

STRABAG SP. z o.o.
 Budownictwo Ogólne i Inżynieryjne
 Oddział Warszawa
 ul. B. Brechta 7
 PL 03-472 Warszawa / Polska

Telefon +48 (0)22 / 4513 742
 Telefax +48 (0)22 / 4513 740
 e-mail: katarzyna.suttner@strabag.com

STRABAG

Warszawa, 23 kwietnia 2009

Zamawiający:

Gdynski Ośrodek Sportu i Rekreacji
 ul. Olimpijska 5/9
 81-538 Gdynia

Do wiadomości:

Dariusz Schwarz, Anna Byczkowska
 Fax: (0-58) 622 11 64

Wykonawca:

Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
 adres: ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa
 Fax: (0-22) 45 13 740

Wysłano faksem i listem poleconym

Dotyczy: Postępowania nr 3/PN/JS/2009 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania inwestycyjnego „Przebudowa stadionu piłkarskiego przy ulicy Olimpijskiej w Gdyni”

PROTEST

- I. Działając na podstawie art. 180 ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej Protestującym) wnosi protest na czynność Zamawiającego polegającą na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz projektu umowy będącego załącznikiem nr 6 do SIWZ w sposób niezgodny z Ustawą i innymi ustawami, wskazanymi w treści niniejszego protestu.
- II. Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
 - 1) naruszenie art. 29 ust 1 i 2 Ustawy, art. 31 ust 1 Ustawy w zw. z art. 5 oraz art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ w sposób niewyczerpujący tj. nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
 - 2) naruszenie art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego, poprzez zamieszczenie w projekcie umowy będącym załącznikiem nr 6 do SIWZ postanowień

STRABAG Sp. z o.o.
Budownictwo Ogólne i Inżynieryjne

wskazujących na naruszenie zasady równości stron stosunku umownego oraz ekwiwalentności ich świadczeń.

III. W związku z powyższym Protestujący wnosi o

- uwzględnienie protestu w całości oraz o:

- 1) uzupełnienie przez Zamawiającego treści SIWZ poprzez dołączenie pozwolenia, o którym mowa w pkt 3.4, lit aa) SIWZ i jednoczesne wykreślenie tego punktu z SIWZ, bądź - w przypadku braku konieczności uzyskiwania przedmiotowej zgody - o wykreślenie całego punktu 3.4 lit aa) SIWZ
- 2) wykreślenie z dotychczasowej treści SIWZ pkt 3.4. lit gg)
- 3) zmianę par. 12 ust 1 lit a), b), c) projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ poprzez zastąpienie występujących tam słów „za opóźnienie” słowami „za zwłokę” oraz słów „za każdy dzień opóźnienia” słowami „za każdy dzień zwłoki” oraz zmianę par 8 ust 22 poprzez zastąpienie słów „kar za opóźnienia” słowami „kar za zwłokę”

IV. Protestujący wskazuje, że jego interes prawny w uwzględnieniu protestu przejawia się w tym, że w ocenie Protestującego zapisy SIWZ będące przedmiotem złożonego protestu naruszają interesy potencjalnego wykonawcy zamówienia przenosząc na niego ryzyko związane z realizacją zamówienia wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy bądź też z zawinionego działania czy zaniechania Zamawiającego tj. z nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i mogą uniemożliwić złożenie Protestującemu oferty w przedmiotowym postępowaniu.

UZASADNIENIE

W dniu 9 kwietnia 2009r w Dzienniku Urzędowym UE ukazało się ogłoszenie o zamówieniu nr 2009/S 69-099827 na „Przebudowę stadionu piłkarskiego przy ulicy Olimpijskiej w Gdyni”. Oznacza to, że zgłaszając protest w dniu 23 kwietnia 2009 roku Protestujący czyni zadość wymaganiom art. 180 ust 3 Ustawy tj. zgłasza protest w ustawowo wymaganym terminie.

W uzasadnieniu niniejszego protestu Protestujący wskazuje, co następuje:

- 1) zmiana w zakresie pkt 3.4. lit aa) SIWZ jest uzasadniona z uwagi na naruszenie art. 29 Ustawy w zw. z art. 31 Ustawy.

