

# ZARZĄD DRÓG POWIATOWYCH W MYŚLENICACH

32-400 Myślenice ul. Słowackiego 82

tel. /012/ 272-17-33

fax/012/ 272-17-33

e-mail: [zdp@zdp-myslenice.pl](mailto:zdp@zdp-myslenice.pl)

[www.zdp-myslenice.pl](http://www.zdp-myslenice.pl)

ZDP-T/IIIa/ZP-2/2007

Myślenice 26.01.2007r.

## **„DROGBUD”**

**Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o.**

**38-100 Strzyżów**

**ul. 1 Maja 42**

Dotyczy : Protestu do Przetargu ZP-2/2007 „Przeciwdziałanie marginalizacji społecznej poprzez modernizację dróg powiatowych nr K 1687 i K 1689”

Zadanie przedmiotu zamówienia:

Zadanie „Modernizacja poprzez przebudowę drogi powiatowej Stróża – Trzebunia nr K 1689 od km 8+800=0+000-1+000” na postanowienia SIWZ w zakresie projektu umowy :

§ 2, § 5 ust. 7, § 6, § 9 ust. 7, § 10, ust.4, § 16, § 17 ust. 2, § 17 ust. 3 pkt 2 i 3, § 17 ust. 4, § 17 ust. 5, § 17 ust. 6, § 17 ust. ostatni,

Zarząd Dróg Powiatowych w Myślenicach dokonał rozstrzygnięcia złożonego na piśmie w dniu 22 .01.2007r. protestu w opisanym wyżej zakresie ( faks z treścią protestu wpłynął 18.01.2007r.) i protest oddala.

## SZCZEGÓŁOWE UZASADNIENIE ODDALENIA PROTESTU.

Dotyczy § 2, § 6 i § 17 ust. 3 pkt 2 umowy: odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: Szczegółowe terminy rozpoczęcia robót i zakres tych robót określony ma być w harmonogramie, o którym mowa w § 2 ustępow. 2 umowy, który to harmonogram Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć wraz z ofertą (Rozdz. II pkt 2.4 pozycja 3 SIWZ). Zapisy w harmonogramie uzależnione są od propozycji Wykonawcy. Jeżeli Wykonawca życzy sobie aby przekazanie mu placu budowy nastąpiło w terminie 7 dni od podpisania umowy i chce roboty rozpocząć w dniu przekazania mu placu budowy – może to wpisać w harmonogramie. Zamawiającemu zależy na zakończeniu robót do 31 sierpnia 2007r. Uważa, że rozpoczęcie robót powinno nastąpić w terminie dwóch tygodni. Zakłada jednak, że rozpoczęcie robót może nastąpić później. Dlatego zapis w § 17 ust. 3 pkt 2, że Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem robót powyżej dwóch tygodni „bez uzasadnionych przyczyn”. Początkowe terminy Zamawiający uzależnia od Wykonawcy, a także częściowo od warunków pogodowych. Zgodnie ze SIWZ podpisanie umowy powinno nastąpić w marcu 2007r., a więc w miesiącu kiedy nie zawsze pogoda umożliwia prowadzenie robót budowlanych na wolnym powietrzu. Z tego samego powodu w § 6 znalazł się termin nieostry „niezwłocznie”. Odmawiając zmiany § 2 jednocześnie Zamawiający odmawia wprowadzenia kar umownych dla zwłoki w przekazaniu placu budowy.

Dotyczy § 5 ust. 7 umowy – odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: zapłata za roboty wykonane dla Zamawiającego, następuje zgodnie z § 8 i § 9 po dokonaniu odbioru robót, na podstawie kosztorysu powykonawczego. Zatem moment, w którym dochodzi do zapłaty za wykonane roboty, to moment, w którym doszło do

odebrania robót od Wykonawcy. Nie ma zatem ryzyka, jakie w tym zapisie widzi Spółka, że Zamawiający nie odbierze robót od Wykonawcy, a Wykonawca musi od podwykonawcy. Nieodebranie robót od Wykonawcy przez Zamawiającego oznacza, że Zamawiający za te roboty nie będzie płacił. Nie ma wówczas obowiązku przedkładania gwarancji bądź dowodu zapłaty dla podwykonawcy.

