

Gdańsk, dnia 29.05.2009 r.

## Uczestnicy postępowania

Dotyczy: *postępowania nr PSSE/ZP/1/2009 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych zadania pn. „Gdański Park Naukowo-Technologiczny – Etap III”*

**Pomorska Specjalna Strefa Ekonomiczna sp. z o.o.** jako Zamawiający informuje o wniesieniu protestu przez firmę Budimex Dromex S.A. z Warszawy dotyczącego zapisów Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia.

Zgodnie z art. 181 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 29.11.2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) przekazujemy kopię protestu i równocześnie wzywamy Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wykazuje 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.

W załączeniu:

Protest firmy Budimex Dromex

Z poważaniem

DYREKTOR  
BIURO PROJEKTÓW INWESTYCYJNYCH  
*Iwona Żygowska*  
Iwona Żygowska



INNOWACYJNA GOSPODARKA  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO



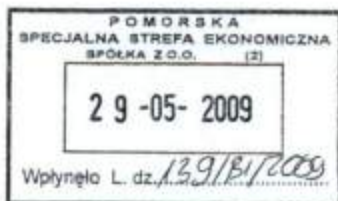
Gdańsk, dnia 28 maja 2009 r.

Pomorska Specjalna Strefa Ekonomiczna Sp. z o.o.  
Ul. Władysława IV 9  
81-703 Sopot  
(zwany dalej : „ZAMAWIAJĄCYM”)

**Wnoszący protest:**

Budimex Dromex S.A.  
Ul. Stawki 40  
01-040 Warszawa  
zwany dalej : Protestującym

*Adres do korespondencji :*  
**Budimex Dromex S.A.**  
**Oddział Pomorski**  
**Ul. Mikołaja Gomółki 2**  
**80-279 Gdańsk**



Znak sprawy :  
Ogłoszenie o zamówieniu TED nr 2009/S 96-137886

**PROTEST**

dotyczący treści SIWZ wraz z załącznikami sporządzonym z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007.233.1655 z późn. zmianami zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie zamówienia na „Wykonanie robót budowlanych zadania pn. Gdański Park Naukowo – Technologiczny – Etap III”

1. Na podstawie art. 180 ust. 3 pkt 2 i 179 Pzp, w imieniu Protestującego **wnoszę protest** dotyczący treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w szczególności załącznika nr 3 do SIWZ – projektu Umowy) i wprowadzenie przez Zamawiającego zapisów niezgodnych z ustawą Pzp.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7 ust.1 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art.353<sup>1</sup> i art. 5 a także art. 651 kc oraz art. 29 ust. 1 i 2, art. 31, 32 ust. 1 i 33 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 139 ust. 1 oraz 140 ust. 1 Pzp poprzez przedstawienie projektu umowy, którego postanowienia łamią zasady równości stron stosunku umownego, ekwiwalentności ich świadczeń oraz proporcjonalności wzajemnych praw i obowiązków a także tożsamości zakresu świadczenia wykonawcy z zobowiązaniem zawartym w ofercie, co w szczególności dotyczy następujących zapisów Projektu Umowy ( stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ) :

- 1) §2 ust.2 pkt 1 zdanie 2 i 3
- 2) §2 ust. 2 pkt 2 zdanie 2 i 3
- 3) §2 ust. 2 pkt 3 w całości

- 4) §4 ust.2 w zakresie opłat urzędowych (w tym za wycinkę drzew i krzewów)
- 5) §3 ust. 3 w zw. z §12 ust. 1 i 3
- 6) §5 ust.3 pkt )
- 7) §7 ust. 1 pkt e) w zakresie braku wskazania terminu na dostarczenie zamiennego pozwolenie na budowę przez Zamawiającego i braku uprawnień po stronie Wykonawcy do wstrzymania robót i zwrotu kosztów przestoju z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- 8) §7 ust. 2 b)
- 9) §7 ust. 2 pkt o ) ppkt ii)
- 10) §7 ust. 4
- 11) §7 ust. 8
- 12) §9 ust.1
- 13) §10 ust. 1 i 2
- 14) §11 ust. 1 w zakresie terminu uzasadniającego odstąpienie od umowy przez Zamawiającego określonego na 21 dni opóźnienia w zakończeniu robót
- 15) §12 w całości .

2. Na skutek powyższych czynności Zamawiającego interes prawny Protestującego polegający na uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Działanie Zamawiającego polegające na wprowadzeniu zapisów w sposób rażąco obciążający Wykonawcę odpowiedzialnością prawną i materialną za okoliczności na które nie może mieć wpływu profesjonalny Wykonawca robót budowlanych, pozbawia Protestującego możliwości sporządzenia rzetelnej oferty uwzględniającej normalne i typowe ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową dostarczaną przez Zamawiającego i ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 maja 2009 r. stąd niniejszy protest na treść załącznika nr 3 do SIWZ - Projekt Umowy, składany przed 02 czerwca 2009 r. zostaje wniesiony z zachowaniem 14 -dniowego terminu.

4. Wskazując na powyższe wnoszę o uwzględnienie niniejszego protestu oraz doprowadzenie treści ogłoszenia do jego zgodności z Pzp i wprowadzenie zaproponowanych poniżej zmian :

- 1) §2 ust.2 pkt 1 – skreślenie zdania 2 i 3
- 2) §2 ust. 2 pkt 2 – skreślenie zdania 2 i 3
- 3) §2 ust. 2 skreślenie w pkt 3 treści rozpoczynającej się od słów: „i że nie zgłasza żadnych zastrzeżeń” do końca tego pkt-u
- 4) §4 ust.2 – skreślenie zapisu o dotyczącego opłat urzędowych (w tym za wycinkę drzew i krzewów)
- 5) §3 ust. 3 w zw. z §12 ust. 1 i 3 – zmianę obu paragrafów poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę wykonania poleceń Zamawiającego dotyczących zmiany przedmiotu umowy bez względu na okoliczności

- 6) §5 ust.3 pkt a) – poprzez skreślenie tego punktu i rozliczanie robót za okres od stycznia do marca każdego roku tak jak robót w okresie od kwietnia do grudnia
- 7) §7 ust. 1 pkt e) w zakresie braku wskazania terminu na dostarczenie zamiennego pozwolenie na budowę przez Zamawiającego i braku uprawnień po stronie Wykonawcy do wstrzymania robót i zwrotu kosztów przestoju z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, - poprzez wskazanie terminu w jakim Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy zamiennie pozwolenie na budowę oraz przyznanie Wykonawcy uprawnień do zapłaty za koszt przestoju powstały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego a spowodowanych brakami, zmianami, wadami dostarczonej dokumentacji projektowej
- 8) §7 ust. 2 b) – poprzez wskazanie, że brak dołączenia dokumentów potwierdzających uprawnienia personelu do treści oferty Wykonawcy nie stanowi o braku spełniania określonych dopiero w treści projektu Umowy warunków podmiotowych udziału w postępowaniu nie określonych wcześniej w treści ogłoszenia o zamówieniu,
- 9) §7 ust. 2 pkt o ) ppkt ii) – skreślenie zapisu o treści „i/lub wyższa” ponieważ nie ma w tej samej cenie lub niższej produktów/materiałów o wyższej jakości od zaproponowanych w treści oferty
- 10) §7 ust. 4 – skreślenie zapisu o treści „w tym również nie zinwentaryzowanych” dotyczącego istniejących na placu budowy instalacji lub urządzeń podziemnych,
- 11) §7 ust. 8 - wskazanie, że Wykonawca zobowiązany jest do ochrony terenu budowy i innych czynności opisanych w tym § do czasu Odbioru Końcowego robót (z wyłączeniem okresu gwarancji jakości i rękojmi),
- 12) §9 ust.1 – poprzez usunięcie alternatywnego sposobu rozpoczęcia biegu terminu gwarancji i jakości i skreślenie treści § zaczynającego się od słów „albo daty usunięcia”
- 13) §10 ust. 1 i 2

W zakresie ust. 1 :

- skreślenie pkt-ów a) i b) w całości
- zmianę pkt c) poprzez zmniejszenie kary umownej liczonej za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,02 % wynagrodzenia netto za przedmiot umowy w stosunku do terminów ustalonych w §3 ust. 1 pkt b ppkt a i b,
- zmianę pkt d) poprzez ustalenie że do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych może dojść na skutek przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

W zakresie ust. 2 :

- skreślenie pkt a)
- Co do pktu b) :
- Określenie terminu na usuwanie usterek jako technologicznie uzasadnionego,
- Ustalenie, iż kwoty kar umownych płacone będą za zwłokę lub za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w zakończeniu prac naprawczych.

Ponadto w związku z możliwością dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość naliczonych kar umownych Wykonawca wnosi o ustalenie limitu tych kar na zwyczajowo stosowanym w tego typu umowach o roboty budowlane poziomie 10 % wartości przedmiotu umowy ( bez względu na zmianę wysokości wynagrodzenia).

14) §11 ust. 1 w zakresie terminu uzasadniającego odstąpienie od umowy przez Zamawiającego określonego na 21 dni opóźnienia w zakończeniu robót – Protestujący wykonawca wnosi o doprecyzowanie że chodzi o opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Ponadto Wykonawca wnosi o ustalenie uprawnienia Wykonawcy do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i naliczenie mu kary umownej w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy brutto (bez względu na zmianę wysokości wynagrodzenia) jeżeli opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia za roboty przez Zamawiającego przekroczy 21 dni

15) §12 – wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę wykonania poleceń Zamawiającego dotyczących zmiany przedmiotu umowy bez względu na okoliczności i brak możliwości zastępczego wykonania tych poleceń na koszt Wykonawcy.

### UZASADNIENIE

Zgodnie z art.36 ust.1 pkt 16 SIWZ zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Przy kształtowaniu zapisów umowy Zamawiający nie może jednak zapominać o ekwiwalentności świadczeń oraz o nie wprowadzaniu zapisów ograniczających uczciwą konkurencję. Tymczasem Wzór umowy stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ w każdym z oprotestowanych zapisów (lub poprzez brak zawnioskowanych zapisów) narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz proporcjonalności wzajemnych praw i obowiązków oraz obciążeń stron jaka powinna być zachowana między stronami świadczenia wzajemnego.

Protestujący kwestionuje poniżej wskazane zapisy Projektu Umowy jako naruszające wyżej opisaną zasadę a także zasadę uczciwej konkurencji oraz uzasadnia propozycję zmian wskazanych we wnioskach niniejszego protestu:

1) §2 ust.2 pkt 1 – skreślenie zdania 2 i 3 /zaznaczone kursywą/

„2. Wykonawca oświadcza, że:

1) została mu przekazana dokumentacja projektowa „Gdański Park Naukowo-Technologiczny – Etap III” opracowana przez Pomorskie Biuro Projektów „GEL” Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, 81-874 Sopot, ul. Reja 13/15 szczegółowo określona w Załączniku nr 3 do niniejszej Umowy. Wykonawca zapoznał się z nią, nie wnosi do niej zastrzeżeń, uznaje ją za kompletną, zdatną i wystarczającą dla wykonania Umowy i zobowiązuje się do prawidłowego (w szczególności terminowego) wykonania przedmiotu Umowy bez względu na ewentualne wady i błędy projektowe. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i jednocześnie zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad przekazanej dokumentacji projektowej, w tym roszczenia o

wypłatę jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, lub o przedłużenie czasu przewidzianego w ofercie na wykonanie Przedmiotu Umowy wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej."

2) §2 ust. 2 pkt 2 – skreślenie zdania 2 i 3 /zaznaczone kursywą/

„2) [Wykonawca oświadcza, że :] została mu przekazana dokumentacja projektowa „Gdański Park Naukowo-Technologiczny – Etap III – droga dojazdowa” opracowana przez Pracownię Projektową Zagospodarowania Terenu, Dróg i Zieleni DROZET z siedzibą w Sopocie 81-874 Sopot, ul. Reja 13 / 15 szczegółowo określona w Załączniku nr 3 do niniejszej Umowy. Wykonawca zapoznał się z nią, nie wnosi do niej zastrzeżeń, uznaje ją za kompletną, zdatną i wystarczającą dla wykonania Umowy i zobowiązuje się do prawidłowego (w szczególności terminowego) wykonania przedmiotu Umowy bez względu na ewentualne wady i błędy projektowe. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i jednocześnie zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad przekazanej dokumentacji projektowej, w tym roszczenia o wypłatę jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, lub o przedłużenie czasu przewidzianego w ofercie na wykonanie Przedmiotu Umowy wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej."

3) §2 ust. 2 skreślenie w pkt 3 treści rozpoczynającej się od słów: „i że nie zgłasza żadnych zastrzeżeń” do końca tego pktu /zaznaczone kursywą/:

„3)[Wykonawca oświadcza, że:] zapoznał się z terenem budowy, dostępnymi dokumentami dotyczącymi instalacji i sieci uzbrojenia terenu, warunkami dojazdu oraz prowadzenia robót i że nie zgłasza do nich żadnych zastrzeżeń, uważa je za zdatne i wystarczające do realizacji przedmiotu Umowy, Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i jednocześnie zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu oceny powyższych okoliczności, w tym roszczenia o wypłatę jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, lub o przedłużenie czasu przewidzianego w ofercie na wykonanie Przedmiotu Umowy”.

W ocenie Protestującego ryzyko nieprzewidzianego rozmiaru i czasu trwania prac może obciążać Wykonawcę tylko w takim zakresie w jakim mógł je przewidzieć jako doświadczony wykonawca na podstawie otrzymanej od Zamawiającego, kompletnej dokumentacji projektowej.

Nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia logicznego aby Wykonawca, będący podmiotem wykonującym roboty budowlane zgodnie z dostarczonym mu przez Zamawiającego projektem miał ponosić większą odpowiedzialność za kompletność i poprawność projektu z pktu widzenia celu jakiemu ma służyć niż podmiot, który zajmuje się zawodowo tworzeniem dokumentacji projektowej tj. Projektant będący jednym z uczestników procesu budowlanego w świetle Prawa budowlanego.

