



Sierakowice, 07.12.2009 r.

POIS/ZP/3/13/09

## WYKONAWCY

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę kanalizacji sanitarnej na odcinku Lemany – Gowidlino – Puzdrowo – Sierakowice w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej zlewni rzek Słupi i Łupawy w aglomeracji Sierakowice”

### Rozstrzygnięcie protestu

Protestujący:  
HOCHTIEF Polska sp. z o.o.  
Ul. Młynarska 8/12  
01-194 Warszawa

Oprotestowany:  
Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.  
Ul. Kartuska 12  
83-340 Sierakowice

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach, działając zgodnie z art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), informuje o rozstrzygnięciu protestu wniesionego na czynności Zamawiającego podjęte w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w Trybie przetargu nieograniczonego na Budowę kanalizacji sanitarnej na odcinku Lemany – Gowidlino – Puzdrowo – Sierakowice w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej zlewni rzek Słupi i Łupawy w aglomeracji Sierakowice”

### **Rozstrzygnięcie protestu jest następujące:**

#### **Oddala protest**

#### **UZASADNIENIE**

Zamawiający po wnikliwej analizie argumentacji Protestującego stwierdził, że :

1. Zamawiający uznaje za chybiony zarzut naruszenia przepisów art. 7, art. 22 ust. 2 art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 387 kodeksu cywilnego, którego to naruszenia protestujący dopatrywał się w określeniu w § 2 ust. 1 projektu umowy terminu wykonania przedmiotu umowy jako „od dnia przekazania terenu budowy do dnia 31.03.2011 roku”.

Zarzuty powołane w proteście odnośnie w/w zapisu projektu umowy sprowadzają się do zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz wystąpienia niemożliwości świadczenia po stronie wykonawców.

W ocenie Zamawiającego uszło uwadze Protestującego, że w każdym zamówieniu publicznym podanie w sposób ścisły konkretnie wskazanej poprzez określenie dnia daty rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy jest niemożliwe. Wynika to z okoliczności nie leżących po stronie Zamawiających, a związanych z możliwością przedłużenia procedury przetargowej poprzez wykorzystywanie przez oferentów środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie.

Wskazanie w stanowiącym załączniku do SIWZ projekcie umowy daty końcowej realizacji przedmiotu umowy wynika z wiążącej Zamawiającego umowy do dofinansowanie projektu, który ma być realizowany w ramach zamówienia publicznego, objętego niniejszym postępowaniem.

Określony w projekcie umowy termin wykonania przedmiotu umowy jest terminem jednakowym dla wszystkich oferentów.

Także zarzut Protestującego co do niemożliwości świadczenia i będącej jego konsekwencją nieważności umowy jest chybiony. Niemożliwość świadczenia w rozumieniu [art. 387](#) § 1 k.c. oznacza, że świadczenie jest niemożliwe do spełnienia obiektywnie, nie tylko zatem nie może go spełnić dłużnik, ale także żadna inna osoba. Skutki wymienionego w tym przepisie nie wywoła zatem niemożliwość subiektywną, istniejącą tylko po stronie dłużnika. Przy czym niemożliwość świadczenia określona w przepisie powołanym przez Protestującego jest tzw. niemożliwością pierwotną, która musi istnieć już w chwili zawarcia umowy. W kontekście oprotestowanego zapisu umowy brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że będą one skutkowały obiektywną pierwotną niemożliwością świadczenia tj. niemożliwością wykonania przedmiotu umowy przez jakiegokolwiek wykonawcę już w chwili zawarcia umowy.

2. Odnośnie zarzutu nie wprowadzenia w projekcie umowy w § 10 limitu kar umownych, godzi się zauważyć, że żaden przepis prawa nie nakłada tego rodzaju obowiązku na Zamawiającego.

Protestujący jako podstawę swojego zarzutu wskazał art. 5 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”.

Nie wskazał jednakże, którą z zasad współżycia społecznego narusza oprotestowany zapis projektu umowy. Ogólne powołanie się na art. 5 K.c. ma wyłącznie walor publicystyczny.

Należy podkreślić, że wykonawca obciążony karą umowną ma w każdym przypadku możliwość wystąpienia do sądu z żądaniem obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Tzw. miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie strony obciążonej karą należy do tzw. prawa sędziowskiego. Przepis ten mający charakter normy ogólnej. Może wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna jawi się będzie jako nieadekwatna.

Kodeks cywilny nie zawiera wskazówek co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki "rażąco wygórowanej kary", nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę jej zaistnienia, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu, uwzględniającemu okoliczności konkretnej sytuacji, z powodu której naliczono karę umowną.

Nie ma natomiast w niniejszym postępowaniu żadnych podstaw aby zastrzeżone kary z góry uznać za rażąco wygórowane.

Z tych względów jest oczywiste, że w toku wykonywania przedmiotu umowy w sytuacji, w której zostaną naliczone kary umowne, wykonawcy mają możliwość dochodzenia przed sądem obniżenia ich wysokości.

Dlatego też zarzut postawiony przez Protestującego jest chybiony.

### **POUCZENIE**

Zgodnie z **art. 184 ust. 1a** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Protestującemu od niniejszego rozstrzygnięcia nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, bowiem postępowanie niniejsze ma wartość mniejszą niż kwoty określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych