

Sygn. akt: KIO/UZP 305/09

WYROK
z dnia 27 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia 20 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 574 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,**

ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., al. Niepodległości 58, 02-626 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

W dniu 6.02.2009 r. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Nadzór i zarządzanie dla zadania pn: Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 na odcinku linii E 65, CMK, Grodzisk Mazowiecki-Zawiercie” i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 2 169 200 PLN, co stanowi równowartość 559 490,34 euro.

W dniu 20.02.2009 r. Jacobs Polska Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58 (zwana dalej Odwołującym) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2.03.2009 r. poprzez jego częściowe oddalenie. Odwołujący w dniu 12.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucał w proteście Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, naruszenie art. 353¹ i art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 25 Prawa budowlanego, przez poniżej opisane czynności:

1. Zamawiający w § 1 ust. 4-6 oraz ust. 8 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) określił zasady wypłaty wynagrodzenia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, zasady współzycia społecznego oraz prawo budowlane.

Zamawiający mianowicie uzależnił płatności dla Inżyniera od ilości robót wykonanych przez nadzorowanych przez Inżyniera wykonawców, w rezultacie czego wynagrodzenia Inżyniera

nie jest uzależnione od wykonanej przez niego pracy, lecz od prac od niego niezależnych, tj. realizowanych przez wykonawców nadzorowanych prac projektowych i robót budowlanych. Inżynier nie ma wpływu w szczególności na termin zakontraktowania tych prac, ewentualne zmiany wykonawców, przestoje, odstąpienia od umowy, wzajemne roszczenia Zamawiającego i Wykonawców robót, etc.

Ponadto Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż przy realizacji tego typu kontraktu (zaprojektuj i zbuduj) na sterowanie ruchem kolejowym okres potrzebny na prace przedprojektowe i ich zatwierdzenie przez Zamawiającego wynosi około 8-10 miesięcy. Wobec tego Inżynier przy obecnym systemie wynagrodzeń nie otrzyma przez ten okres wynagrodzenia.

2. W § 1 ust. 7 IPU wprowadzono zapis, iż w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowo-finansowego danej umowy na roboty budowlane wynagrodzenie Inżyniera zostanie proporcjonalnie zmienione. Nie wprowadzono żadnych okoliczności doprecyzowujących. Powyższy zapis zatem również świadczy o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający będzie mógł w dowolny sposób ograniczyć kontrakt na roboty budowlane o 10, 20, 40% i obniżyć to wynagrodzenie Inżyniera. Powyższy zapis jest niedopuszczalny w świetle zasad współżycia społecznego. Uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie ofert. Ograniczenie bowiem zakresu rzeczowego robót budowlanych (np. skrócenie o 10 kilometrów) nie zmienia zasadniczo zaangażowania Inżyniera. Nie powoduje ograniczenia wymaganego umową zatrudnienia, rezygnacji z zaplecza, etc. Powyższy zapis narusza art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji art. 7 Prawa zamówień publicznych

Odwołujący żądał usunięcia powyższego zapisu.

3. W § 9 IPU Zamawiający przewidział kary umowne obciążające tylko jedną ze stron, tj. wykonawcę, co narusza art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych.

4. W opisie przedmiotu zamówienia w pkt 4.2.2 ppkt 31) i 33) Zamawiający przerzuca na Inżyniera zadania w postaci reprezentacji przed sądami, urzędami, organami windykacyjnymi. W konsekwencji Zamawiający nakłada na wykonawcę nieskonkretyzowane i niedoprecyzowane obowiązki, które w zależności od charakteru sprawy, roszczenia etc. powinny być przedmiotem odrębnych umów. Łączenie z usługą zarządzania i nadzoru budowlanego usług zastępstwa prawnego stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez niedozwolone łączenie różnych przedmiotów zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że ten „dodatkowy” zakres prac nie wpływa bezpośrednio na zaawansowanie prac, wobec czego Inżynierowi nie będzie przysługiwało żadne wynagrodzenie za te działania.

