

WB CONSULTING Sp. z o.o.
ul. Okopowa 56 lok. 120
01-042 Warszawa
NIP: 527-26-84-098
Regon: 146315182

Warszawa, 29 listopada 2013 roku

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

NPTYNĘTO W DNIU: 29.11.2013r.

Zamawiający: Ministerstwo Sprawiedliwości

DO:

MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI
00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11
tel. centr. (22) 5212-888

Al. Ujazdowskie 11, 00 – 567 Warszawa

tel. 22 [52 12 888], fax 22 521 26 97

e-mail: gecyngier@ms.gov.pl, gecyngier@ms.gov.pl, adres internetowy: www.ms.gov.pl

GŁÓWNY SPECJALISTA

mgr Paulina Gecyngier

29.11.2013r.

Odwołujący: WB Consulting Sp. z o.o.

ul. Okopowa 56/120, 01-042 Warszawa

tel. 22 380 47 50, fax. 22 380 47 51,

e-mail: waldemar.birk@gmail.com

LUBA STRON: 17

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego”, Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 28 sierpnia 2013 roku, 2013/S 166-288765.

ODWOŁANIE

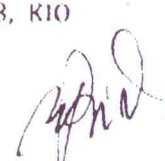
- I. WB Consulting Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**” lub „**WB Consulting**”) działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „**Ustawa**”) składa niniejszym **odwołanie od:**
- niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) z naruszeniem przepisów prawa. Postanowienia SIWZ objęte odwołaniem wskazano szczegółowo poniżej w uzasadnieniu odwołania.
 - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 roku, sygn. akt: KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, 2161/13, w którym nakazano Zamawiającemu „uzupełnienie SIWZ o informacje niezbędne do przygotowania i wycenienia czynności przejęcia skazanych do systemu”.

- II.** Odwołujący zarzuca Zamawiającemu poprzez dokonanie w/w czynności naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy, art. 9 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 36 ust. 1 Ustawy, art. 139 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 140 Ustawy, art. 144 Ustawy oraz art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy.
- III.** W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.
- IV.** W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.
- V.** **Termin wniesienia odwołania:** Zmiany SIWZ będące przedmiotem niniejszego Odwołania zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu **20 listopada 2013 roku**. Zatem wniesienie odwołania do dnia 29 listopada 2013 roku oznacza, iż Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy.
- VI.** **Interes we wniesieniu odwołania:** Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem zapisy SIWZ powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie – a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu.

Ponadto – w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania – co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

UZASADNIENIE:

Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2013 roku zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ. W tym samym dniu w TED zostało opublikowane Ogłoszenie o zamówienie. Pierwotne zapisy SIWZ i ogłoszenia zostały zakwestionowane przez wykonawców w drodze wniesionych 6 września 2013 roku odwołań. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego dokonał zmian SIWZ oraz zajął stanowisko na piśmie w wyniku którego faktycznie część zarzutów odwołań została uwzględniona. W związku z tym część odwołań oraz część zarzutów pozostałych odwołań została cofnięta. Pozostałe zarzuty były przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą – w dniu 7 października 2013 roku został wydany wyrok KIO 2149/13, KIO



2152/13, KIO 2157/13 oraz 2161/13 nakazujący dokonanie szeregu zmian SIWZ. Między innymi KIO nakazała „podanie w treści SIWZ warunków przejęcia usługi dozoru od obecnego wykonawcy”. Zamawiający dokonał w dniu 20 listopada 2013 roku zmian SIWZ poprzez dodanie do SIWZ Załącznika nr 6 do Umowy SIWZ „Warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy”. WB Consulting – po zapoznaniu się z treścią tego dokumentu – stwierdził, iż zarówno narusza on przepisy prawa, jak i stanowi jedynie pozorne wykonanie w/w wyroku KIO, w związku z czym wniesienie odwołania stało się konieczne.

Załącznik nr 6 zawiera jedynie 6 punktów o następującej treści:

„1. W celu sprawnego i niezakłóconego przejęcia osób objętych systemem nowy Wykonawca musi wykonać wszystkie zadania opisane w pkt. 1 - 7 w załączniku nr 2 do Umowy - terminy realizacji umowy.

2. Nowy Wykonawca wykona migrację wszystkich danych z obecnej do nowej bazy danych. W tym celu Zamawiający udostępni wszystkie niezbędne informacje oraz zapewni współpracę z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy. Nowy Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia prawidłowej migracji poprzez odpowiednie przygotowanie nowego Systemu Informatycznego SDE oraz niezbędnego do tego celu oprogramowania.

3. Nowy Wykonawca zapewni synchroniczną replikację danych z obecnej bazy danych do nowej w całym okresie przejmowania osób objętych obecnym systemem SDE (do czasu zakończenia umowy z obecnie obowiązującym Wykonawcą).

4. Po zakończeniu szkoleń użytkowników SDE (sędziowie, kuratorzy itd.) nowy Wykonawca wykona przełączenie ich do wytworzonego przez siebie Systemu Informatycznego SDE i nowej bazy danych.

5. W ostatnim miesiącu Etapu I Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem (jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego Wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego Wykonawcę). Nie dotyczy to osób objętych systemem, których kara lub środek karny kończy się przed 01.09.2014 r. Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego Wykonawcy. Powyższe czynności będą koordynowane przez Zamawiającego przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą.

6. W ostatnim miesiącu Etapu I sprawdzanie warunków technicznych oraz wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec osób rozpoczynających odbywanie kary lub środka karnego w SDE realizuje wyłącznie nowy Wykonawca w nowym systemie SDE.

7. W chwili zakończenia Etapu I nastąpi całkowite przejęcie wszelkich czynności związanych z wykonywaniem kary lub środków karnych w nowym systemie SDE przez nowego Wykonawcę.”

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 października 2013 roku wyraźnie wskazała, że w SIWZ niezbędne jest „podanie warunków i zakresu współpracy, do którego zobowiązany będzie operator systemu użytkowanego obecnie” (strona 55 uzasadnienia). Tymczasem zapisy Załącznika nr 6 w zakresie rzeczywistego przejęcia pierwszych 7.500 osób ograniczają się do regulacji punktu 5. Wskazano w nim jedynie okres, w którym to przejmowanie będzie dokonywane – tj. ostatni miesiąc, przy czym nie podano żadnych innych warunków i zakresu tego przejęcia, w szczególności nie wskazano, w jakim zakresie wykonawca obecnie obowiązującej umowy będzie współpracował. Co więcej – z treści punktu 5 wynika, że to nowo wybrany Wykonawca (ten, którego oferta będzie najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu) ma dokonać tych czynności „we współpracy z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy”, zaś czynności wymiany będą



jedynie koordynowane przez Zamawiającego. Tym samym wykonawcy w niniejszym postępowaniu znają jedynie czasokres wymiany (1 miesiąc) oraz mają zapewnioną bliżej nieokreśloną koordynację czynności wymiany przez Zamawiającego. Wynika z tego, że w 22 dni (tyle średnio jest dni roboczych w miesiącu) należy dokonać wymiany środków technicznych u 7.500 osób. Zatem należy dokonać wymiany środków technicznych (starych na nowe) u minimum 340 osób dziennie. Teoretycznie liczba ta nie wydaje się niemożliwa - jednakże w rzeczywistości jest ona niemożliwa z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy. Otóż firma COMP SA, dotychczasowy wykonawca umowy, realizuje umowę z wykorzystaniem jedynie 26 patroli. Wynika to z odpowiedzi na pytanie nr 43a z dnia 24 października 2013 roku, w której Zamawiający wskazał ile patroli i w jakich miastach funkcjonuje u dotychczasowego wykonawcy.

Zatem wykonawcy muszą przyjąć, że także ta sama liczba patroli zostanie przez COMP SA udostępniona w okresie przejściowym. Wynika z tego, że każdy patrol musiałby dokonać wymiany u co najmniej 13-14 skazanych dziennie. Jest to całkowicie niemożliwe do wykonania, gdyż sama czynność wymiany środków technicznych, wraz z zainstalowaniem nowych urządzeń monitorujących, sprawdzeniem poprawności działania, przetestowaniem zajmie co najmniej od 1,5 godziny do 2 godzin, gdyż samo szkolenie zajmuje do najmniej 30 minut, zaś szkolenie jest obowiązkowe. Do tego należy dodać czas dojazdu pomiędzy poszczególnymi skazanymi - od 30 minut w mieście do minimum 1 godziny, jeśli skazani nie przebywają w tym samym mieście. Co oznaczałoby, że patrole musiałyby pracować przez wszystkie dni robocze po 24 godziny na dobę, a i tak nie byłoby możliwe dokonanie wymiany we wskazanym terminie. Gdyby nawet przyjąć, że wymiana środków technicznych dokonywana byłaby cały miesiąc, także w dni świąteczne, to należałoby dziennie dokonać wymiany u 250 osób - co przy 26 patrolach daje 9 - 10 (średnio 9,61) osób dziennie. Wynikałoby z tego, że te same 26 patroli musiałyby pracować przez cały miesiąc po co najmniej 20 godzin na dobę. Jest to zarówno niemożliwe do zrealizowania ze względu na zmęczenie osób w patrolach, jak i - niezgodne z prawem, gdyż pracownicy ochrony muszą przestrzegać odpowiednich norm regulujących czas pracy.

Jak zatem wynika z powyższego - jeśli w Załączniku nr 6 nie będzie określone, ile minimum patroli w celu wymiany środków technicznych wystawi COMP SA, to SIWZ (wskutek braku odpowiednich regulacji) zawiera zapisy, które doprowadzić muszą z jednej strony do naruszenia prawa (w zakresie norm czasu pracy pracowników ochrony), z drugiej zaś - do niedookreślenia przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Wykonawcy mogą bowiem zakładać jedynie, że COMP SA wystawi w celu wymiany tyle patroli, z ilu dotychczas korzysta - ale są to wciąż domysły. Tymczasem KIO w wyroku z 7 października 2013 roku wyraźnie wskazała, że nie jest dopuszczalne, aby oferty tworzone były na podstawie domysłów. WB Consulting pragnie przy tym wskazać, że nie widzi przeszkód, aby wymiana środków technicznych dokonywana była w terminie 22 dni roboczych czy też 30 dni kalendarzowych, jest w stanie takiej wymiany dokonać nawet w okresie znacznie krótszym. Natomiast musi mieć możliwość wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia w ofercie. Musi zatem wiedzieć, ile musi zapewnić patroli w tym celu. Założyć należy, że jeden patrol może dokonać wymiany u maksymalnie 4 osób dziennie (zajmuje to łącznie co najmniej 8 godzin). Zakładając, że wymiana będzie dokonywana tylko w dni robocze - niezbędna jest praca 85 patroli przez cały miesiąc (22 dni robocze x 4 wymiany dziennie x 85 patroli = 7480 wymian).

Mając powyższe na uwadze niezbędne jest dokonanie zmian w Załączniku nr 6 do wzoru umowy poprzez dookreślenie:

- ✓ liczby osób podlegających wymianie środków technicznych 1 dnia;
- ✓ dookreślenia, czy wymiana środków technicznych dokonywana będzie w dni robocze, czy także w dni świąteczne oraz dodatkowe dni wolne od pracy.

- ✓ ilości patroli, które mają ze sobą współpracować ze strony dotychczasowego wykonawcy oraz wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę.
- ✓ zobowiązania Zamawiającego do zapewnienia współpracy dotychczasowego wykonawcy na warunkach określonych w Załączniku nr 6.
- ✓ nieponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za niedochowanie terminu wymiany środków technicznych w przypadku braku należytej współpracy ze strony dotychczasowego wykonawcy.

zaś Odwołujący wnosi o nakazanie dokonania powyższych zmian.

Dodatkowo wskazać należy, że Załącznik 6 zawiera jeszcze jedną, dodatkową regulację, znajdującą się na jego końcu:

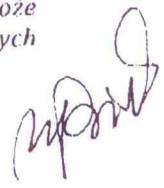
„Proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji.”