Dotyczy § 9 ust. 7 i § 16 ust. 2 pkt 1 i 2. – odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: Zamawiający nie zakłada, że roboty wykonane przez Wykonawcę będą miały jakiegokolwiek wady. Zakłada, wobec bardzo szczegółowego projektu technicznego, że będą wykonane zgodnie z tym projektem, a zatem bez wad. Nie zamierza ustalać, czy źle wykonane roboty posiadają wady istotne czy nieistotne. Roboty finansowane są ze środków publicznych i z tego powodu muszą być wykonane w szczególnie odpowiedzialny sposób: bardzo dobrze. Tak wysoko postawiona poprzeczka nie dyskwalifikuje Wykonawcy. Oddanie drogi z wadami oznacza niebezpieczeństwo dla jej użytkowników. Jeżeli Wykonawca nie czuje się na sile wybudować tej drogi zgodnie z założeniami projektu technicznego, nie musi starać się o to zamówienie. Nie ma także żadnego ryzyka, że kary umowne zdublują się. Nieodebranie robót z powodu wad, oznacza, że Wykonawca posiada opóźnienie w ich wykonaniu i Zamawiający może pobierać wyłącznie kary za opóźnienie w wykonaniu robót. Dopiero jeżeli odbierze roboty z wadami wówczas nieusunięcie wad w terminie może oznaczać nałożenie z tego tytułu kar umownych.

Dotyczy § 10 ust. 4 – odmawiam zmiany

Uzasadnienie: Postanowienie to oznacza, że Zamawiający może udzielić zamówienia uzupełniającego Wykonawcy na tych samych warunkach, także finansowych jak w zamówieniu podstawowym. Z przepisu tego ani z ustawy, nie wynika obowiązek przyjęcia tego zamówienia przez Wykonawcę. Zapis daje tylko możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie negocjacji tylko z Wykonawcą. Jeżeli jednak warunki te w okresie udzielenia zamówienia uzupełniającego czyli w okresie ok. 2,5 roku od zakończenia robót w zamówieniu podstawowym, będą dla Wykonawcy niekorzystne, nie musi się na wykonanie zamówienia uzupełniającego zgodzić. Wówczas Zamawiający zobowiązany będzie udzielić zamówienia w drodze np. przetargu nieograniczonego innemu Wykonawcy. Odstęp 2,5 letni pomiędzy zamówieniami ( 3 lata jest od udzielenia zamówienia) to w obrocie gospodarczym nie jest długim okresem.

Dotyczy § 16 – odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: Zapłata przez jednostkę finansów publicznych kar umownych stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych i odpowiedzialność karną pracowników, którzy dopuścili do sytuacji powodującej ich zapłatę. Pomimo to, Zamawiający dopuścił możliwość zapłaty kary umownej w wysokości 10% w razie odstąpienia od umowy z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność. Przyczyn tych nie wymienia w umowie. W umowie wymienia przyczyny kiedy może wypowiedzieć umowę i od niej odstąpić nie płacąc kar umownych ( § 17 umowy). Nie wyklucza natomiast, że umowę wypowie lub od niej odstąpi Wykonawca (vide! § 17 ust. 5) na zasadach określonych w przepisach kodeksu cywilnego. Również nie wyklucza w takiej sytuacji dochodzenia odszkodowania przez Wykonawcę. Nigdzie w umowie nie ma zapisu, że Zamawiający wyłącza działanie art. 361 kodeksu cywilnego. Zatem Wykonawca nie może dochodzić odszkodowania uzupełniającego tylko wówczas gdy Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność i z przyczyn określonym w § 17. We wszystkich innych przypadkach niewykonania umowy przez Zamawiającego, gdy kary umowne nie zostały zastrzeżone, Wykonawca może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, a więc na takich samych zasadach jakie musiał by stosować dochodząc odszkodowania uzupełniającego.