5. W opisie przedmiotu zamówienia w pkt 4.2.2 ppkt 8) Zamawiający wymaga od Wykonawców zapewnienia w trakcie wykonania robót związanych z Projektem zachowania należytego poziomu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników wykonawców robót. Wpisywanie takich zapisów stanowi naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 k.c, oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący żądał nakazania usunięcia zakwestionowanych postanowień SIWZ oraz powtórzenia czynności przygotowania SIWZ w obszarach wskazanych w uzasadnieniu.

Zamawiający w rozstrzygnięciu odwołania, oddalając powyższe zarzuty, wskazał, co następuje:

1. Odnośnie zarzutu dotyczącego § 1 ust. 4-6 oraz ust. 8 projektu umowy, Zamawiający wskazał, iż ma prawo ukształtować umowę o zamówienie publiczne albo jako umowę starannego działania (zlecenia) lub jako umowę rezultatu (o dzieło). Jest również uprawniony do ustalenia umowy zawierającej elementy obu tych rozwiązań (mieszana). Uzależnianie wysokości wynagrodzenia Inżyniera od postępu prac nie stanowi zatem wbrew twierdzeniom Wykonawcy naruszenia granic zawierania umów określonych w art. 353¹ i art. 354 Kodeksu cywilnego.

2. Odnośnie zarzutu uniemożliwienia Wykonawcom dokonania rzetelnej wyceny, co stanowi naruszenie art. 32 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ każdy z potencjalnych Wykonawców inaczej będzie interpretował zagrożenia i ryzyka płynące z tego zapisu. Zamawiający stwierdził, że zarówno warunki wynagrodzenia, jak i też płatności dla Inżyniera, a także czas trwania umowy, zostały w sposób jasny i zrozumiały określone w treści Istotnych Postanowień Umowy. Wykonawca zgodnie z pkt. 12.2 SIWZ musi w swojej ofercie cenowej uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ, a także obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego zauważa, iż właśnie Wykonawca przystępujący do postępowania winien uznać, czy spełni warunki postawione w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, a w szczególności, czy znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Odnosząc się natomiast do zarzutu, że w § 1 ust. 7 IPU wprowadzono zapis, iż w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowo-finansowego danej umowy na roboty budowlane wynagrodzenie Inżyniera zostanie proporcjonalnie zmienione, Zamawiający wskazał, iż w trakcie realizacji zamówienia część usług może zostać niewykonana, a co za tym idzie Zamawiający zabezpiecza się na tę okoliczność. Zamawiający przewidział proporcjonalne zmniejszenie wynagrodzenia dla Wykonawcy - przy czym powiązał to w sposób

jednoznaczny z zakresem (wartością) zaniechanych robót budowlanych. Takie określenie sposobu rozliczenia jest wystarczające dla określenia ryzyka wykonawcy.

4. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nadmiernych kar umownych dla wykonawcy, Zamawiający wskazał, że uszczegółowienie obowiązków jednej ze stron umowy nie świadczy o jej nierównym traktowaniu. Zamawiający podniósł, że sytuacja prawna stron umowy ukształtowana przez ustawę jest różna - Wykonawca nie może bowiem żądać od Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie został też na niego nałożony obowiązek dbałości o wydatkowanie środków publicznych.

5. Odnosząc się do podniesionego w proteście zarzutu, iż w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 4.2.2 ppkt 31) i 33) Zamawiający przerzuca na Inżyniera zadania obciążające go w postaci reprezentacji przed sądami, urzędami, organami windykacyjnymi, z uwagi na to, że przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia pomocy prawnej Zamawiający uwzględnił protest i zmodyfikował specyfikację w ten sposób, że w pkt 4.2.2 ppkt 31) wykreślił wyrazy „Reprezentowanie Zamawiającego w ewentualnych procesach celem obrony jego interesów”, natomiast w pozostałym zakresie oddalił zarzut. Zamawiający wskazał, iż jednym z obowiązków Wykonawcy jest współdziałanie z Zamawiającym w ewentualnym dochodzeniu i egzekwowaniu od wykonawcy kar umownych lub odszkodowań za nienależyte lub nieterminowe wykonanie zobowiązań umownych oraz reprezentowanie Zamawiającego wobec władz urzędów i uczestników Projektu. Powyższe niezbędne jest dla dokonania obowiązujących Zamawiającego uzgodnień i dopilnowanie uzyskania właściwych uzgodnień przez innych partnerów procesu inwestycyjnego. Wobec tak sformułowanego zakresu zamówienia, Wykonawca winien oszacować w cenie oferty taką pomoc dla Zamawiającego. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy rzetelnej wiedzy i umiejętności w zakresie przedmiotu zamówienia, a właśnie pomoc w tym zakresie będzie niezbędna Zamawiającemu.

6. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zachowania należytego poziomu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników wykonawców robót, Zamawiający wskazał, iż pkt 4.2.2 Opisu przedmiotu zamówienia stanowi, że "Obowiązki i odpowiedzialność Inżyniera w okresie projektowo-budowlanym obejmują nadzór i koordynację realizacji umowy na projektowanie i roboty budowlane, zgodnie z Warunkami Kontraktu FIDIC i polskim Prawem budowlanym", a zatem ze specyfikacji w sposób jednoznaczny wynika, że Wykonawca obowiązany będzie do zapewniania w trakcie wykonania robót związanych z Projektem zachowania należytego poziomu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników wykonawców robót. Zamawiający wskazał, iż obowiązek ten wykonywany będzie jedynie w zakresie, w jakim Wykonawca będzie wykonywał nadzór i koordynację realizacji umowy na projektowanie i roboty budowlane, zgodnie z Warunkami Kontraktu FIDIC i Prawem budowlanym.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ postanowienia SIWZ opisujące przedmiot zamówienia oraz – w ocenie Odwołującego - niejednoznaczne bądź naruszające równość stron postanowienia przyszłej umowy (w tym postanowienia dotyczące sposobu płatności wynagrodzenia) mają wpływ na zakres przyszłego świadczenia, a zgodnie z art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W konsekwencji w razie potwierdzenia się zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, może dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (przez brak podstaw do jednakowej wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawców, w związku z nieprzewidywalnym, jak wskazuje Odwołujący, ryzykiem, związanym z terminami i wysokością należnego mu wynagrodzenia), określonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a także do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wskazuje, że podnoszone przez Odwołującego naruszenie art. 25 Prawa budowlanego nie może być samodzielną podstawą wniesienia środków ochrony prawnej, bowiem przysługują one wykonawcy, o ile Zamawiający naruszy przepisy Prawa zamówień publicznych (art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Skład orzekający natomiast rozpatrywał zarzuty naruszenia art. 353¹ i art. 354 Kodeksu cywilnego, ze względu na odesłanie w Prawa zamówień publicznych do przepisów prawa cywilnego materialnego (art. 14 Prawa zamówień publicznych), a ponadto wskazywane naruszenia tych przepisów pozostawały w związku z podnoszonymi przez Odwołującego naruszeniami przepisów Prawa zamówień publicznych (tj. w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych).

Izba badając zarzuty podnoszone we wniesionym odwołaniu, nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez Zamawiającego (porozumienia wykonawczego z dn. 4 maja 2006 r., umowy z 29 stycznia 2009 r. i z dn. 26 sierpnia 2008 r.), bowiem nie miały one w ocenie składu orzekającego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Sam Zamawiający wskazał, że umowa o finansowanie jest „przykładowa”, a ogólne warunki finansowania i rozliczania inwestycji są powszechnie znane. Nie miały również znaczenia dla rozstrzygnięcia umowy złożone przez Zamawiającego, które potwierdzać miały praktykę stosowania (właśnie takiego, jak w projekcie umowy w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie), mechanizmu ustalania wynagrodzenia, bowiem Izba nie ocenia „praktyki” Zamawiającego, a wyłącznie czynności podjęte przez niego w danym postępowaniu i ich wpływ na interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Rozstrzygnięcie Izba oparła na analizie dokumentacji postępowania oraz stanowisk Stron wyrażonych pisemnie i na rozprawie. Skład orzekający uznał również, ze względu na specyfikę postępowania, w którym wniesiono odwołanie (umowa z inżynierem kontraktu jest ściśle związana z umową z wykonawcą robót) za mające znaczenie dla rozstrzygnięcia zapoznanie się z dokumentacją postępowania prowadzonego równoległe przez Zamawiającego na wykonawcę robót, które nadzorował będzie inżynier kontraktu. Dokumentacja ta jest dostępna na stronie internetowej Zamawiającego, dla celów dokumentacji postępowania odwoławczego wydruk dokumentów, które opisano w uzasadnieniu, dołączono do akt sprawy.

I. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji art. 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 25 Prawa budowlanego przez sposób określenia wypłaty wynagrodzenia w Istotnych Postanowieniach Umowy (IPU).

Mianowicie Zamawiający w § 1 ust. 4-6 oraz ust. 8 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) określił zasady wypłaty wynagrodzenia - w ocenie Odwołującego - w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, zasady współzycia społecznego oraz prawo budowlane poprzez uzależnienie płatności dla inżyniera kontraktu od ilości robót wykonanych przez nadzorowanych przez Inżyniera wykonawców, w rezultacie czego wynagrodzenia Inżyniera nie jest uzależnione od wykonanej przez niego pracy, lecz od prac od niego niezależnych, tj. realizowanych przez wykonawcę robót budowlanych. Inżynier nie ma wpływu w szczególności – jak wskazano w proteście - na termin zakontraktowania tych prac, ewentualne zmiany wykonawców, przestoje, odstąpienia od umowy, wzajemne roszczenia Zamawiającego i Wykonawców robót, etc. Ponadto Odwołujący w odwołaniu rozwinął argumentację w odniesieniu do stwierdzenia, że wynagrodzenie inżyniera kontraktu będzie uzależnione od zakontraktowania prac z wykonawcą robót, wskazując, iż przy realizacji tego typu kontraktu (zaprojektuj i zbuduj) na sterowanie ruchem kolejowym okres potrzebny na prace przedprojektowe i ich zatwierdzenie przez Zamawiającego wynosi około 8-10 miesięcy. Wobec tego Inżynier przy obecnym systemie wynagrodzeń nie otrzyma przez ten okres wynagrodzenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający uregulował wynagrodzenie i warunki płatności inżyniera kontraktu w § 1 IPU.

Z tak ukształtowanego wynagrodzenia wynika, iż:

1. Wynagrodzenie inżyniera kontraktu jest wynagrodzeniem ryczałtowym, które może ulec zmniejszeniu proporcjonalnie do zmniejszenia „wartości inwestycji” - przez to pojęcie w dalszej części uzasadnienia rozumie się całkowitą wartość wykonywanych prac przez

wykonawcę robót. Mimo, że w IPU jest *expressis verbis* mowa o „wartości netto faktur za roboty budowlane”, w pełni uprawnione jest przyjęcie, że intencją Zamawiającego było zaliczenie do faktur wykonawcy robót wszelkich faktur, które będą przez niego wystawiane: wykonawca robót budowlanych będzie miał również za zadanie zaprojektowanie robót budowlanych przewidzianych do wykonania. Takie stanowisko wynika z § 1 ust. 1 IPU, w którym Zamawiający podzielił wynagrodzenie inżyniera na dwie części: pierwsza część należna za pełnienie nadzoru inwestorskiego w okresie „realizacji robót budowlanych” - przez co Zamawiający rozumie „zaprojektowanie i wybudowanie z przekazaniem do eksploatacji systemu ETCS”, druga – za nadzór w okresie gwarancji.

W świetle powyższego obawa Odwołującego, że pierwszą fakturę będzie mógł wystawić dopiero po 18 miesiącach - po zrealizowaniu przez wykonawcę robót pierwszego etapu „robót budowlanych”(w ścisłym znaczeniu) jest bezpodstawna.

