

WYROK

z dnia 20 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 i 10 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r.

przez wykonawcę: **Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) – Stobierna”* (nr postępowania GDDKiA O/RZ-R2-4451/D/9/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. SAFEGE S.A. z siedzibą w Nanterre (Francja)

B. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

1.1. w Tomie I: Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami, rozdział 1 – zmianę opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia polegającą na zastąpieniu w pkt 6.2.2) ppkt 2) lit. B sformułowania „rozumianego jako” sformułowaniem „rozumianych jako”,

1.2. w Tomie II: Istotne dla stron postanowienia umowy:

- w § 10 – przyznanie Konsultantowi prawa do złożenia umotywowanego sprzeciwu wobec zmian wprowadzonych do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Kierownika Projektu,
 - w § 10 – określenie katalogu sytuacji, w których zamawiający nie wyrazi zgody na podejmowanie przez osoby z Personelu Konsultanta innych zajęć zarobkowych,
 - w § 3 – określenie minimalnego oraz maksymalnego okresu realizacji umowy,
 - w § 3 – określenia katalogu sytuacji, których zaistnienie będzie uprawniać zamawiającego do rezygnacji czy skrócenia lub przedłużenia korzystania z Usługi wsparcia przez Konsultanta,
 - w § 40 – określenie katalogu sytuacji, których zaistnienie będzie uprawniać zamawiającego do zawieszenia realizacji Umowy,
 - w § 5 – przyznanie Konsultantowi prawa do odwołania się od przyznanej przez Kierownika Projektu oceny poziomu świadczenia Usług.
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie** na rzecz **odwołującego: Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm. ; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) – Stobierna”* (nr postępowania GDDKiA O/RZ-R2-4451/D/9/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S_241-419567 z 12 grudnia 2013 r., z tym, że 10 grudnia 2013 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.gddkia.gov.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 grudnia 2013 r. {pismem z tej daty} Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Egis”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp lub aktów wykonawczych do tej ustawy, względnie przepisów innych aktów prawnych, jeżeli poniżej tak wskazano {zwięzłe określenie zarzutów}:

1. Art. 22 ust. 4 oraz art. 22 ust. 5 w zw. z art. 7 – przez dopuszczenie możliwości uznania, że wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Tomie I SIWZ – IDW w pkt 6.2. ppkt 2) {odpowiednio pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu}, tj. nie wykazali się należytym wykonaniem zadań wskazywanych w Wykazie wykonanych głównych usług w części B, oceniany przez pryzmat ich rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, w sytuacji, jeżeli chociaż jedno z zadań wskazanych w Wykazie wykonanych głównych usług w części B zostało niewykonane lub nienależycie wykonane, niezależnie od tego, ile zadań zostało

wskazanych w Wykazie jako spełniających wymóg pkt 6.2. ppkt 2) SIWZ – IDW, co jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji wykonawców, którzy prowadzą działalność w większej skali, naruszając w ten sposób uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców;

2. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 14 pzp – przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

- 1) Niedookreślenie zakresu możliwej ingerencji Zamawiającego w skład osobowy Personelu Konsultanta oraz jego czas pracy (dniówki) na etapie realizacji umowy, w szczególności poprzez umożliwienie zapisem § 10 ust. 9 wzoru umowy ingerencję Kierownika Projektu w Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta, co powoduje, iż Wykonawca nie jest w stanie określić na etapie składania oferty, jakim personelem i w jakim zakresie będzie musiał dysponować przy wykonywaniu przedmiotu umowy.
- 2) Ograniczenie możliwości podejmowania przez część Personelu Konsultanta jakichkolwiek dodatkowych zajęć, w sytuacji gdy wymóg taki nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego (§10 ust. 12 wzoru umowy).
- 3) Niedookreślenie terminu realizacji Usługi będącej przedmiotem umowy, w szczególności poprzez niedookreślenie terminu rozpoczęcia realizacji usług realizowanych w Okresie projektowania oraz wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu (§ 3 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy). Umożliwienie Zamawiającemu w sposób niczym nieograniczony zawieszania realizacji Umowy (§ 40 wzoru umowy), poprzez przyznanie mu uprawnienia do zawieszenia lub rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na projektowanie i realizację Robót bez uprawnienia po stronie Konsultanta do dochodzenia zwrotu od Zamawiającego związanych z tym kosztów (§ 3 ust. 6, ust. 7, ust. 8 i ust. 9 wzoru umowy).
- 4) Niedoprecyzowanie sytuacji, w jakich Konsultant może nie otrzymać wynagrodzenia za należycie wykonywane Usługi, w szczególności poprzez wprowadzenie subiektywnych, niezdefiniowanych zapisami SIWZ podstaw do uznania, iż usługa została wykonana w Standardzie Podstawowym takich, jak możliwość przyjęcia, że dany obowiązek został wykonany „w stopniu mało zadowolającym”, poprzez ograniczenie prawa Konsultanta do otrzymania wynagrodzenia proporcjonalnego do rzeczywistego czasu świadczenia usługi przez danego członka Personelu

Konsultanta (§ 27 ust. 2 wzoru umowy).

3. Art. 29 ust. 2 w zw. art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia {w zakresie objętym pkt 1) - 4) powyżej} w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prowadzący do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert, jak również – w odniesieniu do wskazanych w uzasadnieniu odwołania zarzutów dotyczących postanowień wzoru umowy – mogący prowadzić do ich nieważności na zasadzie art. 58 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp.
4. Art. 353¹ kc w zw. z art. 14 pzp – przez przerwienie {w związku z okolicznościami opisanymi w pkt 1) - 4) powyżej} na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedookreśleniem przez Zamawiającego czasu realizacji projektu objętego przedmiotem zamówienia oraz zmianami w zakresie usług objętych przedmiotem umowy, a wynikających m. in. z przedłużenia się okresu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmierzającego do wyboru wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych, ze zmiany wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych, ze zmiany zakresu zleconych mu robót, czy konieczności udzielenia mu zamówień dodatkowych lub uzupełniających, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i zapisów wzoru umowy ograniczających prawo Konsultanta do uzyskania w pewnych sytuacjach wynagrodzenia za wykonane usługi i ograniczonej możliwości zmiany umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w ogłoszeniu lub SIWZ polegających na:

1. Wprowadzeniu do opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.2) SIWZ – IDW zapisów pozwalających na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu także w sytuacji, gdy wykonawca nie potwierdzi swojej rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia w odniesieniu do pojedynczych zadań, o ile zadania te nie przekroczą np. 90% {na rozprawie Odwołujący skorygował, że w tym miejscu powinno być „10%”} wszystkich zadań wskazywanych celem wykazania spełnienia warunku.
2. Wprowadzeniu do wzoru umowy zamkniętego katalogu sytuacji, które uprawniałby Kierownika Projektu do zmiany składu osobowego Personelu Konsultanta oraz ilości dniówek przeznaczonych dla danego eksperta w Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta, względnie na określeniu maksymalnego zakresu dopuszczalnych zmian w tym zakresie.
3. Ograniczeniu możliwości podejmowania przez członków Personelu Konsultanta

dodatkowych zajęć – bez zgody Zamawiającego – tylko do wypadków, gdy zajęcia te miałyby kolidować z obowiązkami wynikającymi z Umowy.

4. Określeniu maksymalnego terminu, w którym może rozpocząć się świadczenie Usługi w Okresie projektowania oraz wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu, jak również okresu, do jakiego może być wykonywana Umowa, np. poprzez użycie sformułowania „nie później niż do dnia”.
5. Doprecyzowaniu sytuacji, kiedy Zamawiający uprawniony jest do zawieszenia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na projektowanie i realizację Robót oraz ograniczenie możliwości rezygnacji z tej Usługi wraz z przyznaniem Konsultantowi prawa do zwrotu kosztów poniesionych w związku z rezygnacją Zamawiającego z przedmiotowej Usługi, w tym kosztów funkcjonowania Biura Konsultanta i dostarczenia Zamawiającemu środków transportu.
6. Doprecyzowaniu sytuacji, w których Zamawiający uprawniony jest do zawieszenia realizacji Umowy.
7. Usunięciu zapisów wzoru umowy przewidujących możliwość wypłaty Konsultantowi wynagrodzenia w obniżonej wysokości z uwagi na wykonanie usługi w Standardzie Podstawowym, względnie doprecyzowanie i zobiektywizowanie kryteriów oceny, czy usługa była wykonana w tym Standardzie, w tym wprowadzenie do wzoru umowy procedury weryfikacji oceny Kierownika Projektu dokonanej w tym zakresie.
8. Zagwarantowaniu Konsultantowi prawa do uzyskania wynagrodzenia proporcjonalnego do czasu świadczenia usługi przez jego Personel w sytuacji, gdy dany członek personelu nie pracuje w ciągu dniówki 8 godzin.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad 1} Zarzuty związane z warunkami udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonania ich oceny.

Odwołujący podał, że Zamawiający zawarł w Tomie I SIWZ w pkt 6.2. ppkt 2) następujące wymagania odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:

(...)

2) wykaże się należytych wykonaniem zadań, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w ramach których wykonywana była usługa pełnienia nadzoru nad realizacją:

Sygn. akt KIO 2949/13

a) budowy lub przebudowy dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 150 mln PLN brutto każda;

b) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 40 m

c) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 100 m.

(...)

Jako należyte wykonanie zadań, o których mowa w ppkt 2) Zamawiający uzna wykazanie się przez Wykonawcę rzetelnością, kwalifikacjami, efektywnością i doświadczeniem przy ich realizacji rozumianą jako:

A. nie popełnienie przez Wykonawcę przy realizacji każdego z nich poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 jako zachowania Wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony;

B. nie uchybianie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie Wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:

- powstanie szkody po stronie Zamawiającego, której Wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów Zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,
- spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego.

Odwołujący dodał, że w świetle zapisu pkt 7.1.2 Tomu I SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w Wykazie wykonanych głównych usług w części B wszystkich usług spełniających kryteria z pkt 6.2. ppkt 2).

Odwołujący podniósł, że według powyższych postanowień SIWZ Wykonawca może zostać uznany za niespełniającego warunku udziału w postępowaniu już w sytuacji uznania chociaż jednego z zadań wskazanych w części B wykazu za *należycie* wykonane, to zaś jest możliwe – jak wynika z literalnej treści zapisów SIWZ, gdy:

(1) Wykonawca dopuści się działania lub zaniechania leżącego po jego stronie podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub

(2) Wykonawca dopuści się działania lub zaniechania leżącego po jego stronie podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:

- powstanie szkody po stronie Zamawiającego, której Wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę

odszkodowania, zwrot kosztów Zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,

- spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego.

Odwołujący zarzucił, że niewykonanie zadania, niezależnie od tego, czy po stronie Zamawiającego w ogóle powstała w związku z tym szkoda, czy szkoda ta została przez Wykonawcę naprawiona, wreszcie, czy fakt istnienia szkody jest dopiero przedmiotem oceny przez właściwy sąd powszechny, i tak będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. W opinii Odwołującego przy dużej skali działalności danego Wykonawcy fakt niewykonania jednego z wielu realizowanych zadań nie może jeszcze przesądzać o jego rzetelności, kwalifikacjach, efektywności czy doświadczeniu jako takim. Odwołujący zarzucił, że sposób w jaki Zamawiający zamierza badać rzetelność, kwalifikacje, efektywność czy doświadczenie wykonawców jest nie tylko nieobiektywny, ale i pogarsza sytuację podmiotów o większej skali działalności, prowadząc do naruszenia zasady zachowania w postępowaniu uczciwej i równej konkurencji.

{ad 2 - 4} Zarzuty związane z nieprawidłowym opisem przedmiotu zamówienia.

{ad 1)} Dobór składu osobowego oraz czasu pracy (dniówek) Personelu Konsultanta.

