

Warszawa, dnia 18 maja 2012 r.

**Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**
03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13
tel. 651-06-91, fax: 651-06-92
NIP 113-19-66-695, Regon: 013020403

**Pani Klaudia Szczytowska-Maziarz
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Urzędzie Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-576 Warszawa**

Zamawiający:

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad

Ul. Żelazna 56

00 – 848 Warszawa

Prowadzący postępowanie:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

ul. Mińska 25

03-808 Warszawa

Tel.: +48 22 +48 (22) 323-11-24

Fax.: +48 (22) 323-10-01

www.gddkia.gov.pl

e-mail: jgomoradzka@gddkia.gov.pl

Odwołujący:

Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o.

ul. Julianowska 13

03-338 Warszawa

Tel.: +48 22 651 06 91

Fax: +48 22 651 06 92

e-mail: sekretariat@zbm.com.pl

Reprezentowana przez:

Jezrzego Nowickiego - Dyrektora ds. Marketingu

Adres do doręczeń:

Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o.

ul. Julianowska 13

03-338 Warszawa

Fax. +48

e-mail : sekretariat@zbm.com.pl

Przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem).

Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”,

Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” – skrzyżowanie z DW 721

Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: DZUE z dnia 10 maja 2012 r. pod pozycją 2012/S 89-146426

ODWOŁANIE

OD NIEZGODNYCH Z PRZEPISAMI USTAWY CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PODJĘTYCH W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (które przedstawiam w załączeniu), działając w imieniu Mocodawcy, wnoszę Odwołanie na czynność Zamawiającego obejmującą sporządzenie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej SIWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi obejmujące Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem) Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”, Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” – skrzyżowanie z DW 721, zwanym dalej Postępowaniem.

Powyższej czynności zarzucam naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z pominięciem okoliczności mogących

mieć wpływ na sporządzenie oferty, w związku z przyjęciem w SIWZ, w Tomie II Istotne Dla stron Postanowienia Umowy, w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, w art. 11 ust. 11.9 pkt 19, że przedmiot zamówienia obejmuje także nadzorowanie wykonywania robót dodatkowych,

względnie

2. art. 353¹ w zw. z art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93), zwanej dalej KC, i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 11 ust. 11.9 pkt 19, że Konsultant jest zobowiązany do nadzorowania wykonywania robót dodatkowych,

a nadto

3. art. 353¹ w zw. z art. 735 § 1 i 750 KC w zw. art. 14 i 139 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13 ustawy, przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 15 ust. 15.2, że Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:
 - a) jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin i nie większy niż 24 godziny w danej dobie;
 - b) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 4 pełne godziny i nie większym niż 8 pełnych godzin w danej dobie.
4. art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), że Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000,00 PLN (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za naruszenie jakiegokolwiek innego obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu,
5. art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną przysługuje wyłącznie Zamawiającemu,

6. art. 353¹ KC w zw. z art. 746 § 1 i 750, w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy, prawa Zamawiającego do rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu a dalej także poprzez wyłączenie możliwości otrzymania wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie oraz zastrzeżenie, że Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi,

a w konsekwencji uchybień o których mowa w pkt 1 -6 także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ poprzez:

1. wykreślenie w SIWZ, w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, w art. 11 ust. 11.9 pkt 19,
2. zmianę w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 15 ust. 15.2 i nadanie mu brzmienia:
„15.2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta bez względu na czas świadczenia tych usług w ciągu doby.”
3. wykreślenie w SIWZ w Tomie II Istotne dla stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e) względnie dodanie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 26 ust. 26.7 po pierwszym zdaniu, zdania w brzmieniu:
„Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w wysokości 20 000 złotych za naruszenie jakiegokolwiek obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu.”
4. zmianę w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7 i nadanie mu brzmienia:
„23.7 Każda ze stron ma prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych.”

5. wykreślenie w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy w ostatnim akapicie tego ustępu treści:

„Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu. W takiej sytuacji Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie. Ponadto Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi.”

Jak i też wykreślenie powyższego we wcześniejszych i dalszych postanowieniach SIWZ, gdzie prawo takie zostało zastrzeżone na rzecz Zamawiającego, tj.

- 1) w SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 5;
- 2) w SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 9 ust. 9.3 ppkt 9.3.1.