2. Zamawiający określił częstotliwość wystawiania faktur przez inżyniera kontraktu jako cykl trzymiesięczny (§ 1 ust. 4 IPU), faktury będą wystawiane w ostatnim dniu lutego, maja, sierpnia i listopada; wystawienie pierwszej faktury nastąpi, jak wyraźnie napisano, w pierwszym z wymienionych wyżej miesięcy, który nastąpi po dniu podpisania „umowy”. Płatności w umowie z wykonawcą przewidziane są miesięcznie (subklauzula 8.3 projektu umowy z wykonawcą), a jak wynika z opisu pod wzorem zamieszczonym w ust. 5, inżynier kontraktu będzie sumował kwartalnie wartość faktur wykonawcy robót, i suma ta będzie podstawą ustalania wynagrodzenia inżyniera kontraktu.

Jedyna wątpliwość – jednak o poważnym charakterze – wynika z początkowego określenia terminu, w jakim ma nastąpić wystawienie pierwszej faktury.

Zamawiający w ust. 4 użył słowa „umowa” pisanego małą literą, co może wskazywać na to, że wystawienie pierwszej faktury przez inżyniera kontraktu jest uzależnione nie od podpisania umowy właśnie przez niego (o umowie z inżynierem kontraktu w IPU mówi się „niniejsza Umowa”), ale od podpisania umowy z wykonawcą robót. Na taką interpretację jednoznacznie wskazuje uzależnienie wypłaty wynagrodzenia inżyniera od wypłaty wynagrodzenia wykonawcy robót w § 1 ust. 5 IPU – bowiem dopiero po zawarciu umowy z wykonawcą robót wykona on pierwsze prace, za które wystawi fakturę.

3. Zamawiający dokładnie określił sposób obliczania wynagrodzenia wynikającego z faktur częściowych – upraszczając, wynagrodzenie płatne inżynierowi kontraktu kwartalnie tak się ma do całości jego wynagrodzenia, jak kwartalne wynagrodzenie wykonawcy robót do wartości inwestycji (przykładowo, jeżeli wykonawca robót zafakturuje 10% wartości

inwestycji, to wynagrodzenie inżyniera kontraktu za dany kwartał będzie się równało 10% wartości całkowitego wynagrodzenia inżyniera).

Odwołujący w istocie zakwestionował trzy aspekty tak opisanego mechanizmu wypłaty wynagrodzenia inżynierowi kontraktu:

- 1) uzależnienie wypłaty i wysokości wynagrodzenia inżyniera od wypłaty i wysokości wynagrodzenia wykonawcy robót,
- 2) brak systematyczności wypłaty wynagrodzenia; Odwołujący proponuje wypłatę wynagrodzenia systematycznie – z podziałem na okresy miesięczne lub kwartalne,
- 3) uzależnienie wypłaty wynagrodzenia inżyniera od czynników od niego niezależnych, m.in. od terminu zakontraktowania prac (strona 2 protestu, pierwszy akapit).

Izba uznała, że nie można Odwołującemu przyznać racji w odniesieniu do dwóch pierwszych powyżej opisanych zagadnień.

Ścisłe powiązanie wynagrodzenia inżyniera kontraktu od wynagrodzenia wykonawcy robót wynika ze specyfiki umowy z inżynierem, i skład orzekający Izby uznaje je za dopuszczalne co do zasady. Propozycja Odwołującego systematycznego wypłacania wynagrodzenia inżynierowi jest niezrozumiała na tle postanowień umowy, które wprost przewidują wypłatę wynagrodzenia kwartalnie, czyli zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Jednak z punktu widzenia oceny ryzyka, którego poziom należy określić, wyceniając ofertę, Izba uznała za niedopuszczalne uzależnienie wypłaty wynagrodzenia inżynierowi kontraktu od zawarcia kontraktu z wykonawcą robót, w tym sensie że wynagrodzenie inżynierowi kontraktu może w ogóle nie zostać wypłacone.

