



Warszawa, dn. 17 lipca 2009 r.

Zamawiający:

Uniwersytet Gdański
ul. Bażyńskiego 1A,
80-952 Gdańsk
faks (0-58) 552-37-41
(0-58) 523-25-20

Wnoszący protest:

Mostostal Warszawa S.A.,
zwany dalej „Wnoszącym protest”
ul. Konstruktorska 11A
02 – 673 Warszawa
faks (022) 54 85 619

GT/Z/ak/170709/127

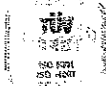
PROTEST

Działając na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, składam protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), sporządzonej przez Zamawiającego – Uniwersytet Gdański w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku Wydziału Biologii Uniwersytetu Gdańskiego”, postępowanie nr sprawy nr 70/A120/2009

Wnoszący protest podnosi, iż wskazane w uzasadnieniu protestu postanowienia SIWZ naruszają w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 w zw. z art. 30, 67 ust. 1 pkt 5) i 6), art. 147 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 58 § 1, art. 66, art. 353¹, art. 395, art. 637² i art. 651, art. 647¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze

W związku z tym, że ww. postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp i KC oraz inne przywołane w proteście, żądamy zmiany treści SIWZ poprzez dostosowanie jej treści do stanu zgodnego z przywołanymi przepisami oraz z wnioskami zawartymi poniżej.

Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11 A 02-673 Warszawa, tel. +48 22 548 50 00 fax: +48 22 548 56 66
konto: BRE BANK S.A., Nr 04 1140 1977 0000 2964 0700 1006, Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie
KIX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego Nr KRS 0000008820 NIP 526 020 49 95 Regon 012059053
Kap. zakładowy 20 000 000 zł. Kap. wpłacony 20 000 000 zł. www.mostostal.waw.pl www.mostostal-warszawa.eu



M.O. - 10.07.09



Uzasadnienie

W dniu 6 lipca 2009 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej SIWZ dot zamówienia pn. „Budowa budynku Wydziału Biologii Uniwersytetu Gdańskiego”. Po dokonaniu analizy sporządzonej przez Zamawiającego SIWZ Wnoszący protest stwierdził, iż zawiera ona postanowienia niezgodne z ustawą Pzp.

Uwzględniając niniejszy protest Zamawiający powinien zmienić w szczególności następujące postanowienia SIWZ:

1. **Rozdział III SIWZ, Warunki prowadzenia robót pkt 5 lit. q), § 9 pkt 16 wzoru Umowy** – obowiązkiem umownym Wykonawcy powinno być złożenie wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w określonym terminie. Wydanie decyzji administracyjnej, której przedmiotem jest pozwolenie na użytkowanie jest kwestią niezależną od Wykonawcy, a więc nie powinno być czynnikiem stanowiącym o dotrzymaniu, czy też nie terminu zakończenia Przedmiotu Umowy, a przez to warunkującym odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz realizację płatności faktury końcowej i dokonanie odbioru końcowego. Mając powyższe na uwadze wnosimy o zmianę treści SIWZ (w tym wzoru umowy) w ten sposób aby obowiązkiem wykonawcy było złożenie prawidłowego wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie.
2. **Rozdział III SIWZ, Warunki prowadzenia robót pkt 14** dot. zapisu w brzmieniu „odtworzenia zniszczonych istniejących układów dróg lokalnych oraz zagospodarowania terenu w tym rejonie i terenu zaplecza budowy” – zgodnie z art. 29 ustawy Pzp Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Na podstawie kwestionowanego zapisu nie można stwierdzić co de facto stanowi przedmiot zamówienia, jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy, a więc sporządzić kompletnej oferty cenowej. Wnosimy o dokonanie zmiany treści siwz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp.
3. **Rozdział III SIWZ, Warunki prowadzenia robót pkt 17** – Zamawiający stwierdza, iż „Wykonawca umieści na placu budowy jedną tablicę informacyjną (o wymiarze 3 m x 2 m) wg otrzymanych od Zamawiającego szczegółowych wytycznych, które zostaną dostarczone niezwłocznie po rozstrzygnięciu przetargu”. Przedmiotowy zapis również jest niezgodny z art. 29 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący tak, aby Wykonawca otrzymał wszelkie informacje niezbędne do przygotowania oferty. W świetle przedmiotowego zapisu Wykonawca może otrzymać informacje wpływające na wartość oferty dopiero po rozstrzygnięciu przetargu, w więc po złożeniu prawnie wiążącej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wnosimy o



dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ustawy Pzp.

4. **Rozdział III SIWZ, Warunki prowadzenia robót pkt 18** – przedmiotowy zapis niezgodny jest z zasadami udzielania zamówień publicznych, a w szczególności z art. 30 Pzp. Ustawa wskazuje sposób dokonywania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, a więc ustala standard, który oferowane przez Wykonawcę usługi, roboty budowlane, czy też dostawy muszą spełniać. Standardu jakościowego nie ustala Wykonawca w składanej ofercie, na co wskazuje kwestionowany zapis SIWZ. Wymogiem stawianym Wykonawcy jest jedynie zaoferowanie materiałów, urządzeń etc. mieszczących się w standardzie określonym w dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego. Jeżeli taki „produkt” zostanie zaoferowany Zamawiający nie ma podstaw do jego odrzucenia. Wnosimy o wykreślenie zdania pierwszego oraz o wykreślenie w zdaniu drugim zwrotu „i użytkownikiem”, gdyż nie jest on stroną zawieranej umowy, a takich uzgodnień powinien dokonać Zamawiający.
5. **Rozdział IV SIWZ, Termin wykonania zamówienia oraz § 4 ust. 3 wzoru Umowy** – wskazanie terminu realizacji poprzez określenie konkretnej daty może spowodować złożenie oferty, której przedmiotem będzie świadczenie niemożliwe. Z uwagi na fakt, iż niewiadomym jest termin podpisania umowy przez Zamawiającego z wybranym oferentem, nie można poprzez wskazanie konkretnej daty ustalić terminu zakończenia realizacji zamówienia. Termin ten powinien zostać wskazany jako określony czasookres od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wnosimy o dokonanie stosowanej zmiany w SIWZ.
6. **Rozdział V SIWZ, Warunki udziału w postępowaniu, pkt 11, § 9 pkt 29 wzoru Umowy** – pozostawienie zapisu w przedmiotowym brzmieniu – 2 godzinny czas reakcji na zgłoszenie serwisowe – może prowadzić do uznania przedmiotowego zapisu za świadczenie niemożliwe, ponadto prowadzi do faworyzowania przedsiębiorców działających na rynku lokalnym co narusza naczelne zasady ustawy Pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z uwagi na powyższe žadamy wydłużenia czasu reakcji na zgłoszenie do 24 h, co jest rozwiązaniem standardowo stosowanym na rynku.
7. **Rozdział VII SIWZ pkt 2** – Postanowienie, iż koszt serwisu i konserwacji instalacji i urządzeń w okresie gwarancji wynosić ma nie mniej niż 0,8 % wartości umowy niezgodne jest z zasadami udzielania zamówień publicznych oraz art. 353 ¹ k.c. oraz art. 66 k.c. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do narzucania sposobu dokonywania wyceny i kształtowania ceny umownej. Złożenie oferty oraz ustalenie ceny żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia leży bowiem w zakresie swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez dany podmiot oraz stanowi wyraz jego suwerennej decyzji w oparciu o wiele czynników rynkowych. Zamawiający, w celu przeniesienia zapłaty jak największej części wynagrodzenia na późniejszy okres, nie może narzucać



wartości usług serwisowych, jaką wykonawcy mają przyjąć w składanych ofertach
Wnosimy o wykreślenie przedmiotowego zapisu.