Odwołujący podał, że w Formularzy cenowym (Formularz 2.1.) Zamawiający wskazał jakim personelem (Eksperci kluczowi i Inni eksperci) ma dysponować wykonawca na etapie realizacji przedmiotu umowy, przy czym – jak wynika z pkt. 2.1. Tomu III SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia {dalej zwanego również w skrócie „OPZ”} – ilości podane w tym Formularzu są szacowanymi minimalnymi ilościami Personelu Kluczowego i Innych ekspertów, natomiast wykonawca ma zapewnić Personel Kluczowy (eksperci kluczowi), innych Ekspertów oraz personel biurowy i pomocniczy np.: sekretariat, asystenci, obsługa techniczno-administracyjna, cyt.: *niezbędnych do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, w odpowiedniej ilości oraz z odpowiednimi kwalifikacjami*. Na etapie kalkulacji oferty koszty związane z zatrudnieniem dodatkowego personelu, niewskazanego wprost w pozycji 2 Formularza cenowego, wykonawca uwzględni w poz. 1. Z kolei jak wynika z zapisów Tomu II SIWZ – Istotne dla stron postanowienia umowy {dalej zwanego również w skrócie „wzorem umowy”}, tj. z zapisu § 10 ust. 6 *w terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia realizacji Usługi Konsultant przekaże Kierownikowi Projektu Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (zwany dalej „HPPK”)*. Z ust. 8 wynika natomiast, że *„HPPK określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usługi przez Konsultanta wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Konsultanta*. Z punktu widzenia wykonawców najistotniejszy jest jednak zapis ust. 9, z którego wynika, że *„Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta*

HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag, lub do wprowadzenia w nim wiążących zmian, które są równoważne z zatwierdzeniem HPPK w zaproponowanej przez Kierownika Projektu formie. Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę.

Według Odwołującego z zestawienia powyższych zapisów SIWZ wynika, że na etapie dokonywania kalkulacji oferty wykonawca nie ma – wobec niejednoznacznych zapisów SIWZ – wiedzy odnośnie tego, jaka liczba personelu będzie niezbędna do wykonania przedmiotu umowy. O ile bowiem, kierując się swoją wiedzą i doświadczeniem, jest w stanie określić skład swojego personelu i czas jego pracy w toku wykonywania Usługi, o tyle, z uwagi na przyznanie Kierownikowi Projektu niczym nieograniczonego prawa do ingerencji w te ustalenia na etapie umowy, tj. na etapie opracowywania czy zmiany HPPK, wykonawca nie może przyjąć, że jego ustalenia co do personelu będą ostateczne. Zdaniem Odwołującego taki sposób ukształtowania zapisów SIWZ rodzi po stronie wykonawcy ryzyko, którego nie jest w stanie oszacować na etapie wyceny usługi, co z kolei prowadzić może do nieporównywalności złożonych ofert. Odwołujący dodał, że wykonawca jest zobowiązany do należytego wykonania Usługi, sankcjami zaś za naruszenie tego obowiązku są: kary umowne opisane w § 36 wzoru umowy, przyznane Zamawiającemu prawo do wypowiedzenia umowy (§ 41 wzoru umowy), czy prawo do redukcji wynagrodzenia {co stanowi przedmiot odrębnego zarzutu}. Tymczasem – wobec zapisu § 10 ust. 9 wzoru umowy – wykonawca został częściowo pozbawiony wpływu na sposób skonfigurowania składu i czasu pracy swojego zespołu, a więc do ustalenia elementu kluczowego dla należytego wykonania umowy. Ryzyko, o którym mowa, jest o ile istotne, iż poprzez ingerencję w skład i czas pracy Personelu Konsultanta, Zamawiający zyskuje możliwość swobodnego sterowania wynagrodzeniem należnym wykonawcy. Wynagrodzenie to bowiem uzależnione jest – stosownie do § 4 ust. 1 wzoru umowy – od czasu faktycznie przepracowanego przez Personel Konsultanta, a co za tym idzie nie można wykluczyć, iż Zamawiający – dążąc do obniżenia kosztów – będzie przy ustalaniu składu Personelu Konsultanta, czy doboru ilości dniówek poszczególnych osób preferował ekspertów, których dniówka pracy została przez Wykonawcę wyceniona w Formularzu cenowym niżej.

{ad 2) – ograniczenie możliwości podejmowania przez personel wykonawcy innych zajęć}

Odwołujący wskazał, że postanowienie § 10 ust. 12 wzoru umowy zakazuje podejmowania przez część Personelu Konsultanta w okresie trwania Umowy innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, zlecenia, umowy o dzieło lub innej formy prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze niedookreślony termin realizacji usługi {co stanowi przedmiot odrębnego zarzutu} oraz fakt, że osoby, do których odnosi się wskazany zakaz – jak wynika z doświadczeń Wykonawcy – podejmują różne zajęcia w żaden sposób niekolidujące z obowiązkami, jakie będą spoczywały na nich w związku z realizacją przedmiotu zamówienia (np. wykładają na uczelniach wyższych, publikują artykuły w czasopiśmie fachowych, realizują drobne prace projektowe), powyższy wymóg należy uznać za wygórowany i niemający oparcia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego interes Zamawiającego zabezpieczałby w wystarczający sposób zapis Umowy zakazujący podejmowania zajęć kolidujących z prawidłową realizacją obowiązków umownych, czy wprost zakazujący zatrudnienia Ekspertów zaangażowanych do wykonywania analogicznych zajęć przy innych projektach.

{ad 3} Niedookreślony termin realizacji usługi.

Odwołujący podał, że zgodnie z zapisem Tomu I SIWZ pkt 5 (odpowiednio § 3 wzoru umowy), Termin realizacji Umowy wynosi:

Data rozpoczęcia realizacji Usługi jest tożsama z datą podpisania Umowy. Konsultant zobowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:

- a) Okres pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na projektowanie i realizację Robót (3 m-ce),*
- b) Okres projektowania oraz wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu (termin obejmuje również okresy zimowe) (39 m-cy),*
- c) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu do wystawienia Świadectwa Wykonania (12 m-cy),*
- d) Ostateczne rozliczenie Kontraktu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (3 m-ce).*

Z kolejnych zapisów SIWZ wynika, że podany powyżej 57-miesięczny okres realizacji Usługi ma wyłącznie charakter szacunkowy, ustalony na potrzeby obliczenia wartości zamówienia publicznego. W rzeczywistości okres ten zależeć będzie od faktycznego okresu wykonywania robót budowlanych przy projekcie, w tym zależeć będzie od tego, czy realizowane będą (i w jakich terminach) Zadania dodatkowe (zamówienia uzupełniające i dodatkowe w rozumieniu przepisów pzp), czy projekt wykona jeden wykonawca projektów i robót budowlanych, czy też Zamawiający będzie musiał wybierać kolejnego, czy wreszcie od tego, czy Zamawiający będzie korzystał z prawa do zawieszenia realizacji Umowy (§ 40 wzoru umowy). Rzeczywisty termin realizacji usługi zależeć będzie także od daty, od jakiej będą świadczone usługi w Okresie projektowania oraz wykonywania Robót w toku realizacji

Kontraktu (termin obejmuje również okresy zimowe). Zapisy Umowy dopuszczają bowiem i taką możliwość, że okres realizacji tej Usługi – np. wobec długotrwałych procedur zmierzających do wyboru wykonawcy projektów i robót budowlanych – rozpocznie się przykładowo dopiero po 12, 20, czy 30 miesiącach od podpisania Umowy.

Odwołujący zarzucił, że powyższa niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do problemu z oszacowaniem ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia i ostatecznie może prowadzić do nieporównywalności ofert. Uprzedzając ewentualne argumenty ze strony Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że wprawdzie Wykonawca – zgodnie z § 4 wzoru umowy – otrzyma wynagrodzenie za czas faktycznie przepracowany, czy faktycznie zrealizowane usługi, ale OPZ nakłada na Wykonawcę szereg dodatkowych obowiązków, których kosztów realizacji nie sposób wycenić bez wiedzy o maksymalnym czasie realizacji przedmiotu umowy (w tym czasie początkowym i końcowym poszczególnych okresów).

Po pierwsze – Wykonawca będzie zobowiązany do utrzymywania swojego Personelu w gotowości do świadczenia usług w całym, bliżej nieokreślonym czasie realizacji Umowy. Przy czym brak możliwości oszacowania związanych z tym kosztów można wskazać na przykładzie Okresu pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Projektowanie i realizację Robót. Jak wynika z § 3 ust. 5 wzoru umowy czas pełnienia tej Usługi (tj. 3 m-ce) jest terminem szacunkowym, a Konsultant jest zobowiązany w całym tym okresie zapewnić Personel odpowiedni do potrzeb określonych przez Zamawiającego. Dodatkowo zapis § 3 ust. 6 wzoru umowy daje Zamawiającemu prawo do zawieszenia świadczenia tej Usługi, a ust. 8 nadto przyznaje mu prawo do rezygnacji z tej Usługi, wyłączając możliwość uzyskania przez Wykonawcę jakiegokolwiek wynagrodzenia, zwrotu kosztów czy odszkodowania (ust. 9 wzoru umowy). Według Odwołującego oznacza to, że Wykonawca może być zobowiązany do utrzymywania w gotowości do świadczenia Usługi bliżej nieokreślonego kręgu ekspertów, przez czas bliżej nieokreślony, ponosząc z tego tytułu wymierne, trudne do oszacowania, wobec niejednoznacznych zapisów SIWZ, koszty, nie mając w związku z tym żadnych roszczeń względem Zamawiającego.

Po drugie – pkt 2.2.1 OPZ określa szereg wymogów, jakie ma spełniać Biuro Konsultanta, przy czym z punktu widzenia zarzutu istotny jest wymóg, aby Biuro to funkcjonowało, cyt. *od rozpoczęcia usługi (a więc zgodnie z § 3 ust. 1 -od daty podpisania Umowy) przez okres projektowania i realizacji robót do czasu wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia*. Co istotne według Odwołującego, § 4 ust. 1 wzoru umowy nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, jak koszty funkcjonowania Biura ustalone w poz. 1b

Formularza cenowego będą rozliczane w okresie zawieszenia realizacji Umowy, w przypadku zamieszenia lub rezygnacji Zamawiającego z Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Projektowanie i realizację Robót. Użyte we wskazanym postanowieniu sformułowanie *odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy*, w powiązaniu z § 3 ust. 9 wzoru umowy, sugeruje, że wynagrodzenie to w pewnych sytuacjach nie będzie należne Wykonawcy. W praktyce może więc zdarzyć się tak, że Wykonawca jeszcze przed dniem podpisania Umowy poniesie koszty związane z organizacją Biura Konsultanta, a dopiero po kilku miesiącach okaże się, że – wobec rezygnacji czy zawieszenia Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Projektowanie i realizację Robót – żadnego Wynagrodzenia z tego tytułu od Zamawiającego nie otrzyma.

Po trzecie – pkt 2.2.4 OPZ określa szereg wymogów związanych z zapewnieniem Zamawiającemu środków transportu, przy czym i w tym wypadku istotne jest, że samochód, ma być w dyspozycji Zamawiającego od rozpoczęcia świadczenia usługi (od podpisania Umowy), a nadto ma być objęty gwarancją na okres realizacji usługi. Podobnie jak w przypadku Biura Konsultanta Wykonawca nie ma gwarancji otrzymania wynagrodzenia z poz. 1a Formularza ofertowego w całym okresie realizacji Umowy (co najwyżej w okresie *rzeczywistego czasu trwania*) i z wyłączeniem sytuacji rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Projektowanie i realizację Robót). Co więcej, wobec braku wiedzy o czasie realizacji usługi Wykonawca nie może skalkulować kosztów utrzymywania gwarancji dla samochodu, zwłaszcza, gdy wiedzą powszechną jest, że producenci dają gwarancję dla samochodów na stosunkowo krótkie okresy, a co za tym idzie w razie znacznego przedłużenia okresu realizacji usługi Wykonawca powinien liczyć się z koniecznością dostarczenia Zamawiającego kolejnego pojazdu objętego gwarancją.

