron stosunku cywilnoprawnego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wstrzymywanie przez Zamawiającego płatności na rzecz Wykonawcy i uzależnianie wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od jakichkolwiek innych zdarzeń poza dokonaniem odbioru, czyli potwierdzenia wykonania zobowiązania wzajemnego jest pozbawione podstaw prawnych.

Wstrzymywanie zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy do czasu złożenia oświadczenia Podwykonawcy o zapłacie na jego rzecz wynagrodzenia może skutkować w przypadku Podwykonawców będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą; spółek cywilnych lub osobowych niemożliwością uzyskania pisemnego potwierdzenia zapłaty przez Wykonawcę na skutek różnych zdarzeń losowych takich jak śmierć, inna ciężka choroba itp. właściciela czy wspólników firm podwykonawczych. W takiej sytuacji Wykonawca nigdy nie uzyska lub uzyska z dużym opóźnieniem oświadczenie, które będzie go uprawniało do otrzymania wynagrodzenia. Takie uregulowanie stosunków umownych pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą jest niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> kodeksu cywilnego także Wykonawca jest solidarnie odpowiedzialny za zapłatę swym Podwykonawcom. Zaproponowany zapis jest więc kolejnym przykładem na nierówne traktowanie stron umowy.

Niezależnie od powyższego przedmiotowy zapis przerzuca na Wykonawcę ciężar prowadzenia inwestycji poprzez jej kredytowanie. Należy podkreślić, że Zamawiający wszczynając postępowanie o zamówienie publiczne musi posiadać zagwarantowane środki w budżecie na wykonanie takiego

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU****Dyrekcja Oddziału**al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 7

EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825



zamówienia. Wstrzymywanie wypłaty wynagrodzeń nie może być instrumentem finansowania wykonania zamówienia. Takie rozwiązanie narusza zasadę swobody umów i narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych wyrażoną w art. 2 punkt 13 PZP

Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 58 Kodeksu Cywilnego czynności prawne sprzeczne z ustawą bądź z zasadami współżycia społecznego są nieważne.

W związku z powyższym wniosek Protestującego o wykreślenie tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

## 6. Ad punkt 1 f i g)

Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku SN z 11 stycznia 2001 roku (IV CKN 150/00 – OSNC 2001/10/153) gdzie wyraźnie stwierdzono: „dla ustalenia, czy wykonawca wykonał swe zobowiązania zgodnie z umową nie można terminu ...spełnienia przez Wykonawcę świadczenia w odniesieniu do objętych sporem budynków utożsamiać z dniem podpisania protokołów odbioru tych budynków... Gdy zatem w akcie odbioru zostanie potwierdzone, że zgłoszony przez Wykonawcę obiekt został zrealizowany zgodnie z umową, za datę wypełnienia przez Wykonawcę swego zobowiązania należy uznać dzień zgłoszenia tego obiektu do odbioru.”

Zamawiający wyraźnie w sprzeczności do dokonanej przez Sąd Najwyższy wykładni uregulował kwestę daty odbioru, którą utożsamia on dopiero z chwilą usunięcia wad i to zgodnie z terminem przez niego wyznaczonym, niezależnie czy jest to technicznie możliwe, a więc w oparciu o arbitralną decyzję Zamawiającego, w tym zakresie.

Niedopuszczalnym jest również uzależnianie dokonania odbioru od uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie po pierwsze, dlatego, że zdaniem Protestującego taki obowiązek nie wynika wprost ze SIWZ ani warunków umowy. Po drugie jak już to zostało wskazane Wykonawca nie może odpowiadać za tzw. „indolencję urzędniczą” i „milczenie organów państwa” czyli okoliczności od niego niezależne, może co najwyżej odpowiadać za prawidłowe przygotowanie dokumentacji do pozwolenia na użytkowanie i z tego może być rozliczany. Po trzecie art. 57 prawa budowlanego nakłada na Inwestora obowiązek złożenia wniosku o

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 8



EN ISO 9001:2006  
Certificate No: FS 29825

udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, a art. 59 ust. 7 prawa budowlanego stanowi „Stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie Inwestor” to nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę skutkuje nieważnością tego zapisu umownego z mocy art. 387 § 1 k.c. skoro Wykonawca nie może być stroną w w/w postępowaniu.

