

Kielce, 30.04.2009 r.

Znak: AK.ZP/B/241/2/2009

Wykonawcy
uczestniczący w postępowaniu

INFORMACJA O PROTEŚCIE

Dotyczy: *postępowania nr AK/ZP/B/241/2/09 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację inwestycji: „Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach”.*

Filharmonia Świętokrzyska im. O. Kolberga w Kielcach informuje o wniesieniu protestu przez firmę STRABAG Sp. z o.o. ul. B. Brechta 7 03-472 Warszawa, dotyczącego postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z art. 181 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych . (j.t. Dz.U.07.223.1655 ze zm.), przekazujemy kopię protestu.

Jednocześnie Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Uczestnikami w/w postępowania stają się Wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania do upływu terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, tj. do dnia **02.05.2009 r.**

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

Dyrektor Naczelny i Artystyczny

Jacek Bogacz

STRABAG Sp. z o.o.
Budownictwo Ogólne i Inżynieryjne
Zarząd
 ul. Brechta 7
 PL 03-472 Warszawa / Polska

Tel: +48(0)22 45 13 800
 Fax: +48(0)22 45 13 801
 www.strabag.com

STRABAG

Protestujący:
STRABAG Sp. z o.o.
 Ul. B. Brechta 7
 03-472 Warszawa
Adres do korespondencji:
 40-028 Katowice, ul. Francuska 70

FILHARMONIA ŚWIĘTOKRZYSKA
 im. Oskara Kolberga
 w Kielcach
 Wpłynęło dnia 30.04.09.....
 Nr 1681B/09.....

30 kwietnia 2009r. Warszawa

Zamawiający:
 Filharmonia Świętokrzyska
 Im. Oskara Kolberga
 Pl. St. Moniuszki 2B
 25-334 Kielce
 Fax. 041 368 11 91

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Realizacja Międzynarodowego Centrum Kultury w Kielcach (symbol AK/ZP/241/2/09).

Protest

I. Działając na podstawie art. 180 ust.1 i 3 w zw. z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29 stycznia 2004r. (Dz. U. Z 2004r. nr 17 poz. 177 z późn. zm.), dalej jako Prawo zamówień publicznych lub ustawa pzp, działając w imieniu Protestującego - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wpisanego do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000054588, niniejszym składamy Protest na czynność Zamawiającego polegającą na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności Załącznika nr 6b – Umowa, w sposób niezgodny z obowiązującym prawem lub pozbawiony podstaw prawnych, w zakresie;

1. postanowień art. VI pkt 4 Warunków Ogólnych Umowy w zakresie w jakim Zamawiający przyznaje sobie uprawnienie do wprowadzania zmian i uzupełnień do przekazanej Wykonawcy, na etapie przygotowania ofert, dokumentacji projektowej nie przewidując na tę okoliczność prawa Wykonawcy do wynagrodzenia za tak wykonane prace, nieprzewidziane na etapie przygotowania oferty a więc również nie ujęte w jej cenie.

Strabag Sp. z o.o., PL 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7
 Sąd Rejonowy dla M. St. Warszawy XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego Numer KRS 0000054588
 NIP 521-04-21-925, REGON 010676681, kapitał zakładowy: 11.000.000 PLN
 tel. +48 (0) 22 / 45 13 800, fax +48 (0) 22 / 45 13 801, e-mail: e-mail: pl_office.strabag@strabag.com, www.strabag.com

Janolona

2. postanowień art. XII pkt. 2 w zakresie w jakim zamawiający przewiduje, że wynagrodzenie obejmuje należność za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji zamówienia.

Protestujący Zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7, 29 ustawy pzp, art. 14 i 139 ustawy pzp w zw. z art. 5, 353 (1), 647, 649 k.c.

II. Wskazane zapisy naruszają interes prawy Protestującego pozbawiając go możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak przenosząc na niego ryzyko związane z realizacją zamówienia wynikające z okoliczności zależnych od Zamawiającego.

Uzasadnienie

W dn. 17 kwietnia 2009r. opublikowane zostało ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja Międzynarodowego Centrum Kultury w Kielcach (symbol AK/ZP/241/2/09). W dniu tym Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego protestu, co oznacza, że wnosząc protest w dn. 30 kwietnia 2009r. czyni zadość wymaganiom określonym w art. 180 ust 3 pkt 2 ustawy p.z.p. tj. wnosi protest w ustawowo określonym terminie.