WB Consulting nie rozumie celu i sensu tego zapisu. Literalne jego brzmienie wskazuje na wolę Zamawiającego braku związania stron powyższymi zapisami Załącznika nr 6. Z językowej wykładni w/w zdania końcowego Załącznika nr 6 wynika, że Zamawiający nie jest wcale związany treścią Załącznika nr 6, że może go w dowolnej chwili usunąć lub zmienić. Wskazać należy, że jest to załącznik do umowy, zaś Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do samodzielnej, dowolnej zmiany jego treści.

Odwołujący wnosi o wykreślenie przedmiotowego zdania.

Skutkiem wskazanych powyżej zapisów jest nieokreślenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz nieokreślenie przedmiotu umowy w zakresie Umowy. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Ustawy przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wobec faktu, że z SIWZ nie wynika, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy w zakresie wymiany środków technicznych – przedmiot zamówienia staje się w sposób sprzeczny z przepisem art. 29 ust. 1 Ustawy niejednoznaczny, nieostry, określony w sposób niedokładny. Co więcej – można powiedzieć, że przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób otwarty. Bowiem dodanie ostatniego zdania w Załączniku nr 6 powoduje, że Zamawiający może wymagać od wykonawcy świadczenia usługi wymiany środków technicznych w sposób dowolny – np. w 1 dzień, albo w pół roku. Skutkuje to brakiem możliwości rzetelnej wyceny oferty.

Odwołujący wskazuje przykładowo orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób pełny i jednoznaczny jest obowiązkiem Zamawiającego: wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. KIO 302/12: *„Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”* (podobnie: wyrok KIO z 24 lutego 2012 r. KIO 318/12) oraz wyrok z dnia 10 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 550/12: *„Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwia prawidłowe sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających*



oferty w postępowaniu", czy też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2010 roku, KIO 1832/10: „Tak więc, opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stanowi obowiązek Zamawiającego i jest koniecznością dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia.”

Skutek takiego nieostrego opisanie przedmiotu zamówienia jest dla Odwołującego bardzo poważny – otóż wobec faktu, że SIWZ nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy, Odwołujący nie jest w stanie ani w sposób należyty sporządzić oferty, ani też nie jest w stanie wycenić swoich usług ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Powoduje to, iż przy obecnym brzmieniu SIWZ Odwołujący w ogóle nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia SIWZ naruszają zatem także obowiązek Zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Ustawy).

Wskazane zapisy SIWZ naruszają także przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy. Gdyby przyjąć za uprawnione brak określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób zamknięty, powodowałoby to, iż przedmiot umowy nie zostałby dookreślony, pozostawałby otwarty – a niewątpliwie przekracza to granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Oczywiście jest bowiem, że każda umowa powinna w sposób zamknięty i szczegółowy określać wszystkie istotne obowiązki stron. Tymczasem umowa zawarta na podstawie takiego SIWZ nie określałaby tych obowiązków. Warto w tym miejscu wskazać, że zakres obowiązków wykonawcy to *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług, a zatem bez ich określenia umowa w ogóle nie może dojść do skutku. Należy uznać, że umowa, w której Zamawiający celowo nie określa w sposób należyty *essentialia negotii*, powinna zostać uznana za umowę zarówno sprzeczną z ustawą, jak i taką, której celem jest obejście prawa (obowiązku pełnego i należytego opisanie przedmiotu zamówienia). Tym samym umowa taka zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego jest nieważna z mocy prawa. Byłby to skutek dla Zamawiającego bardzo poważny.

Ograniczenie pełnej swobody Zamawiającego w korzystaniu ze swobody umów uznana także za słuszną Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 roku, KIO 2649/11: „Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353 1 Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. **Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy.** Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki

umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. **Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.** Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy **pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.** Z powyższego wyводу Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że Zamawiający w swoich uprawnieniach i uznaniowości jest jednak ograniczony, w szczególności nie jest uprawniony do takiego kształtowania treści stosunku prawnego, który byłby korzystny tylko dla Zamawiającego i nakładał nieuzasadnione obowiązki na Wykonawcę. Uznać zaś należy, że stworzenie umowy z otwartym zakresem obowiązków Wykonawcy jest właśnie takim nadużyciem. A zatem sprzeczne jest zarówno z art. 5, jak i art. 58 § 2 Kodeksu Cywilnego. Ustawodawca uznał bowiem za nadużycie prawa (nie korzystające z ochrony) czynienie użytku ze swego uprawnienia, który to użytek byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego czy też ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem takiego uprawnienia. Z kolei w art. 58 § 2 Kodeksu Cywilnego wskazano wprost, że umowa sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna. Zdaniem Odwołującego umowa, w której zakres obowiązków Wykonawcy jest otwarty i nieokreślony, z całą pewnością jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Ponadto wynikający z SIWZ zakres zobowiązania Wykonawcy (tj. zakres otwarty) powoduje, że naruszona zostaje także zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 kodeksu cywilnego. Trudno tymczasem mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług. Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami Ustawy oraz Kodeksu cywilnego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 184/10 oraz wyrok z dnia 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09). Także brak takiej ekwiwalentności oraz ścisłego określenia zakresu obowiązków wykonawcy stanowi naruszenie art. 5 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy).

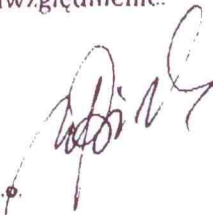
Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego mające na celu stworzenie otwartego zakresu obowiązków Wykonawcy może stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażoną w art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2013r., poz. 885) (dalej „**UoFB**”). Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający może co prawda starać się przerzucić całe ryzyko realizacji danego zamówienia na wykonawców – ale musi się liczyć z tym, że takie dodatkowe ryzyka (w tym przypadku związane z nieokreślonym zakresem świadczenia wykonawcy) wpłyną na określenie przez wykonawców ceny ofertowej. Gdyby Odwołujący zdecydował się na złożenie oferty przy takim brzmieniu SIWZ (co jest bardzo wątpliwe), musiałby wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk (np. przejście 7500 osób w 1 czy 2 dni) i wycenić je w ofercie – co doprowadzi do odpowiedniego podniesienia ceny ofertowej. Tym samym Zamawiający sam doprowadzi do podwyższenia ceny, poprzez nieprawidłowe sformułowanie SIWZ.

Z kolei umieszczenie w Załączniku nr 6 ostatniego zdania sugeruje, że umowa we wskazanym zakresie może być zmieniana bez obopólnej zgody stron - a zatem uprawnienie do zmieniania przysługuje jednostronnie Zamawiającemu. Narusza to art. 353¹ Kodeksu Cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy, gdyż przekracza granice swobody umów. Uprawnienie Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy sprzeciwiałoby się naturze stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Narusza także przepis art. 77 § 1 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 i 2 Ustawy - skoro Prawo zamówień publicznych nakłada na umowę formę szczególną (pisemną), to i jej zmiana musi być dokonana w formie pisemnej. Skoro zaś do zawarcia umowy potrzeba wyrażonej w formie pisemnej woli obu stron, to zgodnie z art. 77 § 1 KC także zmiana umowy wymaga woli wyrażonej w formie pisemnej, z pewnością zaś w formie tej ma być wyrażona wola obu stron. Określenie takich zasad zmiany umowy narusza także art. 144 Ustawy, który bardzo rygorystycznie określa możliwe przypadki zmiany umowy. Zamawiający tymczasem wprowadzając tego typu zapisy stara się ominąć ustawowe ograniczenia i dokonywać zmian istotnych z nadużyciem prawa. Zdaniem Odwołującego próba wprowadzenia takiej podstawy zmian narusza art. 144 Ustawy i nie powinna się ostać w SIWZ.

Zamieszczenie przedmiotowego zapisu w SIWZ należy także uznać za niezgodne z art. 5 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy) działanie Zamawiającego, który czyni z uprawnienia do formułowania zapisów SIWZ użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z przepisem art. 5 takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony i nie jest uznawane za wykonywanie prawa. O ile bowiem Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do jednostronnego określenia treści SIWZ, to jednak nie może tego dokonywać w sposób bezprawny. Tymczasem dopuszczenie, by zmiany do umowy dokonywane były jednostronnie przez Zamawiającego jest takim nadużyciem.