Zmawiający w § 40 ust. 1 wzoru umowy przewidział dla siebie uprawnienie do zawieszania wykonania Usług *w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne. Zawieszenie następuje na podstawie pisemnego powiadomienia otrzymanego przez Konsultanta najpóźniej na 14 dni przed terminem zawieszenia.* Zdaniem Odwołującego uprawnienie to nie jest ograniczone w żaden inny sposób, w szczególności w taki sposób, by Zamawiający nie mógł zawieszać realizacji Umowy kilkakrotnie z tego samego powodu. Może więc zdarzyć się tak, że Zamawiający kilkakrotnie z tego samego powodu zawiesi realizację Umowy na mniej niż 60 dni, czyniąc pomiędzy poszczególnymi zawieszeniami minimalne przerwy, co uniemożliwi Wykonawcy skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w ust. 2 i 4 powołanego postanowienia wzoru umowy.

Odwołujący podsumował, że postanowienia umowne, o którym mowa powyżej, nie tylko w sposób arbitralny i niemający oparcia w zasadach współżycia społecznego uprzywilejowują Zamawiającego względem Wykonawcy, ale i świadczą o niedookreśloności przedmiotu zamówienia. Brak wskazania w SIWZ okoliczności, jakie będą uprawniały Zamawiającego do zawieszenia realizacji usługi oraz brak skutecznych mechanizmów pozwalających na egzekwowanie uprawnienia z postanowienia § 40 ust. 4 wzoru umowy, prowadzi do tego, że Wykonawca nie jest w stanie określić zakresu świadczonej usługi i kosztów z tym związanych, co z kolei prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.

{ad 4)} Ograniczenie prawa Wykonawcy do wynagrodzenia za wykonane usługi.

Odwołujący podał następujące okoliczności dotyczące postanowień SIWZ. Wzór umowy wprowadza pojęcia: *Usługi wykonywanej w Standardzie Podstawowym* oraz *Usługi wykonywanej w Standardzie Podwyższonym*. Ta pierwsza stanowi usługę ocenioną na 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu, zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta, z kolei usługa wykonana w Standardzie Podwyższonym to usługa oceniona na wyżej niż 0 pkt wg opisanej zasady. W kolejnych postanowieniach wzoru umowy, w tym w szczególności w § 10 ust. 4, Zamawiający określił zasady ustalania wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od sposobu oceny wykonywanej Usługi, tj. przede wszystkim przesądził, że w razie przyjęcia, że Usługa wykonywana jest w Standardzie Podstawowym Wykonawcy należec będzie się wyłącznie 50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta, natomiast przy Usłudze wykonywanej w Standardzie Podwyższonym wynagrodzenie to będzie wynosiło 0-50% wynagrodzenia ustalanego w oparciu o współczynnik, o którym mowa w § 10 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy. Sama ocena poziomu świadczenia Usług będzie dokonywana będzie przez Kierownika Projektu – na zasadach określonych w § 5 wzoru umowy, które przewidują m. in., że w przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Metodyki przyznaje 0 albo 2 albo 4 punkty za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, natomiast w przypadku oceny wypełnienia obowiązków wynikających z Umowy, Kierownik przyznaje odpowiednio albo 0 albo 2 punkty za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Sama Karta Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta stanowi załącznik do wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego zgodność przyjętego przez Zamawiającego rozwiązania z przepisami ustawy pzp, jak i przepisami Kodeksu cywilnego budzi szereg wątpliwości. Po pierwsze – Zamawiający uzależnia wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia od oceny dokonywanej przez Kierownika Projektu, jednocześnie przesądzając, że ocena ta ma

całkowicie arbitralny charakter. Umowa nie daje bowiem Wykonawcy żadnych mechanizmów, które pozwalałyby mu na weryfikację i kwestionowanie sposobu oceny dokonanej przez Kierownika Projektu. Rozwiązanie to powoduje, że Wykonawca na etapie kalkulowania ceny ofertowej nie ma wiedzy odnośnie ryzyka związanego z realizacją przedmiotu Umowy. Ocena poziomu świadczenia Usługi ze strony Kierownika Projektu, od której zależy wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia, ma bowiem charakter subiektywny i w szeregu pozycji nie odnosi się do okoliczności mających charakter obiektywny, sprawdzalny (np. pkt 14 Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta polega na ocenie, czy Wykonawca wywiązał się z obowiązku akceptowania dla każdego z Kontraktu cyt.: *ze zwróceniem szczególnej uwagi m.in. na to, czy Program przewiduje rozsądne zapasy czasu (...)*). Pkt 19 Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta polega na ocenie, czy Wykonawca realizuje obowiązek analizowania wprowadzania zmian pod względem ich zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, co z kolei rodzi pytanie o kwalifikacje Kierownika Projektu do podejmowania takich ocen). Problem subiektywności ocen jest jeszcze bardziej widoczny przy ocenianiu poziomu realizacji obowiązków wynikający z Metodyki, gdzie 2 pkt przydzielane są za *wykonano w stopniu mało zadowolającym*.

Ponadto według Odwołującego rozwiązanie to prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy stronami stosunku prawnego w sposób niemający uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, prowadząc do niezgodności w tym zakresie treści stosunku prawnego z zasadami współżycia społecznego, co powoduje nieważność tych zapisów na podstawie art. 58 § 2 kc.

W ocenie Odwołującego omawiane powyżej zapisy SIWZ pozostają także niejednoznaczne, co powoduje, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę na to, że w części Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta Kierownik Projektu ocenia sposób realizacji Metodologii zaoferowanej w ofercie danego wykonawcy, przy czym z założenia niektóre rozwiązania, do których odnosi się Metodologia będą znajdowały zastosowania w konkretnych sytuacjach faktycznych, niekoniecznie występujących w każdym miesiącu, w którym ocena będzie dokonywana, np. wykonawca może zaoferować dodatkowe szkolenia, ale SIWZ nie przesądza, kiedy szkolenia te mają się odbywać. Stąd zasadne wydaje się być postawienie pytania, w jaki sposób Kierownik Projektu przydzieli punkty w tej części Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta w miesiącu, kiedy żadne szkolenie nie było zaplanowane? Jak oceni działania podejmowane przez Konsultanta w przypadku wystąpienia błędów w PFU/dokumentacji projektowej, jeśli w danym miesiącu błędy takie nie będą stwierdzone?

Przyznanie zarówno 0 pkt, jak i 4 pkt w takiej sytuacji wpływałoby na współczynnik obliczony na podstawie § 4 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy.

Odnosząc się do kwestii wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Odwołujący wskazał także na postanowienie § 27 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym *„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 w danej dobie;

b. połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie.

Odwołujący stwierdził, że według powyższego zapisu Wykonawca w razie świadczenia przez członka jego Personelu pracy w wymiarze przykładowo 7:58 godziny, otrzyma jedynie 1/2 wynagrodzenia wynikającego z pozostałych postanowień Umowy. Odwołujący zarzucił, że po stronie Zamawiającego dojdzie do nieuprawnionego wzbogacenia kosztem Wykonawcy, co stoi w sprzeczności z zasadą odpłatności umowy o zamówienie publiczne, względnie powoduje, że Wykonawca – na etapie wyceny oferty – nie jest w stanie oszacować wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Odwołujący zwrócił także uwagę na zapis § 4 ust. 3 wzoru umowy, z którego wynika, że maksymalne wynagrodzenie, jakie otrzyma Wykonawca za wykonanie przedmiotu umowy, wyniesie 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto. Jednocześnie umowa nie przesądza, aby po osiągnięciu tej wartości umowa miała ulec rozwiązaniu. Jedynie w § 41 wzoru umowy mówi się o prawie wykonawcy do wypowiedzenia umowy na 6 miesięcy naprzód, niemniej i to rozwiązanie – wobec omówionych powyżej zapisów wzoru umowy odnoszących się do swobody Zamawiającego w doborze składu Personelu Konsultanta i czasu jego pracy – nie gwarantuje Wykonawcy, że nie będzie on zobowiązany do świadczenia Usługi bez prawa do wynagrodzenia ze strony Zamawiającego.

Ponadto zdaniem Odwołującego, choć Zamawiający przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta, ale jednocześnie zastrzegł w § 6 ust. 9 wzoru umowy, że korekta wynagrodzenia wynikająca z waloryzacji nie może przekroczyć 4% wynagrodzenia, co w połączeniu z niedookreślonym czasem realizacji Usługi prowadzi do wniosku, że Wykonawca może być zobowiązany do świadczenia usługi w perspektywie kolejnych lat bez prawa do urealnienia otrzymywanego od Zamawiającego wynagrodzenia wobec zmieniającej się sytuacji rynkowej, w tym kosztów świadczenia Usługi.

8 stycznia 2014 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu przed Izłą odpowiedź na odwołanie {pismo z 8 stycznia 2014 r.}, wnosząc o jego oddalenie i w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania.

{ad 1 – zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu}

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie kwestionuje sposobu dokonania oceny spełnienia warunku jako takiego, zarzucając jego nieproporcjonalność czy nieadekwatność do przedmiotu zamówienia, co winien był uczynić zgodnie z wybraną podstawą prawną dla wykreowanego zarzutu, a jedynie zmierza do uniknięcia odpowiedzialności związanej z ewentualnym nieprawidłowym wykonaniem referencyjnych usług, przez wyeliminowanie negatywnych skutków, które mogą zmaterializować się w przedmiotowym postępowaniu na etapie oceny spełniania warunków określonych przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zdaje się co najwyżej kwestionować przyznane zamawiającemu w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – uprawnienie do żądania przedstawienia wykazu usług o określonym w tym przepisie zakresie, a co za tym idzie zmierza do ograniczenia Zamawiającemu, zagwarantowanej w powszechnie obowiązującym przepisie prawa, możliwości kompleksowej weryfikacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co sprowadza się *de facto* do polemiki z racjonalnością prawodawcy, nie zaś ewentualnym nieprawidłowym postępowaniem Zamawiającego, który z tytułu realizacji własnego uprawnienia negatywnych skutków ponosić nie może i nie powinien. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie kwestionuje sposobu w jaki Zamawiający będzie dokonywał oceny spełnienia warunku określonego w postanowieniu 6.2.2. ppkt 2 – opisanego w sposób szczegółowy na stronie 7 i 8 IDW oraz w postanowieniu 7.1.2 IDW – a jedynie wyraża nieskonkretyzowane obawy natury ogólnej, odnoszące się do możliwości podlegania wykluczeniu w przypadku występowania w badanym okresie usługi noszącej znamiona niewykonania lub nienależytego wykonania, co sugerować może, że takie działania były również udziałem Odwołującego, choć nie zostało to wprost przez wykonawcę wyartykułowane w treści odwołania.