8. **Rozdział VII SIWZ pkt 3** – Odpowiedzialność wykonawcy za dostarczoną mu przez Zamawiającego dokumentację projektową została ukształtowana zbyt szeroko i generalnie. Odpowiedzialność Wykonawcy w tym przedmiocie powinna zostać ukształtowana zgodnie z brzmieniem art 651 k.c., a więc Wykonawca powinien być zobowiązany do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o stwierdzonych w dokumentacji brakach, błędach etc, które powinien był zauważyć przy zachowaniu należytej staranności. Nie dopuszczalne jest zobowiązanie Wykonawcy do „(...) prawidłowego wykonania przedmiotu umowy bez względu na ewentualne wady, błędy, braki projektowe .”, gdyż dalsza realizacja zależeć będzie od usunięcia tych błędów i wykonania niewadliwej dokumentacji projektowej, co stanowi tylko i wyłącznie zobowiązanie jednostki projektującej, z którą Zamawiający zawarł umowę o wykonanie prac projektowych. Podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie dokumentacji projektowej jest projektant ją sporządzający i to do niego Zamawiający powinien kierować roszczenia z tytułu wad dokumentacji. Wobec wykonawcy robót to Zamawiający jest odpowiedzialny za dostarczenie prawidłowej dokumentacji projektowej. Powyższe potwierdza również **orzeczenie Sądu Najwyższego z 27.03.2000 r. (sygn. akt III CKN 629/98)**, w którym Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, iż Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art 651 k.c.). Tym samym Zamawiający nie posiada uprawnień do nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności za dokumentację projektową. Wnosimy o ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy zgodnie z art. 651 k.c. i stosowną zmianę treści SIWZ.
9. **Rozdział IX SIWZ Składanie ofert, pkt 6** – zgodnie z art 29 ustawy Pzp to obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Wykonawca składając ofertę, zobowiązany jest do uwzględnienia jedynie tych informacji, które wynikają z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej. Niezgodne z przedmiotowym przepisem jest więc postanowienie, iż Wykonawca zobowiązany jest uzyskać wszelkie informacje i dane, które mogą być konieczne do przygotowania oferty oraz podpisania umowy. Wnosimy o wykreślenie przedmiotowego zapisu.
10. **Rozdział XII SIWZ Zamówienia uzupełniające, pkt 3** – przedmiotowe postanowienie umowne niezgodne jest z art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki polega na prowadzeniu przez strony negocjacji, a po ustaleniu w ich trakcie wszelkich postanowień umownych, na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż Zamawiający nie jest uprawniony do odgórnego narzucania zasad udzielenia ewentualnych zamówień uzupełniających. Wnosimy o wykreślenie przedmiotowego zapisu.
11. **§ 3 ust. 3 pkt 3.4. wzoru Umowy, § 18 wzoru Umowy** – przedmiotowe postanowienia umowne niezgodne są z art. 67 ust. 1 pkt 5) Pzp. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki polega na prowadzeniu przez strony negocjacji, a po ustaleniu w ich trakcie wszelkich



postanowień umownych, na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż Zamawiający nie jest uprawniony do odgórnego narzucania zasad udzielenia ewentualnych zamówień dodatkowych. Wnosimy o wykreślenie przedmiotowych zapisów.