Mając powyższe na uwadze - odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podpis:



Waldemar Birk

Członek Zarządu

WB CONSULTING Sp. z o.o.
ul. Okopowa 56 lok .120
01-042 Warszawa
NIP: 527-28-84-096
Regon: 146315182

1. Odpis z KRS
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
3. Dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania
4. Pełnomocnictwo

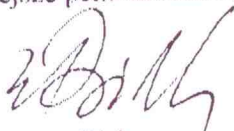


Warszawa, dnia 28 listopada 2013 r.

PEŁNOMOCNICTWO

Niniejszym udzielam pełnomocnictwa radcy prawnemu Pani Monice Wandzel wpisanej na listę radców prawnych za numerem KT2221 do reprezentowania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą firmę WB Consulting Sp. z o. o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie „Usługa eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego” prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje prawo do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego.



Waldemar Birk
Członek Zarządu

Waldemar Birk
Członek Zarządu

WB CONSULTING Sp. z o.o.
ul. Okopowa 58 lok. 120
01-042 Warszawa
NIP: 527-26-84-096
Regon: 146315182

Identyfikator wyroku: RP/434215/2/20131128155922

CENTRALNA INFORMACJA KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO

KRAJOWY REJESTR SĄDOWY

Stan na dzień 28.11.2013 godz. 15:59:22

Numer KRS: 0000434215

**Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu
Z REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW**
pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze
Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz.1186, z późn. zm.)

Data rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym	25.09.2012			
Ostatni wpis	Numer wpisu	2	Data dokonania wpisu	20.06.2013
	Sygnatura akt	WA. XIII NS-REJ.KRS/26206/13/58		
	Oznaczenie sądu	SĄD REJONOWY DLA M. ST. WARSZAWY W WARSZAWIE, XIII WYDZIAŁ GOSPODARCZY KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO		

Dział 1

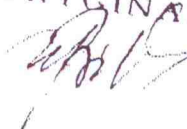
Rubryka 1 - Dane podmiotu	
1.Oznaczenie formy prawnej	SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
2.Numer REGON/NIP	REGON: ..., NIP: 5272684096
3.Firma, pod którą spółka działa	WB CONSULTING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
4.Dane o wcześniejszej rejestracji	-----
5.Czy przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej?	NIE
6.Czy podmiot posiada status organizacji pożytku publicznego?	NIE

Rubryka 2 - Siedziba i adres podmiotu	
1.Siedziba	kraj POLSKA, woj. MAZOWIECKIE, powiat M.ST. WARSZAWA, gmina M.ST. WARSZAWA, miejsc. WARSZAWA
2.Adres	ul. OKOPOWA, nr 56, lok. 120, miejsc. WARSZAWA, kod 01-042, poczta WARSZAWA, kraj POLSKA
3.Adres poczty elektronicznej	-----
4.Adres strony internetowej	-----

Rubryka 3 - Oddziały	
Brak wpisów	

Waldemar Birk
Członek Zarządu

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM



Identyfikator wydruku: RP/434215/2/20131128155922

Rubryka 4 - Informacje o umowie		
1. Informacja o zawarciu lub zmianach umowy spółki	1	18.07.2012 R., KANCELARIA NOTARIALNA W WARSZAWIE: AGNIESZKA ZAWISZA MARCIN SKUROWSKI NOTARIUSZE SPÓŁKA PARTNERSKA, REP. A NR 1982/2012

Rubryka 5	
1. Czas, na jaki została utworzona spółka	NIEOZNACZONY
2. Oznaczenie pisma innego niż Monitor Sądowy i Gospodarczy, przeznaczonego do ogłoszeń spółki	-----
3. Wspólnik może mieć:	WIĘKSZĄ LICZBĘ UDZIAŁÓW
4. Czy statut przyznaje uprawnienia osobiste określonym akcjonariuszom lub tytuły uczestnictwa w dochodach lub majątku spółki nie wynikających z akcji?	*****
5. Czy obligatoriusze mają prawo do udziałów w zysku?	*****