Wnoszę także o przeprowadzenie dowodu z treści SIWZ na okoliczności jej treści w zakresie wskazanym w uzasadnieniu Odwołania.

UZASADNIENIE

AD. 1

Mając na uwadze wymagania art. 29 ust. 1 i 2 ustawy dla opisu przedmiotu zamówienia oraz przyjętą przez Zamawiającego treść SIWZ należy wskazać, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności, która determinuje możliwość przygotowania i złożenia przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencyjnej oferty. W celu umożliwienia powyższego, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W niniejszym postępowaniu opis ten Zamawiający zawarł - zgodnie z dyspozycją SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 4 ust. 4.3 - w Tomie II i III SIWZ. Analizując treść, do której odesłano należy wskazać, że w SIWZ, w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, w art. 11 ust. 11.9 pkt 19, Zamawiający przyjął, że przedmiot zamówienia obejmuje nadzorowanie wykonywania robót dodatkowych. Wskazaniu temu nie towarzyszy jednocześnie określenie przedmiotu takich robót jak i też ich rozmiaru, co nie jest sytuacją nadzwyczajną, biorąc pod uwagę specyfikę robót dodatkowych a wynikającą z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy¹. Uwzględniając powyższą specyfikę nie sposób będzie przyjąć, że Wykonawca będzie w stanie w oczekiwany od niego postanowieniami SIWZ skalkulować cenę oferty za usługi, które miałyby objąć świadczenie nadzoru nad takimi robotami. Oceniając powyższe należy

¹ jedną bowiem z cech takich zamówień jest to, że konieczności ich wykonania powstaje na skutek sytuacji niemożliwej uprzednio do przewidzenia.

mieć na uwadze następujące okoliczności, które musi wziąć pod uwagę Wykonawca kalkulując tą cenę:

- 1) postanowienia SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 9:
 - a) ust. 9.2 z których wynika, że Wykonawca ma przeprowadzić analizy i uwzględnić w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy a nadto uwzględnić wynagrodzenie dodatkowych ekspertów i personelu pomocniczego w wynagrodzeniu personelu podstawowego,
 - b) ust. 9.3.2, w myśl którego w pozycji „Usługi nadzoru w okresie projektowania i budowy” dla każdej pozycji ze wskazanych w ofercie osób winien przewidzieć także wynagrodzenie wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty – Formularzu cenowym,
- 2) postanowienia SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział 2 Formularz oferty i formularze załączników do oferty, Formularz 2.2 Formularz Cenowy, z którego wynika m.in., że Wykonawca nie ma możliwości wskazania w odrębnej pozycji wynagrodzenie wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, który mógłby obejmować wspomniane roboty dodatkowe,
- 3) postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 13 ust. 13.7 w myśl, którego Konsultant jest zobowiązany przeprowadzić właściwe analizy i uwzględnić w swoim działaniu zatrudnienie takiej liczby osób, aby zapewnić sprawną i terminową realizację zadań objętych Umową. Strony dopuszczają zatrudnienie przez Konsultanta w ramach jednej dniówki więcej niż jednej osoby na koszt Konsultanta, pod warunkiem, że Konsultant otrzyma na to zgodę Zamawiającego według procedury, o której mowa w art. 13.1. Wynagrodzenie dodatkowej liczby osób ponad osobę wskazaną w Ofercie, Konsultant ma obowiązek uwzględnić w dniówce.
- 4) postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.2, w myśl których Wykonawca powinien tak zorganizować codzienną pracę swojego całego personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jaki i Kontraktu, zatem okoliczności od niego niezależnych i na które nie ma wpływu,
- 5) postanowienia SIWZ, Tom II Istotne Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.2, w myśl których Wykonawca jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia w wysokości „dniówki” z tytułu świadczenia usług przez swój personel, określonej w tabeli „Formularz Cenowy”, przy czym wynagrodzenie to nie przysługuje za okres świadczenia usług w wymiarze 4 godzin w ciągu doby, jak i też jest ograniczone do

wysokości jednej dniówki, jeśli określony członek personelu świadczy usługi w wymiarze większym niż 8 godzin lecz nie przekraczającym 24 godzin w ciągu doby.

