

Przedsiębiorstwo inżynierii - Budowlane



Przedsiębiorstwo Inżynierii - Budowlane

"MILBUD" Sp. z o.o.

65-735 Zielona Góra, ul. Batorego 69A, NIP 929-011-21-36

tel./fax 068 322 71 55, e mail: milbud4@wp.pl

URZĄD MIEJSKI

w Nowogrodzie Bobrzańskim

Wpłynęło dn. 29.04. 2009

Nr 1928 z zał.

Inspektor *[Podpis]*

Zielona Góra, dnia 29 kwietnia 2009 r.

Zamawiający:**Nr Rej. 43/K/09****Gmina Nowogród Bobrzański****ul. Słowackiego 11****66-010 Nowogród Bobrzański****Protestujący:****MILBUD Sp. z o.o.****ul. Batorego 69A****65-735 Zielona Góra****dotyczy sprawy nr ZP. 341-1/09****PROTEST**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację budynku Urzędu Miejskiego w Nowogrodzie Bobrzańskim – etap I

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 163 ze zm., zwanej dalej „ustawą”), niniejszym wnoszę protest **dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)** obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego na **modernizację budynku Urzędu Miejskiego w Nowogrodzie Bobrzańskim – etap I**

Protest dotyczy:

- 1) zapisu § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z treścią którego Wykonawca jest zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę

umowną za przekroczenie terminu wykonania zamówienia określonego w § 4 ust. 2 umowy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego określonego w § 2 ust. 1 umowy,

- 2) zapisów w tabelach „Zestawienie materiałów” stanowiących element zestawień RMS załączonych do SIWZ, w części dotyczącej rubryk „Grupa”, „Dostawca”, „Cena dostawcy”, „Rabat maksymalny” i „Rabat zastosowany”.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów art. 58 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez zamieszczenie we wzorze umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, postanowień naruszających ustawę oraz zasady współzycia społecznego a przez to nieważnych, jak również art. 25 ust. 1 ustawy - poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń zbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Podnosząc powyższy zarzut **wnoszę o wykreślenie lub zmianę zapisu § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy**, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, jak również **o wykreślenie rubryk „Grupa”, „Dostawca”, „Cena dostawcy”, „Rabat maksymalny” i „Rabat zastosowany” w tabelach „Zestawienie materiałów” stanowiących element zestawień RMS załączonych do SIWZ.**

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ogłoszona została na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 22.04.2009 r.; niniejszy protest jest wnoszony w dniu 29 kwietnia 2009 r., a więc w terminie przewidzianym w art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy.

UZASADNIENIE

I.

Jak wynika z § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną za przekroczenie terminu wykonania zamówienia określonego w § 4 ust. 2 umowy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, określonego w § 2 ust. 1 umowy.

W konsekwencji, wykonawca który opóźni się z realizacją zamówienia (nawet z przyczyn niezawinionych) **choćby o 1 dzień**, zobowiązany będzie do zapłaty

Zamawiającemu kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia określonego w § 2 ust. 1 umowy. Wprawdzie Zamawiający nie określił, czy podstawą obliczenia kary umownej będzie wynagrodzenie netto czy też brutto przysługujące wykonawcy, to przyjmując za punkt wyjścia chociażby wartość polisy ubezpieczeniowej wymaganej od wykonawców w SIWZ (co najmniej 500 tys. zł) uznać należy, że wysokość takiej kary może wynosić co najmniej 50 tys. zł.

Ustalenie kary umownej w tak rażąco wygórowanej wysokości czynniki omawiany zapis umowy nieważny na podstawie art. 58 kc, który to przepis ma zastosowanie również do umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy. Tego rodzaju regulacje prowadzą bowiem do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością, co pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353¹ kc (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1909/05- wyd. LEX). Poważne wątpliwości budzi również zgodność § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy z zasadami współżycia społecznego.

Stosując tego rodzaju karę Zamawiający naraża się z pewnością na zarzut przewidziany w art. 484 § 2 kc, dotyczący żądania miarkowania kary w przypadku, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wprawdzie przepisach brak jest kryteriów miarkowania kary, ale w orzecznictwie przyjmuje się, że mogą tu wchodzić w grę kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym) - wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt V CSK 55/2006 (LexPolonica nr 1631127).

Jest niemal pewnym, że - szczególnie w przypadku niewielkiego opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia - przewidziana kara umowna ulegnie redukcji w postępowaniu sądowym

Ponadto tego rodzaju konstrukcja jest wadliwa również z punktu widzenia interesu Zamawiającego, któremu zależy na terminowym wykonaniu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że po przekroczeniu terminu wykonania robót wysokość ustalonej kary umownej nie ulega zmianie bez względu na to, czy opóźnienie wynosić będzie dzień, czy

np. 3 miesiące. W rezultacie wykonawca, który uchybi terminowi, nie będzie potem zainteresowany jak najszybszym zakończeniem inwestycji, a Zamawiający nie będzie dysponował już żadnymi środkami „motywacyjnymi” w tym zakresie.

Z powyższych względów Protestujący wnosi o wykreślenie kwestionowanego zapisu z umowy, względnie o zmianę tego zapisu na wzór § 11 lit. b dotyczącego kar umownej za zwłokę w usunięciu wad lub usterek. Tego rodzaju zmiana z pewnością przyczyni się do zwiększenia zainteresowania przetargiem ze strony **odpowiedzialnych** wykonawców.

II.

W pkt 12 lit. n SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do sporządzenia kosztorysu ofertowego poprzez wypełnienie **wszystkich pozycji** przedmiarów robót oraz zestawienia RMS. Jednocześnie w tabelach „Zestawienie materiałów” stanowiących element zestawień RMS załączonych do SIWZ, zamieszczone zostały rubryki „Grupa”, „Dostawca”, „Cena dostawcy”, „Rabat maksymalny” i „Rabat zastosowany”, podlegające wypełnieniu przez wykonawców składających ofertę.

Tego rodzaju informacje uznać należy za całkowicie zbędne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Cena obowiązująca w przetargu ma bowiem charakter ceny ryczałtowej, która jest stała i niezmienna (pkt 12 lit. b) SIWZ), w związku z czym załączone do SIWZ przedmiary należy traktować wyłącznie jako materiał informacyjny, pozwalający na skontrolowanie, czy przy ustaleniu ceny ryczałtowej wykonawca nie pominął elementów podlegających wycenie. W tej sytuacji żądanie od wykonawców tak szeregowych informacji, jak oznaczenie dostawcy materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia, czy też wysokość uzyskanych rabatów, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Ponadto informacje te są najczęściej objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Stanowisko Protestującego znajduje potwierdzenie w treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, p. z. 2072 ze zm.). Paragraf 10 tego rozporządzenia określa bowiem informacje, które należy podać dla każdej pozycji przedmiaru robót; przepis ten nie przewiduje zamieszczenia w przedmiarze danych wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym przetargu.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców **wyłącznie** oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

A contrario, żądanie oświadczeń lub dokumentów zbędnych dla postępowania stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

załącznik: odpis KRS dot. MILBUD Sp. z o.o.

DIREKTOR HANDLOWY
~~Pełnomocnik Zarządu~~
Wacław Mundyk