Dotyczy § 17 ust. 2 – odmawiam zmiany

Uzasadnienie: Wypowiedzenie jest jedną z form rozwiązania umowy cywilnoprawnej. Nigdzie w żadnym przepisie kodeksu cywilnego (nie powołuje się na taki przepis także protestujący) nie ma zakazu wypowiedzania umów rezultatu. W piśmiennictwie istnieją spory co do sposobu i formy wypowiedzania umów wzajemnych w szczególności co do sposobu rozliczenia się stron, nie wyłącza to jednak stosowania formy wypowiedzenia jako formy zmierzającej do zakończenia stosunku prawnego stron wynikającego z zawartej umowy wzajemnej. Oznacza to przede wszystkim, że umowa nie rozwiązuje się ex tunc tylko w momencie określonym w wypowiedzeniu co z natury rzeczy stwarza sytuację bardziej komfortową dla wykonawcy i daje możliwość dokonania rozliczenia umowy w sposób odpowiedni do etapu na którym została przerwana. Zamawiającym, jest Zarząd Dróg Powiatowych w Myślenicach, działający jako statio municipii Powiatu Myślenickiego. Zatem nie chodzi o zagrożenie interesów Zarządu ale interesów Powiatu Myślenickiego jako jednostki samorządu terytorialnego. Wskazany jako przykład brak środków finansowych, jest niemożliwy do spełnienia w rzeczywistości. Zapłata środków stanowiących niewielki procent budżetu Powiatu, nawet w przypadku nie przewidzenia tych środków, nie może zagrażać interesom jednostki samorządowej. Poza tym absurdem jest stwierdzenie, że w przypadku braku zabezpieczenia środków na realizację umowy, nie można było tego przewidzieć w dniu jej podpisania. Co do drugiego przypadku, możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku jej niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, Zamawiający także nie może zgodzić się z argumentacją Protestującego. Umowa, na którą został ogłoszony przetarg jest finansowana ze środków publicznych. Niewykonanie lub niewłaściwe wykonywanie umowy, stwarzające ryzyko wydatkowania tych środków w sposób nieprawidłowy – musi znaleźć swoje odzwierciedlenie w prawie rozwiązania umowy przez zamawiającego. Forma „wypowiedzenia” wprowadzona została tutaj celowo. Nie rozwiązuje umowy ex tunc i daje Wykonawcy prawo zgłoszenia sprzeciwu np. przez żądanie ustalenia przez Sąd bezskuteczności takiego wypowiedzenia i wstrzymania tym samym decyzji Zamawiającego, wynikającej z oświadczenia Zamawiającego o wypowiedzeniu umowy. W tym zakresie chroni zatem także interesy Wykonawcy, nie pozwalając na zupełną dowolność w zakresie ustalenia sposobu zakończenia stosunku umownego.

Dotyczy: § 17 ust. 3 pkt 3 – odmawiam zmiany

Uzasadnienie: Zamawiający nie widzi potrzeby uzależniania prawa do odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca przerwie roboty na okres powyżej 14 dni bez uzasadnionych przyczyn. Podobnie jak w wyżej opisanej argumentacji protestującego dotyczącej środków finansowych Zamawiającego, tak i tutaj przyczyną, która pozbawiałaby by prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy, mogłoby być np. zwolnienie się wszystkich pracowników Wykonawcy, co jest przecież uzasadnioną przyczyną przerwania robót, ale przyczyną, której uwzględnienie przez Zamawiającego oznaczałoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych czyli działanie na szkodę jednostki samorządowej.

Dotyczy § 17, ust. 4 zdanie 1 wykreślenie słów „lub jej wypowiedzenie” odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: powody opisane w uzasadnieniu do § 17 ust. 2.