Zdaniem Zamawiającego sugestie Odwołującego co do zmian w zakresie przedmiotowego warunku wprowadzałyby swoistą gradację „nienależytości wykonania”, zakładając, że dopiero przekroczenie pewnego poziomu nienależyte wykonanych usług może świadczyć o nierzetelności wykonawcy, z całkowitym pominięciem tak oczywistego aspektu jak powszechnie wymagana należyta staranność wykonawców – profesjonalnych uczestników rynku, która jest wyznacznikiem ich rzetelności. W ocenie Zamawiającego

rozwiązanie proponowane przez Odwołującego jest analogiczne do sytuacji, w której kwestionowano by, że działanie albo zaniechanie wykonawcy niezgodne z postanowieniami zawartej przezeń umowy, za które wykonawca ten ponosi na podstawie łączącej strony umowy odpowiedzialność, jest zawsze nienależytym wykonaniem zamówienia niezależnie od jego zakresu lub stopnia. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1388/13, KIO 1389/13), w którym skład orzekający stwierdził, że: *żaden przepis ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych do niej nie przewiduje możliwości gradacji uchybień w realizacji zamówienia pozwalających na przyjęcie, że niewielka część nienależycie wykonanego zamówienia nie powoduje skutku w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie potwierdził należytego wykonania zamówienia.*

Abstrahując od powyższego Zamawiający wskazał również na niecelowość i nieefektywności sugerowanej przez Odwołującego metody dokonywania oceny, która w ocenie Zamawiającego doprowadziłaby do wypaczenia wyników badania w sytuacji wskazania przez wykonawcę jednej, dwóch albo trzech usług, z których jedna byłaby niewykonana lub nienależycie wykonana, co prowadziłoby każdorazowo do wykluczenia takiego wykonawcy, zaś faworyzowało wykonawców, którzy legitymują się tak dużą ilością wykonanych usług, że nieprawidłowe wykonanie nawet kilku z nich nie stanowiłoby – przy przyjęciu rozwiązania Odwołującego – nienależytego wykonania/niewykonania, choć obiektywnie za takie winno być uznane. Stąd też, mimo podnoszonej przez Odwołującego argumentacji, jakoby wprowadzenia granicy procentowej w ilości nienależycie wykonanych usług, po przekroczeniu której można uznać wykonawcę za nierzetelnego, miało prowadzić do zrównania sytuacji mniejszych i większych uczestników rynku zamówień – w ocenie Zamawiającego dopiero ewentualne przychylenie się do tej sugestii kreowałoby zróżnicowanie sytuacji wykonawców, z korzyścią dla tych prowadzących działalność w większej skali. Natomiast zaproponowany przez Zamawiającego miernik rzetelności jest obiektywny i dający prawdziwe wyniki niezależnie od rozmiarów prowadzonej działalności, gdyż każdy przypadek nienależytego wykonania/niewykonania – choć badany z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności – jeżeli okaże się wypełniać znamiona takiego działania, będzie odnosił taki sam skutek w stosunku do każdego potencjalnego wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego w znaczącej większości odnosi się do innej przesłanki wykluczenia niż będąca przedmiotem zarzutu, tj. art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, która nie konsumuje okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w związku czym wspomniane twierdzenia są bezprzedmiotowe, jako niemające związku z rzeczywistym

przedmiotem sporu.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający wniósł o oddalenie przedmiotowego zarzutu jako bezzasadnego i nieudowodnionego.

{ad. 2 - 4 – zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia przepisów kc}

Zamawiający poczynił na wstępie wywód, którego istota przedstawia się następująco. W ocenie Zamawiającego zarzuty odwołania odnoszące się do nieprawidłowości dokonanego opisu przedmiotu zamówienia nie znajdują uzasadnienia i w całości zasługują na oddalenie, zaś ich podsumowanie w treści odwołania świadczyć może co najwyżej o braku zrozumienia i poszanowania dla charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego, której Odwołujący pragnie nadać walor negocjacyjny, a tym samym realizujący partykularne interesy jednego tylko z wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z naturą prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, tj. procedury otwartej i konkurencyjnej.

Zamawiający powołał się na utrwalone poglądy Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowisko Sądu Najwyższego co do zasady swobody umów {dalej w nawiasie podano wyroki, których fragmenty uzasadnień zostały przywołane lub zacytowane}. Po pierwsze {wyroki Izby} – zasada wyrażona w art. 353¹ kc nie może być w pełni implementowana na grunt pzp {wyrok z 28 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12, KIO 247/12}; umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny i nie charakteryzuje się równością stron {wyrok z 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1183/12}; ekwiwalentność w tej umowie kreuje wykonawca określając wysokość wynagrodzenia, a nie przez wpływ na jej kształt co do koniecznych nakładów w celu spełnienia wymagań zamawiającego {wyrok z 6 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1570/12}. Po drugie – zasada z art. 353¹ kc nie oznacza absolutnej równości stron stosunku zobowiązaniowego, nawet gdy wykonywanie umowy przynosi jednej ze stron stratę, nie uzasadnia to jeszcze przyjęcia, że cel stosunku prawnego wyrażonego w umowie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego; przyjmowanie zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego prowadziłoby w konsekwencji do upadku systemu gospodarki rynkowej {wyrok SN z 12 marca 2004 r., sygn. akt II CK 39/03}; zawarty w art. 353¹ kc nakaz respektowania zasad współżycia społecznego nie może być rozumiany jako pozytywny obowiązek takiego ukształtowania stosunku prawnego, który będzie spełniać określone postulaty słusznościowe, chodzi o minimum takiego jego ułożenia, które nie będzie się sprzeciwiało przyjętym w społeczeństwie kryteriom uczciwego i lojalnego postępowania, a nie maksymalizowanie wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron {wyrok SN z 27 października 2004 r., sygn. akt IV CK 122/04}.

Zdaniem Zamawiającego gdyby faktycznie postanowienia umowy uniemożliwiały Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, wówczas powinien postawić zarzut obiektywnej niemożności świadczenia, czego jednak nie uczynił, a tym samym nie ma prawa wywodzić niemożności złożenia oferty tylko i wyłącznie w oparciu o subiektywne przekonanie o ewentualnych niedogodnościach na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł, że stawiając zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, Odwołujący winien przynajmniej uprawdopodobnić możliwość ograniczenia konkurencji, czego nie uczynił. Według Zamawiającego Odwołujący dąży w sposób nieuprawniony do zredukowania uzasadnionych wymagań Zamawiającego i wprowadzenia zmian, które miałyby ułatwić Odwołującemu złożenie korzystnej oferty lub dostosować przedmiot zamówienia do jego oczekiwań i wyobrażenia o sposobie i zakresie realizacji zamówienia {wyrok Izby z 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 574/12}. Zamawiający powołał się również na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), zgodnie z którym, o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów, wykonawca nie może zarzucać zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają, a umowa mogłaby zostać sformułowana korzystniej dla niego.

{ad 1) – dobór składu osobowego oraz czasu pracy (dniówek) Personelu Konsultanta}

Odnosząc się do zarzucanych nieprawidłowości przy opisie warunków doboru składu osobowego oraz czasu pracy (dniówek) Personelu Konsultanta, Zamawiający wskazał na wstępie, że obecny kształt umowy jest wynikiem realizacji przez GDDKiA postulatów zgłaszanych przez przedstawicieli branży budowlanej, co zaowocowało podpisaniem w dniu 26 września 2013 r. założeń i uzgodnień w przedmiocie wzorcowych warunków umowy na nadzór przy realizacji inwestycji drogowych. Zdaniem Zamawiającego świadczy to o wyjściu naprzeciw oczekiwaniom wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego nietrafny jest zarzut niemożności określenia przez Odwołującego liczby personelu jaka będzie niezbędna do realizacji umowy, co przekłada się na niemożność dokonania wyceny oferty. Zamawiający oświadczył, że biorąc pod uwagę rodzaj i charakter Umowy oraz okoliczności mogące mieć wpływ na jej realizację, starał się stworzyć Umowę, która pozwalałaby stronom wypełniać jej postanowienia w sposób właściwy, a jednocześnie satysfakcjonujący dla obu stron umowy.

Odnosząc się do obaw Odwołującego w kwestii jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy, Zamawiający oświadczył, że stworzył w umowie mechanizm, ułatwiający pracę Wykonawcy oraz jego współpracę z Kierownikiem Projektu – przedstawicielem Zamawiającego, w zakresie określania odpowiedniej liczby personelu

Konsultanta wymaganej w danym okresie na Placu Budowy, celem zapewnienia należytego wykonywania usług przez Konsultanta/Nadzór Inwestorski, a jednocześnie celem zmniejszenia kosztów zatrudnienia po stronie Wykonawcy, przez wymaganie na budowie osób niezbędnych w danym okresie. W związku z powyższym Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego (dalej Harmonogram) stanowi uproszczenie zasad zmiany liczby i rodzaju personelu Wykonawcy. Harmonogram stanowi bowiem swoistego rodzaju plan, grafik pracy poszczególnych ekspertów, dzięki któremu Wykonawca jak i jego personel, będą w stanie odpowiednio wcześniej przygotować się do wykonywania usługi w sposób niezakłócony. Modyfikacja Harmonogramu jest przewidziana przez Zamawiającego w celu ułatwienia współpracy, organizacji pracy i dokonywania potrzebnych modyfikacji w sposób sprawny. Zgodnie z Umową Harmonogram określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Wykonawcę, wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Wykonawcy. Harmonogram będzie obejmował cały okres realizacji umowy. Zdaniem Zamawiającego postanowienia umowne nie wskazują, że Harmonogram będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska Wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że za pomocą przedmiotowego mechanizmu będzie w stanie wskazać obszary działalności Nadzoru Inwestorskiego oraz Konsultanta, które należy zintensyfikować bądź ograniczyć. Rozwiązanie takie jest podyktowane koniecznością współpracy Zamawiającego z Konsultantem w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego precyzyjne określenie przez niego liczby personelu w każdym z miesięcy realizacji usługi, spowodowałoby, że Opis Przedmiotu Zamówienia byłby niepełny, nieprecyzyjny, gdyż nie uwzględniałby okoliczności mogących mieć wpływ na realizację Umowy. Ewentualna zmiana liczby dniówek jest rozwiązaniem podyktowanym okolicznościami następującymi na budowie, czego strony nie były w stanie przewidzieć podczas tworzenia pierwotnego Harmonogramu. Zamawiający ma zamiar uniknąć problemu braku możliwości dostosowania liczby personelu do potrzeb i charakteru inwestycji. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że postanowienia umowne przewidują również uprawnienie Wykonawcy do aktualizacji Harmonogramu. Jako profesjonalista, który zapozna się ze specyfiką inwestycji, Wykonawca będzie w stanie przewidzieć i oszacować niezbędną mu liczbę personelu, celem świadczenia usług w sposób staranny i należyty. Harmonogram może również określać podział wykonywania Usług przez Konsultanta/Nadzór Inwestorski na etapy odzwierciedlające wykonywanie Kontraktu, a także przewidywać rezerwę w przypadku przedłużenia czasu realizacji Kontraktu (§ 9 ust. 7 wzoru umowy).

Zamawiający powołał się na to, że w załączniku nr 2.1. „Formularz cenowy” określił

liczbę jednostek (w tym wypadku dniówek) dla poszczególnych ekspertów wymaganych w okresie realizacji umowy, które to dniówki zostaną rozdysponowane w czasie realizacji umowy w stosunku proporcjonalnym do aktualnych potrzeb. Zamawiający nie widzi zatem ryzyka niemożliwości dokonania wyceny oferty w tym zakresie, biorąc pod uwagę, że każdy wykonawca zobowiązany jest dokonać wyceny jednostkowej dniówki przy podanej ilości globalnej dniówek, zaś wynagrodzenie należne za świadczenie usług przez poszczególnych ekspertów będzie wypłacane zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 1 wzoru umowy – miesięcznie w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie przepracowanych dni. Elastyczność harmonogramu – według Zamawiającego korzystna dla obu stron i zabezpieczająca ich interesy – powoduje, że ilość dniówek w poszczególnych miesiącach rozliczeniowych może być różna w zależności od zapotrzebowania na ekspertów z danej branży na danym etapie prowadzonych prac. Co jednak – zdaniem Zamawiającego – nie znajduje żadnego przełożenia na etap dokonywania wyceny poszczególnych dniówek, a tym samym na niemożliwość złożenia oferty, czy też złożenie oferty nieporównywalnej, gdyż formularz cenowy jest identyczny dla wszystkich wykonawców.

