

Sygn. akt: KIO 2970/13

WYROK
z dnia 16 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 stycznia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez **Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, adres do doręczeń: ul. Żurawia 32/34 lok. 430, 00-515 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawców **Związek Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, B51 BC, lok. 36, 03-215 Warszawa; SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja; adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa; Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób wskazany w uzasadnieniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji,
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, adres do doręczeń: ul. Żurawia 32/34 lok. 430, 00-515 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra na rzecz **Związku Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, adres do doręczeń: ul. Żurawia 32/34 lok. 430, 00-515 Warszawa** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługę: „ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM W ZAKRESIE: BUDOWA DRUGIEJ JEZDNI OBWODNICZY MIĘDZYRZECZA W CIĄGU DROGI EKSPRESOWEJ S-3 KM 0+000,00 – KM 6+370,00 W TYM PEŁNIENIE NADZORU NAD REALIZACJĄ ROBÓT”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 245-426878 z dnia 18.12.2013 r. przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra zwany dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”.

W dniu 23.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, adres do doręczeń: ul. Żurawia 32/34 lok. 430, 00-515 Warszawa zwane dalej: „Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich” albo „Odwołującym” wniósł na podstawie art. 179 ust. 2 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie na postanowienia ogłoszenia i SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.12.2013 r. (faxem i e-mailem). Zarzucił naruszenie:

I. art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez możliwość uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) i odpowiednio w pkt. III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu), tj. nie wykazał się należytym wykonaniem zadań wskazywanych w części B Formularza 3.2 *Wiedza i doświadczenie* ocenianych w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, w przypadku gdy chociaż jedno z zadań wskazanych w części B Formularza 3.2 zostało niewykonane lub nienależycie wykonane, niezależnie od tego, ile zadań zostało wskazanych jako spełniające wymóg pkt 7.2.2 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;

II. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp a także art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niejednoznaczne określenie terminu wykonania zamówienia tj. określenie czasu realizacji umowy w sposób szacunkowy (Tom I SIWZ - IDW pkt. 6, Tom II SIWZ Istotne dla Stron

Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 3 ust. 3, 4 wzoru umowy); możliwość niczym nieograniczonego zawieszania przez Zamawiającego czasu świadczenia Usługi (§ 40 wzoru umowy) i/lub Usługi wsparcia Zamawiającego (§ 3 ust. 6-7 wzoru umowy), niedookreślenie terminu rozpoczęcia realizacji Usługi w okresie wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu co uniemożliwia Wykonawcy rzeczywistą wycenę Usługi i wiąże się z przeniesieniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z brakiem precyzyjnego określenia czasu realizacji Usługi, będącej przedmiotem postępowania związanych między innymi z przedłużeniem czasu postępowania przetargowego na wykonanie robót budowlanych, zmiany wykonawcy robót budowlanych, zmiany zakresu robót budowlanych w tym udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających.

III. art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ust. 1 Pzp oraz 353¹ KC poprzez zawarcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji postanowień niejednoznacznych, nieuwzględniających wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie pozwalających wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą a także umożliwienie Zamawiającemu jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, w związku z przyjęciem, że:

a. realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta (§ 10 ust. 9 wzoru umowy) co powoduje, że wykonawca na etapie składania oferty nie jest w stanie określić jakim personelem i w jakim zakresie będzie musiał dysponować na poszczególnych etapach realizacji przedmiotu umowy;

b. Zamawiający ma prawo do jednostronnego kształtowania zakresu przedmiotu zamówienia poprzez rezygnację z Usługi wsparcia Zamawiającego (§ 3 ust. 9 wzoru umowy) na etapie postępowania na udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu bez uprawnienia po stronie Konsultanta do dochodzenia od Zamawiającego związanych z tym kosztów

c. ograniczenie możliwości podejmowania przez część personelu Konsultanta bez zgody Zamawiającego dodatkowego zatrudnienia

IV. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji - § 5 wzoru umowy subiektywnych zapisów pozwalających na jednostronną i arbitralną ocenę pracy Konsultanta przez Kierownika

projektu a także poprzez ograniczenie prawa Konsultanta do otrzymania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistemu czasowi świadczenia usługi przez danego członka Personelu Konsultanta (§ 27 ust. 2 wzoru umowy)

V. art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 36 ust. 7 zapisu: *Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z ważnych powodów, w wysokości 15% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2, przy wskazaniu ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy w sposób przykładowy (§ 41 ust. 3)*

VI. art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych przysługuje wyłącznie Zamawiającemu (SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 36 ust. 10), a w konsekwencji uchybień o których mowa powyżej naruszenie także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców co w szczególności prowadzi do złożenia w Postępowaniu nieporównywalnych ofert. W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu stosownej modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

Ad I. wprowadzenie do sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) 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 wszystkich pojedynczych zadań, o ile zadania te nie przekroczą np. 90% wszystkich zadań wskazywanych celem wykazania spełnienia warunku.

Ad. II. jednoznaczne określenie czasu realizacji Usługi, poprzez w szczególności usunięcie w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 6 oraz w § 3 ust. 3 wzoru umowy określenia „szacunkowy”, wskazanie czasu realizacji wykonywania Usługi w ramach poszczególnych etapów poprzez wskazanie maksymalnego czasu ich trwania, doprecyzowanie sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do zawieszenia realizacji Usługi oraz wskazanie maksymalnego czasu takiego zawieszenia

Ad III. a. wprowadzenie do wzoru umowy zamkniętego katalogu sytuacji, które uprawniałyby Kierownika Projektu do wprowadzenia do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta zmian składu osobowego Personelu Konsultanta oraz ilości dniówek przeznaczonych dla danego eksperta, względnie określenie maksymalnego zakresu dopuszczalnych zmian w tym zakresie,

Ad III. b. wskazanie przypadków, których wystąpienie uprawnia Zamawiającego do rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego w okresie postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację robót budowlanych 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,

Ad III. c. zezwolenie na podejmowanie przez członków Personelu Konsultanta dodatkowych zajęć - bez zgody zamawiającego - chyba że, zajęcia te miałyby kolidować z obowiązkami wynikającymi z Umowy,