Wskazać jednocześnie trzeba, iż przymuszanie Wykonawcy do składania oprotestowanych oświadczeń jest wymuszaniem poświadczania nieprawdy albowiem żaden rzetelny Wykonawca nie

może złożyć oświadczeń których treść aby była prawdziwa sprowadza się do konieczności zweryfikowania otrzymanej dokumentacji projektowej w drodze dokonania przeliczenia całej dokumentacji projektowej ( poprzez zatrudnienie innego Projektanta ( biura projektowego )). Tylko tak zweryfikowana dokumentacja projektowa może posiadać walory które upoważniają rzetelnego Wykonawcę do złożenia oświadczeń jakich wymaga od niego Zamawiający. Jednocześnie – przyjmując, iż Zamawiający nie oczekuje złożenia fałszywych oświadczeń wskazać należy iż podejście Zamawiającego powoduje konieczność nieuzasadnionego wzrostu ceny oferty albowiem przy zaskarżonych warunkach umownych Wykonawca zmuszony jest w cenę oferty wkalkulować koszt jej weryfikacji przez innego Projektanta co nie miaoby miejsca gdyby Zamawiający nie próbował bezzasadnie przenieść odpowiedzialności Projektanta za stworzoną dokumentację projektową na Wykonawcę.

Jeżeli Zamawiający powątpiewa w prawidłowość sporządzonej i dostarczonej mu przez Projektanta dokumentacji projektowej to wątpliwości te powinien rozstrzygnąć przed rozpisaniem przetargu na roboty budowlane albowiem to na podstawie tej dokumentacji ustalona została wartość zamówienia na roboty budowlane zgodnie z treścią art. 33 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jeśli natomiast Zamawiający przekonany jest o należyтым wykonaniu innego zamówienia publicznego (w przedmiocie sporządzenia dokumentacji projektowej przez Projektanta) to oprotestowane zapisy powinny zostać skreślone z projektu Umowy jako całkowicie nie mające zastosowania w stosunku do Wykonawcy – podmiotu, który nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne wady i błędy stworzonej przez Projektanta na zlecenie Zamawiającego dokumentacji projektowej.

Swoje stanowisko Protestujący opiera na zakresie praw i obowiązków poszczególnych uczestników procesu budowlanego w szczególności Projektanta oraz Inwestora a także treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000 r. (sygn. akt III CKN 629/98) w którym Sąd Najwyższy uznał, że „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art.651 kc)”. Oczywiście zamawiający może powoływać się na opacznie rozumianą swobodę umów, która wprost nie zakazuje przyjęcia przez Wykonawcę na siebie dodatkowej ( oprócz projektanta) odpowiedzialności za sporządzaną przez osobę trzecią dokumentację zgodnie z art. 473 kc jednakże zdaniem Protestującego argumentacja jest nieuprawniona albowiem powoduje nieuzasadniony wzrost ceny potencjalnej oferty spowodowany koniecznością dokładnej –tj. sporządzonej przez innego projektanta - weryfikacji całej dokumentacji o czym wyżej.

Protestujący podnosi, że umowa o roboty budowlane zawierana w ramach przetargu publicznego nie powinna odbiegać swoimi essentialia negotii od umowy określonej w kc, która odnosi się do uregulowań zawartych w Prawie budowlanym. Każdy z uczestników procesu inwestycyjnego powinien ponosić odpowiedzialność za czynności jakie mu powierzono a role te nie powinny się nakładać ani powielać. Zgodnie z art. 355§2 kc „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego odpowiedzialności określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. Zgodnie z powyższym Wykonawca (Generalny Wykonawca) nie może ponosić odpowiedzialności za błędy,

uchybień wynikające z dokumentacji projektowej szczególnie w sytuacji gdy zgodnie z §7 ust. 1 pkt h) Projektu Umowy „przekazanie Wykonawcy projektu budowlanego (...) **wraz z oświadczeniem o kompletności dokumentacji**” jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego.

Takim ukształtowaniem zapisów Projektu umowy Zamawiający narusza art. 353<sup>1</sup> i art. 5 kc oraz 647 kc tworząc zapisy umowne, które nie przystają do określenia zasad odpowiedzialności Stron umowy na zasadach słuszności kontraktowej i wypaczają rolę Generalnego Wykonawcy poprzez wykorzystanie przewagi udzielającego zamówienie w stosunku do konkurujących wykonawców.

Jednocześnie Protestujący wskazuje, że ryzyko dowolnego rozszerzenia przedmiotu umowy wynikające z braków, błędów dokumentacji projektowej nie może być przenoszone przez Zamawiającego na Wykonawcę w sytuacji, w której to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokładnego i precyzyjnego określenia przedmiotu umowy określony w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