{ad 2) – zarzut ograniczenia możliwości podejmowania przez personel innych zajęć}

Odnosząc się do ograniczenia możliwości podejmowania przez Personel Konsultanta dodatkowych zajęć, zgodnie z postanowieniem § 10 ust. 12 wzoru umowy, Zamawiający podniósł, że jest to ryzyko, które może być z powodzeniem wycenione przez wykonawcę i uwzględnione w cenie oferty. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący upatruje w procedurze odwoławczej metodę negocjowania postanowień umowy, czy też wyjaśniania wątpliwości, która sprawi, że będzie w stanie złożyć ofertę korzystniejszą cenowo, ze względu na dostosowanie przez Zamawiającego warunków realizacji do partykularnych potrzeb i możliwości Odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że jedynym celem wprowadzenia powyższego postanowienia było zapewnienie sobie realnego udziału ekspertów w realizacji umowy i ich faktycznego pobytu na placu budowy za każdym razem, gdy zajdzie taka konieczność, tzn. wprowadzenie wymogu ich dyspozycyjności. Nie do zaakceptowania przez Zamawiającego jest sytuacja, w której prowadzone roboty budowlane zostałyby wstrzymane z powodu niedostępności eksperta ze względu na wykonywanie przez niego w danej chwili innych zajęć. Według Zamawiającego jest to wymóg na tyle naturalny i oczywisty, że np. klauzule odnoszące się do zakazu konkurencji, występują w większości umów o pracę, a ich wprowadzenie motywowane jest koniecznością zapewnienia sobie przez każdego pracodawcę (tj. odbiorcę świadczenia) realnego i faktycznego wykonywania obowiązków w wymaganych terminach. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że żadne z postanowień

umowy nie sugeruje, że podejmowanie dodatkowych zajęć jest w ogóle wykluczone w okresie realizacji umowy. Zamawiający chce mieć jedynie pewność, że w zakresie wynikającym z harmonogramu poszczególni eksperci będą dostępni i gotowi do realnego wykonywania swoich obowiązków. Według Zamawiającego Odwołujący nie dostrzega, że kwestionowane postanowienie jest korzystne również dla wykonawcy, który odpowiada za działania swojego personelu, gdyż minimalizowane jest ryzyko powstawania leżących po stronie wykonawcy opóźnień związanych z oczekiwaniem na pojawienie się eksperta z danej branży na placu budowy.

Zdaniem Zamawiającego wprowadzenie do umowy postanowień zwiększających gwarancję należytego wykonania umowy przez Wykonawcę, nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów, lecz jest wyrazem zapobiegliwości i dbałości o interes publiczny, przez zapewnienie usług odpowiedniej jakości. Zamawiający powołał się na wypowiedź Izby w wyroku z 9 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 164/12): *Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd zawarty w wyroku Izby Sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 1 lutego 2011 r. iż zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.*

{ad 3) zarzuty dotyczące niedookreślonego termin realizacji usługi}

Według Zamawiającego podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp w zakresie terminu realizacji umowy nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Nie jest możliwe w horyzoncie kilkudziesięciu miesięcy precyzyjne określenie dokładnej dziennej daty rozpoczęcia świadczenia usługi, ani liczby tygodni, bądź miesięcy ewentualnego przedłużenia czasu trwania umowy. Przede wszystkim Zamawiający wskazał, że w rozumieniu art. 110 kc terminem jest zdarzenie przyszłe i pewne, co nie oznacza, że musi on zostać oznaczony poprzez wskazanie określonej daty dziennej, ale również przez wskazanie zdarzenia, jak w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający potwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia określił szacunkowy termin realizacji zamówienia i zastrzegł sobie w treści SIWZ możliwość jego zwiększenia. Zdaniem Zamawiającego ewentualne wydłużenie terminu realizacji umowy nie powinno być przez wykonawcę oceniane negatywnie, gdyż otrzymuje wynagrodzenie za faktycznie wykonaną pracę, a na okoliczność wydłużenia okresu trwania umowy Zamawiający przewidział w postanowieniu § 4 ust. 3 możliwość wypłaty wykonawcy łącznego wynagrodzenia w wysokości do 150% ceny ofertowej. Ponieważ zarówno koszty

jednostkowe, jak i wysokość pozycji ryczałtowych rozliczana jest w okresach miesięcznych, nie zachodzi w ocenie Zamawiającego ryzyko niemożliwości oszacowania ceny oferty, która będzie sporządzana na identycznych zasadach przez każdego wykonawcę. Natomiast w zależności od czasu świadczenia usługi faktycznie wypłacone wynagrodzenie może przybrać odmienną wartość, gdyż jego kalkulacja sprowadza się do prostego mechanizmu przeliczania cen jednostkowych bądź miesięcznych ryczałtów na ilość wykorzystanych jednostek. Stąd też niezależnie od czasu trwania umowy, wykonawca realizujący zamówienie będzie wynagradzany za realizację usług w tym okresie, aż do wyczerpania limitu 150% wysokości ceny oferty obliczonej jako iloraz cen oraz ilości wykorzystanych jednostek. W pozostałym zakresie Zamawiający przewidział możliwość udzielania zamówień uzupełniających, co oznacza, że nie zaistnieje sytuacja, w której wykonawca będzie musiał świadczyć usługę bez otrzymania za nią wynagrodzenia. Dodatkowo Zamawiający przewiduje waloryzację wynagrodzenia Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego (§ 4 ust. 5 wzoru umowy). W związku z powyższym na etapie postępowania przetargowego Wykonawca dla dokonania prawidłowej wyceny usług nie potrzebuje przewidywać dokładnej liczby miesięcy czasu trwania Umowy, gdyż ma jedynie obowiązek dokonania wyceny stawek za dzień pracy eksperta bądź za 1 miesiąc świadczenia usług. Ewentualne ryzyko zwiększenia wartości poszczególnych dóbr ponosi Zamawiający, przez ustanowienie w umowie postanowień gwarantujących dokonywanie waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta. Stosownie zaś do ewentualnych przestojów w prowadzeniu robót, skutkujących zawieszeniem wykonywania umowy, każdy profesjonalny wykonawca winien uwzględnić w wycenie ryzyka (stosownie bowiem do treści SIWZ ceny mają być podane z narzutami) fakt wykonywania robót budowlanych w okresie zimowym, co nie stanowi okoliczności niemożliwej do przewidzenia. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił szacunkowy termin realizacji zamówienia i zastrzegł sobie w treści SIWZ możliwość jego zwiększenia.

Jeżeli chodzi o zmniejszenie czasu trwania umowy, Zamawiający oświadczył, że zastrzegł sobie możliwość ewentualnej rezygnacji z usługi wsparcia na etapie postępowania przetargowego na wybór wykonawcy robót budowlanych. Zdaniem Zamawiającego przedmiotowa usługa wsparcia może trwać do kilku miesięcy, a ewentualna rezygnacja z niej, nie może prowadzić do powstania szkody po stronie Wykonawcy.

Zamawiający podsumował, że przez wskazanie szacunkowego terminu realizacji usługi, minimalny próg wartości zamówienia został określony. W związku z tym wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mają możliwość oszacowania i kalkulacji oferty.

Odnosząc się do kwestii jednostronnej rezygnacji z Usługi wsparcia, Zamawiający

wskazał, co następuje. Usługa wsparcia polega na pomocy Konsultanta Zamawiającemu podczas prowadzonego postępowania przetargowego na roboty budowlane, nad którymi sprawowany będzie nadzór. Pomoc może wiązać się m.in. z przygotowywaniem odpowiedzi na pytania wykonawców w czasie postępowania przetargowego. Konsultant jako inżynier działający profesjonalnie, będzie w stanie udzielić wsparcia Zamawiającemu, podczas zadawanych pytań z zakresu wiedzy technicznej, z zakresu prawa budowlanego, z zakresu projektu bud. itd. W związku z tym, że Zamawiającemu jest potrzebne wsparcie Konsultanta, Zamawiający pierwotnie zakłada w każdej umowie z Konsultantem wsparcie Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć w jakim terminie skutecznie dojdzie do wyboru Konsultanta, ile czasu będą trwały procedury przetargowe, a co za tym idzie, czy po dokonaniu wyboru Konsultanta, w dalszym ciągu usługa wsparcia będzie niezbędna i konieczna. Ponieważ przedmiotowe postępowanie, a także postępowanie na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych toczą się w różnym tempie, może się zdarzyć, że postępowanie dotyczące robót będzie tak zaawansowane, że usługa wsparcia na tym etapie okaże się zbędna. W związku z tym, Zamawiający przewidział i opisał ewentualną zmianę umowy w tym zakresie, zgodnie z art. 144 pzp, tj. możliwość rezygnacji z usługi wsparcia. Wobec tego według Zamawiającego trudno mu zarzucać arbitralność decyzji w tym zakresie, gdyż będzie ona uzależniona okolicznościami niezależnymi od niego, jak również niemożliwymi z góry do przewidzenia. Przy czym ewentualna rezygnacja z tej usługi, której czas został oszacowany na 3 miesiące – jest możliwa do skalkulowania przez Odwołującego i uwzględnienia w cenie oferty. W przypadku zaś skrócenia jej okresu poniżej 3 miesięcy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie proporcjonalne, obliczone za dniówki pracy ekspertów i ryczałt miesięczny za np. utrzymanie biura Konsultanta, gdyż w tym okresie – tj. do dnia rezygnacji, usługa była przecież świadczona. Natomiast w przypadku wydłużenia jej trwania, wykonawca – zgodnie z postanowieniami umowy – otrzyma wynagrodzenie za każdy dodatkowy miesiąc i dniówkę realizacji usługi wsparcia.

{ad 4) zarzuty dotyczące ograniczenia prawa do wynagrodzenia za wykonane usługi}

W odniesieniu do zasad i warunków wypłaty wynagrodzenia, o których traktuje ostatni z zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Zamawiający wskazał, że stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Według Zamawiającego ponieważ sposób wypłaty wynagrodzenia wykonawcy nie jest określony w żadnym przepisie ustawy pzp, nie sposób czynić mu zarzutu niemającego podstawy prawnej w tej ustawie.

Ponadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać fakt, że etap realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest etapem postępowania o jego udzielenie, a zatem sam sposób realizacji umowy, który w tym zakresie nie odnosi się w żadnej mierze do przedmiotu zamówienia, nie może być skutecznie poddany do rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Co więcej, sposób realizacji umowy nie uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a wyłącznie stanowi o konieczności podjęcia decyzji biznesowej, czy realizacja zamówienia wpisuje się w strategię gospodarczą danego wykonawcy.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – 24 grudnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez następujących wykonawców:

- SAFEGE S.A. z siedzibą w Nanterre (Francja) {dalej zwany również „Safege”},
- Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej zwany również w skrócie „ZBMIZ”}.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp (przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu) i wobec braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący ZBMIZ wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący Safege nie stawił się na rozprawę, choć został prawidłowo zawiadomiony o jej terminach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących – zawarte w odwołaniu, piśmie

Odwołującego z 9 stycznia 2014 r., odpowiedzi na odwołanie, piśmie Zamawiającego z 10 stycznia 2014 r., zgłoszeniach przystąpień, piśmie Przystępującego ZBMIZ z 10 stycznia 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na hipotetyczną szkodę w postaci utrudnienia dostępu do przedmiotowego zamówienia. W przypadku odwołania wniesionego na postanowienia s.i.w.z. należy uznać to za wystarczające dla istnienia po stronie Odwołującego legitymacji, o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z załącznikami).

Izba wzięła również pod uwagę załączone do pisma Przystępującego:

- umowę nr GDDKiA-O/OL-R2-R1N-2814-03/10 z 12 sierpnia 2010 r. pomiędzy GDDKiA Oddział w Olsztynie a konsorcjum ZBMIZ-Safege wraz z korespondencją pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w sprawie realizacji umowy – na dowód, że do dnia dzisiejszego realizacja tej umowy, przewidującej maksymalnie 65 miesięczny termin realizacji, nie weszła w fazę udzielenia wsparcia przy wyłanianiu wykonawcy robót;
- kopię sprawozdania finansowego ZBMIZ za 2012 r. – na okoliczność osiągnięcia na świadczonych usługach rentowności na poziomie 0,5%
- artykuł Tomasza L. zamieszczony w Biuletynie Informacyjnym „Konsultant” (wyd. SIDIR, nr 30 z XII 2013 r.) – na okoliczność braku dojścia do porozumienia przez GDDKiA i stronę społeczną (Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa, Polski Związek Pracodawców Budownictwa oraz Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich) w sprawie wzorcowych warunków kontraktowych FIDIC.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I.

zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu

Biorąc pod uwagę zarówno zwięzłe sformułowanie zarzutu, jak i jego uzasadnienie Izba stwierdziła, że odwołanie zawiera *de facto* dwa szczegółowe zarzuty dotyczące sformułowanego przez Zamawiającego sposobu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, przy czym drugi z tych zarzutów jest zasadny.