12. § 5 ust. 3 i 4, § 5 * ust. 4 wzoru Umowy – W art. 147 ustawy Pzp ustawodawca przewidział wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy jakiego Zamawiający może żądać od Wykonawcy. Określone zostały również formy wnoszenia przez Wykonawcę przedmiotowego zabezpieczenia. Należy podkreślić, iż przedmiotowy przepis jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, a więc niedopuszczalne jest jakiekolwiek modyfikowanie przedmiotowej regulacji mocą postanowień umownych. Przedmiotowa regulacja umowna ma na celu obejście powyżej wskazanych norm prawnych poprzez stworzenie dodatkowego zabezpieczenia dla Zamawiającego i tym samym na mocy art. 58 § 1 k.c. należy uznać ją za nieważną. W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie przedmiotowych zapisów.
13. § 5* ust. 2, 3, 5 i 6 wzoru Umowy – podwykonawca nie jest podmiotem, z którym łączy Zamawiającego stosunek prawny, a więc nie jest uzasadnionym, aby Zamawiający narzucał określone regulacje, które miałyby się znaleźć w umowie pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą. Wprowadzając art. 647¹ k.c. ustawodawca nie miał na celu ograniczenia zasady swobody kształtowania umowy zawieranej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Zabezpieczeniu interesów Zamawiającego służą inne normy prawne i postanowienia umowne, w tym obowiązek zgłaszania i akceptacji podwykonawców przez Zamawiającego. Zamawiający nie powinien także poprzez postanowienia umowne wpływać na termin płatności wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Powodować to będzie bowiem sytuację, w której Wykonawca zmuszony będzie w znacznej części do kredytowania inwestycji. Z uwagi na powyższe Wykonawca, uwzględniając interesy Zamawiającego, powinien być zobowiązany do dostarczenia wraz z fakturą końcową oświadczenia podwykonawców, iż wszelkie wymagalne wierzytelności zostały uregulowane przez Wykonawcę na ich rzecz. Wnosimy o wykreślenie przedmiotowych zapisów i poddanie zasad rozliczeń jednolitym postanowieniom umownym niezależnie od tego, czy Wykonawca wykonywać będzie zamówienie przy udziale podwykonawców czy też nie, zobowiązując jednocześnie Wykonawcę do dostarczania wraz z protokołem zaawansowania oświadczeń podwykonawców, o których mowa powyżej.
14. § 6* ust. 1 i 2 wzoru Umowy, § 9 pkt 11, i 12 wzoru Umowy – ukształtowanie postanowień umownych w sposób wskazany we wzorze umowy powoduje konieczność kredytowania realizacji inwestycji przez Wykonawcę, zmuszając go do określenia w umowach z podwykonawcami krótszego terminu płatności od terminu wynikającego z umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Wykonawca powinien zostać zobowiązany do dołączania do miesięcznego protokołu zaawansowania robót oświadczenia podwykonawców, iż wymagalne na dzień złożenia oświadczenia wierzytelności zostały uregulowane przez Wykonawcę. Wnosimy o dokonanie stosownej zmiany w SIWZ.