Zgodnie z art. 29 Ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, zgodnie z art. 31 Ustawy, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

STRABAG Sp. z o.o.
Budownictwo Ogólne i Inżynieryjne

Jeżeli zatem dla prowadzenia robót w ramach inwestycji będącej przedmiotem niniejszego zamówienia wymagana jest pozwolenie, o którym mowa w pkt 3.4. lit a) SIWZ, to zdaniem Protestującego powinno zostać ono uzyskane przez Zamawiającego na etapie opracowywania dokumentacji projektowej i załączone do dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w tym celu, aby potencjalny wykonawca mógł uwzględnić w swojej ofercie warunki zawarte w takiej decyzji. Nie można bowiem wykluczyć, że będą tam określone np. szczególne wymogi dotyczące technologii, sposobu czy mające wpływ na czas prowadzenia robót, z którymi potencjalny wykonawca powinien móc zapoznać się na etapie przygotowywania oferty aby uwzględnić te okoliczności w oferowanej cenie oraz uwzględnić ewentualny ich wpływ na przebieg robót budowlanych. Nie jest także wykluczona, że w pozwoleniu pojawią się także wymogi, które winny być uwzględnione w projektach stanowiących część dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia i które w rezultacie będą skutkowały koniecznością dokonania zmian projektowych.

2) wykreślenie pkt 3.4. lit gg) SIWZ jest konieczne z uwagi na treść art. 29 Ustawy oraz art. 47 ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 353 (1) Kodeksu cywilnego

Zgodnie z art. 29 Ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Okolicznością mogącą mieć istotny wpływ na przebieg realizacji robót, którą zdaniem Protestującego należy uwzględnić na etapie sporządzenia oferty może być także wspomniana w SIWZ konieczność wejścia na teren nieruchomości sąsiednich. Protestujący wskazuje, że zgodnie z art. 47 Prawa budowlanego to na inwestorze - w razie konieczności - ciąży obowiązek uzyskania zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu (najemcy) na wejście na ten teren oraz min. uzgodnienia z nim przewidywanego sposobu, zakresu i terminu korzystania z nieruchomości sąsiednich. W razie niezgodnienia tych warunków wyłącznie inwestor jest uprawniony do złożenia na podstawie art. 47 ust 2 Prawa budowlanego wniosku do właściwego organu o wydania decyzji przyzwalającej na wejście na teren sąsiedni.

Ponadto Protestujący wskazuje, że wykonawca nie dysponuje tymi uprawnieniami a więc wywiązanie się przez potencjalnego wykonawcę z obowiązku, o którym mowa w zapisie 3.4. lit gg) SIWZ może okazać się obiektywnie niemożliwe. Jednocześnie oczywistym jest, że nieoślegnięcie porozumienia z sąsiadami co do sposobu, zakresu i terminu korzystania z sąsiedniej nieruchomości może mieć istotny wpływ na terminy i sposób realizacji całości robót potencjalnego wykonawcy a odmowa udzielenia zgody stanowi dla wykonawcy istotne ryzyko, którego rozmiarów na etapie ofertowania potencjalny wykonawca nie ma możliwości ocenić. Wobec tego faktu nakładanie przez Zamawiającego na wykonawcę obowiązku, o którym mowa w pkt 3.4. lit gg) SIWZ gdy wykonawcy nie przysługują uprawnienia jakimi w tym zakresie dysponuje inwestor stanowi zdaniem Protestującego naruszenie przez Zamawiającego zasad tzw. sprawiedliwości kontraktowej i zasady współzycia społecznego, co z kolei w myśl art. 5 Kodeksu cywilnego nie stanowi wykonywania prawa i nie korzysta z ochrony.

3) zmiana par. 12 ust 1 lit a), b), c) oraz par 8 ust 22 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ

STRABAG Sp. z o.o.
Budownictwo Ogólne i Inżynieryjne

W ocenie Protestującego zapisy umowy przewidujące konieczność zapłacenia przez wykonawcę kar umownych za opóźnienie są wyrazem sformułowania przez Zamawiającego postanowień umowy odnośnie kar umownych w sposób jednostronnie korzystny dla Zamawiającego. Stanowią tym samym naruszenie zasady równości stron stosunku cywilno – prawnego, jakim bez wątpienia jest umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W doktrynie uznaje się, że kara umowna stanowi swoistą postać odeszkodowania umownego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Zdaniem Protestującego nie znajduje jednak żadnego uzasadnienia wprowadzanie kar umownych od wykonawcy, w sytuacji gdy wykonawca nie ponosi winy za niedotrzymanie terminów. Obecne zapisy powodowałyby konieczność zapłaty kar umownych także w sytuacji gdy wystąpienie opóźnień powstało z przyczyn za które wykonawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności oraz w wyniku wystąpienia okoliczności którym wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie mógł zapobiec ani ich przewidzieć.

Mając na względzie powyższe okoliczności, w ocenie Protestującego niniejszy protest zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 27 ust 2 Ustawy prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na nr fax: : (0-22) 45 13 740

W imieniu Protestującego:

DYREKTOR
Region Warszawa
Krzysztof Duda

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo
- 2) odpis aktualny z KRS Protestującego