W związku z powyższym wniosek Protestującego o wykreślenie tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

## 7. Ad punkt 1 h;ij)

Kary ustalone przez Zamawiającego we wzorze umowy należy uznać za rażąco wysokie. Poziom 0,5% ceny za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu umowy; 0,2% ceny za zwłokę w usunięciu wad, czy 0,5% wynagrodzenia przewidzianego dla danego elementu za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów bez ustanowienia limitu kar są wartościami na poziomie niespotykanym w obrocie gospodarczym i nie akceptowalnym dla podmiotów o trwałej pozycji w branży gwarantujących wykonanie i obsługę gwarancyjną dla Zamawiającego.

Miarą, która pozwala określić, czy kara umowna jest rażąco wygórowana jest rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela w związku, z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Mając powyższe na uwadze należy przyjąć, że w/w kary umowne są rażąco wygórowane i mogą spowodować uzyskanie przez Zamawiającego tytułem kar, kwoty nieadekwatnej do rzeczywiście poniesionej przez niego szkody. Jaką bowiem szkodę może ponieść Zamawiający w sytuacji popadnięcia w zwłokę przez Wykonawcę w wykonaniu poszczególnych elementów skoro termin końcowy zostanie dochowany? Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.03.1988 r. stwierdził wyraźnie, że : *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 kc )- prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela* (sygn. akt IV CR 58/88;). oraz w wyroku z dnia 25 maja 2005 roku o sygnaturze I CSK 484/06 „Nie jest dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej.”

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 9



EN ISO 9001 2000  
Certificate No. FS 29825

Należy wskazać, iż w tym przypadku odnoszenie wysokości kary za nie usunięcie wad do wartości wynagrodzenia za całość umowy, a nie do wartości elementu, w którym wystąpiła wada jest bezpodstawne i w sposób rażąco narusza art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, który określając granice swobody umów nakazuje, aby ich treść nie sprzeciwiała się naturze stosunku oraz zasadom współzycia społecznego, które nawiązują do koncepcji tzw. słuszności kontraktowej – równej pozycji stron umowy, przestrzegania zasad lojalnego, opartego na zaufaniu postępowania wobec kontrahenta również na etapie kształtowania treści umowy [ tak komentarz H.C Beck pod redakcją K. Pietrzykowskiego strona 670].

Takie ukształtowanie wzoru umowy niezgodne jest również z art. 353<sup>1</sup> kc, który określając granice swobody umów nakazuje, aby treść nie sprzeciwiała się po pierwsze ustawie po drugie naturze stosunku po trzecie zasadom współzycia społecznego. Natomiast ukształtowanie stosunku umownego w sposób obciążający tylko jedną ze stron nieuzasadnionym ryzykiem, które swe źródło może mieć w przyczynach niezawinionych przez tą stronę jest sprzeczne prawem jak i z zasadami współzycia społecznego.

Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 58 Kodeksu Cywilnego czynności prawne sprzeczne z ustawą bądź z zasadami współzycia społecznego są nieważne.

Zgodnie z art.14 PZP i art. 139 PZP Zamawiający ustalając wzór umowy musi stosować przepisy kodeksu cywilnego, co oznacza, że nie może on wprowadzać do niego zapisów sprzecznych zarówno z postanowieniami kodeksu cywilnego lub też zapisów mających na celu uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści majątkowych kosztem Wykonawcy. Celem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja określonego celu społecznego, w tym przypadku robót budowlanych polegających na budowie Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach, a nie uzyskiwanie korzyści z tytułu kar umownych.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. XVIII punkt 2 umowy Zamawiający/Inwestor zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych. Z uwagi na powyższe nie ma ani podstaw prawnych, ani potrzeby do ustalania kar umownych w tym zakresie w rażąco wygórowanej wysokości a

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 10



EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825

ustanowienie limitu wprowadza rozsądną granicę wzbogacenia się Zamawiającego niezależnie od rzeczywiście poniesionej szkody.

Żądanie kar w sytuacji odstąpienia od umowy jest rażącym naruszeniem bezwzględnie obowiązującego art. 395 par 2 który wyraźnie stanowi że : „W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą, a więc powstaje sytuacja w której umowy pomiędzy stronami nie ma. W związku z tym zastrzeżenie w umowie że postanowienia dotyczące kar umownych pozostają w mocy są nieważne i dzielą los prawny umowy, której z uwagi na odstąpienie umowy nie ma i to z mocą wsteczną. Ten pogląd Protestującego jest podzielany w najnowszym orzecznictwie cytowanym niżej:

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 03.07.2008 sygn. akt V ACa 199/08

„Instytucja odstąpienia od umowy stanowi wyjątek od zasady, iż strony są umową związane i żadna z nich nie może jej jednoznacznie zniweczyć. Odstąpienie od umowy ma moc wsteczną, powoduje nie tylko wygaśnięcie umowy ale powrót do stanu jaki istniał przed jej zawarciem -skutek ex tunc (art. 395 § 2 k.c.)