W toku rozprawy Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń co do adekwatności przytoczonych w odwołaniu postanowień pkt 6.2.2) ppkt 2) Tomu I s.i.w.z. Tym niemniej Izba uzupełniająco ustaliła, że bezpośrednio po treści zacytowanej w odwołaniu zamieszczono tam następujące postanowienia:

Zamawiający dokona oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się Wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający wyjaśnia, że będzie dokonywał oceny wykroczeń zawodowych – ze względu na indywidualny charakter każdej z takich decyzji – na podstawie okoliczności faktycznych związanych z sytuacją każdego z Wykonawców, zgodnie z informacjami zawartymi w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadzie spełnia/nie spełnia.

(...)

Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru.

(...)

Zamawiający wyjaśnia, że opis sposobu oceny spełniania warunku, o którym mowa w ppkt 2) jest dodatkowym i niezależnym opisem, od opisu sposobu oceny spełniania warunku, o którym mowa w ppkt 1). Opis zamieszczony w ppkt 2) dotyczy badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Wykonawcy w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, i jest dodatkowym badaniem do badania spełnienia minimum określonego w ppkt 1).

(...)

W odwołaniu adekwatnie również opisano, że z pkt 7.1.2 Tomu I s.i.w.z. wynika obowiązek wskazania przez wykonawcę w części B wykazu wykonanych głównych usług wszystkich usług spełniających kryteria z pkt 6.2.2) ppkt 2). Izba ustaliła, że w pkt 7.1.2 zamieszczono również następujące postanowienia:

W celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Zamawiający żąda wskazania w wykazie informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie umożliwiającym Zamawiającemu weryfikację pod kątem wskazanych w 6.2.2)2) IDW wymagań. Z informacji wykonawcy winno wynikać jakie były przyczyny, i po której stronie leżały, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania każdej z takich usług wymienionych w części B wykazu zadań.

Zamawiający wyjaśnia, że będzie dokonywał oceny należytego wykonania usług wymienionych w 6.2.2)2) IDW na podstawie informacji zawartych w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”, w której Wykonawca podaje informację o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Wykonawcy. Jeżeli informacje te okażą się niewystarczające do dokonania tej oceny Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp będzie występował w tym zakresie o wyjaśnienia do Wykonawcy.

Zamawiający wymaga, aby z informacji podanych przez Wykonawcę wynikało jakie były przyczyny, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania wymienionych w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie” usług. W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, przedstawione przez wykonawcę będą budzić wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynikać będzie, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio Zamawiającemu (...)

W ocenie Izby pierwszy zarzut sprowadza się do nierównego traktowania przez Zamawiającego wykonawców prowadzących działalność w większej skali {jak należy założyć – w stosunku do wykonawców prowadzących działalność na mniejszą skalę}, polegającego na tym, że niezależnie od liczby wykonanych zamówień, o których mowa w pkt 6.2.2) ppkt 2) Tomu I s.i.w.z., podlegających ujawnieniu w części B wykazu, niewykonanie lub nienależyte wykonanie choćby jednego z nich skutkuje negatywną weryfikacją zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, co miałyby również świadczyć o niezachowaniu uczciwej konkurencji przez Zamawiającego. W odwołaniu wskazano

na naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 i 5 pzp, co jest skorelowane z przywołanymi dalej okolicznościami, gdyż wśród nich nie ma żadnych dotyczących samoistnego naruszenia art. 22 ust. 4 i 5 ustawy pzp. Ściśle rzecz biorąc, rację ma Zamawiający, że odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności, które dotyczyłyby naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 pzp. Odwołanie nie zawiera też żadnych innych, niż dotyczących nierównego traktowania wykonawców prowadzących działalność na różną skalę, okoliczności dotyczących niezgodności przewidzianego przez Zamawiającego systemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z art. 22 ust. 5 pzp. Odwołujący nie powołał się w odwołaniu na żadną inną okoliczność, która miałaby wskazywać na nieobiektywność ustalonego przez Zamawiającego systemu badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawców. Ponieważ zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przedmiotem rozpoznania w tej sprawie nie jest kompleksowe zbadanie prawidłowości skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 22 ust. 5 pzp. Odwołujący generalnie nie zakwestionował uprawnień Zamawiającego do takiej weryfikacji doświadczenia wykonawców od strony negatywnej, a zatem Izba może tylko poprzestać na spostrzeżeniu, że postanowienia pkt 6.2.2) ppkt 2), w szczególności w zakresie pierwszego wypunktowania lit. B, mogą powodować w praktyce trudności na etapie oceny wykonawców, z uwagi na brzmienie art. 24 ust.1 pkt 1) pzp regulującego zbliżoną co do zakresu ustawową przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, która nie podlega interpretacji rozszerzającej.

Rozstrzygając zarzut zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru zakwestionowanych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia. Odwołujący twierdził, że wykonawcy realizujący niewielką liczbę zamówień o parametrach opisanych w lit. a) - c) ppkt 2 pkt 6.2.2) są preferowani kosztem wykonawców, którzy realizują takich zamówień znacznie więcej. W toku postępowania nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że istnieją zasadnicze różnice w liczbie zrealizowanych zamówień dotyczących usługi nadzoru na robotami budowlanymi pomiędzy wykonawcami występującymi na rynku tego typu zamówień. Niezależnie od tego niejasne pozostało w jaki sposób wymaganie od wszystkich wykonawców, aby wszystkie zamówienia, których realizacji się podjęli, nie były niewykonane lub nienależycie wykonane, miałyby stanowić przejaw nierównego traktowania wykonawców lub niezachowania zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego. Przy dużym stopniu ogólności zarzutu sformułowanego

w odwołaniu, równie ogólnie można stwierdzić, że każdy wykonawca powinien podejmować się realizacji zamówień adekwatnie do skali prowadzonej działalności, przy założeniu wykonywania wszystkich zawartych umów z należytą starannością.

Natomiast trafny jest drugi, szczegółowy zarzut dotyczący nieprawidłowości oceny rzetelności wykonawcy zakładającej – co wynika z literalnego sformułowania lit. B ppkt 2) pkt 6.2.2) – że niewykonanie zadania, odmiennie niż jego nienależyte wykonanie, nawet jeżeli wykonawca pokrył szkodę zamawiającego, a nie spowodowało ono powstanie zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego, spowoduje negatywną ocenę zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia. Izba podziela w tym zakresie ocenę Odwołującego, że takie automatyczne wykluczenie wykonawcy za niewykonanie jednego zadania, bez badania w tym przypadku, czy naprawił wyrządzoną szkodę, nie znajduje oparcia w art. 22 ust. 5 pzp, a także w nieuzasadniony sposób preferuje wykonawców, którzy nienależycie wykonali zadania, gdyż w takim przypadku okoliczność ta będzie wzięta pod uwagę na ich korzyść. Należy przy tym zauważyć, że pomimo obszerności wywodów zawartych w odpowiedzi na odwołanie i dalszym piśmie, Zamawiający w ogóle nie ustosunkował się do tego zarzutu, ani nie zmienił brzmienia postanowień ogłoszenia i s.i.w.z. Z tych względów konieczne stało się nakazanie korekty, o której mowa w sentencji wyroku.

II.

zarzuty dotyczące niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia, dokonania opisu naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady swobody umów

Na wstępie Izba zważyła, że nie podziela poglądu Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie w odniesieniu do ostatniego zarzutu, a na rozprawie rozciągniętego na wszystkie zarzuty związane z postanowieniami umowy, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie mogą być zakwalifikowane jako dotyczące uchybień opisu przedmiotu zamówienia. Izba nie widzi podstaw do ograniczania obowiązku Zamawiającego opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty wyłącznie do części s.i.w.z. zatytułowanej przez niego opisem przedmiotu zamówienia {tom III s.i.w.z.}, w której zresztą sam odsyła również do postanowień umowy np. w zakresie ogólnych obowiązków wykonawcy-konsultanta. Również chętnie podnoszona jako argument przez Zamawiającego specyfika przedmiotu zamówienia, którym jest wykonywanie usług związanych z zarządzaniem kontraktem na roboty budowlane oraz nadzorem nad wykonawcą tych robót, przemawia za tym, że warunki, na jakich ma się to odbywać, należy zaliczyć do elementów opisu przedmiotu

zamówienia, niezależnie od tego, w której części s.i.w.z. zostały ujęte.

W konsekwencji jednak Izba – co do zasady – za nieadekwatne uznała wywodzenie przez Odwołującego z tych samych okoliczności zarówno zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 pzp, jak i zarzutu naruszenia art. 353¹ czy innych przepisów kodeksu cywilnego, co spięte zostało generalną klauzulą przerzucenia całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dla Izby nieprzekonujące jest również wywodzenie z okoliczności dotyczących naruszenia art. 29 ust. 1 pzp naruszenia art. 29 ust. 2 pzp czy art. 7 ust. 1 pzp, co *de facto* sprowadza się w odwołaniu do powtarzania tezy, że zarzucane braki opisu przedmiotu zamówienia stanowią jednocześnie utrudnienie uczciwej konkurencji, które prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. W toku postępowania odwoławczego nie zostało jednak choćby uprawdopodobnione, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, ani że postanowienia s.i.w.z. objęte zarzutami odwołania stanowią przejaw nierównego traktowania wykonawców.

1.

Zarzut niedookreślenia zakresu możliwej ingerencji Zamawiającego w skład osobowy personelu konsultanta-wykonawcy oraz jego czas pracy (dniówki) na etapie realizacji umowy, w szczególności przez przewidzianą w § 10 ust. 9 wzoru umowy ingerencję kierownika projektu w harmonogram pracy personelu wykonawcy, co powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić na etapie składania oferty, jakim personelem i w jakim zakresie będzie musiał dysponować przy wykonywaniu przedmiotu umowy – Izba uznała jedynie częściowo za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, po analizie podanego w odwołaniu uzasadnienia zarzutu, że pomimo użycia w jego zwięzłym ujęciu sformułowania sugerującego zakwestionowanie w szczególności § 10 ust. 9 wzoru umowy, żadne inne postanowienie przewidujące ingerencję Zamawiającego w skład osobowy oraz czas pracy personelu wykonawcy na etapie realizacji zamówienia nie zostało zaskarżone. Pozostałe postanowienia zostały wymienione jako element argumentacji wskazującej, z jednej strony – na ciążący na wykonawcy obowiązek należytego wykonania umowy, co wymaga dobrania odpowiedniego składu i czasu pracy personelu, z drugiej strony – na możliwość sterowania przez Zamawiającego tymi zmiennymi w celu obniżenia kosztów realizacji usługi świadczonej przez wykonawcę.

Izba ustaliła, że kwestionowane postanowienie zostało zawarte w § 10 umowy zatytułowanym *Osoby wyznaczone do pełnienia usług*, którego ust. 6, 8 i 9 zostały adekwatnie zacytowane w odwołaniu. Ponadto zgodnie z brzmieniem ust. 7: *W kolejnych*

okresach rozliczeniowych, Konsultant jest zobowiązany do aktualizacji HPPK, także na wniosek Kierownika Projektu.