Odnosnie sformułowanych na wstępie zarzutów, wskazać należy co następuje:

Ad. 1. Oprotestowany zapis art. VI pkt 4 Warunków Ogólnych Umowy prowadzi do stworzenia sobie przez Zamawiającego bezprawnej możliwości zmiany pierwotnego zakresu zamówienia

wynikającego z przekazanej wykonawcy, jako podstawa do przygotowania oferty, Dokumentacji Projektowej („W okresie realizacji przedmiotu umowy, Inwestor może wprowadzić zmiany i uzupełnienia do przekazanej Wykonawcy dokumentacji projektowej (...)). Zgodnie z zapisami SIWZ pod pojęciem Dokumentacji Projektowej rozumieć należy Projekt Budowlany, Wykonawcy oraz Specyfikację Techniczną wykonania i Odbioru Robót. Powyższe oznacza, że oprotestowany zapis umowy daje Zamawiającemu możliwość dokonywania zmian w zakresie np. jakości, kształtu, rodzaju wykonywanych robót w całości na koszt i ryzyko Wykonawcy. Zgodnie powiem z Art. VI pkt 5 umowy zmiany i uzupełnienia nie zmieniające zakresu rzeczowego przedmiotu umowy nie uprawniają do żądania zamiany wynagrodzenia. Oprotestowany zapis umowy daje więc Zamawiającemu możliwość dokonywania dowolnej modyfikacji przedmiotowego zamówienia na etapie jego realizacji, z jednoczesnym pozbawieniem Wykonawcy prawa do wynagrodzenia za tak wykonane prace. Rozwiązanie to jest sprzeczne z art. 29 ustawy pzp, zgodnie z którym obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wypełnienie przez Zamawiającego tego obowiązku zapewnia wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia możliwość złożenia ofert przygotowanych w oparciu o takie podstawy, a w konsekwencji ofert porównywalnych. Stanowisko Protestującego potwierdza wyrok ZA z dn. 25 stycznia 2005r. (sygn. akt UZP/ZO/0-79/05) w którym Zespół Arbitrów uznał, że „Niedopuszczalne jest zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu rzeczowo – finansowego oraz prawa wyłączenia z zakresu zamówienia niektórych robót, względnie przesunięcia w czasie robót ujętych w harmonogramie rzeczowo – finansowym załączonym do oferty(...). To samo dotyczy możliwości wprowadzenia w trybie roboczym zmian w zakresie rzeczowym zadania

Strabag

oraz zmian dokumentacji projektowej wraz z odpowiednią korektą wynagrodzenia określonego elementu robót bez żadnych skutków prawnofinansowych. W ocenie ZA takie postanowienia sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu zamówienia i warunków jego realizacji, co kłóci się z przepisami ustawy a w szczególności z art. 29 pzp.

Słuszność twierdzeń Protestującego co do naruszenia przez oprotestowany zapis umowy art. 29 ustawy pzp potwierdza również stanowisko doktryny, w ślad za którą Protestujący podnosi, że z opisu przedmiotu zamówienia wynikać musi dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji zaś Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ich dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia (tak: G.Wicik, P.Wiśniewski [w] Prawo zamówień publicznych – Komentarz, wyd. C.H. Beck, W-wa 2007).

Oprotestowany zapis powoduje również naruszenie przez Zamawiającego zasady równości stron stosunków cywilno – prawnych oraz zasady słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją stosunku prawnego poprzez dysproporcję w ukształtowaniu we wzorze umowy powyższego rozkładu odpowiedzialności (Komentarz do Kodeksu Cywilnego pod. red. prof. dr hab. E. Gniewka, wyd. C.H.Beck, Warszawa 2006). Oznacza to, że Zamawiający nakłada na wykonawcę ciężar stanowiący dla niego istotne ryzyko a jednocześnie odmawia Wykonawcy prawa do stosowanego zabezpieczenia z tego tytułu, co stanowi niedopuszczalna praktykę polegającą na świadomym wykorzystaniu przez Zamawiającego jego uprzywilejowanej pozycji zw. z kształtowaniem treści umowy. Działanie takie, jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego a w konsekwencji stanowiące nadużycie prawa podmiotowego, nie może w świetle art. 5 kc korzystać z ochrony prawnej.