Obowiązek świadczenia kary umownej ma charakter akcesoryjny wobec zobowiązania głównego. Zgodnie, więc z regułą accessorium sequitur principale roszczenie o karę umowną dzieli los zobowiązania głównego, a zatem w sytuacji, gdy nie istnieje prawnie obowiązek świadczenia głównego, nie istnieje też obowiązek zapłaty kary umownej z nim związanej, zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. W sytuacji, gdy dłużnik nie ma obowiązku danego świadczenia w wyniku odstąpienia od umowy, występuje stan prawny, taki jakby umowa nigdy nie była zawarta, sytuacja prawna wraca do stanu sprzed zawarcia umowy, nie można mówić o utrzymaniu obowiązku zapłaty kary umownej związanej z nienależytym świadczeniem zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu jego wykonania. Gdy nie ma prawnego obowiązku świadczenia, nie można mówić o nienależytym świadczeniu.”

Z uwagi na powyższe wniosek Protestującego o zmianę i wykreślenie części tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 11



EN ISO 9001:2000  
Certificate No. FS 29825

ODDZIAŁ  
W POZNANIU

Dyrekcja Oddziału

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 12

**8. Ad punkt 1 k)**

Proponowany przez Zamawiającego zapis umowny jest absurdalny. Powoduje on możliwość odstąpienia od umowy w przypadku wydania nakazu zajęcia majątku Wykonawcy bez podawania kwoty takiego zajęcia lub jego rzeczywistego wpływu na możliwość kontynuowania przez Wykonawcę realizacji umowy. Teoretycznie możliwym przecież jest dokonanie zajęcia np. na kwotę 1 zł co oczywiście nie wpływa w żaden sposób ani na kondycje finansową Wykonawcy ani na zdolność wykonania zamówienia. Zamawiającemu zaś daje prawo do odstąpienia od umowy z wszystkimi negatywnymi dla Wykonawcy skutkami tej czynności. Stanowi to rażące naruszenie zasady swobody umów i równego traktowania stron.

Z uwagi na powyższe wniosek Protestującego o wykreślenie części zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony

**9. Ad punkt 1 o)**

Artykuł 29 PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak podania kwoty ubezpieczeń, jakich będzie domagał się Zamawiający jest ewidentnym naruszeniem tego przepisu, wprowadza daleko idącą niepewność dla Protestującego i innych potencjalnych Wykonawców, polegająca niemożliwością określenia, w jakiej rzeczywiście wysokości ubezpieczenia będą się kształtować. Ma to niebagatelne znaczenie dla oceny ryzyka związanego z realizacją przedmiotu umowy jak i niemały wpływ na oszacowanie wartości i kosztów oferty.

Brak podania kwot ubezpieczenia w umowie może doprowadzić do sytuacji, w której jeśli jeden Wykonawca poweźmie na etapie ofertowym niniejszego postępowania mniej lub bardziej wiarygodną informację o tym, jakiej wysokości ubezpieczeń Zamawiający będzie rzeczywiście żądał od Wykonawców to w takim przypadku ów Wykonawca będzie w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych Wykonawców, którzy takiej informacji nie posiadają. Stosując tego typu zapisy zamawiający w

EN ISO 9001:2000  
Certificate No : FS 29825

sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji przewidziane w art. 7 PZP.

Z uwagi na powyższe wniosek Protestującego o uzupełnienie zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony.

#### 10. Ad punkt 1 p)

Zamawiający formułując takie długie okresy gwarancji i rękojmi wobec Wykonawcy żąda od niego rzeczy niemożliwych do spełnienia a zgodnie z art. 387 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość spełnienia żądania Zamawiającego polega na tym, że na większość elementów objętych gwarancją Wykonawca nie uzyska od producenta tak długich okresów gwarancji nie mówiąc już o rękojmii. Zamawiający nie może zadać rękojmi i gwarancji dłuższych niż to oferują producenci, gdyż tym samym uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia.

Z uwagi na powyższe wniosek Protestującego o zmianę tego zapisu umowy jest całkowicie uzasadniony

**ODDZIAŁ  
W POZNANIU**

**Dyrekcja Oddziału**

al. Niepodległości 6  
60-967 Poznań  
tel: +48 61 85 92 234  
fax: +48 61 85 23 706

29.04.2009

PE 754

Strona 13

**W imieniu Hochtief Polska Sp. z o.o.:**



**Mariusz Żarek**  
Prokurent  
Oddział w Poznaniu



EN ISO 9001 2000  
Certificate No. FS 29825