Rubryka 6 - Sposób powstania spółki	
Brak wpisów	

Rubryka 7 - Dane wspólników		
1	1. Nazwisko / Nazwa lub firma	POPIOŁEK
	2. Imiona	JOANNA IZABELA
	3. Numer PESEL/REGON	74081401168
	4. Numer KRS	*****
	5. Posiadane przez wspólnika udziały	90 UDZIAŁÓW O ŁĄCZNEJ WARTOŚCI 4.500 ZŁOTYCH
	6. Czy wspólnik posiada całość udziałów spółki?	NIE
2	1. Nazwisko / Nazwa lub firma	BIRK
	2. Imiona	WALDEMAR
	3. Numer PESEL/REGON	46061203697
	4. Numer KRS	*****
	5. Posiadane przez wspólnika udziały	10 UDZIAŁÓW O ŁĄCZNEJ WARTOŚCI 500 ZŁOTYCH
	6. Czy wspólnik posiada całość udziałów spółki?	NIE

Rubryka 8 - Kapitał spółki	
1. Wysokość kapitału zakładowego	5 000,00 ZŁ
Podrubryka 1 Waldemar Birk Informacja o wniesieniu aportu Członek Zarządu	

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Identyfikator wydruku: RP/434215/2/20131128155922

Brak wpisów

Rubryka 9 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Rubryka 10 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Dział 2

Rubryka 1 - Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu

1.Nazwa organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu	ZARZĄD
2.Sposób reprezentacji podmiotu	DO SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ W IMIENIU SPÓŁKI UPRAWNIONY JEST KAŻDY CZŁONEK ZARZĄDU SAMODZIELNIE

Podrubryka 1

Dane osób wchodzących w skład organu

1	1.Nazwisko / Nazwa lub Firma	POPIOŁEK
	2.Imiona	JOANNA IZABELA
	3.Numer PESEL/REGON	74081401168
	4.Numer KRS	****
	5.Funkcja w organie reprezentującym	PREZES ZARZĄDU
	6.Czy osoba wchodząca w skład zarządu została zawieszona w czynnościach?	NIE
	7.Data do jakiej została zawieszona	-----
2	1.Nazwisko / Nazwa lub Firma	BIRK
	2.Imiona	WALDEMAR
	3.Numer PESEL/REGON	46061203697
	4.Numer KRS	****
	5.Funkcja w organie reprezentującym	CZŁONEK ZARZĄDU
	6.Czy osoba wchodząca w skład zarządu została zawieszona w czynnościach?	NIE
	7.Data do jakiej została zawieszona	-----