4) §4 ust.2 – skreślenie zapisu dotyczącego ponoszenia przez Wykonawcę *opłat urzędowych (w tym za wycinkę drzew i krzewów)*. Wykonawca w świetle projektu umowy nie jest odpowiedzialny za sporządzanie dokumentacji projektowej jak również uzyskanie pozwolenia na budowę. Stanowi to jeden z obowiązków Zamawiającego (§7 ust. 1 Projektu Umowy ). Zgodnie z prawem budowlanym to na Inwestorze spoczywa obowiązek uzyskania decyzji niezbędnych do prowadzenia robót budowlanych jak również poniesienia związanych z tym kosztów i to Inwestor (Zamawiający) jest adresatem takich decyzji jako strona postępowania administracyjnego. Umowa nie przewiduje możliwości udzielenia pracownikowi Wykonawcy stosownych pełnomocnictw do występowania w imieniu Inwestora w celu uzyskania w jego imieniu takich decyzji. Tym bardziej niezasadne jest obciążanie Wykonawcy kosztami decyzji administracyjnych skierowanych do Zamawiającego takich jak za wycinkę drzew i krzewów oraz innych. Protestujący podkreśla, że przerzucanie takich kosztów jest szczególnie niezasadne w sytuacji, w której Wykonawca nie prowadzi inwestycji na zasadzie umowy „Zaprojektuj i wybuduj” albowiem co już wyżej zostało podniesione, za błędy i wady dokumentacji projektowej oraz dostarczonych (lub niedostarczonych) pozwoleń niezbędnych do prowadzenia robót odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

5) §4 ust. 3 pkt b) w zw. z §12 ust. 1 i 3 – Protestujący wnosi o wprowadzenie zapisu potwierdzającego, iż wynagrodzenie ryczałtowe nie ulegnie zmianie jeśli roboty zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją projektową lecz w mniejszym obmiarze robót niż będzie to wynikać z przedmiaru robót.

Ponadto Protestujący wskazuje, że treść §12 ust. 3 : „Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian i/lub modyfikacji w zakresie wykonania Umowy zanim i jeśli Zamawiający nie poleci lub nie zatwierdzi Zmiany.” sugeruje, że samo Polecenie Zmiany wydane przez Zamawiającego nakazuje wprowadzenie zmian w umowie bez względu na zgodę lub jej brak ze strony Wykonawcy. Dlatego też Protestujący wnosi o zmianę obu paragrafów poprzez wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę wykonania poleceń Zamawiającego dotyczących zmiany przedmiotu umowy bez względu na okoliczności i brak możliwości zastępczego wykonania tych robót na koszt Wykonawcy.

6) §5 ust.3 pkt a) : „3. Faktury będą płatne w następujących terminach :

a) faktury doręczone Zamawiającemu w miesiącach styczeń-marzec danego roku - w terminie 30 kwietnia danego roku,“ – poprzez skreślenie tego punktu i rozliczanie robót za okres od stycznia do marca każdego roku tak jak robót w okresie od kwietnia do grudnia.

Protestujący wskazuje, że oprotostowany zapis umowy pozostaje w sprzeczności z §5 ust.4 i 5 zgodnie z którymi, w przypadku gdy Wykonawca wstrzymuje się z płatnością na rzecz Podwykonawców, Zamawiający jest uprawniony do niezwłocznego regulowania zaległości na rzecz Podwykonawców i potrącenia tej kwoty z wynagrodzenia Wykonawcy. Powoduje to sytuację w której Wykonawca, który nie ma w zakresie prowadzenia swojej działalności gospodarczej działalności usług kredytowych ma sfinansować przez okres 4 miesięcy Inwestycję Zamawiającego, który ma zapewnione finansowanie z budżetu państwa na całą inwestycję a nie na jej fragment. W ocenie Wykonawcy brak jest uzasadnienia dla wprowadzania zapisów powodujących przeniesienie obowiązków Zamawiającego w zakresie zapewnienia finansowania Inwestycji na Wykonawcę.

7) §7 ust. 1 pkt e) w zakresie braku wskazania terminu na dostarczenie zamiennego pozwolenie na budowę przez Zamawiającego i braku uprawnień po stronie Wykonawcy do wstrzymania robót i zwrotu kosztów przestoju z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, - poprzez wskazanie terminu w jakim Zamawiający zobowiązuje się dostarczyć Wykonawcy zamiennie pozwolenie na budowę oraz przyznanie Wykonawcy uprawnień do zapłaty za koszt przestoju powstały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego a spowodowanych brakami, zmianami, wadami dostarczonej dokumentacji projektowej.

Wykonawca podnosi, że zgodnie z art. 651 kc Wykonawca zobowiązany jest do informowania Zamawiającego o przeszkodach, które mogą uniemożliwić wykonanie przedmiotu umowy. Do takich przeszkód z całą pewnością należy dokumentacja projektowa nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, który ulega zmianie w trakcie jej wykonywania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W ocenie Protestującego, Wykonawca nie może ponosić kosztów związanych z ewentualnymi wadami dokumentacji jak również kosztów przestoju wynikłych z opóźnień nie leżących po stronie Wykonawcy. Ponieważ do obowiązków Zamawiającego należy dostarczenie dokumentacji projektowej a także wydanych na jej podstawie pozwoleń (w tym zamiennych pozwoleń) Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań organów administracji budowlanej lub Zamawiającego albowiem nie ma na nie jakiegokolwiek wpływu. Tymczasem zgodnie z treścią oprotostowanych zapisów dot. kar umownych jak i niniejszego zapisu, Wykonawca ma ponosić koszty przestoju spowodowanego brakiem zamiennego pozwolenia na budowę jak również kar umownych za opóźnienie spowodowane tym faktem. Zdaniem Protestującego jest to rażące uprzywilejowanie Zamawiającego podczas gdy: „Zamawiający nie może stawiać siebie w uprzywilejowanej pozycji względem wykonawców, byłoby to przejawem zaburzenia tej [ stron ] równości” (komentarz do art. 7 Pzp „Prawo zamówień publicznych” G.Wicik, P.Wiśniewski 2007 ).

8) §7 ust. 2 b) – poprzez wskazanie, że brak dołączenia dokumentów potwierdzających uprawnienia personelu do treści oferty Wykonawcy nie stanowi o braku spełniania określonych dopiero w treści projektu Umowy warunków podmiotowych udziału w postępowaniu nie określonych wcześniej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Protestujący oczekuje potwierdzenia, że warunki udziału w przetargu określone w ogłoszeniu o przetargu nie zostały zmodyfikowane w załączniku nr 3 do SIWZ poprzez wskazanie dokumentów dotyczących personelu przy pomocy, którego Wykonawca zamierza wykonać przedmiot umowy.

9) §7 ust. 2 pkt o ) ppkt ii) – skreślenie zapisu o treści „i/lub wyższa” ponieważ nie ma w tej samej cenie lub niższej produktów/materiałów o wyższej jakości od zaproponowanych w treści oferty. Dodatkowo Wykonawca podnosi, że Zamawiający wprowadzając zmianę w zakresie materiałów i urządzeń użytych do wykonania przedmiotu umowy winien potwierdzić przejęcie odpowiedzialności za dobór materiałów i urządzeń zmienionych w stosunku do materiałów/urządzeń zaproponowanych przez Wykonawcę w treści oferty w szczególności w sytuacji, w której Wykonawca poinformuje o tym, iż w jego ocenie wybrane przez Zamawiającego materiały/urządzenia nie nadają się do wykonania robót ( por. treść art. 651 kc ).

10) §7 ust. 4 – skreślenie zapisu o treści „w tym również nie zinwentaryzowanych” dotyczącego istniejących na placu budowy instalacji lub urządzeń podziemnych. Protestujący wskazuje, że typowym ryzykiem Zamawiającego w przypadku umów, w których ponosi on odpowiedzialność za projektowanie są tzw. nieprzewidywalne warunki fizyczne oznaczające „naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne i inne przeszkody i zanieczyszczenia, które napotka Wykonawca na Placu Budowy przy realizacji robót, włączając w to warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne” (za: Warunki Kontraktu na Budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego. FIDIC 1999 r.). Oczywiście Zamawiający może postulować, że Protestujący jako doświadczony Wykonawca teoretycznie może przeprowadzić szereg badań podpowierzchniowych i zinwentaryzować wszelkie przeszkody lecz takie stanowisko miałooby uzasadnienie jedynie w sytuacji w której czas na przygotowanie oferty wynosiłby kilka miesięcy a przeprowadzenie takich badań związane byłoby z rzeczywistym ryzykiem wystąpienia takich przeszkód nie zaś z przerzucaniem odpowiedzialności na Wykonawcę tylko po to aby Zamawiający nie ponosił odpowiedzialności w zakresie w którym posiada szerszą (w aspekcie historycznym dysponowania nieruchomością) wiedzę o ewentualnych przeszkodach. Wprowadzenie oprotestowanego zapisu jest kolejną próbą przeniesienia ryzyka, które jest niewycenialne w sytuacji braku zapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniego czasu na przeprowadzenie prawidłowej inwentaryzacji terenu budowy a tym samym możliwości sporządzenia rzetelnej wyceny ofert. Zamawiający zdaje się zapominać, iż każde ryzyko kosztuje, a krótkowzroczne przeniesienie wszelkich możliwych ryzyk występujących w związku z realizacją przedmiotu umowy jest de facto działaniem na niekorzyść Zamawiającego, ponieważ powoduje wzrost ceny, którego można uniknąć przy odpowiednim oszacowaniu faktycznych ryzyk przez Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego jest naruszeniem art. 32 ust.1 Pzp albowiem cena zamówienia nie jest ustalana z

należyta starannością w sytuacji w której poprzez warunki umowne typowe ryzyka leżące po stronie Zamawiającego są przenoszone na Wykonawcę.