Zgodnie z pkt. 5.2.1 opisu przedmiotu zamówienia (uwaga I, strona 18), personel inżyniera kontraktu ma pozostawać w dyspozycji Zamawiającego od momentu zawarcia umowy z inżynierem. W tym samym akapicie Zamawiający dopuszcza sytuację, w której umowa z wykonawcą robót zostanie zawarta dopiero po zawarciu umowy z inżynierem (od tego momentu wymaga pełnej dyspozycyjności). Zatem od momentu podpisania umowy z inżynierem, inżynier będzie świadczył Zamawiającemu świadczenie – a mianowicie będzie zobowiązany utrzymywać swój personel „w gotowości”. Tymczasem zawarcie umowy z wykonawcą robót może się opóźnić bądź w skrajnym przypadku, może do niego w ogóle nie dojść. W takiej sytuacji rzeczywiście inżynier kontraktu jest zagrożony ewentualnością, że wynagrodzenie zostanie mu wypłacone z opóźnieniem, bądź nie zostanie wypłacone wcale. Skład orzekający Izby ocenił, że takie skonstruowanie umowy może skutkować naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający powinien w projekcie umowy przewidzieć taką ewentualność i zapobiec niebezpieczeństwu pozostawiania inżyniera kontraktu bez wynagrodzenia ekwiwalentnego za okres do czasu

podpisania umowy z wykonawcą robót, w konsekwencji **w tym zakresie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Istotnych Postanowień Umowy stanowiących załącznik do SIWZ.**

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby w razie ziszczenia się warunku (zawarcia umowy z wykonawcą i wystawienia przez niego faktury) stosować mechanizm wypłaty wynagrodzenia inżynierowi kontraktu w sposób przewidziany przez Zamawiającego.

II. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez wprowadzenie w § 1 ust. 7 IPU postanowienia, iż w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowo-finansowego wykonawcy robót wynagrodzenie inżyniera kontraktu zostanie proporcjonalnie zmienione, przy czym nie wprowadzono żadnych okoliczności doprecyzowujących.

Skład orzekający nie przychylił się do stanowiska Odwołującego, i zarzut ten oddalił. Rzeczywiście, może się zdarzyć, że wynagrodzenie inżyniera kontraktu zostanie obniżone – i będzie wynikało to nie z przyczyn od niego zależnych, a od zakresu wykonywanego przez wykonawcę robót. Jednak uzależnione wynagrodzenia inżyniera kontraktu od wynagrodzenia wykonawcy robót jest konsekwencją specyfiki kontraktu. Niewątpliwie, pogląd Odwołującego prezentowany na rozprawie, iż w razie zmniejszenia zakresu robót nie zmniejszy się zakres obowiązków inżyniera kontraktu, a nawet bardziej prawdopodobne jest, że ulegnie zwiększeniu, jest bezdyskusyjny (bowiem w takim wypadku zaistnieje potrzeba powtórnego sporządzenia dokumentacji rozliczeniowej na zmniejszony zakres inwestycji). Jednak w ocenie składu orzekającego w przypadku umowy tego rodzaju nie można tego ryzyka w żaden sposób zminimalizować. Słuszną decyzją Zamawiającego było uzależnienie wynagrodzenia inżyniera kontraktu od wynagrodzenia wykonawcy robót – wynagrodzenie to nie mogło mieć charakteru „absolutnego ryczału” (wynagrodzenie inżyniera kontraktu byłoby płatne w całości niezależnie od zrealizowania inwestycji), ponieważ w skrajnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, że umowa z wykonawcą robót w ogóle nie zostanie zawarta, czy przedmiot umowy na wykonanie robót nie zostałby w całości bądź w dużej części zrealizowany, a Zamawiający nawet w takim wypadku byłby zobowiązany do zapłaty inżynierowi kontraktu pełnej kwoty wynagrodzenia.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Taki sposób ukształtowania wynagrodzenia, jak w IPU nie może wskazywać na fakt, że wartość zamówienia nie została oszacowana prawidłowo, bowiem nie może

obejmować ewentualnego zmniejszenia wynagrodzenia na skutek przyszłych niesprzyjających okoliczności.

III. Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych przez wprowadzenie w § 9 IPU kar umownych obciążających tylko jedną ze stron umowy, a mianowicie inżyniera kontraktu. Skład orzekający, po analizie postanowień projektu umowy stwierdził, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W wypadku kar umownych nie zawsze możliwa jest „symetryczność”, bowiem różnie są rozłożone obowiązki między stronami – inżynier kontraktu będzie zobowiązany do szeregu świadczeń, dochowania terminów istotnych dla Zamawiającego z punktu finansowania całości zamówienia, współdziałania z Zamawiającym, zachowania poufności przekazywanych mu informacji – a Zamawiający jedynie jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia i ogólnie pojętego współdziałania z inżynierem kontraktu. Stąd nierównomierne obciążenie karami umownymi.

