

**Dot.:** budowa boiska sportowego ze sztucznej nawierzchni przy Gimnazjum nr 2 w Swarzędzu

### **Rozstrzygnięcie protestu**

**Protestujący:** MASTERS Sp. z o. o.  
ul. Mickiewicza 21  
70-383 Szczecin

**Oprotestowany:** Gmina Swarzędz  
ul. Rynek 1  
62-020 Swarzędz

Gmina Swarzędz, działając zgodnie z art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163 z późn. zm.), informuje o rozstrzygnięciu protestu wniesionego wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Rozdziału 5: treści postanowień umowy.

Rozstrzygnięcie protestu jest następujące:

**I** protest zostaje uznany za zasadny w zakresie:

1. częściowo pkt 2 w zakresie zmiany §4 ust. 1 umowy – z pominięciem zdania pierwszego zaproponowanego przez Protestującego brzmienia tego postanowienia umowy i ze zmianą zdania drugiego
2. pkt 3 – zmiana §7 ust.1 ppkt h) umowy
3. częściowo pkt 5 w zakresie zmiany §13 ust. 4 umowy – poprzez dodanie do istniejącego postanowienia Umowy ostatniej części postanowienia zaproponowanego przez Protestującego
4. pkt 6 – zmiana §14 ust.3 umowy

**II** w pozostałej części protest zostaje oddalony.

## **Uzasadnienie**

W dniu 26 lipca 2007 r. Protestujący wniósł do Zamawiającego protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – treść projektu Umowy. Zamawiający po wnikliwej analizie treści zakwestionowanych przez Protestującego postanowień Umowy i po uwzględnieniu części jego argumentacji postanowił, co następuje.

### **I**

Zamawiający, przyznając rację niektórym z zarzutów Protestującego poniżej podaje, jakie zmiany wprowadza w tekście Umowy, stanowiącej Rozdział 5 SIWZ:

#### §4 ust. 1 Umowy

Do istniejącego postanowienia dodaje się:

„W razie przystąpienia do realizacji umowy z opóźnieniem wynikającym z nieterminowego przekazania przez Zamawiającego terenu budowy, Wykonawca nie ponosi żadnej (umownej, ustawowej) odpowiedzialności za nieterminową realizację robót z tego wynikającą”.

Nieuwzględnienie przez Zamawiającego zdania pierwszego zaproponowanego przez Protestującego podyktowane jest ochroną interesów Zamawiającego. W przypadku bowiem, gdyby zawrzeć pierwszą część zaproponowanego przez Protestującego zapisu, wówczas Wykonawcy przysługiwałoby uprawnienie do odstąpienia od umowy także w przypadku, gdyby nieterminowe przekazanie placu budowy nastąpiło z przyczyn, za które Zamawiający odpowiedzialności nie ponosi, co zdaniem Zamawiającego jest sytuacją niedopuszczalną. Wskazać jednak należy, iż dodany fragment „z tego wynikającą” podyktowany jest precyzyjnym wskazaniem sytuacji, w których Wykonawca nie będzie ponosił jakiegokolwiek odpowiedzialności, czy to umownej czy też ustawowej. Wskazać bowiem należy, iż nie zawarcie w przedmiotowym, zmodyfikowanym postanowieniu wskazanego powyżej zwrotu sugerowałoby, że wykonawca nie będzie ponosił jakiegokolwiek odpowiedzialności z tytułu nieterminowej realizacji robót, w sytuacji, gdy dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy nieterminowe przekazanie placu budowy następuje z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

#### §7 ust. 1 ppkt h) Umowy

Obecne brzmienie tego przepisu zmienione zostaje w następujący sposób, zgodnie z zaproponowaną przez Protestującego treścią:

„h) Przeprowadzenie na żądanie Zamawiającego i na jego koszt badań jakościowych w odniesieniu do wykonanych prac i zastosowanych przez Wykonawcę materiałów.”

#### §13. ust. 4 Umowy

W wyniku zaproponowanego przez Protestującego brzmienia przedmiotowego postanowienia, Zamawiający częściowo przychylił się do reprezentowanego przez niego stanowiska, w wyniku czego przepis postanowienia §13 ust. 4 Umowy będzie miał następujące brzmienie:

„4. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia wad i usterek na własny koszt, z wyjątkiem tych, za które nie ponosi odpowiedzialności, w najkrótszym możliwym terminie uwzględniającym techniczne możliwości ich usunięcia, jednak nie dłuższym niż w terminie określonym przez Zamawiającego pisemnie lub faksem.”

