



Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, <http://www.us.edu.pl>

Katowice, 22.06.2009 r.

UNIWERSYTET ŚLĄSKI
ul. Bankowa 12
40-007 KATOWICE
NIP 634-019-71-34
REGON 142001347

J. zb. RU/SP9/09

Protestujący:

HOCHTIEF Polska Sp. z o.o.
Ul. Elbląska 14
01-737 Warszawa

Przylaczający się:

MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.
Ul. ~~Konstruktorska 11a~~
02-673 Warszawa

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr RU/RB/04/09 na „Opracowanie projektu wykonawczego oraz realizacja budowy obiektu pod nazwą „Śląskie Międzyuczelniane Centrum Edukacji i Badań Interdyscyplinarnych””.

W związku z protestem na zapisy Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Wzór umowy, który wpłynął do Zamawiającego 01.06.2009 r., Zamawiający postanawia:

I.

ODDALIĆ PROTEST

W części dotyczącej następujących zapisów Wzoru umowy:
§ 3 ust. 4,5 i 6, § 15 ust.5, §17 ust.3 pkt.1, §18 ust.2 pkt.7, oraz wprowadzenia limitu kar umownych.

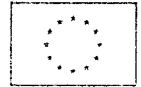
UZASADNIENIE

Zamawiający nie podziela argumentacji przytoczonej w proteście i nie dokona zmiany zapisów § 3 ust. 4,5 i 6, § 15 ust.5, §17 ust.3 pkt.1, §18 ust.2 pkt.7, wzoru umowy ani też nie wprowadzi limitu kar umownych.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 5, art. 353 (1), art. 474, art. 647 Kodeksu Cywilnego oraz art. 7, art. 29 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w sposób wybiórczy i dość oryginalny cytując i interpretując zapisy w/w przepisów prawa.

W celu wykazania iż, zapisy zamieszczone przez Zamawiającego we wzorze umowy w żaden sposób nie naruszają przepisów Kodeksu Cywilnego (a co za tym idzie wskazanych przez Protestującego przepisów PZP), Zamawiający niżej cytuje pełne brzmienie przedmiotowych przepisów K.C.:

„Art. 353¹. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.



Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, <http://www.us.edu.pl>

Art. 471. (a nie jak napisał Protestujący art. 474!) Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Art. 647. Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Art. 647¹. § 1. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.

§ 2. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne."

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wyjaśnia co następuje:

1. Żaden z oprotestowanych zapisów nie sprzeciwia się ani właściwości stosunku prawnego (w tym przypadku naturze umowy o roboty budowlane) ani też, nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.
2. Oprotestowane zapisy nie stoją w sprzeczności z obowiązkami Zamawiającego wynikającymi z art. 647 K.C., bowiem Zamawiający zamierza odebrać roboty i za nie zapłacić.
3. Protestujący nie może zapominać, iż biorąc pod uwagę , że Zamawiający jest dysponentem środków publicznych, musi dbać o prawidłowe ich wydawanie, a to oznacza, że musi w umowie zawrzeć takie zapisy, które zagwarantują mu należyte jej wykonanie, bez nieuzasadnionego dyskryminowania Generalnego Wykonawcy, o czym w tej sytuacji nie może być mowy.

Nie jest bowiem dyskryminowaniem Generalnego Wykonawcy, fakt, że Zamawiający chce z jednej strony zagwarantować podwykonawcy, że uzyska on należne mu wynagrodzenie, a z drugiej strony zapewnić sobie, iż nie będzie musiał ponosić konsekwencji nieuczciwego działania Generalnego Wykonawcy, który takiego wynagrodzenia podwykonawcy nie wypłaca (§ 3 ust. 4,5 i 6 wzoru umowy). Taki właśnie był cel ustawodawcy, który wyżej cytowany art. 647(1) wprowadził do Kodeksu Cywilnego.