11) §7 ust. 8: „8. Od dnia przejęcia terenu budowy Wykonawca zapewni ochronę terenu budowy, mienia pozostawionego i robót zrealizowanych na budowie oraz zapewni nadzór ochrony części istniejącego obiektu Gdańskiego Parku Naukowo - Technologicznego, na której prowadzone są roboty.” - wskazanie, że Wykonawca zobowiązany jest do ochrony terenu budowy i innych czynności opisanych w tym § do czasu Odbioru Końcowego robót (z wyłączeniem okresu gwarancji jakości i rękojmi). Niedomówienie zawarte w oprotestowanym zapisie umownym skutkuje niepewnością Wykonawcy co do zakresu jego obowiązków umownych, a to z kolei ma wpływ na brak możliwości sporządzenia prawidłowej wyceny. Mając to na uwadze Protestujący wnosi o dookreślenie przez Zamawiającego że Wykonawca nie ma obowiązku ochrony terenu budowy po odbiorze końcowym robót.

12) §9 ust.1 – poprzez usunięcie alternatywnego sposobu rozpoczęcia biegu terminu gwarancji i jakości i skreślenie treści § zaczynającego się od słów „albo daty usunięcia”. Zapis ten wiąże się z wyżej oprotestowanym §7 ust. 8 w ten sposób, że przy dokonaniu wykładni obu oprotestowanych zapisów w sposób niekorzystny dla Wykonawcy, Wykonawca może być zobowiązany do: 1) ochrony terenu budowy w okresie gwarancji i rękojmi, 2) automatycznego przedłużania okresu gwarancji i rękojmi z chwilą usunięcia wady lub usterki wykrytej w okresie gwarancji i rękojmi, którego początek biegu powinien następować z dniem zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego potwierdzonego przez inspektorów nadzoru w protokole końcowym odbioru robót.

13) §10 ust. 1 i 2

W zakresie ust. 1 :

„1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej:

a) w razie opóźnienia w wykonaniu każdego z elementów robót, stanowiących odrębny przedmiot odbioru – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia netto za dany element za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, stanowiącym Załącznik nr 4,

b) w razie opóźnienia w rozpoczęciu robót – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia netto za przedmiot Umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu ustalonego w §3 ust.1 lit.a),

c) w razie opóźnienia w wykonaniu całości przedmiotu Umowy – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia netto za przedmiot Umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu ustalonego w §3 ust.1 lit.b.,

d) w razie rozwiązania Umowy, na skutek okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności Zamawiający lub zaprzestania jej wykonywania przez Wykonawcę przez okres ponad 10 dni, w wysokości 20 % wartości netto wynagrodzenia określonego w §4 ust.1

*Kary za opóźnienie w wykonaniu elementu robót lub całości przedmiotu Umowy nie są naliczane po dacie otrzymania przez Zamawiającego pisemnego zgłoszenia o zakończeniu elementu robót lub całości przedmiotu Umowy pod warunkiem, że w następstwie takiego zgłoszenia odbiór został dokonany. Zgłoszenie takie może być dokonywane po faktycznym wykonaniu elementu robót lub całości przedmiotu Umowy."*

Protestujący wnosi o :

- skreślenie pkt-ów a) i b) w całości albowiem ilość terminów pośrednich wskazanych jako elementy robót w załączniku nr 4 (Harmonogram Rzeczowo – Finansowy) w żaden sposób nie koresponduje z faktyczną szkodą jaką może odnieść Zamawiający w związku z nieterminowym ukończeniem każdego z terminów wskazanych w tym harmonogramie i niezależną od niedotrzymania terminów pośrednich podstawą do naliczania kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w II fazach (odbior budynku A i budynku B). Protestujący podnosi, że kary umowne są zryczałtowaną formą odszkodowania (surogat odszkodowania). Nadmierne ich wprowadzanie, w szczególności w sytuacji braku faktycznego poniesienia szkody przez stronę uprawnioną może być poczytane za usiłowanie bezpodstawnego wzbogacenia, a z pewnością za wprowadzenie rażąco jednostronnych warunków umownych. Wykonawca nie podejrzewa Zamawiającego o złą wolę i chęć wzbogacenia się oraz wykonania przedmiotowej Inwestycji kosztem Wykonawcy i tym samym wnosi o zmianę oprotestowanych zapisów.

- zmianę pkt c) poprzez zmniejszenie kary umownej liczonej za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,02 % wynagrodzenia netto za przedmiot umowy w stosunku do terminów ustalonych w §3 ust. 1 pkt b ppkt a i b . Kary umowne w oprotestowanym brzmieniu oscylują ok. kwoty 200.000 zł dziennie, której to ryzyko poniesienia - szczególnie w przypadku braku wprowadzenia limitu kar umownych – również zostaje wkalkulowane w cenę Przedmiotu Umowy. Kary te są w ocenie Protestującego nieadekwatne do faktycznych szkód jakich może doznać Zamawiający w związku z nieterminową realizacją przedmiotu umowy. Tym samym Zamawiający ustanawiając kary umowne w rażąco wysokiej kwocie samoistnie powoduje wzrost kosztów realizacji przedmiotu umowy w niczym nie uzasadniony sposób.