Takie stanowisko Zamawiającego podyktowane jest faktem, iż z przepisów prawa – przepisów kodeksu cywilnego wynika wprost, iż wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad i usterek, na własny koszt, za które ponosi odpowiedzialność. Oczywistym jest natomiast, że wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności, i jej nie ponosi, w sytuacji, gdy wady lub usterki wynikły z właściwości użytych materiałów, które odpowiadają właściwościom określonym przez prawo i normy budowlane, a tym bardziej, gdy wynikną one z powodu działania siły wyższej, na istnienie której żadna ze stron nie ma najmniejszego wpływu. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, nie ma potrzeby powtarzania treści przepisów kodeksu cywilnego, zwłaszcza, że w §19 ust.8 Umowy wskazano, że w razie wątpliwości co do treści niniejszej Umowy mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego.

#### §14ust.3 Umowy

Do obecnego brzmienia tego postanowienia Umowy Zamawiający dodaje zaproponowane przez Protestującego zdanie:

„Zamawiający może skorzystać z prawa do powierzenia pozostałych prac innemu wykonawcy na koszt dotychczasowego dopiero po uprzednim wezwaniu do poprawy sposobu wykonania prac w terminie co najmniej 14 dniowym”.

Takie brzmienie postanowienia umowy, zdaniem Zamawiającego, stanowi odpowiednie zabezpieczenie interesów zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy.

## **II**

W zakresie pozostałych zarzutów Protestującego, po ich dokładnym przeanalizowaniu i rozważeniu, Zamawiający wskazuje co następuje.

Odnośnie pkt 1 protestu wskazać należy, iż stosownie do treści art. 476 k.c. *dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.* Z treści przywołanego przepisu wynika więc jednoznacznie, że dłużnik (wykonawca), pomimo iż nie wykonuje zobowiązania w wyznaczonym terminie, nie ponosi z tego tytułu ujemnych konsekwencji, w przypadku, gdy to nieterminowe wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, z które nie ponosi on odpowiedzialności. Wskazać przy tym należy, iż do okoliczności takich zalicza się w szczególności działanie siły wyższej. Skoro natomiast treść proponowanego przez Protestującego postanowienia zawiera jedynie powtórzenie przepisu ustawy, zdaniem Zamawiającego nie jest konieczne jego umieszczanie w umowie. Dodatkowo wskazać bowiem należy, iż zgodnie z §19 ust.8 Umowy, w razie wątpliwości co do treści niniejszej Umowy mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego.

Ustosunkowując się do żądania Protestującego wykreślenia z Umowy §12 ust. 10 wskazuję, iż postanowienie to jest bezpośrednim skutkiem obowiązywania przepisu art. 637 §2 k.c., zgodnie z którym, gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Stosownie natomiast do art. 656 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Protestującego, iż obniżenie wynagrodzenia, nie jest możliwe z uwagi na fakt, iż zgodnie z umową wykonawcy należy się wynagrodzenie ryczałtowe, którego wysokość jest stała i nie powinna ulegać zmianom. Wskazać jednak należy, iż wynagrodzenie to dotyczy prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia. W przypadku natomiast ujawnienia się wad, zastosowanie znajdą odpowiednie przepisy, które wprost pozwalają na stosowne obniżenie wynagrodzenia, niezależnie od jego rodzaju.

W swoim proteście Protestujący zaproponował, aby w §17 ust. 1 pkt b) i c) słowa "zwłoka" zastąpić słowami „opóźnienie”. Zamawiający nie przychylił się do jego żądania, przede wszystkim ze względu na fakt, iż to w interesie Zamawiającego leży należyte wykonanie przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia. Zależy Zamawiającemu również na tym, aby zamówienie zostało wykonane terminowo, gdyż w przeciwnym wypadku może dojść do sytuacji, w której konieczne będzie przeprowadzenie kolejnego postępowania, co związane będzie z poniesieniem przez Zamawiającego kolejnych wysokich kosztów. Dodatkowo wskazać również należy, iż w przypadku, gdyby żądanie Protestującego zostało w całości uwzględnione, wówczas doszłoby do sytuacji, w której to zamawiający znalazł się w stosunku do wykonawcy w pozycji nierównorzędnej. Podkreślenia bowiem wymaga, iż w przypadku zadośćuczynienia w tym zakresie protestowi skarżącego i wobec nieterminowego realizowania zamówienia przez wykonawcę, zamawiający za każdym razem musiałby wykazywać winę wykonawcy. Wskazać należy przy tym, że to przede wszystkim Zamawiającemu zależy na terminowym wykonaniu zamówienia. W sytuacji, gdyby wykonawca odpowiadał tylko za zwłokę, to zamawiający musiałby każdorazowo wykazywać winę wykonawcy za opóźnienie, a to nakładałoby na zamawiającego obowiązki, do których nie jest on zobowiązany. Ponadto działania takie powodowałyby przedłużanie terminu zakończenia wykonania zamówienia, narażając tym samym zamawiającego na niekorzystne konsekwencje, i to nie tylko finansowe.