Z powyższej regulacji wynika, że wykonawca ustala harmonogram pracy swojego personelu w ciągu 7 dni od rozpoczęcia realizacji usługi, a następnie comiesięcznie {taki okres rozliczeniowy wynika z § 4 i 7 umowy w związku z wynagrodzeniem i rozliczeniem} dokonuje jego aktualizacji. O ile nieco perswazyjny charakter ma nazywanie tego obowiązku w odpowiedzi na odwołanie „uprawnieniem” wykonawcy, o tyle nie bez znaczenia jest argumentacja Zamawiającego, że uprawnienie zastrzeżone na jego rzecz w ust. 9 § 10 umowy dotyczy korekt harmonogramu niezbędnych z uwagi na bieżące uwarunkowania związane z nadzorowaną inwestycją, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Izba stwierdziła, że Odwołujący na wyrost z wiążącego charakteru takiej korekty wywodzi niemożność skalkulowania w ofercie składu personelu i czasu jego pracy, gdyż nie stoi to na przeszkodzie, aby każdy wykonawca kierował się przy tym swoją wiedzą i doświadczeniem. Nie bez znaczenia jest, że Odwołujący domagając się określenia katalogu sytuacji uprawniających Zamawiającego do wprowadzania zmian lub maksymalnego zakresu takich zmian, nie przedstawił w tym zakresie żadnych konkretnych propozycji. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które przemawiałyby za pozbawieniem Zamawiającego takiego instrumentu kontroli nad sposobem realizacji usługi w zakresie rozdysponowania potencjału osobowego i puli dniówek przez wykonawcę. W ocenie Izby należy przyjąć założenie, że obie strony przyszłej umowy będą działały w dobrej wierze dla zrealizowania jej umówionego celu. Jednakże, aby ustalenie harmonogramu było w jak największym stopniu wynikiem konsensusu, Izba uznała za celowe przyznanie wykonawcy prawa do zgłoszenia umotywowanego sprzeciwu, który nie będzie miał wiążącego charakteru dla Zamawiającego. Takie rozwiązanie nie spowoduje paraliżu decyzyjnego, a jednocześnie umożliwi Zamawiającemu wzięcie pod uwagę uzasadnionych zastrzeżeń wykonawcy, umożliwiając skorygowanie ewentualnych błędów. Z kolei wykonawca, choć będzie musiał się podporządkować decyzji Zamawiającego, będzie miał możliwość udokumentowania jaki personel i w jakim wymiarze był jego zdaniem niezbędny do należytego wykonywania usługi na danym etapie jej realizacji, na wypadek, gdyby w przyszłości musiał wykazać, że nienależyte wykonanie usługi wynika z okoliczności, za które nie odpowiada.

2.

Izba uznała również za częściowo zasadny zarzut, że wynikający z § 10 ust. 12 wzoru umowy zakaz podejmowania przez część personelu wykonawcy jakichkolwiek dodatkowych zajęć bez zgody Zamawiającego, nie czyni zadość obowiązkowi uwzględnienia

wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba ustaliła, że zgodnie z brzmieniem § 10 ust. 12 wzoru umowy: *Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem innych Ekspertów, których planowany czas pracy nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.*

Izba zważyła, że art. 29 ust. 1 pzp obliguje Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i uwzględniający wszelkie uwarunkowania, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby Zamawiający nie dopełnił tego obowiązku, gdyż mógł powyższe ograniczenie sformułować w sposób bardziej precyzyjny, uwzględniając, że jest to istotny czynnik wpływający na kalkulację ceny oferty przez wykonawcę. Dla wyliczenia przez wykonawcę kosztu zaangażowania ekspertów niewątpliwie ma znaczenie, czy podczas zakładanego długiego okresu realizacji przedmiotowego zamówienia będą oni do dyspozycji Zamawiającego na wyłączność, czy też będą mogli wykonywać w tym czasie także inne zlecenia. Zamawiający temu nie zaprzeczał, natomiast powoływał się na to, że ma prawo zabezpieczyć dyspozycyjność ekspertów wykonawcy przy realizacji usługi, co jednak nie było kwestionowane przez Odwołującego i Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający sam podkreślał, że postanowienia umowy nie mają na celu wykluczenie podejmowania dodatkowych zajęć przez ekspertów zaangażowanych przy realizacji umowy na jego rzecz. W tych okolicznościach nie znajduje uzasadnienia zmuszanie przez Zamawiającego wykonawców do kalkulacji kosztu zatrudnienia ekspertów, bez sprecyzowania choćby katalogu negatywnego, czyli sytuacji, w których nie wyrazi zgody na podejmowanie przez ekspertów wykonawcy dodatkowych zajęć. Przykładowo Zamawiający winien rozważyć, czy w okresach zawieszenia realizacji usługi rzeczywiście jest mu potrzebna pełna dyspozycyjność personelu wykonawcy, za którą przecież będzie musiał odpowiednio więcej zapłacić. W takim zakresie Zamawiający może bez szkody dla swojego uzasadnionego interesu wyjść naprzeciw oczekiwaniu Odwołującego, aby zakaz podejmowania dodatkowych zajęć przez ekspertów bez zgody Zamawiającego nie obejmował całego okresu realizacji umowy, a ograniczał się do sytuacji, w których mogłoby to wpływać negatywnie na faktyczne świadczenie usługi.

3.

Izba uznała za zasadne zarzuty związane z terminem realizacji umowy: po pierwsze –

niedookreślenia terminu rozpoczęcia wykonywania zasadniczej usługi i maksymalnego terminu realizacji umowy (§ 3 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy), po drugie – niesprecyzowania sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do zawieszenia realizacji umowy, po trzecie – niesprecyzowania sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do zawieszenia lub rezygnacji z usługi wsparcia przy wyłonieniu wykonawcy robót.

Izba ustaliła uzupełniająco w stosunku do treści odwołania następujące brzmienie postanowień wzoru umowy z § 3.

§ 3 Termin realizacji Umowy

4. Czas realizacji umowy może być dłuższy lub krótszy od czasu wskazanego w ust. 3 i zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontraktu, o których mowa w ust. 1. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 – ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

5. Czas pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu, jest terminem szacunkowym. W przypadku korzystania z usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta, Konsultant jest zobowiązany zapewnić Personel odpowiedni do potrzeb określonych przez Zamawiającego.

6. W przypadku pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta może następować zawieszenie świadczenia Usługi (do 3 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą. Zawieszenie może następować także w przypadku wyłonienia nowego Wykonawcy lub nowych Wykonawców. Termin zawieszenia może ulec zmianie. Zawieszenie następuje w drodze pisemnego poinformowania Konsultanta przez Kierownika Projektu ze wskazaniem daty rozpoczęcia zawieszenia Usługi.

7. Data wznowienia realizacji Usługi po okresie zawieszenia, zostaje wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej w terminie 14 dni przed datą wznowienia realizacji Usługi, z zastrzeżeniem ust. 8.

8. Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia zmian w zakresie czasu pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta tj.:

1) rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta;

2) skrócenia lub przedłużenia okresu świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego

9. W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi wsparcia Zamawiającego, a także w sytuacji zawieszenia świadczenia Usługi, Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie ani roszczenie o dodatkowe płatności, a w szczególności zwrot kosztów lub odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści.

10. W przypadku wydłużenia lub skrócenia Usługi wsparcia Zamawiającego, Konsultant jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za okres rzeczywistego pełnienia Usługi, na zasadach określonych w Umowie.

Natomiast w § 40 Zawieszenie realizacji Umowy przez Zamawiającego:

1. Zamawiający jest uprawniony do zawieszania wykonania Usług w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne. Zawieszenie następuje na podstawie pisemnego powiadomienia otrzymanego przez Konsultanta, najpóźniej na 14 dni przed terminem zawieszenia.

2. Jeżeli okres zawieszenia przekracza 60 dni, to Konsultant może, zawiadamiając Kierownika Projektu, domagać się zezwolenia na wznowienie wykonania Usług, z wyjątkiem zawieszenia, o którym mowa § 3 ust. 6 Umowy.

3. W przypadku uzyskania zezwolenia, Konsultant jest zobowiązany do wznowienia wykonania Usług w terminie 7 dni.

4. W przypadku gdy Konsultant nie otrzyma zezwolenia na wznowienie wykonania Usług, Konsultant będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy.

Zdaniem Izby przyjęcie wyłącznie szacunkowego okresu realizacji umowy narusza art. 29 ust. 1 pzp. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem przyjętym w orzecznictwie, zarówno sądów powszechnych {np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 23 listopada 2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05}, jak i Izby {np. wyrok z 16 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/13, KIO 1353/12, dotyczący co prawda prawa opcji, ale negujący możliwość przerzucenia w całości ryzyka gospodarczego kontraktu na wykonawcę}, na Zamawiającym spoczywa obowiązek zagwarantowania wykonawcom pewności co do określonego minimalnego pułapu zamówienia, który pozwoli uczestnikom postępowania dokonać analizy kosztów, wymiennie wpływających na wysokość ceny. Ponieważ Zamawiającego obowiązuje art. 29 ust. 1 pzp, bezprzedmiotowe jest powoływanie się na to, że według art. 110 kc terminem jest zdarzenie przyszłe i pewne. W ocenie Izby również pozostała argumentacja z odpowiedzi na odwołanie, ma charakter zastępczy, gdyż możliwość zwiększenia czy waloryzacji wynagrodzenia w razie przedłużenia się realizacji umowy nie usuwają konieczności uczynienia zadość art. 29 ust. 1 pzp. Ponadto możliwość udzielenia wykonawcy-konsultantowi zamówień uzupełniających, przy zakładanym 57-miesięcznym terminie realizacji umowy, ma charakter czysto teoretyczny, gdyż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6) pzp będzie go można udzielić w ciągu 3 lat od zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. Wreszcie, wobec zastrzeżenia sobie przez Zamawiającego możliwości dowolnego skrócenia terminu realizacji zamówienia, nieadekwatne jest powoływanie się na to, że przez wskazanie szacunkowego terminu

realizacji zamówienia nastąpiło określenie minimalnego progu wartości zamówienia. Określenie przez Zamawiającego terminów realizacji umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 pzp oznacza bowiem konieczność jednoznacznego określenia minimalnego i maksymalnego okresu realizacji przedmiotu zamówienia, co dopiero pozwoli wykonawcom na kalkulację oferty adekwatnie do określonych przez Zamawiającego ram czasowych. Z uwagi na specyfikę usługi będącej przedmiotem zamówienia, Zamawiający winien również określić maksymalny termin, w którym rozpocznie się wykonywanie czynności związanych z nadzorem nad realizacją robót budowlanych i zarządzaniem tym kontraktem, gdyż ma to kluczowe znaczenie dla kalkulacji ceny oferty za ten zasadniczy element przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba uznała, że z uwagi na dyspozycję art. 29 ust. 1 pzp Zamawiający winien określić katalog okoliczności, których zaistnienie będzie go uprawniało do zawieszenia realizacji usługi, gdyż zaistnienie takich przestojuw w realizacji zamówienia stanowi istotne dla wykonawcy uwarunkowanie, skoro w tym czasie nie będzie otrzymywał wynagrodzenia. Z tego samego powodu Zamawiający powinien również określić katalog sytuacji, w których może zrezygnować w ogóle lub zawiesić korzystanie z usługi wsparcia wykonawcy-konsultanta przy wyłanianiu wykonawcy kontraktu na projektowanie i wykonanie robót budowlanych. Nawet jeżeli znaczenie czynności z tym związanych jest mniejsze niż czynności związanych z zasadniczym etapem realizacji zamówienia, pozostawanie w gotowości do jej świadczenia generuje po stronie wykonawcy określone koszty, chociażby związane z organizacją biura i zapewnieniem środka transportu dla Zamawiającego, gdyż ich zapewnienie jest wymagane *de facto* od podpisania umowy. We wszystkich tych przypadkach, nawet jeżeli uznać, że nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu sytuacji, jak najpełniejsze ich wyszczególnienie umożliwi wykonawcom adekwatne skalkulowanie ceny oferty, gdyż pozwoli się zorientować w jakich okolicznościach nie będą mogli liczyć na otrzymywanie wynagrodzenia, choć będą ponosić pewne koszty. Izba zważyła, że choć Zamawiający nie uznał zasadności tych zarzutów, *de facto* przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko prezentuje przykładowe okoliczności. W odniesieniu do zawieszenia umowy – niewykonywanie robót w okresie zimowym. W zakresie zawieszenia lub rezygnacji z usługi wsparcia – zbędność korzystania z niej z uwagi na wysoki stopień zaawansowania lub zakończenie procedury wyboru wykonawcy robót zanim zostanie wyłoniony wykonawca-konsultant.