Dotyczy § 17 ust. 4 zdanie 3 - odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: powody opisane w uzasadnieniu do § 17 ust. 2.

Dotyczy § 17 ust 5 wykreślenie słów „lub wypowiedzenia umowy”. Odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: powody opisane w uzasadnieniu do § 17 ust. 2.

Dotyczy § 17 ust. 5 wykreślenie dwóch ostatnich zdań. Odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: przepis ten dotyczy przypadku kiedy na skutek przerwania umowy przez zamawiającego z powodu odstąpienia od niej na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i z powodu wypowiedzenia umowy przez zamawiającego z przyczyn niemożliwych do przewidzenia w dniu jej podpisania konieczne będzie zabezpieczenie przerwanych robót i odebranie robót oraz uporządkowanie zaplecza. W takiej jak tu opisana sytuacja zamawiający przyjął na siebie prawo pokrycia kosztów tych czynności. Zatem zawsze wtedy gdy powodem rozwiązania umowy jest Zamawiający, on pokrywa koszty tu wymienione. Wprowadzając postanowienie, że o wysokości wynagrodzenia za te czynności decyduje Zamawiający, nie oznacza, że może to zrobić w sposób dowolny. Jeżeli ustalenie zbyt niskiego wynagrodzenia narazi Wykonawcę na szkodę, może żądać dopłaty na ogólnych zasadach dotyczących odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez niskie wynagrodzenie, jeżeli będzie to wynagrodzenie dla Wykonawcy. Strony mogą się bowiem umówić, że czynności te wykona niekoniecznie Wykonawca.

Dotyczy zmiany treści § 17 ust. 6. Odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: § 17 ust. 6 pkt 1 koresponduje z przepisem § 9 ust. 7 umowy, który daje Zamawiającemu prawo odmowy odbioru robót w razie stwierdzenia wad robót. Tutaj Zamawiający pozbawia się tego prawa, nakazując sobie odebranie robót w każdym przypadku, a co za tym idzie przejęcia robót pod swój dozór z dniem tego odbioru. Zmiana tego przepisu w kierunku wskazanym przez protestującego, oznaczałaby że w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, z tego powodu, np. że wykonywane przez niego roboty nie nadają się do przejęcia, zmuszony byłby je odebrać. Z takim stanowiskiem Zamawiający nie może się zgodzić. Naruszałoby to bowiem interesy publiczne.

Dotyczy: wykreślenia z § 17 ust. 3 (ustęp ten został błędnie oznaczony: ma być ustęp 7) słów „w każdym przypadku”. Odmawiam zmiany.

Uzasadnienie: Zamawiający ponownie podkreśla, że zamówienie dotyczy inwestycji finansowanej ze środków publicznych. Z ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 z późn.zm.) wynika zasada wydatkowania środków tylko na zamówienia zrealizowane. Oznacza to dokładnie tyle, że Zamawiający nie płaci za roboty nie wykonane i nie płaci za roboty źle wykonane. Innymi słowy zamawiający zapłaci za wszystkie roboty wykonane do dnia rozwiązania umowy, także w przypadku gdy występują w nich błędy, jeżeli zostaną one usunięte i w związku z tym odebrane przez Zamawiającego. Postanowienia umowy nie zmieniają przesłanek występujących w art. 647 kodeksu cywilnego, nie niwelują obowiązków wynikających dla zamawiającego z tego przepisu. Zabezpieczają tylko interes publiczny i chronią środki finansowe wydatkowane także ze środków publicznych. Przepis ten dotyczy zapłaty wynagrodzenia, a nie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Przedstawiając powyższe, Zamawiający informuję, że nie może uwzględnić Państwa protestu. Załączony wzorzec umowy nie narusza przepisów kodeksu cywilnego, uwzględnia interesy Wykonawcy i chroni interes publiczny.

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, które wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie kopię odwołania zamawiającemu.

Protest podlega zamieszczeniu na stronie internetowej zamawiającego.