Ponadto, Zamawiający przypomina, iż jest związany umową o dofinansowania przedmiotowej inwestycji ze środków strukturalnych Unii Europejskiej i aby otrzymywać kolejne transze dofinansowania musi wykazać że roboty, na które dostaje dofinansowane, zostały wykonane i



Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, <http://www.us.edu.pl>

zapłacone. Przy takiej konstrukcji nie może być mowy o tym, że któryś z uczestników procesu budowlanego nie otrzyma należnego mu wynagrodzenia.

Na marginesie, Zamawiający zaznacza, iż kwestionowane zapisy wzoru umowy, są powszechnie stosowane w obrocie cywilno-prawnym a i sam Zamawiający umieszcza je we wszystkich swoich umowach i jak dotąd nie były one źródłem sporu.

Co do pozostałych zapisów umownych pomiędzy Generalnym Wykonawcą a podwykonawcami, Zamawiający nie zamierza ingerować.

4. Zamawiający nie widzi podstaw do obaw Protestującego w zapisach § 15 ust.5 wzoru umowy. Zamawiający nie zamierza odstąpić od umowy z powodu jak to pisze Protestujący „wad rzeczywistości nieistotnych”. Taka próba odstąpienia była by bowiem z pewnością uznana za nieskuteczną w myśl art. 5 k.c.
5. Zamawiający nie zrezygnuje z wprowadzenia kary umownej w przypadku nieterminowego wykonania poszczególnych etapów robót, o której mowa w §17 ust.3 pkt.1 wzoru umowy. Dla Zamawiającego kwestie te, wbrew twierdzeniom Protestującego, mają znaczenie nie tylko rozliczeniowe. Jak wyżej wspomniano, Zamawiający jest związany umową o dofinansowania przedmiotowej inwestycji ze środków strukturalnych Unii Europejskiej i aby otrzymywać kolejne transze dofinansowania musi wykazać że roboty, na które dostaje dofinansowanie, zostały wykonane i zapłacone. Zamawiający jest związany harmonogramem wykonania inwestycji zawartym w w /w umowie. Opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów robót mogą zakończyć się dla Zamawiającego rozwiązaniem umowy przez Instytucję dofinansowującą i koniecznością zwrotu środków dofinansowania (§ 19 ust.2 umowy o dofinansowanie).
6. Zgodnie z zapisami cz. III . pkt 17 SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia zgodny z załączonym przez Zamawiającego harmonogramem rzeczowo - finansowym, stanowiącym załącznik nr 1f do SIWZ . Zgodnie z tym, po pierwsze, Zamawiający określił ramy czasowe poszczególnych etapów realizacji robót, po drugie, pozostawił w gestii Generalnego Wykonawcy uszczegółowienie tego harmonogramu. Tak, więc już na etapie składania oferty, Generalny Wykonawca będzie znał harmonogram wykonania robót oraz jednostkowe okresy czasu z niego wynikające. Wobec powyższego, niezrozumiałym jest dla Zamawiającego zarzut naruszenia w tym zakresie art. 29 ust.1 oraz 7 ust.1 ustawy PZP. W związku z tym, Zamawiający nie odstąpi od zapisów §18 ust.2 pkt.7 wzoru umowy.
7. Zamawiający nie wyraża zgody na ustanowienie limitu kar umownych, zwłaszcza, że żaden przepis kodeksu cywilnego nie wprowadza takiego obowiązku. Ponadto, patrz wyjaśnienia zawarte w pkt. 3 i 5, a także zmianę SIWZ, o której mowa poniżej w pkt. 4.

Reasumując, sam Protestujący, wskazuje na kodeksową zasadę swobody umów, odmawiając jednak prawa jej stosowania Zamawiającemu. Wszystkie zapisy zawarte we wzorze umowy, w żaden sposób nie stoją w sprzeczności z przepisami Kodeksu Cywilnego, a Zamawiający korzystając jedynie z marginesu swobody jakie te przepisy dają, doprecyzował wzajemne prawa i obowiązki stron. Ponadto, wprowadzone zapisy mają na celu dyscyplinowanie Generalnego Wykonawcy do prawidłowego wywiązywania się ze swoich obowiązków, bowiem Zamawiającemu, który jest związany wyżej przytaczaną umową o dofinansowanie, grożą daleko idące konsekwencje za niewykonanie inwestycji w terminie wskazanym w tejże umowie.