W ocenie Odwołującego przytoczone postanowienia nie będą pozwalały na skalkulowaniu ceny oferty uwzględniając, że opis przedmiotu zamówienia nakłada na niego obowiązek nadzoru nad robotami dodatkowymi.

Tak samo bowiem, jak dla Zamawiającego przedmiot i rozmiar potencjalnych robót dodatkowych nie jest znany na chwilę obecną, jest to również okoliczność nieznana także dla Wykonawcy. Tym niemniej oczekuje się od niego wyceny dodatkowej pracy o nieokreślonym rozmiarze i przedmiocie, z którym to ryzykiem musi się on liczyć w związku z obowiązkiem świadczenia usług na robotami dodatkowymi. Przy tym ryzyko to może obejmować zarówno zatrudnienie dodatkowego personelu jak i też personelu posiadającego właściwe kwalifikacje dla przedmiotu robót dodatkowych, które mają być objęte nadzorem a niewystępującego dotychczas w przedstawionej przez niego ofercie.

Uwzględniając kolejne postanowienia SIWZ, które wykluczają możliwość przestawienia w ofercie Wykonawcy stawek za pracę innego personelu niż przewidziany przez Zamawiającego oraz zasad wypłaty wynagrodzenia, należy też podkreślić, że Wykonawca nie będzie miał też możliwości otrzymania wynagrodzenia za pracę takich osób. Jeśli zaś przyjąć, że świadczenie usług nadzoru mogłyby sprawować osoby przewidziane w ofercie i dla których istnieje możliwość przewidzenia stawek za pracę w formularzu cenowym, należy się liczyć z tym, że prace takie będą mogły generować dodatkowe zaangażowanie i wydłużyć dobowy czas pracy określonej osoby. Również jednak z tego tytułu, mimo zwiększenia zakresu swoich świadczeń, Wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia.

Przyjęcie powyższych rozwiązań, w kontekście konieczności sprawowania nadzoru nad robotami dodatkowymi prowadzi także do wniosku, że wadą jest obarczony także opis sposobu obliczenia ceny oferty przedstawiony w SIWZ a przez to także art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Na marginesie należy zwrócić uwagę na występującą sprzeczność postanowień SIWZ w powyższym zakresie. Jeśli bowiem w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 1 ust. 1 umowy stanowi wprost, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług nad projektowaniem i realizacją robót budowlanych objętych Kontraktem rozumianym jako umowa podpisana z Wykonawcą Robót na Kontynuację projektowania i budowę odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”, Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” – skrzyżowanie z DW 721 obejmująca dokumenty wymienione w definicji podanej w „Warunkach Kontraktu”², oczywistym powinno być, iż przedmiotem świadczenia takich usług nie będą inne umowy zawierane pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą robót.

² tak zgodnie z definicją zawartą w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 1 ust. 1.2 dla Kontraktu

AD. 2

Zgodnie z ustawą (art. 36 ust. 1 pkt 16) jednym z obligatoryjnych elementów SIWZ jest m. in. wzór umowy. Uwzględniając fakt, iż to Zamawiający jest „gospodarzem” postępowania o udzielenie zamówienia, kształtując ten wzór, może oprzeć się na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC w zw. z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy. Tym niemniej należy przypomnieć, że wskazana zasada doznaje ograniczeń wynikających z właściwości (natury stosunku prawnego), zasad współżycia społecznego oraz przepisów ustaw.

Mając na uwadze, że projektowana umowa ma charakter umowy wzajemnej, odpłatnej, którą należy zaliczyć do umów o świadczenie usług, Zamawiający nie może kształtować jej postanowień, w taki sposób, że ewentualne ryzyka, które mają obiektywnie charakter nieprzewidywalny, przekłada na drugą stronę, kształtuje jej postanowienia w taki sposób, że wypaczają istotę zobowiązań wzajemnych pozostają w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego lub też istotą takiego stosunku.

Jak wskazano powyżej przyjęcie, że Wykonawca ma obowiązek nadzorowania robót dodatkowych, przy braku możliwości tak przewidzenia i określenia stosownych stawek dla dodatkowego personelu, pozbawia go możliwości uzyskania wynagrodzenia z tytułu świadczenia takich usług. Taki stan rzeczy powoduje, że zawarta umowa nie będzie miała charakteru umowy, w której świadczenia stron są ekwiwalentne, kosztem Wykonawcy, na którego zostało położone w całości ryzyko ich wystąpienia.

AD. 3

Oceniając powyższe należy mieć na uwadze, że umowę zawartą w wyniku przeprowadzenia Postępowania należy zaliczyć do umów o świadczenie usług. W myśl art. 750 KC do umów takich znajdują zastosowanie przepisy o zleceniu. Zgodnie zaś z art. 735 KC § 1 oraz uwzględniając art. 2 pkt 13 ustawy, umowa taka winna mieć charakter umowy odpłatnej. Przyjęcie zatem w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 15 ust. 15.2, że Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia wyłącznie:

1. w przypadku, kiedy personel skierowany do świadczenia usług świadczy je dłużej niż 4 godziny w ciągu doby lub pozbawiając prawa do wynagrodzenia adekwatnego i proporcjonalnego do czasu świadczenia tych usług jeśli okres świadczenia usług przekracza 4 godziny lecz nie przekracza 8 godzin jak i też za godziny pracy powyżej 8 w ciągu doby, oraz
2. za świadczenie usług przez personel, w stosunku do którego w Formularzu cenowym przewidziano stosowną stawkę za dzień pracy,

w istocie skutkuje tym, że zawarta umowa traci charakter umowy odpłatnej uprzywilejowując Zamawiającego i przenosząc na Wykonawcę w całości ryzyka związane z czasem świadczenia usług przez personel w okresie rozliczeniowym (doby).

Taki stan rzeczy, nie jest zaś niczym uzasadniony, biorąc pod uwagę, że bez względu na czas pracy swojego personelu, Wykonawca jest zmuszony do ponoszenia z tego tytułu

kosztów jego zatrudnienia. Co więcej, nie ma on większego wpływu na okres pracy swojego personelu w ciągu doby biorąc pod uwagę, że tak jak stanowią o tym postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.2, Wykonawca powinien tak zorganizować codzienną pracę swojego całego personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu, zatem okoliczności od niego niezależnych i na które nie ma wpływu.

Powyższe podkreśla także dyspozycja SIWZ, Tom II Istotne Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.5, w której zdefiniowano „świadczenia usługi” jako pobyt na Placu Budowy lub poza nim członka Personelu Konsultanta i świadczenie czynności związanych z realizacją Umowy, zleconych przez Zamawiającego lub wynikających z postanowień Kontraktu.

AD. 4

Z naruszeniem art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC mamy także do czynienia w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), przez ukształtowanie treści stosunku prawnego, w którym każde uchybienie Konsultanta obowiązkom określonym w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu, skutkuje naliczeniem kar umownych. Powyższe należy rozpatrywać łącznie z innymi postanowieniami art. 23 tej części SIWZ. Analiza ich wskazuje, że poprzez kwestionowane postanowienia kara umowna jest naliczona Wykonawcy przy okazji **jakiegokolwiek uchybienia**, bez względu na to czy istnieje ryzyko nie tylko powstania szkody po stronie Zamawiającego ale też zagrożenia jego interesów. Oceniając powyższe należy mieć na uwadze, że postanowienia SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), mają charakter *lex specialis* w stosunku do innych przypadków, w których Zamawiający przewidział karę umowną we wcześniejszych i dalszych postanowieniach tegoż art. 23.

Nie kwestionując prawa do przewidzenia w takiej umowie kar umownych na rzecz jednak lub obu stron, należy jednak zwrócić uwagę, że tak szeroki zakres ich zastosowania ze strony Zamawiającego i tylko na jego rzecz, stanowi nadużycie w świetle art. 5 KC. Oceniając powyższe należy mieć też na uwadze, że poprzez ogólne sformułowanie przyjęte w art. 23 ust. 23.2 lit. e), Wykonawca może się narazić na odpowiedzialność z tego tytułu **za każde naruszenie obowiązujących przepisów prawa**, bez względu czy pozostaje ono w związku z realizowaną Umową. Co więcej, nie znając jeszcze Warunków Kontraktu (tj. umowy, jaka ma zostać zawarta z wykonawcą robót) już na tym etapie powinien przyjąć na siebie wynikające stąd ryzyko.

Należy też zwrócić uwagę, że w żaden sposób tak szeroko nie jest chroniony interes Wykonawcy przed naruszeniami umowy ze strony Zamawiającego. Ten może bowiem oczekiwać kary umownej od Zamawiającego wyłącznie w sytuacji, gdy z tytułu rażącej winy Zamawiającego, rozwiąże umowę.

AD 5

Oceniając powyższe należy mieć na uwadze w pierwszej kolejności dyspozycję art. 484 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W drugim zdaniu tego przepisu ustawodawca przewidział możliwość dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania przewyższającego wysokość szkody, jednak możliwość taka istnieje wyłącznie w sytuacji, kiedy strony przewidziały ją w umowie.

W Postępowaniu z niezrozumiałych przyczyn, prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną przysługuje wyłącznie Zamawiającemu, tak jak stanowi o tym SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7. Prawo takie zaś nie przysługuje Wykonawcy, mimo, że w jedynym przypadku, kiedy zastrzeżona jest na jego rzecz kara umowna i kara ta została określona na poziomie 10% wysokości łącznego wynagrodzenia, nie ma szansy pokryć ewentualnej szkody (obejmującej tak szkodę rzeczywistą jak i utracone korzyści) po stronie Wykonawcy. Tym samym możliwość rozwiązania umowy z winy Zamawiającego staje się iluzoryczna.

AD. 6

Za sprzeczne z przepisami prawa, godzące w zasady współzycia społecznego oraz właściwość umowy o świadczenie usług, należy uznać także prawo Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia Wykonawcy po zawarciu umowy. Taki zaś charakter mają postanowienia SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy, zastrzegające na rzecz Zamawiającego prawo do rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu a dalej także poprzez wyłączenie możliwości otrzymania wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie oraz zastrzeżenie, że Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi.

Już tylko mając na uwadze dyspozycję art. 746 § 1 KC, która znajdzie zastosowanie w zw. z art. 750 KC, należy wskazać, że co do zasady Zamawiający nie jest pozbawiony prawa do rezygnacji z części świadczenia, która została zastrzeżona na jego rzecz w zawartej umowie o świadczenie usług. Tym niemniej powinien liczyć się, korzystając z takiego prawa z koniecznością zwrotu poniesionych przez Wykonawcę nakładów, zapłaty wynagrodzenia, jak i też zapłaty odszkodowania w sytuacji, kiedy rezygnacja taka nastąpiła bez ważnej przyczyny. Przyjęte w SIWZ rozwiązanie pozbawia natomiast Wykonawcę wpływu na treść łączącej strony stosunku prawnego jaki i też możliwości uzyskania zwrotu poniesionych nakładów, zapłaty wynagrodzenia, jak i też zapłaty odszkodowania. Tymczasem działając w dobrej wierze powinien pozostawać w gotowości do świadczenia usługi w powyższym zakresie, świadczyć ją, będąc uprawnionym z tego tytułu do stosownego wynagrodzenia. Jest to też o tyle niezrozumiałe, że z tego prawa Zamawiający może skorzystać zarówno przed jak i w trakcie świadczenia ww usługi i bez względu na powyższe Wykonawca zostaje pozbawiony prawa do zwrotu nakładów, wynagrodzenia, czy też odszkodowania. Mamy zaś do czynienia z podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w celu

osiągnięcia zysku zaś przedmiotowa umowa ma charakter umowy odpłatnej. Pozbawienie Wykonawcy prawa do wpływu na kształtowanie treści stosunku prawnego powstałego w wyniku zawartej umowy, prawa do wynagrodzenia, czy też odszkodowania nie tylko stoi w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami ale też narusza zasady współżycia społecznego oraz pozostaje w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług, która ma charakter odpłatny.

W konsekwencji uchybień o których mowa w pkt 1 -6, sporządzając SIWZ Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Odwołujący ma ograniczoną możliwość przygotować i skalkulować konkurencyjną ofertę w Postępowaniu. Uwzględniając zaś postanowienia opracowanego projektu umowy, mając na uwadze że pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami ale też naruszają zasady współżycia społecznego oraz pozostają w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług istnieją uzasadnione ryzyko, że zawarta umowa w Postępowaniu będzie obciążona wadą nieważności.

Z tych względów wnoszę jak na wstępie.

Zważywszy, iż ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 maja 2012 r. i tego dnia, uwzględniając dyspozycję art. 42 ustawy, Zamawiający opublikował SIWZ, w świetle art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Odwołanie należy uznać za złożone w terminie.

Biorąc zaś pod uwagę, że Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie obejmującym przedmiot niższego zamówienia i jest zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu, posiada interes w złożeniu Odwołania oraz na skutek powyższych naruszeń może doznać szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Dyrektor ds. Marketingu

Jerzy Nowicki

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania;
2. odpis z KRS dla Odwołującego;
3. pełnomocnictwo dla Pana Jerzego Nowickiego;
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
5. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.

**Bank Spółdzielczy w Nadarzynie****UZNANIE / POLECENIE PRZELEWU / EBANKNET - PRZELEWY**

Bank Spółdzielczy w Nadarzynie

Pl. Ks. J. Poniatowskiego 5a , 05-830 Nadarzyn

Informacje o operacji

Strona:	Winien (Nadawca)	Strona:	Ma (Odbiorca)
Rachunek:	39 80170002 0007 7350 2000 0001	Rachunek:	60 10101010 0081 3622 3100 0000
Bank:	Bank Spółdzielczy Nadarzyn Pl.Ks.J.PONIATOWSKIEGO 5A 05-830 NADARZYN	Bank:	NBP O/Okr. w Warszawie pl.Powstańców Warszawy 4 00-950 Warszawa
Nadawca:	ZAKŁADY BUDOWNICTWA MOSTOWEGO INWESTOR ZASPEPCZY SP. Z O.O. 03-338 WARSZAWA JULIANOWSKA 13	Odbiorca:	Urząd Zamówień Publicznych Krajowa Pocztę 17a; 02-676 W-wa

Tytuł operacji:Nadzór nad proj.i zarz.S 8 Opacz -
Paszków - wpis od odwołania**Dodatkowa treść:**

PRZELEBA. 131416

Numer referencyjny:

1 / 18 / 143

Data operacji:

2012-05-17

Data księgowania:

2012-05-17

Kwota w walucie rachunku:

15 000,00 PLN

**Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**
03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13
tel. 651-06-91, fax: 651-06-92
NIP 113-19-66-695, Regon: 013020403**Data wystawienia**

2012-05-17

Powyższy dokument stanowi informację o realizacji transakcji

Dyrektor ds. Marketingu

Jerzy Nowicki

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

1	2.210 PROJ.00 ZŁ	
2		
3		
4		
5		
6		
7		
8		
9		
10		
11		
12		

1		
2		
3		
4		
5		
6		
7		
8		
9		
10		
11		
12		

1		
2		
3		
4		
5		
6		
7		
8		
9		
10		
11		
12		

Dział 2

Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.
03-338 Warszawa, ul.
tel. 651-06-91, fax
NIP 113-19-66-695, Reg.

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

Zgodność z oryginałem
Dział 3

1	0000094001	1.117 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 588 500 ZŁOTYCH
2	NIE	
3	ASIAKOWICZ	
4	STEWAN BEGR	
5	5001190075	
6	1.113 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 1.091.500 ZŁOTYCH	
7	NIE	
8	LIWICZAK	
9	LIWICZAK WOCZACH	
10	ROZDZIMAL	
11	880 UZDAW O UZDROJ WYSOKOŚCI 940.000 ZŁOTYCH	
12	NIE	

01.01.2007 - 31.12.2009	01.01.2010 - 31.12.2010	01.01.2000 R - 31.12.2000 R	01.01 - 31.12.2001 R	01.01.2002 - 31.12.2002	01.01 - 31.12.2003 R	01.01 - 31.12.2004 R	01.01.2005 - 31.12.2005	01.01.2006 - 31.12.2006	01.01.2007 - 31.12.2007	01.01.2008 - 31.12.2008	01.01.2009 - 31.12.2009	01.01.2010 - 31.12.2010	01.01.2000 R - 31.12.2000 R	01.01 - 31.12.2001 R	01.01.2002 - 31.12.2002	01.01 - 31.12.2003 R	01.01.2004 - 31.12.2004	01.01.2005 - 31.12.2005	01.01.2006 - 31.12.2006	01.01.2007 - 31.12.2007	01.01.2008 - 31.12.2008	01.01.2009 - 31.12.2009	01.01.2010 - 31.12.2010
-------------------------	-------------------------	-----------------------------	----------------------	-------------------------	----------------------	----------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-----------------------------	----------------------	-------------------------	----------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------	-------------------------



Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów
-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------

Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów
-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------

Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów	Brak wpisów
-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------

ZA ZGODNOŚĆ

ORYGINAL

Zakłady Budownictwa
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.
03-338 Warszawa, ul. Jutrzenkowska 13
tel. 651-06-91, fax: 651-06-92
NIP: 141-19-66-695, Regon: 143020403

Dyrektor ds. Marketingu
Jęży Nowicki

COD: WAW06.03/2004/2012 Operator: JEDRZEJEWSKA MARIA Strona 9 z 9

Brak wpisów

Brak wpisów

Warszawa, 06.03.2012 godz: 10:51:05

Podpis

JEDRZEJEWSKA MARIA



Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.
03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13
tel. 651-06-91, fax: 651-06-92
NIP 113-19-66-695, Regon: 013020403

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Dyrektor ds. Marketingu

Jerzy Nowicki

Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.
03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13



L. dz.: IZ 84/05/12

Warszawa, 17.05.2012 r.

PEŁNOMOCNICTWO

Zarząd Spółki „Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Julianowskiej 13, wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000050741, NIP 113-19-66-695, reprezentowany przez:

STEFANA BEKIRA ASSANOWICZA – PREZESA ZARZĄDU

udziela pełnomocnictwa

Jerzemu NOWICKIEMU – Dyrektorowi ds. Marketingu do reprezentowania firmy ZBM IZ Sp. z o.o., a w szczególności do: złożenia odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, podpisywania i przekazywania pism procesowych, poświadczania „za zgodność z oryginałem” na dokumentów będących kopiami oryginałów w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”, Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” – skrzyżowanie z DW 721”; znak postępowania 19/2012.

Pełnomocnik może ustanawiać dla Spółki dalszych pełnomocników w granicach określonych w niniejszym Pełnomocnictwie.

PREZES ZARZĄDU

Stefan Bekir Assanowicz

Biurowo Inżyniera: ul. Bananowa, 00-705 Warszawa, tel. (022) 651.06.91; 651.06.49; 651.06.52. fax 651.06.92

e-mail: sekretariat@zbm.com.pl www.zbm.com.pl

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego,
KRS 0000050741, kapitał zakładowy 2 210 500,00 zł, NIP 113-19-66-695,
Bank Pekao S.A. 77 1240 2034 1111 0010 0171 1870



Bank Pekao SA
ul. Grzybowska 53/57
00-950 Warszawa

Potwierdzenie wykonanej operacji**Dane właściciela rachunku**

Nazwa właściciela ZBM INWESTOR ZASTĘPCZY SP Z O O.
Adres właściciela JULIANOWSKA 13, 03-338 WARSZAWA
Rachunek właściciela 77 1240 2034 1111 0010 0171 1870

Dane kontrahenta/zleceńodawcy

Nazwa Urząd Dzielnicy Warszawa Mokotów
Adres Rakowiecka 25/27 02-517 Warszawa
Rachunek 18 1030 1508 0000 0005 5002 3113

Szczegóły operacji

Data waluty 17.05.2012
Data księgowania 17.05.2012 14:46:23
Kwota -17,00 PLN
Tytuł operacji pełnomocnictwo J.Nowicki
Typ operacji Obciążenie
Kod operacji 7750
Opis kodu operacji PRZELEW INTERNET M/B
Sygnatura
Referencje banku 1100517607403333
Informacje dodatkowe
Referencje zleceńodawcy

Data wystawienia dokumentu: 17.05.2012 14:49:08

Zakłady Budownictwa Mostowego
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.
03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13
tel. 651-06-91, fax: 651-06-92
NIP 113-19-66-695, Regon: 013020403

Dokument wygenerowany elektronicznie, nie wymaga pieczęci ani podpisu.

Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami)

Dyrektor ds. Marketingu

Jerzy Nowicki