- zmianę pkt d) poprzez ustalenie, że do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych może dojść na skutek przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

Protestujący podnosi, że nie może ponosić odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie zobowiązań umownych wynikłe z przyczyn od niego niezależnych co może nastąpić w przypadku naliczania kar umownych za opóźnienie (nie za zwłokę). Por.: Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 11 lutego 1999 r. III CKN 166/98 : „Sąd Najwyższy zważył, co następuje: (...) kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 kc), tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika - o ile, tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, strony inaczej się nie umówiły, ani co innego nie zastrzega szczególnie przepis

ustawy - z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 kc), czyli jego winy w postaci (co najmniej) niedbalstwa. W wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (art. 476 kc) - nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Powyższa przesłanka roszczenia o zapłatę kary umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 kc jako surrogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej; świadczy o tym także lokata wymienionych przepisów - są one mianowicie zamieszczone w tym samym dziale Kodeksu cywilnego, co art. 471. W świetle tego co powiedziano, dla rozstrzygnięcia sprawy decydujące znaczenie istotnie miało wyjaśnienie, czy opóźnienie powoda było przez niego zawinione, czy też, tak jak on twierdził, niezawinione."

W zakresie ust. 2 :

„2. W okresie gwarancji i rękąmi z tytułu nie przystąpienia przez Wykonawcę w terminie do usuwania usterek, wad, awarii, niewykonania prac naprawczych w wyznaczonym terminie, bądź z tytułu nieuzasadnionego przerwania prac naprawczych Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:

- a) 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przystąpieniu do wykonywania prac naprawczych w stosunku do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego,
- b) 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu prac naprawczych w stosunku do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego,
- c) 100% kosztów prac naprawczych w przypadku konieczności powierzenia prac naprawczych innemu podmiotowi z powodu uchylenia się Wykonawcy od ich wykonania."

- skreślenie pkt a) z uwagi na fakt, że okoliczność opóźnienia w przystąpieniu do usuwania wad nie musi być spowodowana przyczynami zależnymi od Wykonawcy a także nie musi mieć wpływu na zwłokę Wykonawcy w usunięciu usterek,

- Co do pktu b) :

- Określenie terminu na usuwanie usterek jako technologicznie uzasadnionego, - Wykonawca nie może płacić kar umownych za celowo krótkie i nierealne terminy usuwania ewentualnych usterek, które mogą wystąpić z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę jak np. ukryte wady materiałów co oczywiście uzasadnia odpowiedzialność Wykonawcy co do usunięcia usterek ale nie powinno prowadzić do wzbogacania Zamawiającego jedynie na podstawie jednostronnie wyznaczanych subiektywnych terminów usuwania usterek,

- Ustalenie, iż kwoty kar umownych płacone będą za zwłokę lub za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w zakończeniu prac naprawczych, - z uwagi na treść braku obowiązku ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności za niezawinione okoliczności powodujące nieterminową realizację tego obowiązku o czym wyżej we wskazanym orzeczeniu Sądu Najwyższego III CKN 166/98.

Ponadto w związku z możliwością dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość naliczonych kar umownych („**3. Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych.**”) Wykonawca wnosi o ustalenie limitu tych kar na zwyczajowo stosowanym w tego typu umowach o roboty budowlane poziomie 10 % wartości przedmiotu umowy (bez względu na zmianę wysokości wynagrodzenia).

14) §11 ust. 1, w zakresie terminu uzasadniającego odstąpienie od umowy przez Zamawiającego określonego na 21 dni opóźnienia w zakończeniu robót – Protestujący wnosi o doprecyzowanie że chodzi o opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Ponadto Wykonawca wnosi o ustalenie uprawnienia Wykonawcy do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i naliczenie mu kary umownej w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy brutto ( bez względu na zmianę wysokości wynagrodzenia ) jeżeli opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia za roboty przez Zamawiającego przekroczy 21 dni tak aby wprowadzić równowagę stron umowy polegającą na zagwarantowaniu Wykonawcy uprawnieniu do zaprzestania wykonywania robót za które nie otrzymuje należnego wynagrodzenia w terminie adekwatnym do uprawnienia do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn nieterminowej realizacji robót przez Wykonawcę.

15) §12 – wprowadzenie możliwości odmowy przez Wykonawcę wykonania poleceń Zamawiającego dotyczących zmiany przedmiotu umowy bez względu na okoliczności i brak możliwości zastępczego wykonania tych poleceń na koszt Wykonawcy – o czym Protestujący napisał szerzej w odniesieniu do §4 ust.3 .

Nie usunięcie wyżej wskazanych uchybień może spowodować uniemożliwienie złożenia oferty Protestującemu przez co dozna uszczerbku jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Mając powyższe na uwadze Protestujący wnosi jak we wnioskach niniejszego Protestu wskazując że jego protest jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki :

Odpis z rejestru przedsiębiorców

Pełnomocnictwo

DYREKTOR  
Oddziału Pomorskiego  
J. Bochna  
Tomasz Bochna