15. § 9 pkt 14 wzoru Umowy – z uwagi na fakt, iż zgodnie z postanowieniami wzoru umowy i SIWZ prace w ramach realizacji inwestycji prowadzone będą również przez inne podmioty działające na zlecenie Zamawiającego, przedmiotowy zapis powinien stanowić, iż Wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia kosztów związanych tylko i wyłącznie z wykonaniem przedmiotu Umowy Wnosimy o dokonanie stosownej zmiany w SIWZ.
16. § 9 pkt 23 wzoru Umowy – zgodnie z art. 67 ustawy Pzp wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających nie jest obowiązkiem Wykonawcy. Ustawa stanowi bowiem, iż Zamawiający może powierzyć ich wykonanie podmiotowi wykonującemu zamówienie po przeprowadzeniu procedury z wolnej ręki tj. negocjacji w wyniku których strony muszą osiągnąć porozumienie co do wszelkich warunków ich wykonania. Wnosimy o wykreślenie przedmiotowego zapisu.
17. § 11 ust. 3 wzoru Umowy – w umowie brak terminu, w czasie którego Zamawiający zobowiązany jest do dokonania odbioru końcowego. W tym względzie należy wskazać, iż dokonanie odbioru jest głównym obowiązkiem Zamawiającego w świetle art. 647 k.c. Brak określenia terminu dokonywania tej czynności nie pozwala Wykonawcy na skonstruowanie harmonogramu realizacji robót. Ponadto trzeba także wskazać na odpowiedzialność Wykonawcy za niedotrzymanie terminu realizacji Przedmiotu Umowy. Odpowiedzialność ta nie może być zależna od działań lub zaniechań Zamawiającego. Zadeklarowanie terminu zakończenia realizacji bez określenia czasu, w którym Zamawiający dokonywać będzie czynności odbioru końcowego nie jest możliwe. Wnosimy o dokonanie modyfikacji siwz poprzez wskazanie terminu dokonania odbioru końcowego.
18. § 14 pkt 1 lit d) wzoru Umowy – w przedmiotowym ustępie powinno być użyte sformułowanie „zwłoka”, a nie „opóźnienie” (tak jak jest to w zdaniu drugim przedmiotowego punktu). Ponadto umowa w tym brzmieniu powoduje, iż Zamawiający uprawniony byłby do naliczania kary umownej za niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu pośredniego wynikającego z Umowy (w tym harmonogramu, który stanowi jej integralną część). Należy także wskazać na brak limitu kar umownych oraz postanowienia o zwrocie kar naliczonych za zwłokę w dotrzymaniu terminów pośrednich w sytuacji dotrzymania terminu końcowego realizacji Przedmiotu Umowy. Wnosimy o wykreślenie lit. d) i stosowną zmianę treści SIWZ poprzez dodanie odpowiednich postanowień w zakresie ustalenia limitu kar umownych na poziomie 10 % ceny brutto oraz w zakresie zwrotu kar umownych naliczonych za zwłokę w dotrzymaniu terminów pośrednich w przypadku dotrzymania terminu końcowego realizacji zamówienia.
19. § 15 ust. 1 pkt 1 lit. c) wzoru Umowy – nieuzasadnionym jest rozciągnięcie okresu obowiązywania polisy CAR na okres gwarancji i rękojmi. Jest to rozwiązanie niestosowane standardowo na rynku, które podniesie cenę ofert składanych przez wykonawców w postępowaniu. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie należy więc uznać za nieuzasadnione i sprzeczne z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Wnosimy o stosowną zmianę treści siwz.



20 § 17 ust. 1 wzoru Umowy --

- lit. a) -- zgodnie z orzecznictwem i doktryną prawa uprawnienie do odstąpienia od umowy jest instytucją stanowiącą wyjątek od zasady, iż umów należy dotrzymywać. Z uwagi na powyższe umowne prawo odstąpienia może zostać zastrzeżone tylko na wypadek ściśle zdefiniowanych w umowie okoliczności. Kwestionowane postanowienie stanowi klauzulę otwartą, w związku z powyższym niezgodne jest z przepisami prawa (art. 395 k.c.) Wnosimy o wykreślenie przedmiotowego zapisu.

- lit. b) -- w przedmiotowym postanowieniu zamiast terminu „opóźnienie” powinien zostać użyty termin „zwłoka”.

- lit. f) -- zgodnie z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. Wnosimy o dokonanie odpowiedniej zmiany treści siwz.

21. § 19 ust. 4 wzoru Umowy -- ukształtowanie w przedmiotowy sposób prawa do przeniesienia praw i obowiązków wynikających z umowy narusza zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego. Z uwagi na powyższe żądamy wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym przeniesienie prawa i obowiązków umownych przez Zamawiającego wymagać będzie zgody Wykonawcy.

Zakwestionowane przez Wnoszącego protest postanowienia SIWZ jako sprzeczne z ustawą Pzp i innymi ww. przepisami naruszają interes prawny Wnoszącego protest i uniemożliwiają mu dostęp do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym protest jest konieczny i zasadny.

Stosownie do art. 27 ust. 2 ustawy Pzp proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma.

W imieniu Wnoszącego protest:

Włodzisław Woźniakowski
Członek Zarządu
Dyrektor Finansowy

Jerzy Binkiewicz
Członek Zarządu
Dyrektor ds. Rozwoju i Budownictwa

Załączniki:

- aktualny odpis z KRS Wnoszącego protest