Podnieść należy również, że tak sformułowane postanowienia umowy stanowią naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady równego traktowania wykonawców przejawia się w zapewnieniu wszystkim podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia możliwości równego dostępu do rynku zamówień publicznych bez jakiegokolwiek dyskryminacji czy uprzywilejowania któregośkolwiek z wykonawców. Przy obecnych zapisach umowy Wykonawcy nie mogą mieć bowiem pewności czy wszystkie roboty wynikające z dokumentacji projektowej będą zrealizowane w sposób planowany przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania, a w konsekwencji czy konieczne jest ujęcie ich zakresu i wartości wynikającej z przyjętego, na podstawie Dokumentacji Przetargowej, sposobu realizacji zamówienia w cenie oferty. Zakładając, iż choćby jeden wykonawca na etapie przygotowania oferty poweźmie wiadomość, że jakiś element robót zostanie zmieniony, w zakresie wynikającym z oprotestowanego zapisu umowy, w sposób który wpłynie na obniżenie jego wartości, wówczas ten wykonawca będzie mógł złożyć cenę z oferta niższą od pozostałych Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. W konsekwencji taki element może być decydujący dla wyniku postępowania jako że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena.

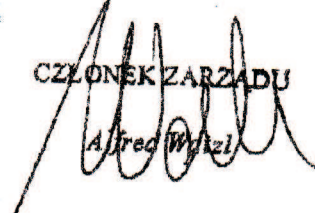
Ad. 2 Zgodnie z Art. XII pkt I Warunków Ogólnych Umowy przedmiotem niniejszej umowy są roboty budowlane określone w Umowie oraz w załącznikach o umowy określone w §1 ust 1 Umowy. Zgodnie z Umową i w §1 ust 1 Umowy przedmiot umowy wynika z Warunków Ogólnych Umowy, Warunków Szczegółowych Umowy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumentacji Projektowej (na którą składa się projekt budowlany, wykonawczy oraz Specyfikacje Techniczne), Oferta wraz z załącznikami. Przyjęta przez Zamawiającego

Strabag

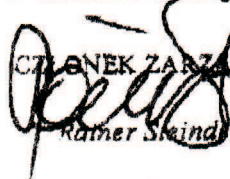
formuła umowy – przygotowanie projektów leży po stronie Zamawiającego, wymaga od niego wzięcia odpowiedzialności za kompletność i adekwatność rozwiązań projektowych do osiągnięcia zamierzonego celu – tj. wybudowania Międzynarodowego Centrum Kultury w Kielcach. Jednocześnie zakres prac do wykonania, których zobowiązać może się wykonawca powinien obejmować wykonanie tych robót, które konieczne są do osiągnięcia zamierzonego celu budowlanego, przy jednoczesnym uwzględnieniu, iż zakres tych robót ustalony musi być w odniesieniu do projektu w oparciu o który są one prowadzone. Nawet przyjęty przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu ryczałtowy sposób rozliczenia niniejszej umowy, nie uzasadnia rozszerzenia zakresu robót koniecznych do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia do wykonania wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z art. 649 kc, wprowadzającym domniemanie rozszerzenia zakresu obowiązków wykonawcy, ograniczone są one do robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego jest więc takie kształtowanie postanowień umowy, które nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ustalanego w oparciu o dokumentację przetargową, wszystkich prac koniecznych do kompleksowego wykonania zamówienia niezależnie od tego czy Wykonawca na etapie przygotowania oferty mógł przewidzieć konieczność ich wykonania czy też nie.

III. W zw. z przedstawioną argumentacją żądamy:

- dokonania zmiany w art. VI pkt 4 Warunków Ogólnych Umowy poprzez jego usunięcie,
- dokonania zmiany w Art. XII pkt I Warunków Ogólnych Umowy poprzez usunięcie słów „wszystkich” oraz „kompleksowej”

CZŁONEK ZARZĄDU

Alfred Wytził

W imieniu Protestującego

CZŁONEK ZARZĄDU

Rainer Steindl

Prosimy o potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma faxem na nr. 032 75 73 450

Załączniki

1. opis z KRS.