Istniejące brzmienie postanowienia §17 ust. 1 pkt b) i c) zdaniem Zamawiającego w pełni chroni jego interesy, natomiast w żaden sposób nie stanowi naruszenia ani równości stron umowy, ani tym bardziej postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163 z późn. zm.). W żaden bowiem sposób obecne brzmienie przedmiotowego postanowienia nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazać bowiem należy, iż zdaniem jednego z komentatorów przedmiotowej ustawy M. Stachowiaka *fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasady te pozwalają na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Stachowiak M. , Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163).

Nieuwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów Protestującego w zakresie pkt 8), 9) i 10) protestu, podyktowane było następującym stanowiskiem Zamawiającego.

Odnosnie pkt 8) i 9) protestu, w którym Protestujący żądał wykreślenia z §17 Umowy jego ust. 2 wskazuję, iż postanowienia te stanowią zabezpieczenie interesów Zamawiającego, przy czym wyraźnie wskazać należy, że postanowienie zawarte w §17 ust. 4 Umowy jest powszechnie stosowanym w obrocie gospodarczym postanowieniem. Nie jest słuszna argumentacja Protestującego, jakoby zapis ten nie mógł funkcjonować z uwagi na ustalone pomiędzy Stronami umowy ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Forma ustalenia takiego wynagrodzenia jest bowiem obojętna dla bytu owego zabezpieczenia interesów zamawiającego w postaci możliwości potrącania kar umownych. Zamawiający ma prawo zabezpieczać swoje interesy na wypadek nieterminowego wykonywania zamówienia. Stopniowanie wysokości kar umownych od ich jednokrotności do dwukrotności w przypadku większego opóźnienia, jak to ma miejsce w niniejszych warunkach, jest powszechnie spotykane i związane z prawidłowym zabezpieczeniem interesów zamawiającego, lecz z pewnością nie można tego traktować jako brak równowagi interesów obu stron umowy. W przypadku natomiast, gdy nieterminowe wykonanie zamówienia przekracza 10 dni, co zdaniem zamawiającego stwarza dla niego realne zagrożenie nieukończenia całości prac w wyznaczonym terminie, a co się z tym wiąże, także dalsze negatywne skutki, wówczas zabezpieczenie interesów przez wskazanie konieczności uiszczenia przez wykonawcę na rzecz zamawiającego kar umownych w podwójnej wysokości, jest w pełni uzasadnione.

Odnosząc się natomiast do zarzutów Protestującego dotyczących wykreślenia z postanowień umowy zapisu §17 ust. 4 to przede wszystkim wskazać należy, iż możliwość zastosowania takiego postanowienia wynika wprost z art. 498 §1 k.c., zgodnie z którym *gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym*. Mając na uwadze powyższy przepis ustawy stwierdzić należy, iż nie ma jakichkolwiek podstaw do tego, aby uznać argumentację Protestującego w zakresie wykreślenia §17 ust. 4 umowy za uzasadnioną.

W §19 ust. 5 Umowy Protestujący domagał się jego zmiany w ten sposób, aby zamiast istniejącego brzmienia tego postanowienia wprowadzić zapis, z którego wynikałoby, że ewentualne spory, mogące powstać na tle realizacji umowy strony oddadzą pod rozstrzygnięcie sądowi właściwemu dla powoda. Zamawiający nie zgadza się z Protestującym, jakoby obecne brzmienie postanowienia faworyzowało jedną ze stron

umowy. wskazać bowiem należy, iż stosownie do art. 46. § 1. zd. 1 k.p.c. strony mogą umówić się na piśmie o poddanie sądowi pierwszej instancji, który według ustawy nie jest miejscowo właściwy, sporu już wynikłego lub sporów mogących w przyszłości wyniknąć z oznaczonego stosunku prawnego. Dodatkowo, wskazać można również na treść art. 34 k.p.c. powództwo o ustalenie istnienia umowy, o jej wykonanie, rozwiązanie lub unieważnienie, jako też o odszkodowanie z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wytoczyć można przed sąd miejsca jej wykonania, który w niniejszej sprawie będzie sądem właściwym dla Zamawiającego.

### **Pouczenie**

Na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163 z późn. zm.) od niniejszego rozstrzygnięcia Protestującemu nie przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.