Rubryka 2 - Organ nadzoru

Brak wpisów

Waldemar Birk
Członek Zarządu

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Rubryka 3 - Prokurenci

Brak wpisów

Dział 3

Rubryka 1 - Przedmiot działalności		
---	--	--

1. Przedmiot działalności przedsiębiorcy	1	62, 01, Z, DZIAŁALNOŚĆ ZWIĄZANA Z OPROGRAMOWANIEM
--	---	---

2	62, 02, Z, DZIAŁALNOŚĆ ZWIĄZANA Z DORADZTWEW W ZAKRESIE INFORMATYKI
---	---

3	62, 03, Z, DZIAŁALNOŚĆ ZWIĄZANA Z ZARZĄDZANIEM URZĄDZENIAMI INFORMATYCZNYMI
---	---

4	62, 09, Z, POZOSTAŁA DZIAŁALNOŚĆ USŁUGOWA W ZAKRESIE TECHNOLOGII INFORMATYCZNYCH I KOMPUTEROWYCH
---	--

5	63, 11, Z, PRZETWARZANIE DANYCH; ZARZĄDZANIE STRONAMI INTERNETOWYMI (HOSTING) I PODOBNA DZIAŁALNOŚĆ
---	---

6	70, 22, Z, POZOSTAŁE DORADZTWO W ZAKRESIE PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ I ZARZĄDZANIA
---	---

7	61, 90, Z, DZIAŁALNOŚĆ W ZAKRESIE POZOSTAŁEJ TELEKOMUNIKACJI
---	--

8	72, 19, Z, BADANIA NAUKOWE I PRACE ROZWOJOWE W DZIEDZINIE POZOSTAŁYCH NAUK PRZYRODNICZYCH I TECHNICZNYCH
---	--

Rubryka 2 - Wzmianki o złożonych dokumentach

Brak wpisów

Rubryka 3 - Sprawozdania grupy kapitałowej

Brak wpisów

Rubryka 4 - Przedmiot działalności statutowej organizacji pożytku publicznego
--

Brak wpisów

Dział 4

Rubryka 1 - Zaległości

Brak wpisów

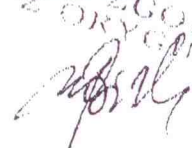
Rubryka 2 - Wierzytelności

Brak wpisów

Waldemar Birk

Członek Zarządu

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM



Rubryka 3 - Informacje o zabezpieczeniu majątku dłużnika w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości, o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości z uwagi na fakt, że majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania

Brak wpisów

Rubryka 4 - Umorzenie prowadzonej przeciwko podmiotowi egzekucji z uwagi na fakt, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych

Brak wpisów

Dział 5

Rubryka 1 - Kurator

Brak wpisów

Dział 6

Rubryka 1 - Likwidacja

Brak wpisów

Rubryka 2 - Informacje o rozwiązaniu lub unieważnieniu spółki

Brak wpisów

Rubryka 3 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Rubryka 4 - Informacja o połączeniu, podziale lub przekształceniu

Brak wpisów

Rubryka 5 - Informacja o postępowaniu upadłościowym

Brak wpisów

Rubryka 6 - Informacja o postępowaniu układowym

Brak wpisów

Waldemar Birk

Członek Zarządu

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Identyfikator wydruku: RP/434215/2/20131128155922

Rubryka 7 - Informacja o postępowaniu naprawczym

Brak wpisów

Rubryka 8 - Informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej

Brak wpisów

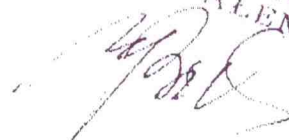
data sporządzenia wydruku 28.11.2013

adres strony internetowej, na której są dostępne informacje z rejestru: <https://ems.ms.gov.pl>

Waldemar Birk

Członek Zarządu

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM



Potwierdzenie wykonania przelewu krajowego



Nadawca:
66-2490-0005-0000-4530-6508-0171 NUMER RACHUNKU NADAWCY
WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji NAZWA NADAWCY
Okopowa 56/120 01-042 Warszawa ADRES NADAWCY

Odbiorca:
18-1030-1508-0000-0005-5002-3113 NUMER RACHUNKU ODBIORCY
Urząd Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy NAZWA ODBIORCY
Rakowiecka 25/27 02-517 Warszawa ADRES ODBIORCY

Szczegóły przelewu:	
Kwota:	17,00 PLN
Tytuł płatności:	pełnomocnitwo dla Moniki Wandzel
Rodzaj przelewu:	Przelew krajowy
Data płatności:	28-11-2013
Data księgowania:	28-11-2013
Numer referencyjny:	1#CIB.ALR.145409962

Niniejszy dokument został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempla. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami).

ZA ZGODNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Waldemar Birk
Członek Zarządu

Potwierdzenie wykonania przelewu krajowego



Nadawca:
66-2490-0005-0000-4530-6508-0171 NUMER RACHUNKU NADAWCY
WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji NAZWA NADAWCY
Okopowa 56/120 01-042 Warszawa ADRES NADAWCY

Odbiorca:
60-1010-1010-0081-3622-3100-0000 NUMER RACHUNKU ODBIORCY
Krajowa Izba Odwoławcza NAZWA ODBIORCY
ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa ADRES ODBIORCY

Szczegóły przelewu:

Kwota:	15 000,00 PLN
Tytuł płatności:	Odwołanie w przetargu prowadzonym p rzez Ministerstwo Sprawiedliwości n a Usługę eksploatacji i rozwoju Sys temu Dozoru Elektronicznego
Rodzaj przelewu:	Przelew krajowy
Data płatności:	28-11-2013
Data księgowania:	28-11-2013
Numer referencyjny:	1#CIB.ALR.145409763

Niniejszy dokument został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempla. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami).

ZA ZCUDNOŚĆ
Z ORYGINAŁEM

Waldemar Birk
Członek Zarządu