Zamawiający, określając wysokość kar umownych, równocześnie określił ich limit (nie mogą przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego). Zresztą Odwołujący nie kwestionował wysokości procentowej kar umownych, a jedynie – oprócz ich niesymetryczności – uzależnienie od całości wartości kontraktu. W ocenie składu orzekającego, takie działanie Zamawiającego nie jest sprzeczne z obowiązującą praktyką, która co prawda dopuszcza również inny sposób ustalenia kar umownych (uzależnienie kar umownych od procentu części wynagrodzenia), jednak Izba nie znalazła podstawy w przepisach Prawa zamówień publicznych, aby nakazać Zamawiającemu wybór tego drugiego sposobu naliczania kar umownych. Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków dyscyplinujących inżyniera kontraktu, bowiem niewykonywanie przez niego umowy w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego (których granice określają właśnie kary umowne) może skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami, nie tylko zagrożeniem realizacji całości inwestycji (Zamawiający wskazywał na rozprawie, czego Odwołujący nie zakwestionował, że dotacje na finansowanie zamówienia będą uzależnione od raportów inżyniera kontraktu), ale również roszczeniami osób trzecich (operatorów kolejowych). Ponadto należy zwrócić uwagę, że wszystkie kary umowne przewidziane w projekcie umowy, do których zapłaty zobowiązany może być ewentualnie inżynier kontraktu, są uzależnione od okoliczności, które zależą wyłącznie od inżyniera, a nie od przyczyn niezależnych od niego i co do zasady dotyczą najistotniejszych elementów realizacji umowy na całość inwestycji (przekazywania raportów, poufności, zatwierdzania faktur wykonawcy robót).

IV. Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych przez ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia pkt 31 i 33, które dotyczą: współdziałania z Zamawiającym w ewentualnym dochodzeniu i egzekwowaniu od wykonawcy robót kar umownych lub odszkodowań (pkt 31) oraz reprezentowanie Zamawiającego „dla dokonania obowiązujących Zamawiającego uzgodnień i dopilnowanie uzyskania właściwych uzgodnień przez innych partnerów” (pkt 33).

Skład orzekający Izby uznał, że współdziałanie inżyniera kontraktu w zakresie wyegzekwowania ewentualnych należności od wykonawcy robót mieści się w zakresie przedmiotu zamówienia, który może wykonywać inżynier kontraktu. Taki obowiązek może wystąpić podczas realizacji umowy, jednak może w ogóle nie zaistnieć (nie będzie potrzeby kierowania roszczeń przez Zamawiającego przeciwko wykonawcy robót). Nie ma powodów, aby te czynności wyłączać do odrębnego zamówienia, obowiązki te ściśle wynikają z funkcji, jakie pełni inżynier kontraktu przy realizacji inwestycji.

Zamawiający, uwzględniając protest wykreślił z pkt. 31 zdanie, które włączało do obowiązków inżyniera kontraktu reprezentowanie przed sądami. Rzeczywiście, zastępstwo procesowe odbiega od zwyczajowo przyjętego zakresu obowiązków inżyniera kontraktu i może stanowić przedmiot zamówienia wydzielony do osobnego postępowania. Odwołujący mimo uwzględnienia protestu w tym zakresie, obawia się, że i tak te obowiązki będzie sprawował w związku z punktem 33 opisu przedmiotu zamówienia, który według niego mówi o reprezentacji „przed władzami” a sądy, jak wskazuje w odwołaniu, należą do władzy sądowniczej.