Wobec uznania zasadności powyższych zarzutów, Izba uznała za nadmierne żądanie przyznania wykonawcy-konsultantowi zwrotu kosztów poniesionych w związku z rezygnacją przez Zamawiającego z usługi wsparcia. W ocenie Izby doprecyzowanie okoliczności

skutkujących taką rezygnacją w sposób wystarczający umożliwi wykonawcom odpowiednie skalkulowanie takiego ryzyka w ofercie.

4.

Spośród zarzutów dotyczących określenia we wzorze umowy wynagrodzenia wykonawcy: po pierwsze – wprowadzenia subiektywnych i niezdefiniowanych kryteriów oceny, że usługa została wykonana jedynie w standardzie podstawowym, a nie w podwyższonym, po drugie – niejednoznaczności tej oceny z uwagi na możliwy różny rozkład obowiązków wynikających z tzw. Metodyki w poszczególnych miesiącach realizacji usługi, po trzecie – ograniczenia prawa do otrzymania wynagrodzenia proporcjonalnego do rzeczywistego czasu świadczenia usługi doprecyzowania sytuacji powodujących, że wykonawca nie otrzyma pełnego wynagrodzenia za świadczone usługi, Izba uznała jedynie za zasadny częściowo pierwszy z tych zarzutów.

Izba ustaliła następujące brzmienie postanowień wzoru umowy, które zostały przywołane w odwołaniu {błędnie wskazując na § 10 ust. 4 zamiast § 4 ust. 4} lub mają znaczenie dla rozstrzygnięcia pierwszego z tych zarzutów.

§ 4 Wynagrodzenie

1. Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji ryczałtowych – po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Zamawiającego.

(...)

4. Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

1) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;

(...)

3) 50 % wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podstawowym – obliczone jako iloczyn kwoty ustalonej zgodnie z ust. 1 i współczynnika 0,5.

4) 0-50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podwyższonym – obliczone jako iloczyn kwoty ustalonej zgodnie z ust. 1 oraz współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:

$$W_k = (\Sigma P_j / \Sigma P_{jmax}) * 0,5$$

gdzie:

W_k - współczynnik wyliczony na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta

ΣP_j - Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta

ΣP_{jmax} - Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta.

(...)

§ 5 Ocena poziomu świadczenia usług

1. Kierownik Projektu dokona oceny jakości pracy Konsultanta, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego, poprzez wypełnienie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy, na podstawie wiedzy o Kontrakcie, obserwacji pracy Konsultanta oraz oceny efektów pracy Konsultanta. Kierownik Projektu jest zobowiązany dokonać oceny poprzez wypełnienie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta w terminie najpóźniej do 7 dnia od przekazania miesięcznego zestawienia czasu pracy Personelu Konsultanta (dniówek) wraz z listami obecności zawierającymi podpisy Personelu Konsultanta potwierdzające świadczenie Usług, zatwierdzone przez Inżyniera Kontraktu.

2. Karta Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta obejmuje obowiązki Konsultanta wynikające z Umowy oraz obowiązki Konsultanta opisane w – „Metodyce”.

3. Wypełniając Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, Kierownik Projektu może zakwestionować należyte wypełnianie przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy lub prawidłowość przyjętego sposobu wypełnienia obowiązków wynikających z Metodyki. Kierownik Projektu jest zobowiązany każdorazowo uzasadnić podjętą decyzję.

4. W przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Metodyki, Kierownik Projektu sporządza Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta poprzez naliczenie punktów: 0 albo 2 albo 4 za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu może przyznać maksymalnie 4 punkty, w przypadku gdy opisana czynność jest wykonana przez Konsultanta prawidłowo i bez zastrzeżeń.

5. W przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy, Kierownik Projektu sporządza Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta poprzez naliczenie punktów: 0 albo 1 albo 2 za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu może przyznać maksymalnie 2 punkty, w przypadku gdy opisana czynność jest wykonana przez Konsultanta prawidłowo i bez zastrzeżeń.

Z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający wprowadził system comiesięcznej oceny poziomu usług świadczonych przez wykonawcę, służący ustaleniu wysokości wynagrodzenia, która faktycznie zostanie wypłacona wykonawcy za dany miesiąc. Wykonawca zawsze może liczyć na otrzymanie połowy nominalnego wynagrodzenia, co określane jest mianem świadczenia usługi w standardzie podstawowym. Natomiast wypłata drugiej części wynagrodzenia, w tym jej wysokość, została uzależniona od rezultatów oceny przeprowadzanej przez kierownika projektu, której zasady określono w § 5 wzoru umowy. Ocenie podlega realizacja obowiązków dzielących się na dwie zasadnicze kategorie: po pierwsze – obowiązki określone jednakowo dla wszystkich wykonawców przez Zamawiającego {nieco myląco nazywane obowiązkami wynikającymi z umowy}; po drugie – obowiązki, których istnienie i kształt zależy od tzw. Metodyki przygotowywanej przez każdego wykonawcę samodzielnie, której jakość na etapie oceny ofert jest podstawą do przyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium o wadze 40%. Ocena poszczególnych obowiązków jest trzystopniowa {Odwołujący błędnie ustalił, że jest tak tylko w przypadku oceny obowiązków objętych Metodyką}, z tym, że za obowiązki tzw. umowne można otrzymać 0,1 albo 2 pkt, a za obowiązki z Metodyki 0, 2 albo 4 pkt, czyli te ostatnie mają większą wagę jednostkową przy łącznej sumarycznej ocenie wszystkich obowiązków. Opisowe znaczenie poszczególnych stopni oceny wynika z załącznika nr 2 do umowy – Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta {w skrócie nazywanej „KOJP”}, zawierającego przede wszystkim tabelaryczne zestawienie obowiązków z umowy, zarówno tych zdefiniowanych ostatecznie, jak i tych, które zostaną przeniesione z metodyki wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowy. 0 pkt to niewykonanie obowiązku, maksymalna liczba punktów oznacza wykonanie zgodnie z umową lub Metodyką, a połowa punktów ma być przyznawane za wykonanie w stopniu mało zadowalającym.

O niedopuszczalnym subiektywizmie oceny dokonywanej przez kierownika projektu ma według Odwołującego świadczyć fakt, że w szeregu przypadków nie odnosi się ona do okoliczności mających charakter obiektywny i sprawdzalny, przy czym konkretnie w odwołaniu wskazano na sformułowania użyte w pkt 14 i 19 karty, a niezależnie od tego na to, że przy ocenie poziomu realizacji obowiązków z Metodyki 2 pkt przydzielane są za wykonanie ich w stopniu mało zadowalającym. W ocenie Izby powyższe okoliczności nie wskazują na naruszenie ani art. 29 ust. 1 czy ust. 2 pzp. Pełne brzmienie pkt 14 lit. d karty {*Obowiązek akceptowania Programu dla każdego z Kontraktów ze zwróceniem szczególnej uwagi na poniższe: (...) d) czy Wykonawcy przewidują rozsądne zapasy czasu ze względu na ograniczenia możliwości prowadzenia robót wynikające z ST (np. prowadzenie robót w niskich temperaturach)*}, ukazuje oczywistą bezzasadność zarzutu

opartego na wyrwaniu z kontekstu zacytowanych w odwołaniu sformułowań, przewidujących ocenę wykonania obowiązku opisanego w § 17 pkt 3 lit. d umowy. Podobnie, skoro jednym z obowiązków wykonawcy-konsultanta {opisanym w § 17 pkt 14 umowy} jest analizowanie wprowadzania zmian do umowy z wykonawcą robót m.in. pod kątem ich zgodności z ustawą pzp, nie wiadomo dlaczego ocenianie jego realizacji przez Zamawiającego miałyby być niedopuszczalne {pkt 19 lit. b KOJP}, gdyż w odwołaniu wskazano jedynie na subiektywne wątpliwości Odwołującego co do kompetencji kierownika projektu w tym zakresie. Z kolei pomimo zastrzeżeń Odwołującego co do przydzielania 2 pkt za wykonanie obowiązków objętych Metodyką w stopniu mało zadowalającym, Izba uznała, że utrzymanie trzystopniowego poziomu oceny będzie dla wykonawcy zamówienia korzystniejsze, niż zastąpienie go systemem dwustopniowym, bez tej pośredniej oceny. Ponadto zdaniem Izby trudno uznać za niekorzystny dla wykonawcy zamówienia system, w którym nawet przy nienależytym wykonywaniu wszystkich szczegółowych obowiązków {wszak 0 pkt oznacza „nie wykonano”}, nadal należy się połowa wynagrodzenia, a jeżeli realizacja tych obowiązków będzie średnio mało zadowalająca, otrzyma jeszcze więcej.

Zarzucana arbitralność oceny dokonywanej przez kierownika projektu została w odwołaniu wywiedziona z faktu braku mechanizmów, które pozwalałyby wykonawcy na jej weryfikację i kwestionowanie. W tym zakresie Izba stwierdziła, że choć kierownik projektu ma obowiązek każdorazowo uzasadnić przyznaną ocenę wykonania poszczególnych obowiązków, wykonawca powinien mieć możliwość odwołania się od niej, przy czym określenie szczegółowych zasad w tym zakresie należy do Zamawiającego.

Jednakże Izba uznała, że wywiedziony przy tej okazji dodatkowy zarzut zachwiania równowagi pomiędzy stronami, który miałby powodować nieważność z mocy art. 58 § 2 kc postanowień umowy dotyczących systemu wypłaty części wynagrodzenia w zależności od oceny jakości pracy wykonawcy, jest zupełnie nieprzekonujący, a powołanie się na naruszenie zasad współżycia społecznego jest nieadekwatne w kontekście przedstawionych w odwołaniu okoliczności.

Izba stwierdziła, że wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut niejednoznaczności postanowień wzoru umowy z uwagi na możliwy różny rozkład obowiązków wynikających z tzw. Metodyki w poszczególnych miesiącach realizacji usługi jest niezasadny, gdyż pomija istnienie objaśnień zamieszczonymi pod tabelą w KOJP { ΣP_{jmax} - Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta jest sumą punktów jakie Konsultant może otrzymać za działania, które, w oparciu o uwarunkowania określone w Umowie i Metodyce, powinny być wykonane w bieżącym okresie rozliczeniowym. Jeżeli w

Metodyce Konsultant wykazał, że dane zobowiązanie będzie zgodne z OPZ i konsekwencji tego na etapie postępowania na udzielenie zamówienia publicznego otrzymał w danym podkryterium 0 punktów wtedy wiersz w KOJP odpowiadający danemu podkryterium nie będzie brany pod uwagę przy obliczaniu $[\Sigma P_{jmax}]$ W poszczególnych okresach rozliczeniowych może być odpowiednia różna ilość zobowiązań referencyjnych.} W ocenie Izby z tych objaśnień i wzoru określonego w § 5 umowy wynika, że w poszczególnych okresach rozliczeniowych liczba obowiązków podlegających ocenie jest różna, gdyż zależy od rodzaju obowiązków, które według umowy i Metodyki powinny być realizowane w danym okresie.

W zakresie ostatniego zarzutu Izba ustaliła następujące brzmienie postanowień umowy:

§ 27 Godziny pracy

(...)

2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:

- 1) jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie, z zastrzeżeniem § 4 ust. 4;*
- 2) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie z zastrzeżeniem § 4 ust. 4.*

Izba uznała, że powyższe postanowienia s.i.w.z. nie naruszają art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, gdyż są jednoznaczne i wyczerpujące, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że ustanowienie takich zasad prowadzi do nierównego traktowania wykonawców czy niezachowania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Uregulowania § 27 ust. 2 wzoru umowy są zrozumiałe, takie same dla wszystkich i każdy z wykonawców może i powinien wziąć je pod uwagę przy kalkulacji swojej oferty. Oczywiście bezzasadny jest alternatywnie wywiedziony w uzasadnieniu odwołania zarzut jakoby wprowadzenie powyższych zasad oznacza nieodpłatność wykonywania zamówienia, czy też prowadzi do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, z tego względu – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

Sygn. akt KIO 2949/13

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: