

**PRZEDSIĘBIORSTWO
BUDOWNICTWA KOMUNIKACYJNEGO**
Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością
18-400 Łomża, ul. Sikorskiego 156
t. 086/2160-142, 2167-575, fax 2163-868
R-450665219, NIP 718-16-85-820

Łomża, 2012-09-19

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
przy
Prezesie Urzędu
Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6
tel. 085-67- 67-130, Fax. 085-67-67-153

strona internetowa: <http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl/>

wzp@pzdw.wrotapodlasia.pl
(e-mail)

Odwołujący się :

Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością 18-400 Łomża, ul. Sikorskiego 156

86) 2160-142
(numer telefonu)

(86) 2163-868

(numer faksu)

pbk4@op.pl
(e-mail)

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48,



poz. 280), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako zainteresowany przetargiem potencjalny oferent i Wykonawca wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

Zadanie 1A – Roboty budowlane
związane z „Budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa – m. Nowogród”

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, numer ogłoszenia o zamówieniu 2012/S 173-285896

Uzasadnienie

W związku z ogłoszeniem przetargu nieograniczonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: **Zadanie 1A – Roboty budowlane** związane z „Budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa – m. Nowogród”

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i załączonym do niej wzorze umowy, następujących przepisów ustawy:

1).art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „ustawa Pzp”) poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia m.in. kosztów:

- przeprowadzenia spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu nie będącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych (rozd. III, pkt.8.4) lit.a),
- zmian w dokumentacji projektowej, niezależnie od przyczyn takich zmian (rozd. XV, pkt.1 n),
- robót nie wynikających z dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia (rozd. XV, pkt.1 q),

2) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na



sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej (rozdz. XV, pkt.2), ustaleniem ceny ryczałtowej niezależnie od ilości wykonanych przez wykonawcę robót (rozdz. XV, pkt.3 i 4) oraz wymaganie od wykonawców, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ponosili koszty wynikające z błędów w dokumentacji projektowej, niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia (rozdz. XV, pkt.5 i 6),

3) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§3 ust.4,5 i 6), stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, postanowienia o konieczności wykorzystania przez Wykonawcę przy ustalaniu wynagrodzenia ofertowego „wszelkich środków” mających na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i usunięcia rozbieżności w dokumentacji na etapie postępowania wyjaśniającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne,

4) art. 5, 353, 487 §2 i 649 oraz Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez:

- ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, poprzez obciążenie Wykonawcy karami umownymi za nieokreślone przypadki odstąpienia od umowy (§8 ust. 1 pkt.5, ust. 2 i ust.4 umowy), przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności w postaci kar umownych Zamawiającego i możliwości dochodzenia przez niego odszkodowania uzupełniającego ,

- zawarciu postanowienia o jednostronnym narzucaniu przez Zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji (§9 ust. 6),

- wprowadzenie możliwości wstrzymania robót przez Zamawiającego na koszt i ryzyko Wykonawcy w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez Wykonawcę (§25 umowy),

- nierówność stron umowy w zakresie dotyczącym postanowień o możliwości odstąpienia od umowy oraz uzależnienie prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy jedynie w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn zależnych od Zamawiającego (§32 ust. 1 , 2 i 4 umowy),

- nie zamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu (przedłużenia realizacji) w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych dokumentacją projektową (robót dodatkowych) oraz zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, w zakresie objętym tą zmianą.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:



nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym załączonego do tej Specyfikacji wzoru umowy i wynikającej z tej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wprowadzenie zmian uwzględniających usunięcie wskazanych wyżej naruszeń, t.j.:

1) opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby zakres obowiązków Wykonawcy był skonkretyzowany i wynikający z dokumentacji projektowej, w tym wyłączenie z zakresu obowiązków Wykonawcy ponoszenia m.in. kosztów:

- przeprowadzenia spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu niebędącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych (rozd. III, pkt.8.4) lit.a SIWZ), ponieważ realizacja tych obowiązków wymaga zgód osób trzecich i nie jest zależna od Wykonawcy;

- wyłączenie z kosztów obciążających Wykonawcę kosztów zmian dokumentacji projektowej, w szczególności gdy zmiany takie będą konieczne z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (rozd. XV, pkt.1 n SIWZ);

- wyłączenie z obowiązków Wykonawcy robót nie wynikających z dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności robót opisanych w rozdz. XV, pkt.1 q SIWZ;