Jednak skład orzekający Izby, analizując pkt 33 opisu przedmiotu zamówienia, stwierdził, że reprezentacja Zamawiającego „przed władzami urzędów, i uczestników projektu” odnosi się wyłącznie do uzyskania odpowiednich uzgodnień. W tym miejscu SIWZ nie precyzuje, o jakie uzgodnienia chodzi, lecz z pewnością nie może być to reprezentacja w zakresie sądowego rozwiązywania sporów z wykonawcą robót. W kontekście przedmiotu zamówienia jedyne uzgodnienia, do uzyskiwania których zobowiązany będzie inżynier kontraktu, to uzgodnienia wynikające z przepisów prawa budowlanego, bądź z nimi związane (w rodzaju uzgodnień międzybranżowych, przeciwpożarowych itp.)

Odnosząc się do argumentów Odwołującego, podnoszonych w odwołaniu, iż nakłada się na niego obowiązki, których konsekwencją nie będzie postęp w zaawansowaniu prac, skład orzekający Izby stwierdził, że po pierwsze, w odniesieniu do uzyskania niezbędnych uzgodnień działania inżyniera kontraktu mają niewątpliwy wpływ na postęp prac, po drugie - zależność ta (wpływ działań inżyniera na postęp prac) nie musi mieć charakteru bezwzględnego – wręcz prawdopodobne jest, że konieczność kwestionowanego „współdziałania” z Zamawiającym może, jeżeli w ogóle nastąpi, zaistnieć dopiero w okresie gwarancji, a więc już po wykonaniu prac budowlanych.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutów podnoszonych w powyższym zakresie przez Odwołującego.

V. Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 354 Kodeksu cywilnego oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych, przez ujęcie w opisie zamówienia pkt 4.2.2. ppkt 8 obowiązku „zapewnienia (...) zachowania należytego poziomu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników wykonawcy robót i własnego personelu, zgodnie z przepisami prawa i odpowiednimi normami (...)”.

Wbrew stanowisku Odwołującego, w ocenie Izby powyższe postanowienie nie zobowiązuje inżyniera kontraktu do zagwarantowania bezpieczeństwa, ale zgodnie z językową wykładnią przytoczonego punktu SIWZ, do „zapewnienia jego poziomu”, czyli czuwania nad sposobem, w jaki zobowiązany do tego – zgodnie z przepisami prawa budowlanego – wykonawca robót (z ramienia którego pełnić będzie niewątpliwie funkcje kierownik budowy) będzie sprawował swoje obowiązki (m. in. na podstawie art. 21a, art. 22 pkt 3a i 4 Prawa budowlanego). Nadto inspektor nadzoru ma prawo i obowiązek, zgodnie z art. 26 pkt. 1 Prawa budowlanego, wydawać kierownikowi budowy lub kierownikowi robót polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, dotyczące usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, w czym, jak się wydaje, mieści się w pewnym zakresie nałożony przez Zamawiającego obowiązek „zapewnienia poziomu bezpieczeństwa”. Zgodnie z subklauzulą 6.7 „zdrowie i bezpieczeństwo” w umowie z wykonawcą robót (projekt umowy na stronie internetowej Zamawiającego, wydruk w aktach sprawy), wykonawca robót ma obowiązek zawiadomić inżyniera kontraktu o wypadku na placu budowy, w jego pobliżu, lub w związku z prowadzonymi pracami. Z projektu umowy w postępowaniu na wykonanie wykonawcy robót jednoznacznie wynika, że to on będzie dbał o bezpieczeństwo na budowie.

Ponadto skład orzekający zwraca uwagę na okoliczność, że obowiązki inżyniera kontraktu wynikające z IPU są szersze od obowiązków inspektora nadzoru, wynikających z przepisów prawa budowlanego, jednak z podnoszonych zarzutów i popierających ich argumentacji w żaden sposób nie wynika, że Zamawiający połączył w jednej osobie (inżyniera kontraktu) funkcje inspektora nadzoru i kierownika robót.

Reasumując, rzutujący na wycenę ofert sposób określenia wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy (brak ekwiwalentnego świadczenia za okres do podpisania umowy z wykonawcą robót) narusza zasadę udzielania zamówień publicznych określoną w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (przez ograniczenie kręgu wykonawców, którzy zdecydują się na ryzyko wynikające ze sposobu wypłaty pierwszego wynagrodzenia), dlatego na podstawie art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 000,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....