W związku z powyższym, postanowiono jak na wstępie.



Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, <http://www.us.edu.pl>

II. UWZGLĘDNIĆ PROTEST

W części dotyczącej następujących zapisów Wzoru umowy: §7 ust.4, §12 ust.5, §15 ust. 3, §17 ust.3.

UZASADNIENIE

Jak wyżej wskazano, Zamawiający nie widzi naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa przywołanego przez Protestującego, mając jednak na względzie zasadę równości stron stosunku prawnego przychyła się do wniosków Protestującego w powyższym zakresie i dokonuje następujących zmian we Wzorce umowy:

1. W § 7 dodaje się ustęp 8, w brzmieniu następującym:

„8. *Zamawiający* dopuszcza odbiory częściowe, poszczególnych części opracowań projektowych, zgodnie z Harmonogramem finansowo-rzeczowym, o którym mowa w §1 ust.4. Postanowienia ust. 1-8 stosuje się odpowiednio.”

2. §12 ust.5 zmienia się następująco:

„5. Protokoły odbioru częściowego oraz protokół odbioru końcowego stanowiąc będą podstawę do wystawienia przez *Generalnego Wykonawcę* faktury. *Zamawiający* zastrzega sobie prawo do zatrzymania części wynagrodzenia w przypadku wystąpienia usterek w przedmiocie odbioru do czasu ich usunięcia.”

3. §15 ust. 3

„3. Okres rękojmi przedłuża się o termin usuwania wady, przy czym: początkiem biegu terminu jest data zawiadomienia *Generalnego Wykonawcy* o wadzie, końcem biegu terminu jest data zgłoszenia *Zamawiającemu* zakończenia usunięcia wady. *Zamawiający* w terminie 7 dni potwierdzi usunięcie wady. Brak potwierdzenia usunięcia wady w tym terminie uznaje się za potwierdzenie usunięcia wady. Jeżeli w w/w terminie *Zamawiający* stwierdzi brak usunięcia wady zawiadomienie *Generalnego Wykonawcy* staje się nieskuteczne.”

4. § 17 ust.1 pkt 3,

„1. *Generalny Wykonawca* zapłaci *Zamawiającemu* kary umowne:

- 1) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,2 % kwoty, o której mowa w §13 ust.2 plus należny podatek VAT, (w przypadku zwłoki w oddaniu przedmiotu odbioru końcowego) bądź 0,2% kwoty stanowiącej wartość brutto danego przedmiotu odbioru, wynikającej z harmonogramu rzeczowo-finansowego (w przypadku zwłoki w oddaniu przedmiotu odbioru częściowego),
- 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad – w wysokości 0,02% kwoty, o której mowa w §13 ust.2 plus należny podatek VAT, w przypadku wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego,



Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, <http://www.us.edu.pl>

- 3) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi – w wysokości 0,02% kwoty, o której mowa w §13 ust.2 plus należny podatek VAT,
- 4) za każdy rozpoczęty dzień przerwy w realizacji przedmiotu umowy wywołanej przyczynami, za które odpowiada *Generalny Wykonawca* - w wysokości 0,05 % kwoty, o której mowa w §13 ust.2 plus należny podatek VAT,

Pozostałe postanowienia umowy pozostają bez zmian.

POUCZENIE

Zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy PZP, od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia niniejszego protestu jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Przewodniczący Komisji
Przetargowej:

Dział Zamówień Publicznych
STARSZY SPECJALISTA

mgr Monika Klein

Zamawiający:

PROREKTOR
ds. Finansów i Rozwoju

prof. zw. dr hab. Stanisław Kucharski