

Kielce, 11 maja 2009 r.

AK/ZP/B/241/2/09

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

**ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU
z dnia 29.04.2009 r. oznaczonego nr 3**

Protestujący:

Hochtief Polska Sp. z o.o.
ul. Elbląska 14 01-737 Warszawa
Adres do korespondencji:
Hochtief Polska Sp. z o.o. Oddział w Poznaniu
Aleja Niepodległości 6 60-967 Poznań

Przystępujący:

1. WARBUD S.A.
Aleje Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa

Zgodnie z art. 183 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U.07.223.1655 ze zm.). – zwanej dalej „ustawą PZP”, Zamawiający: Filharmonia Świętokrzyska im. O. Kolberga w Kielcach, Plac Moniuszki 2 B, 25-334 Kielce

postanawia co następuje:

- uwzględnić protest w zakresie wniosków (żądań) oznaczonych punktami:

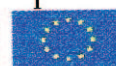
- pkt. 1a) protestu, poprzez usunięcie zdania drugiego z art. II ust. 5 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy).
- pkt. 1c) protestu poprzez usunięcie wyrazów: „...bez zastrzeżeń...” z art. VI ust 2 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy).
- pkt. 1d) protestu, poprzez dopisanie punktu 6-go do art. IX ust.1 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) wyrażenia „ zapłata za należycie wykonane i odebrane roboty”.
- pkt. 1f) protestu, poprzez wykreślenie art. XIV ust. 4 w całości i wpisanie zamiast niego co następuje: „Za datę wykonania przedmiotu umowy uważa się dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, o ile w konsekwencji odbiór zostanie dokonany bezusterkowo” oraz poprzez wykreślenie zdania drugiego art. XIV ust. 9 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy).
- pkt. 1i) protestu, poprzez zastąpienie słów „... 0,2% wynagrodzenia brutto przewidzianego niniejszą umową za każdy dzień zwłoki” wyrazami „...0,2% wynagrodzenia brutto za element, w którym wystąpiła wada, za każdy dzień zwłoki.
- pkt. 1k) protestu, poprzez usunięcie art. XIX ust. 1 pkt.3 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości.



Ministerstwo
Kultury
i Dziedzictwa
Narodowego



Urząd Miejski w Kielcach
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Projekt pod nazwą "Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach"
Projekt współfinansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach
XI Priorytetu Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Inwestujemy w Waszą przyszłość
Dla rozwoju infrastruktury i środowiska

- pkt. 1o) protestu, poprzez nadanie art. XVI ust 1 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy): nowego brzmienia: „Wykonawca zobowiązuje się do ubezpieczenia budowy i robót z tytułu szkód, które mogą zaistnieć w okresie od rozpoczęcia robót do przekazania przedmiotu umowy Inwestorowi, w związku z określonymi zdarzeniami losowymi – od ryzyk budowlanych – do wysokości wynagrodzenia Wykonawcy brutto za wykonanie całego przedmiotu umowy oraz od odpowiedzialności cywilnej (odpowiedzialność cywilna za szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków dotyczących pracowników i osób trzecich, a powstałych w związku z prowadzonymi robotami) – do wysokości nie niższej niż 5,00 mln PLN (słownie pięć milionów złotych).
- pkt. 1 p) protestu, poprzez zastąpienie w art. 24 ust 7 pkt 7.1 załącznika 6c) do SIWZ (Warunki Szczegółowe Umowy) dwukrotnie występujących tam słów: „10 lat” wyrazami: „5 lat” oraz w art. 24 ust. 7 pkt 7.2 załącznika 6c) do SIWZ (Warunki Szczegółowe Umowy) dwukrotnie występujących tam słów : „5 lat” wyrazami: „3 lata”

- oddalić protest w zakresie wniosków (żądań) oznaczonych punktami:

- pkt. 1b) protestu
- pkt. 1e) protestu
- pkt. 1g) protestu
- pkt. 1h) protestu
- pkt. 1j) protestu

UZASADNIENIE

W dniu 30 kwietnia 2009 r. Protestujący skierował protest dotyczący postępowania nr AK/ZP/B/241/2/09 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację inwestycji: „Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach”.

Ad.1a) – Protestujący wniósł o wykreślenie art. II ust. 5 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) lub o jego przeredagowanie.

Pomimo, że interpretacja tego zapisu dokonana przez Protestującego jest interpretacją zbyt daleko idącą, albowiem dotyczy on jedynie przekazania Inwestorowi Zastępczemu uprawnień wynikających z Warunków Ogólnych Umowy, a nie przenosi również zobowiązań ciążących na Inwestorze, czyli nie dochodzi do dokonania przejęcia długu w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego (a tylko wtedy można by mówić o zmianie podmiotowej umowy, co w świetle Ustawy Pzp. jest oczywiście niedopuszczalne), to dla uniknięcia jakichkolwiek dalszych wątpliwości, Zamawiający postanowił usunąć zdanie drugie art. II ust. 5 załącznika 6b) do SIWZ (warunki Ogólne Umowy), który faktycznie mógłby być odczytywany odmiennie od wyżej opisanych intencji Zamawiającego.

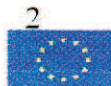
Ad. 1b) – Protestujący wniósł o uzupełnienie art. IV ust. 3 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) o zapis: „wstrzymania robót lub przerw w wykonywaniu robót powstałych na skutek okoliczności lub zdarzeń, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca”. Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie tego typu modyfikacji z uwagi na to, że inne zapisy tego dokumentu, w szczególności art. IV ust. 3 oraz art. XXI ust. 2 wystarczająco regulują tę kwestię. Nieuzasadnione są obawy Protestującego, iż może dojść do sytuacji,



Ministerstwo
Kultury
i Dziedzictwa
Narodowego.



UNIA EUROPEJSKA
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Projekt pod nazwą "Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach"
Projekt współfinansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach
XI Priorytetu Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko

Inwestujemy w Waszą przyszłość
Dla rozwoju infrastruktury i środowiska

kiedy Wykonawca będzie odpowiadać za działania tzw. innych podwykonawców, gdyż art. 11 Warunków Szczegółowych Umowy (zał. Nr 6 c do SIWZ) wyraźnie stanowi, iż wykonawcy ci będą zaangażowani przez Inwestora, a zatem to Inwestor będzie ponosił za nich odpowiedzialność.

Ad.1c) - Protestujący wniósł o wykreślenie w art. VI ust 2 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) wyrażenia „bez zastrzeżeń” i wpisanie na końcu „Wykonawca nie odpowiada za błędy, braki lub pominięcia przekazanej dokumentacji projektowej, których pomimo zachowania należytej staranności nie wykrył”. Zamawiający postanowił usunąć wyrazy „...bez zastrzeżeń...” z art. VI ust 2 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy), co powoduje, że dalej idący wniosek Protestującego w tym zakresie staje się bezprzedmiotowy.

Ad.1d) - Protestujący wniósł o uzupełnienie art. IX załącznika nr 6b do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) o zapis następującej treści „ zapłata za należycie wykonane i odebrane roboty”.

Obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego wynika wyraźnie z innych postanowień umownych, w szczególności z § 2 Umowy (załącznik nr 6a do SIWZ) oraz art. 17, 18 i 19 Warunków Szczegółowych Umowy (zał. Nr 6c do SIWZ). Aby jednak rozwiać jakiegokolwiek obawy protestującego w tym zakresie, Zamawiający postanowił uzupełnić art. IX załącznika nr 6b do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w wyżej opisany sposób.

Ad.1e) - Protestujący wniósł o wykreślenie art. XIII ust 5 załącznika nr 6b do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości. Zamawiający nie widzi podstaw do spełnienia tego żądania Protestującego. Z uwagi na treść art. 647¹ § 5 kc, stanowiącego iż Inwestor i Wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawców, Zamawiający musi zabezpieczyć swoje interesy finansowe w tym zakresie (zwłaszcza, że w grę wchodzi środki publiczne) i regulacja taka zgodna jest z przepisami kodeksu cywilnego oraz praktyką powszechnie stosowaną na rynku budowlanym.

Ad. 1f) - Protestujący wniósł o wykreślenie art. XIV ust. 4 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości i wpisanie zamiast niego co następuje: „Za datę dokonania odbioru uważa się dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, o ile odbiór został dokonany”. Zamawiający uznał protest w tym zakresie przy dokonaniu pewnych korekt poprzez nadanie ww zapisowi następującego brzmienia: „Za datę wykonania robót objętych przedmiotem umowy uważa się dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, o ile w konsekwencji odbiór zostanie dokonany bezusterkowo”. Korekty tego zapisu wynikają przede wszystkim z błędnego odczytania przez Protestującego treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11.01.2001 r. (IVCKN 150/00), który stanowi, że za datę wypełnienia przez wykonawcę swego zobowiązania (spełnienia świadczenia) uważa się dzień zgłoszenia gotowości obiektu do odbioru. Chodzi tu zatem o tożsamość daty zakończenia realizacji robót objętych przedmiotem umowy z dniem zgłoszenia gotowości do odbioru tych robót, a nie o tożsamość daty dokonania odbioru z dniem zgłoszenia gotowości do odbioru tych robót, jak to – zapewne omyłkowo - podał Protestujący we wniosku oznaczonym jako pkt 1f).

Ponadto Zamawiający uznał za zasadne usunięcie kwestionowanego w uzasadnieniu protestu zdania drugiego art. XIV ust. 9 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) uznając,

iż faktycznie odbiór końcowy robót nie może być w tym przypadku uzależniony od uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Ad. 1g) - Protestujący wniósł o wykreślenie art. XIV ust. 2 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości. Zamawiający nie widzi powodu do usunięcia tego zapisu, zwłaszcza w kontekście zmiany dokonanej w zakresie punktu 1f) protestu. Notabene: Zamawiający zauważa, iż treści protestu w tym zakresie Protestujący w ogóle nie uzasadnił.

Ad. 1h) - Protestujący wniósł o wykreślenie w art. XVIII ust. 5 i 6 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) wyrażen „0,5%” i wpisanie wyrażen „0,1%”. Zamawiający nie widzi możliwości tak drastycznego obniżenia kar umownych na wypadek zwłoki w wykonaniu całego przedmiotu umowy lub poszczególnych elementów. W obrocie budowlanym powszechnie spotykane są kary umowne za zwłokę (czyli kwalifikowaną, zawinioną postać opóźnienia) w wykonawstwie, ustanowione na poziomie zaproponowanym przez Zamawiającego, zwłaszcza przy dużych inwestycjach. Kara umowna ze swej natury musi mieć charakter represyjny i jako taka powinna ona dyscyplinować i mobilizować Wykonawcę do wykonania zobowiązania terminowo, z należytą starannością. Nadmienić należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Sądu Najwyższego, odpowiedzialność wykonawcy z tego tytułu opiera się na zasadzie winy, a zatem Wykonawca rzetelny, terminowo wykonujący roboty budowlane, nie ma żadnych podstaw, aby obawiać się tego typu sankcji.

Ad.1i) - Protestujący wniósł o wykreślenie w art. XVIII ust. 7 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) wyrażenia „0,2% wynagrodzenia brutto przewidzianego niniejszą umową...” i wpisanie „0,1% wynagrodzenia brutto za element, w którym wystąpiła wada...”.

Zamawiający uznał, iż w tym przypadku kara umowna liczona od całości wynagrodzenia umownego byłaby faktycznie zbyt restrykcyjna, dlatego zmienił przedmiotowy zapis w opisany powyżej sposób.

Ad. 1j) - Protestujący wniósł o wykreślenie w art. XVIII ust. 9 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości i wpisanie wyrażenia „Limit kar z tytułu niniejszej umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto”.

Żaden przepis obowiązującego prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ograniczenia wysokości kar umownych w sposób proponowany przez Protestującego (i Protestujący takiego przepisu nie był w stanie podać w uzasadnieniu protestu). Zamawiający nie widzi możliwości zmiany tego zapisu umownego. Zamawiający uwzględnił natomiast częściowo argumenty Protestującego w zakresie dotychczasowego art. XVIII ust 9 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) dokonując następującej modyfikacji tego zapisu: „Postanowienia dotyczące kar umownych zastrzeżonych na wypadek odstąpienia od umowy pozostają w mocy również w przypadku odstąpienia od umowy.”

Ad. 1k) - Protestujący wniósł o wykreślenie art. XIX ust. 1 pkt.3 załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) w całości.

Wbrew twierdzeniom Protestującego, zapis tego typu występuje często w umowach w obrocie gospodarczym. Doprecyzowanie tego zapisu o limit ewentualnego zajęcia majątku wykonawcy byłoby jednak wg Zamawiającego bezcelowe, dlatego zapis ten został usunięty w całości.

Ad. 1o) - Protestujący wniósł o uzupełnienie art. XVI załącznika 6b) do SIWZ (Warunki Ogólne Umowy) o podanie kwot dla poszczególnych ubezpieczeń. Zamawiający uznał argumenty Protestującego za zasadne i określił limity ubezpieczeniowe, szacując ewentualne ryzyko z tym związane.

Ad. 1p) - Protestujący wniósł o zmiany w art. 24 ust 7 pkt 7.1 załącznika 6c) do SIWZ (Warunki Szczegółowe Umowy) z „10 lat” na „5 lat” oraz w pkt 7.2 z „5 lat” na „2 lata”. Zamawiający skrócił okresy gwarancji i rękojmi odpowiednio do 5 i 3 lat, uznając terminy takie za realne i nie obciążające Wykonawcę.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający powtórzy oprotestowane czynności, które zostaną uwzględnione po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Pouczenie

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Dyrektor Biura Artystycznego
Jacek Rogala
Jacek Rogala