2) dokładne opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny w sposób eliminujący obciążenie Wykonawcy ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej (rozd. XV, pkt.2) i ustalenie ceny ryczałtowej zależnej od rodzaju i ilości wykonanych przez wykonawcę robót objętych dokumentacją projektową (rozd. XV, pkt.3 i 4) oraz nieobciążanie wykonawcy ryzykiem wynikającym z niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia, (rozd. XV, pkt.5 i 6);

3) wyłączenia z wzoru umowy (§3 ust.4,5 i 6), stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, postanowienia o konieczności wykorzystania przez Wykonawcę przy ustalaniu wynagrodzenia ofertowego „wszelkich środków” mających na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i usunięcia rozbieżności w dokumentacji na etapie postępowania wyjaśniającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, z uwagi na obowiązek Zamawiającego dokładnego opisu przedmiotu zamówienia i brak możliwości po stronie Wykonawcy zauważenia błędów i rozbieżności w dokumentacji, w tym sprawdzania tej dokumentacji „wszelkimi środkami”;



4) ukształtowania warunków umowy w sposób zgodny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, poprzez wyłączenie obciążenia Wykonawcy karami umownymi za nieokreślone przypadki odstąpienia od umowy (§8 ust. 1 pkt.5, ust. 2 i ust.4 umowy), przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności w postaci kar umownych Zamawiającego i możliwości dochodzenia przez niego odszkodowania uzupełniającego ,

5) zastąpienie postanowienia o jednostronnym narzucaniu przez Zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji (§9 ust. 6), terminem uzgodnionym i technologicznie uzasadnionym;

6) wyłączenie postanowienia o wprowadzeniu możliwości wstrzymania robót przez Zamawiającego na koszt i ryzyko Wykonawcy w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez Wykonawcę (§25 umowy),

7) wyeliminowanie nierówności stron umowy w zakresie dotyczącym postanowień o możliwości odstąpienia od umowy oraz nie uzależnianie prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy od przyczyn odstąpienia od umowy i strony odstępującej (§32 ust. 1 , 2 i 4 umowy);

8) zamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu (przedłużenia realizacji) w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych dokumentacją projektową (robót dodatkowych) oraz obowiązku zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, w zakresie objętym taką zmianą.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp 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. W szczególności przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, pozostawiając wykonawcy konieczność jego weryfikacji przed lub w trakcie wykonywania robót. (orzeczenie KIO UZP z 20.06.2008r., KIO UZP 540/08, KIO UZP 541/08)

Zatem obowiązek powoda jako wykonawcy robót nie dotyczy przewidzenia w ofercie (a więc i wynagrodzeniu) robót nie ujętych w opisie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art.31 ust.1 Pzp). Odmiennie postanowienia SIWZ, obarczające wykonawcę ryzykiem powstania robót nie ujętych w dokumentacji projektowej, są nieważne jako sprzeczne z ustawą – prawem zamówień publicznych (art. 58 kc).



Zatem wskazane wyżej postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy na wykonanie zamówienia stanowią naruszenie postanowień ustawy o Pzp.

Zgodnie z art. 14 Pzp, o ile inaczej nie regulują przepisy tej ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, a na mocy art. 139 ust. 1 Pzp. w zakresie nie uregulowanym w tej ustawie przepisy kodeksu cywilnego stosuje się również do umów w sprawach zamówień publicznych.

Do istoty stosunku zobowiązaniowego wzajemnego należy równość podmiotów i ekwiwalentność świadczeń.

Przedstawione wyżej postanowienia wzorca umowy przekraczają zakres swobody umów zawarty w art. 353¹ kodeksu cywilnego i prowadzą do zaprzeczenia zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie wzajemnej, o której mowa w art. 487 §2 kodeksu cywilnego, a taki charakter powinna mieć umowa (umowa o roboty budowlane) zawarta w trybie niniejszego postępowania. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się zgodnie, że brak zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego będącego jego właściwością, pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353¹ kc oraz że postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać zasady ekwiwalentności świadczeń (wyrok SN II CK 378/05 z 26.01.2006r.,LEX 17222; wyrok SN IV CK 162/05 z 13.10.2005r., LEX 186899; wyrok SN V CK 670/03 z 8.10.2004r. OSNC 2005/9/162).

Postępowanie Zamawiającego, polegające m.in. na narzucaniu niekorzystnych postanowień Wykonawcom, należy uznać nadto za niezgodne z art. 5. kodeksu cywilnego, zgodnie z którym to postanowieniem nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony i jest uważane za nadużycie prawa.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 20.09.2012r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

P R E Z E S
ds. Kontraktów

mgr inż. Wojciech J. Olechwień

P R E Z E S
ds. Sprzedaży i Transportu

mgr inż. Edward Lempicki

Wykaz załączników:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) odpis z KRS.