Ad IV. usunięcie zapisów wskazanych w § 5 wzoru umowy a przewidujących wypłatę wynagrodzenia Konsultanta w obniżonej wysokości ze względu na wykonanie usługi w Standardzie Podstawowym, lub określenie obiektywnych kryteriów oceny Standardu Usługi, w tym wprowadzenie procedury weryfikacji oceny Kierownika Projektu dokonanej w tym zakresie oraz zmianę § 27 wzoru umowy tak aby Konsultant miał prawo do uzyskania wynagrodzenia proporcjonalnego do rzeczywistego czasu świadczenia usługi przez jego Personel w sytuacji gdy czas ten jest w ramach dniówki dłuższy lub krótszy niż 8 godzin

Ad. V. przyjęcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji zamkniętego katalogu ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego lub przynajmniej wskazanie, że ważne powody uzasadniające wypowiedzenie muszą być zawinione przez Konsultanta

Ad. VI. przyjęcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych przysługuje Zamawiającemu oraz Konsultantowi. Nadto wnosił o wprowadzenie odpowiednich zmian do ogłoszenia do zamówieniu. Wnosił także o przeprowadzenie dowodu z treści SIWZ na okoliczności jej treści w zakresie wskazanym w uzasadnieniu Odwołania.

Przepisy prawa, a w szczególności ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. nakładają na podmioty prowadzący postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego - tj. Zamawiającego określone obowiązki w szczególności związane z prawidłowym określeniem warunków udziału w postępowaniu oraz opisem przedmiotu zamówienia. SIWZ w przedmiotowym Postępowaniu został przez Zamawiającego sformułowany w sposób naruszający powyżej wskazane przepisy.

Ad I. Zamawiający zawarł w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) wymagania odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Z kolei w świetle zapisu pkt 8.2.2 Tomu I SIWZ stwierdzić należy, iż Wykonawca zobowiązany jest wskazać w powyższym wykazie w zakresie części B wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie, o których mowa w pkt. 7.2.2.2) IDW. Zestawiając ze sobą cytowane postanowienia SIWZ stwierdzić należy, iż Wykonawca może zostać uznany za niespełniającego warunku udziału w postępowaniu już w sytuacji uznania chociaż jednego z zadań wskazanych w części B wykazu za nienależycie wykonane. Powyższe zapisy powodują, że Wykonawca z dużym doświadczeniem jest w gorszej sytuacji niż Wykonawca mający doświadczenie minimalne w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Przy dużej skali działalności danego Wykonawcy niewykonanie czy nienależyte wykonanie jednego z wielu realizowanych zadań nie może jeszcze przesądzać o braku jego rzetelności, kwalifikacjach, efektywności, czy doświadczenia. Przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny jest nieobiektywny, promuje podmioty o małym doświadczeniu, co niewątpliwie narusza zasady zachowania uczciwej i równej konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze wymagania art. 29 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia jest podstawą do dokonania przez Wykonawcę oceny zakresu prac, określenia wynikających stąd obowiązków i zadań niezbędnych do realizacji podczas wykonywania przedmiotu umowy a tym samym wyceny prac i złożenia konkurencyjnej oferty. Opis przedmiotu zamówienia odczytywany wraz z pozostałymi zapisami zawartymi w dokumentacji przetargowej powinien umożliwić Wykonawcom możliwość realnej identyfikacji ryzyk tak aby mogły zostać wycenione. Biorąc pod uwagę powyższe trzeba wskazać:

Ad II, III Właściwe (jednoznaczne) określenie terminu, w którym Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia Usługi ma podstawowe znaczenie dla oceny możliwości wykonania zadania przez Wykonawcę oraz dla rzetelnego i realnego skalkulowania kosztów. W Postępowaniu określenie czasu realizacji umowy ma szczególne znaczenie ze względu na specyfikę Usługi i charakter kosztów związanych z jej realizacją. W przeważającej mierze są to bowiem koszty osobowe ściśle uzależnione od czasu w którym Wykonawca będzie musiał zatrudniać swój Personel oraz liczebności tego Personelu w trakcie realizacji poszczególnych etapów wskazanych w SIWZ. Trzeba też wskazać, że Wykonawca musi przewidzieć zatrudnienie odpowiedniej ilości personelu, co stanowi jeden z elementów Metodologii realizacji zamówienia, której ocena jest drugim kryterium oceny ofert. Wykonawca musi zapewnić realizację usługi przez odpowiednią ilość odpowiedniego personelu. SIWZ nie precyzuje terminów realizacji przedmiotu zamówienia posługując się terminami szacunkowymi, które dodatkowo mogą podlegać niezdefiniowanym i nie dającym się przewidzieć zmianom, co, przy braku wskazania minimalnej liczby osób personelu

Wykonawcy, jaki winien być oddelegowany do świadczenia usług w poszczególnych okresach realizacji zamówienia, uniemożliwia Wykonawcom w sposób racjonalny, rzetelny przygotować ofertę, jak i też skalkulować cenę ofertową. Także możliwość zawieszania realizacji Usługi oraz Usługi wsparcia Zamawiającego w trakcie postępowania, bez wskazania przesłanek tego zawieszenia oraz maksymalnych (dopuszczalnych okresów jego trwania, przy jednoczesnym wymogu zapewnienia właściwego personelu w ramach nieokreślonego czasu oraz zakazu innego zatrudnienia dla wskazanego personelu skutkuje stanem niepewności po stronie Wykonawcy. Brak jest bowiem możliwości przewidzenia faktycznej potrzeby zaangażowania poszczególnych członków personelu a tym samym Zamawiający nie daje Wykonawcy rzeczywistych podstaw do wyceny jego zobowiązania. Przywołane zapisy SIWZ stanowią także próbę obejścia 140 i 144 Pzp bowiem zakres świadczenia Wykonawcy ujęty w ofercie nie będzie musiał się pokrywać z realizowanym w ramach umowy zaś wprowadzenie zmian w tym zakresie nie będzie wymagało jego zgody.

Ad IV. Wzór umowy wprowadza pojęcia: „*Usługi wykonywanej w Standardzie Podstawowym*” oraz „*Usługi wykonywanej w Standardzie Podwyższonymi*”. Z podziałem tym wiąże się różny sposób wyceny świadczonych usług i w konsekwencji różna wysokość wynagrodzenia za ich wykonanie. Podmiotem uprawnionym do oceny poziomu świadczenia usług jest Kierownik Projektu. Ocena dokonywana przez Kierownika Projektu w drodze wypełniania Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta jest arbitralna, nie przewidziano procedury odwołania się, możliwości kwestionowania decyzji w tym zakresie przez Wykonawcę czy choćby możliwości współdziałania Konsultanta choćby przez składanie wyjaśnień. Takie rozwiązanie prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy stronami stosunku prawnego w sposób nie mający 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 k.c. Odnosząc się do kwestii wynagrodzenia należnego Wykonawcy, wskazać należy także na zapis postanowienia § 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.”

Z powyższego zapisu wynika, iż dopiero po przepracowaniu pełnych 8 godzin Wykonawcy przysługuje 100% wynagrodzenia, natomiast nawet gdyby przepracował np. 7 godzin

otrzyma tylko jego połowę - niezależnie od rzeczywistego czasu pracy personelu Tak przyjęty sposób rozliczenia doprowadzić może do nienależnego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy, który dodatkowo nie ma możliwość - na etapie postępowania przetargowego -realnej wyceny kosztów personelu

Dodatkowo trzeba wskazać na konsekwencje wynikające z zapisu § 4 ust. 3 wzoru umowy, zgodnie z którego treścią maksymalne wynagrodzenie, jakie otrzyma Wykonawca za wykonanie przedmiotu umowy wyniesienia 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto. Jednocześnie umowa nie przesądza, by po osiągnięciu tej wartości umowa miała ulec rozwiązaniu, co biorąc pod uwagę dalsze zapisy wzoru umowy powoduje po stronie Wykonawcy ryzyko zaistnienia obowiązku świadczenia Usługi bez prawa do wynagrodzenia ze strony Zamawiającego.

Ad V. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania pozostają w sprzeczności z przepisami KC i istotą instytucji kary umownej. Zapis jest nieprecyzyjny i może sugerować - przy jedynie przykładowym wskazaniu ważnych przyczyn rozwiązania umowy przez Zamawiającego, że nawet rozwiązanie umowy z powodów ważnych ale niezawinionych czy niezależnych od Wykonawcy może skutkować naliczeniem mu kary umownej.

Ad VI. Zamawiający w SIWZ zastrzegł prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną wyłącznie dla siebie. Prawo to nie przysługuje Wykonawcy, mimo, że wysokość kary umownej zastrzeżonej wyłącznie na okoliczność rozwiązania umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu (10% łącznego wynagrodzenia) jest zbyt niska aby zapewnić pokrycie ewentualnej szkody (obejmującej tak szkodę rzeczywistą jak i utracone korzyści) po stronie Wykonawcy. W konsekwencji powyższych uchybień, sporządzając SIWZ Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, wykonawcy biorący udziału w postępowaniu mają ograniczoną możliwość przygotować i skalkulować konkurencyjną ofertę w Postępowaniu. Uwzględniając zaś postanowienia opracowanego projektu umowy, mając na uwadze że pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami ale też naruszają zasady współzycia społecznego oraz pozostają w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług istnieją uzasadnione ryzyko, że zawarta umowa w Postępowaniu będzie obarczoną wadą nieważności.

Zamawiający w dniu 24.12.2013 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Związek Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, B51 BC, lok. 36, 03-215 Warszawa zwany dalej: „Związek Budownictwa Mostowego Inwestora Zastępczy S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAFEGE S.A., Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja; adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce, ul. Solec 22, 00-410 Warszawa zwany dalej: „SAFEGE S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa zwany dalej: „Egis Poland Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.01.2014 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz obecnemu na posiedzeniu Przystępującemu.

Względem zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4, art. 22 ust. 5 w zw. z art. 7 Pzp poprzez możliwość uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał się należytych wykonaniem zadań wskazywanych w części B Formularza Wiedza i Doświadczenia, w przypadku, gdy chociaż jedno ze wskazanych zadań w części B Formularza zostało niewykonane lub nienależycie wykonane, niezależnie od tego ile zadań zostało wskazanych jako spełniające wymóg pkt 7.2.2 ppkt 2) SIWZ. Stwierdził, że, nie budzi wątpliwości kwestia, że zgodnie z podstawową zasadą zamówień publicznych to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali oraz okresu trwania. W ocenie Zamawiającego, treść powoływanego przez Odwołującego przepisu (który jego zdaniem naruszył Zamawiający) jednoznacznie wskazuje, że to właśnie Zamawiający opisuje sposób dokonywania oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu, których to spełnianiem musi wykazać się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, a Zamawiający będzie dokonywać oceny w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zamierzeniem ustawodawcy było zatem umożliwienie jednostkom wydatkującym środki publiczne weryfikację potencjalnego wykonawcy i tym samym dokonanie kompleksowego oglądu jego sytuacji i całości działalności zawodowej wykonawcy w różnych jej aspektach. Zgodnie bowiem z art. 429 KC to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż dokonał prawidłowego i starannego wyboru podmiotów, którym powierzył wykonanie czynności. Tym samym Zamawiający, aby ustrzec się przed przypisaniem mu winy w wyborze, zobligowany jest do zachowania najwyższej staranności przy doborze wszystkich osób biorących udział w procesie inwestycyjnym. Sugerowane przez Odwołującego zmiany w zakresie przedmiotowego warunku prowadziłyby do ograniczenia kompetencji Zamawiającego przyznanych mu przepisami prawa. Jednocześnie wprowadzałyby swoistą gradację „nienależytości wykonania” z założeniem, że dopiero przekroczenie pewnego poziomu nienależyte wykonanych usług może świadczyć o nierzetelności wykonawcy. Zgodnie z literalnym znaczeniem, "rzetelny" to "1. należycie wykonujący swoją pracę, solidnie wypełniający przyjęte na siebie obowiązki; sumienny, solidny, godny zaufania 2. wykonany w sposób dokładny, należyty; porządny, właściwy, solidny; 3. « zgodny z prawdą, nieudawany; prawdziwy, autentyczny" (za Słownikiem Języka Polskiego). Przez "rzetelność" na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć w szczególności solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności jest związany z zazwyczaj profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidnością działań w ramach wykonywanej profesji. W związku z powyższym, niewywiązanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych zobowiązań związane z poważnym uchybieniem zasadom wykonywania profesji może być oceniane w aspekcie nieposiadania przez wykonawcę wystarczającej wiedzy i doświadczenia do realizacji danego zamówienia publicznego, gdyż aspekt wiedzy i doświadczenia powinien być analizowany nie tylko w kontekście należyte wykonanych zobowiązań potwierdzonych stosownymi dokumentami, ale również zamówień nienależyte zrealizowanych, które podważają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warto bowiem podkreślić, iż samo wykazanie przez wykonawcę dysponowania wymaganym potencjałem w oderwaniu od innych aspektów wykonywanej przez niego działalności gospodarczej nie daje gwarancji należytego wykonania zobowiązania, (tak też stanowisko

UZP „Zasady wybory wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 Pzp”). Sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w kontekście art. 22 ust. 5 nie może być w żaden sposób uznany ani za nadmierny ani za stawiający jakichkolwiek wykonawców w pozycji uprzywilejowanej. Zamawiający dokonał opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób zgodny z przepisami, jednakowy dla wszystkich wykonawców i z poszanowaniem wszystkich zasad zamówień publicznych. Kryteria weryfikacji pod kątem rzetelności rzeczywiście nie zostały opisane w sposób liczbowy czy procentowy, jednak żaden z przepisów Dyrektywy czy ustawy Pzp nie nakazuje dokonywania takiego właśnie, wymiernego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Weryfikację wykonawców można przeprowadzić na różne sposoby, nie tylko poprzez wskazanie konkretnej wartości procentowej, ale również poprzez doprecyzowania terminowe, wartościowe, o określonych cechach. Uwzględniając powyższą możliwość Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny warunku rzetelności poprzez doprecyzowanie i zdefiniowanie pojęć. Wskazał wprost i jednakowo dla wszystkich uczestników postępowania co rozumie pod pojęciem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, i co uzna za należyte wykonanie usług. Tak sformułowane zapisy nie powinny budzić wątpliwości Odwołującego. Pozwalają one Odwołującemu i innym wykonawcom na rewizję swojej sytuacji w świetle powyższego wymogu, a co za tym idzie podjęcie decyzji o uczestnictwie w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający ukształtował w SIWZ oraz odpowiednio w Ogłoszeniu o zamówieniu stosowne zapisy, które umożliwią mu weryfikację i ocenę rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawców w świetle wszystkich dodatkowych informacji i wyjaśnień o zadaniach niewykonanych bądź wykonanych niezażycie. Wykonawcy bowiem zostali zobligowani do podania przyczyn, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania danej usługi. Jeżeli informacje te okażą się niewystarczające do dokonania oceny Zamawiający będzie występował w tym zakresie o wyjaśnienia do wykonawcy lub będzie zwracał się z prośbą o przedstawienie dodatkowych informacji przez podmiot, na rzecz, którego usługi były lub miały zostać wykonane. Dopiero tak kompleksowa ocena sytuacji wykonawcy, weryfikacja przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania usługi (w świetle definicji należytości określonej przez Zamawiającego) i zbadanie okoliczności czy niewykonanie/ nienależyte wykonanie miało podstawy w działaniach lub zaniechaniach wykonawcy powoli na sformułowanie wniosku o wykluczeniu (bądź nie) wykonawcy z postępowania. Wskazał, że Zamawiający będzie podejmował decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w takim stopniu, który podważa zdolność wykonawcy do należytego wykonania

zamówienia. Zatem każdy przypadek będzie poddawany skrupulatnej analizie, której wynik nie zawsze musi prowadzić do uznania wykonawcy za podmiot nierzetelny, a tym samym do wykluczenia go z postępowania. Zatem, w świetle powyższego, ocena niewywiązania się z uprzednio podjętych przez wykonawcę zobowiązań nie będzie realizowana na zasadzie „spełnia-nie spełnia”. Znajduje to swoje uzasadnienie w wyroku TSUE z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., z którego wynika, że prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niesłuszny jest zatem zarzut Odwołującego, że Zamawiający tak skonstruował warunek udziału w postępowaniu i opisał sposób dokonywania jego oceny aby automatycznie dokonać wykluczenia wykonawcy z postępowania „*w przypadku gdy chociaż jedno z zadań wskazanych w części B Formularza 3.2. zostało niewykonane lub nienależyte wykonane...*”. Przesądzająca dla uznania tegoż będzie dopiero weryfikacja wykroczeń wykonawcy, dokonana w oparciu o wszelkie informacje, materiały i inne dokumenty przedstawione m.in. właśnie przez wykonawcę. Nadmienić, że proponowany przez Odwołującego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku rzetelności: „*[...] także w sytuacji gdy wykonawca nie potwierdzi swojej rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia w odniesieniu wszystkich zadań do pojedynczych zadań, o ile zadania te nie przekroczą, np. 90% wszystkich zadań wskazywanych celem wykazania spełnienia warunku*”, pomijając już ewidentny błąd w konstrukcji tego zapisu, który sugeruje jakoby 90% zadań mogło być wykonane nienależyte, również nie zdejmuje z Zamawiającego obowiązku badania okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania zadań i ustalania okoliczności czy wykonawca ponosi za takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie odpowiedzialność. Ponadto zapis sugerowany przez Odwołującego byłby niecelowy w przypadku wykonawców legitymujących się doświadczeniem w niewielkiej skali, np. 2 usług, z których, np. 1 wykonana byłaby nienależyte. Właśnie proponowany przez Odwołującego opis doprowadziłby do faworyzowania wykonawców, o dużo bogatszym doświadczeniu, dla których nieprawidłowe wykonanie nawet kilku usług stanowiłoby niewielki odsetek w ujęciu procentowym w stosunku do całokształtu działalności wykonawcy z okresu ostatnich 3 lat. Tym samym nie przesądzałoby o nienależytym wykonaniu /niewykonaniu usług. W obecnej natomiast sytuacji, zaproponowany przez Zamawiającego miernik rzetelności jest obiektywny i dający prawdziwe wyniki niezależnie od rozmiarów prowadzonej działalności, bowiem 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.

Względem zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez niejednoznaczne określenie terminu realizacji zamówienia. Kolejny stawiany przez Odwołującego zarzut dotyczy niewłaściwego oznaczenia czasu wykonania umowy - albowiem zdaniem Odwołującego szacunkowe wskazanie okresu realizacji umowy nie pozwala na przeprowadzenie prawidłowej kalkulacji ceny. Stwierdził, że w treści STWZ zamawiający podał, że wykonywana usługa pozostaje w ścisłym powiązaniu z realizacją umowy o roboty budowlane - a zatem podstawową kwestią określającą czas jej realizacji jest czas trwania umowy o roboty budowlane. Po drugie w umowie Zamawiający zastrzegł, że wykonawcy umowy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe za część wykonywanych przez niego prac, płatne miesięcznie, jak i wynagrodzenie uzależnione od ilości przepracowanych faktycznie godzin - we wskazanych przez Zamawiającego konfiguracjach. Zamawiający wreszcie wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy może wynieść maksymalnie 150% przewidywanego wynagrodzenia. Zarzucanie przy takim stanie faktycznym nieprecyzyjnie wskazanego czasu trwania umowy wskazuje na odmienne rozumienie zasad realizacji współtrwających umów usługowych których czas i zakres uzależniony jest od trwania innych umów - albo precyzyjniej określając - zasadność ich realizacji uzależniona jest od trwania innych umów. Odwołujący wydaje się zmierza do osiągnięcia takiego stanu, w którym niezwłocznie po podpisaniu umowy mógłby przystąpić do jej realizacji, nie bacząc zupełnie na fakt, że nie rozpocznie się jeszcze umowa o roboty budowlane, którą ma zarządzać, a następnie, po 52 miesiącach umowę zakończy - i to bez względu na to, czy umowa o roboty budowlane będzie jeszcze trwała czy już nie. Takie podejście Odwołującego nie zasługuje na aprobatę, przeczy bowiem zarówno zasadom gospodarności jak i zasadom doświadczenia życiowego, nie mówiąc już o zasadności wydawania środków budżetowych. SIWZ w przedmiotowym postępowaniu zawiera opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp. Z przepisu tego wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia jest dokładny i obszerny, odnosi się wprost do wielu możliwych aspektów zamówienia, zawiera jednak określenia takie jak „zamawiający szacuje...”. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił szacunkowy termin realizacji zamówienia i zastrzegł w treści SIWZ możliwość jego przedłużenia. Zamawiający opisał w umowie oraz w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób bardzo szczegółowy wszelkie obowiązki Wykonawcy, których wypełnianie stanowi prawidłowe świadczenie usług. Obowiązki Wykonawcy zostały opisane w Umowie oraz sklasyfikowane w grupy obowiązków o podobnym charakterze. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż przez określenie szacunkowego terminu realizacji usługi, minimalny próg wartości zamówienia został określony. Podkreślił, iż pełnienie usług wskazanych w umowie,

stanowi zamówienie, którego realizacja jest uzależniona od okoliczności związanych z prowadzeniem inwestycji, nad którą sprawowany będzie nadzór. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Nie jest możliwe precyzyjne określenie dokładnej liczby ewentualnego przedłużenia czasu trwania umowy. Powyższe bowiem będzie zależało od okoliczności, które mogą wystąpić podczas realizacji umowy na roboty budowlane. Przede wszystkim wskazać należy, że w rozumieniu przepisu 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 niniejszej sprawie.

Względem zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ KC poprzez zawarcie w treści SIWZ postanowień niejednoznacznych, nieuwzględniających wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niepozwalających wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, -jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą a także umożliwienie zamawiającemu jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy, a przez to również wysokości wynagrodzenia. Powyższy zarzut, także nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający precyzyjnie wskazał swoje oczekiwania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał także, jakiego doświadczenia w wykonaniu zamawianych usług oczekuje od wykonawcy. Zamawiający ma zatem prawo sądzić, że wykonawca, który chce uczestniczyć w wykonaniu tego zamówienia wie, jak skalkulować cenę, co stanowi czynnik cenotwórczy i w jaki sposób powinien obliczyć swoje wynagrodzenie także w oparciu o swoje doświadczenie w zarządzaniu podobnymi kontraktami. Odnosząc się do argumentacji wykonawcy, stwierdził, iż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mają możliwość oszacowania i kalkulacji oferty. Uwzględniając powyższe - Zamawiający wskazuje na bezzasadność argumentacji Odwołującego. Zauważył, iż działanie Zamawiającego pozostaje dopuszczalne w ramach swobody umów określonej w treści art. 353¹ KC, obejmującej w szczególności swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego. Wskazał, iż Wykonawca ma możliwość dokonania kalkulacji i wyceny oferty, bowiem ma obowiązek dokonać wyceny i ustalić wysokość stawek ryczałtowych. Na cenę oferty będzie składał się iloczyn stawki ryczałtowej oraz szacunkowej liczby miesięcy. W związku z powyższym wszystkich wykonawców obowiązują jednolite warunki w tym przedmiocie. Oferty będą porównywalne i zgodnie z zasadami konkurencji. Podniósł również, iż brak informacji ze strony Zamawiającego o ewentualnej możliwości przedłużenia czasu pełnienia usługi czy możliwości rezygnacji z usługi wsparcia, stanowiłyby istotny brak w opisie przedmiotu zamówienia. W kwestii dokonywania jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały

się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 Pzp, które odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następnym przepisów działu IV ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Przywołał wyrok KIO z dnia 24.02.2012r., sygn. akt: KIO 291/12, wyrok KIO z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP1189/10, wyrok KIO z dnia 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09, wyrok KIO z dnia 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 694/09 oraz wyrok KIO z dnia 07.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 35/08.

Odnosząc się do obaw Odwołującego w kwestii jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy, Zamawiający wskazał, że w umowie został wskazany mechanizm, ułatwiający pracę Wykonawcy oraz jego współpracę z Kierownikiem Projektu - przedstawicielem Zamawiającego, w zakresie określania potrzeb odpowiedniej liczby personelu Konsultanta, wymaganego w danym okresie na Placu Budowy, celem zapewnienia należytego wykonywania usług przez Konsultanta, a jednocześnie celem zmniejszenia kosztów zatrudnienia po stronie Wykonawcy poprzez wymaganie na budowie osób niezbędnych w danym okresie. W związku z powyższym, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (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 pełnienia usługi, w sposób niezakłócony. Modyfikacja przedmiotowego Harmonogramu jest przewidziana przez Zamawiającego, celem ułatwienia współpracy, organizacji pracy i dokonywania potrzebnych modyfikacji w sposób sprawny. Zgodnie z Umową „Harmonogram określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Wykonawcę, wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Wykonawcy”.

Odnosząc się do kwestii możliwości ingerowania Kierownika Projektu w Harmonogram w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska Konsultanta, Zamawiający wskazał, iż za pomocą przedmiotowego mechanizmu, Zamawiający będzie w stanie wskazać obszary działalności Konsultanta, które należy zintensyfikować bądź ograniczyć. Rozwiązanie jest podyktowane koniecznością współpracy Zamawiającego z Konsultantem w tym zakresie. Podniósł, iż precyzyjne określenie przez Zamawiającego liczby personelu w każdym

z miesiący realizacji usługi, spowodowałyby iż Opis Przedmiotu Zamówienia byłby niepełny, nieprecyzyjny. Nie uwzględniałby bowiem okoliczności, mogących mieć wpływ na realizację Umowy. Ewentualna zmiana liczby dniówek jest przewidziana jako rozwiązanie podyktowane okolicznościami następującymi na budowie, czego strony nie były w stanie przewidzieć podczas tworzenia pierwotnego Harmonogramu. Dlatego nie można przyjąć, tak jak zarzuca Odwołujący, iż Zamawiający ma zamiar jednostronnie modyfikować zakres świadczenia Wykonawcy. Stworzone przez Zamawiającego postanowienia umowne przewidują, iż to Wykonawca ma przedstawić Harmonogram oraz będzie uprawniony do aktualizacji Harmonogramu. Wykonawca bowiem, jako profesjonalista, który zapozna się ze specyfiką inwestycji, 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 na etapy odzwierciedlające wykonywanie Kontraktu. Jednocześnie należy wskazać, że postanowienia umowne nie wskazują, że Harmonogram będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska Wykonawcy.

Względem usługi wsparcia stwierdził, że może ona trwać do kilku miesięcy, a ewentualna rezygnacja z niej, nie może prowadzić do powstania szkody po stronie Wykonawcy. Usługa wsparcia polega na pomocy Zamawiającemu podczas prowadzonego postępowania przetargowego na roboty budowlane, nad którymi sprawowany będzie nadzór. Pomoc może wiązać się m.in. z przygotowywaniem odpowiedzi na pytania oferentów w czasie postępowania przetargowego. Konsultant, jako inżynier, działający profesjonalnie, będzie w stanie udzielić niezbędnego wsparcia Zamawiającemu, w szczególności w zakresie wiedzy technicznej, prawa budowlanego, w zakresie projektu budowlanego. Zamawiający w każdej umowie z Konsultantem zakłada pierwotnie możliwość skorzystania z usługi wsparcia, bowiem Zamawiający zakłada wybór Konsultanta przed wyborem Wykonawcy robót budowlanych. 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. 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. Trudno więc zarzucać Zamawiającemu arbitralność decyzji w tym zakresie, ponieważ decyzja ta będzie uzależniona od okoliczności niezależnych od Zamawiającego, jak również niemożliwych z góry do przewidzenia.

Zamawiający nadto wskazał, iż celem wprowadzonego 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 realizowane roboty budowlane prowadzone byłyby bez nadzoru odpowiedniego eksperta. Prowadzić to może do wykonywania przez Wykonawcę prac niezgodnych z SST, jak również może powodować straty finansowe lub czasowe wynikające z konieczności przeprowadzenia ewentualnych napraw robót budowlanych. Ponadto Zamawiający w § 10 pkt 12 Umowy, przewidział wyrażenie pisemnej zgody na podjęcie pracy zarobkowej personelu Konsultanta na dodatkowych umowach, więc istnieje możliwość uzyskania takiej zgody Zamawiającego. Mając na uwadze konieczność prawidłowego wykonania Umowy jak i zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa, decyzję w tym zakresie Zamawiający podejmował będzie indywidualnie w odniesieniu do konkretnej Umowy.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie we wzorze umowy będącej częścią SIWZ zapisów pozwalających na jednostronną i arbitralną ocenę pracy Konsultanta przez Kierownika projektu, a także ograniczenie prawa Konsultanta do otrzymania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistemu czasowi świadczenia usługi przez członka Personelu Konsultanta. Zamawiający zaprzeczył jakoby miał ograniczać prawo Konsultanta do otrzymania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistemu czasowi świadczenia usługi. Zamawiający stwierdza, że Odwołujący nieprawidłowo pojmuje postanowienia umowne w tym zakresie, bowiem Zamawiający przewiduje możliwość uzależnienia wysokości wynagrodzenia Konsultanta od jakości jego pracy ocenianej przez Zamawiającego według ustalonych mierników. Zamawiający wskazuje, iż umowa o świadczenie usług to umowa którą charakteryzuje staranne działanie. Zamawiający zawierając umowę na zarządzanie oraz nadzór nad robotami budowlanymi oczekuje od Konsultanta pełnego profesjonalizmu w pełnieniu usług. Zamawiający ma prawo uzależnić część wynagrodzenia od jakości pełnionych przez Konsultanta usług. W tym celu Zamawiający stworzył tzw. Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, na podstawie której będzie dokonywać oceny pracy i jakości świadczonych usług. Zamawiający przy tym przewidział na jakiej podstawie dokona oceny Konsultanta, mianowicie będzie dokonywał oceny pod względem wypełniania obowiązków umownych, jak również obowiązków wynikających z Metodyki. Jeżeli chodzi o obowiązki wynikające z Metodyki, to Konsultant w swojej ofercie sam proponuje obowiązki w tym zakresie, a co za tym idzie, zdaniem Zamawiającego, będą one realne i możliwe do zrealizowania przez Konsultanta.

Względem zarzutu naruszenia art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp - poprzez zamieszczenie we wzorze umowy postanowień o karze umownej dla Zamawiającego w przypadku wypowiedzenia umowy z ważnych powodów przy jednoczesnym wskazaniu ważnych powodów w sposób przykładowy. Zamawiający nie podzielił zarzutu naruszenia oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp - poprzez przyjęcie w SIWZ we wzorze umowy zapisu o karze umownej dla

Zamawiającego w przypadku wypowiedzenia umowy z ważnych powodów przy jednoczesnym wskazaniu ważnych powodów w sposób przykładowy. Bardzo często w stosunkach umownych przyjmuje się rozwiązanie, w którym strony uzależniają następstwa wypowiedzenia umowy od wystąpienia ważnych powodów. W zasadzie w stosunkach gospodarczych nie ma potrzeby definiowania ważnych powodów czy też ich zamkniętego enumeratywnego wyliczenia. Byłoby to po pierwsze bardzo trudne - gdyż nie wszystko można przewidzieć przy podpisywaniu umowy - po drugie przy ewentualnym sporze pomiędzy stronami powołane do tego bezstronne instytucje takie jak sądy polubowne czy sądy powszechne dokonają wszechstronnej oceny w tym zakresie. Jednocześnie w obrocie gospodarczym naturalnie przyjętym rozwiązaniem jest to, że strony - czy też w przypadku zamówień publicznych Zamawiający - podają przykładowo sytuacje, które traktowane będą jako ważne powody mogące być podstawą wypowiedzenia umowy. Określenie przykładowo takich powodów nie burzy istoty stosunku cywilnoprawnego oraz pozostaje w gestii Zamawiającego jako podmiotu, który z definicji musi dbać o interes publiczny. Przywołał wyrok KIO z dnia 13.03.2013 r., sygn. akt: KIO 448/13.

Względem zarzutu naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. i w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych przysługuje wyłącznie Zamawiającemu. W tym zakresie stwierdził, że przyjęty zapis służy w usprawiedliwiony sposób zabezpieczeniu interesu publicznego. Wskazał na wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10. W przedmiotowym wypadku trudno uznać, że ma miejsce przekreślenie stosunku prawnego czy też naruszenie zasady współżycia społecznego, świadczenie ze strony Zamawiającego ma przede wszystkim charakter pieniężny zaś Wykonawcy niepieniężny – usługa zarządzania kontraktem – prawdopodobieństwo wystąpienia szkody łączy się raczej z ewentualnym nienależytym działaniem lub zaniechaniami ze strony Wykonawcy, podobnie jak możliwość żądania zapłaty kary umownej ograniczona jest tylko do naruszenia zobowiązań niepieniężnych, a inne zapisy umowne byłyby nieważne. W ocenie Zamawiającego w umowie prawa Wykonawcy co odszkodowania uzupełniającego ponad zastrzeżone na jego rzecz kary umowne (w określonych przypadkach) nie narusza swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC oraz przepisu art. 484 § 1 KC Przedmiotowe postanowienia umowy mają przede wszystkim na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego, który ma prawo i obowiązek w należyty sposób zabezpieczyć interes publiczny. Przewidziane w umowie kary umowne na rzecz Zamawiającego oraz odszkodowanie uzupełniające mają charakter represyjny oraz mobilizujący Wykonawcę do należytego wykonania umowy. W interesie publicznym (a tym samym i Zamawiającego) nie jest bowiem karanie wykonawcy i dochodzenie wyrządzonych w majątku Skarbu Państwa szkód, ale należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Interes Wykonawcy jest zabezpieczony poprzez

przyznanie mu prawa do otrzymania wynagrodzenia za wykonane zamówienie oraz kary umownej stanowiącej zryczałtowaną formę odszkodowania w przypadkach określonych w Umowie. Nierównowaga kontraktowania która może zachodzić w przedmiotowym przypadku nie uzasadnia jednak zarzutu naruszenia art. 353¹ KC oraz art. 355 KC w zw. z art. 484 § 1 KC. Zarzut ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z zastrzeżeniem prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne wyłącznie dla Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych, jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Ponadto istotnym jest również fakt, iż Pzp ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ KC. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Można tu wskazać choćby na uprawnienia zastrzeżone na korzyść Zamawiającego, jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez Wykonawcę, czy możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy, w związku z czym uprawniony jest on też do odpowiedniego zabezpieczenia swoich interesów poprzez choćby zwiększenie ryzyka po stronie Wykonawcy, czy też zastrzeżenie odpowiednich kar finansowych. Celem kary umownej jest *"wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań"* (wyrok SN z 8.08.2008 r., sygn. akt: V CSK 85/08). Przywołał także wyrok KIO z dnia 09.02.2012 r., sygn. akt: KIO 164/12, wyrok KIO z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1189/10 oraz wyrok KIO z dnia 22.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1431/08. W opinii Zamawiającego Wykonawca jako podmiot profesjonalny nie powinien mieć trudności z prawidłowym wykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy. Co więcej w przypadku prawidłowego wykonywania umowy Wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty kar. Podkreślenia wymaga również fakt, iż Wykonawca będzie w imieniu Zamawiającego

nadzorował roboty budowlane o znacznej wartości, w związku z czym działania i zaniechania Wykonawcy będą się przekładały również na zobowiązania Zamawiającego w stosunku do wykonawcy robót budowlanych, co znacznie zwiększa ryzyko po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się ze wskazanymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz obecnego Przystępującego (Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 2 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca .2011 r. (sygn. LO/24/11) został wpisany na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp i widnieje na tej liście pod poz. 129.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytanie – pismo z dnia 30 grudnia 2013 r., odwołania, przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikiem (Kopią protokołu z dnia 21 października 2013 r. uzgodnień dotyczących umowy na nadzór między przedstawicielami branży i Zamawiającym), pisma procesowego Przystępującego wraz z załącznikami (Kopią umowy NR GDDKiA – O/OL-R2-R1N-2814-02/10, korespondencję z Zamawiającym w sprawie realizacji umowy, kopią sprawozdania finansowego za rok 2012 dla Przystępującego, kopia publikacji p. Tomasza Latawca zamieszczonej w wydawnictwie „Konsultant”, wyd. SIDIR nr 30, XII 2013) złożonej na posiedzeniu oraz kopii formularza ofertowego 2.1 Przystępującego z jego oferty na Zarządzanie projektem Funduszu Spójności: „Budowa drogi ekspresowej S7 Elbląg – Olsztynek, na odcinku Miłomłyn – Olsztynek w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót” złożonego na rozprawie.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wskazanie, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) i odpowiednio w pkt. III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu), tj. nie wykazał się należyтым wykonaniem zadań wskazywanych w części B Formularza 3.2 Wiedza i doświadczenie ocenianych w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, w przypadku gdy chociaż jedno z zadań wskazanych w części B Formularza 3.2 zostało niewykonane lub nienależycie wykonane, niezależnie od tego, ile zadań zostało wskazanych jako spełniające wymóg pkt 7.2.2 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, Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) określił, że:

„Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który: (...)

2) wykaże się należyтым wykonaniem usług, 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 polegająca na pełnieniu nadzoru nad realizacją:

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 30 m;

c) budowy lub przebudowy obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 180 m;

Powyższe dotyczy również podmiotów trzecich, jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Jako należyte wykonanie usług, 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 każdej 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 usług, które doprowadziły do niewykonania usług, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania usług, rozumianych 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.

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 ww. 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.

Zamawiający nie wykluczy z postępowania Wykonawcy, jeżeli Wykonawca i podmiot trzeci na zasobach, którego ten Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp w zakresie spełniania warunku określonego w ppkt 1), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert nie wykonywał usług o cechach określonych w ppkt 2) i Wykonawca złoży w tym zakresie stosowne oświadczenie.(...)”.

Z kolei w pkt 8.2.2 Tomu I SIWZ zawarto postanowienia, że: „(...)

8.2. Na potwierdzenie spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp i zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 7.2 IDW należy - pod rygorem wykluczenia z postępowania - złożyć następujące oświadczenia i dokumenty: (...)

8.2.2. Wykaz wykonanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. („Wiedza i Doświadczenie”). Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2) IDW.

Dowodami, o których mowa powyżej są:

- 1) poświadczenie;

2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1).

W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów.

Na podstawie § 9 ust 2 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 (Dz. U. poz. 231), Wykonawca, w miejsce poświadczeń o których mowa w pkt 1) może złożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, określone w § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Jako usługi główne Zamawiający rozumie usługi, o których mowa w pkt. 7.2.2. IDW.

W części A wykazu Wykonawca przedstawia usługi wraz z dowodami. Przez usługi, których dotyczy obowiązek załączenia dowodów Zamawiający rozumie usługi, o których mowa w pkt. 7.2.2.1) IDW.

W części B wykazu Wykonawca przedstawia usługi zgodnie z wymaganiami, określonymi przez Zamawiającego w pkt. 7.2.2.2) IDW na podstawie §1 ust. 4 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.

Wykonawca zobowiązany jest wskazać w powyższym wykazie w zakresie części B wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie, o których mowa w pkt. 7.2.2.2) IDW.

W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp w celu wykazania usług, o których mowa w pkt. 7.2.2.1) IDW, zobowiązany jest wskazać w zakresie części B wykazu wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty, o ile podmiot ten wykonywał takie usługi – zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 7.2.2.2) IDW.

Zamawiający żąda wskazania w wykazie informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie umożliwiających Zamawiającemu weryfikację pod kątem wskazanych w pkt. 7.2.2.2) IDW wymagań (zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia).

Zamawiający wyjaśnia, że będzie dokonywał oceny należytego wykonania usług na podstawie informacji zawartych w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”, w której Wykonawca poda informację o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie.

Z informacji wykonawcy winno wynikać jakie były przyczyny, i po której stronie leżały, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania każdej z usług z wymienionych w części B wykazu.

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.

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 (§ 1 ust. 5 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 (Dz. U. poz. 231)). (...)"

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosił (po korekcie na rozprawie omyłkowo sformułowanego żądania) o wprowadzenie do sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 7.2.2 ppkt 2) 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 wszystkich pojedynczych zadań, o ile zadania te nie przekroczą 10% wszystkich zadań wskazywanych celem wykazania spełnienia warunku. Stwierdził również, że zaproponowana zmiana względem istniejących postanowień SIWZ dotyczących sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, tj. postulowane 10% należy odnosić do punktu A i B definicji należytego wykonania usług.

W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru zakwestionowanego postanowienia SIWZ w zakresie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia ocenianych w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia. W konsekwencji powyższe skutkowało oddaleniem pierwszego zarzutu. Nadto, Odwołujący jedynie twierdził, że zaskarżone postanowienia SIWZ preferują Wykonawców o „małym portfelu zamówień” kosztem Wykonawców realizujących bardzo wiele zamówień. Nie złożono jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że istnieją zasadnicze różnice (liczba zrealizowanych zamówień) co do rzetelności w usłudze nadzoru na robotami budowlanymi pomiędzy Wykonawcami o „małym portfelu zamówień”, a Wykonawcami o „dużym portfelu zamówień”

w kontekście zaskarżonego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Powyższe okoliczności, jak i okoliczność, że wszyscy Wykonawcy, których zrzesza Odwołujący znajdują się w sporze z Zamawiającym nie są faktami notoryjnymi. Należy także podkreślić, że Odwołujący generalnie nie kwestionował uprawnień Zamawiającego do weryfikacji swojego doświadczenia oraz doświadczenia innych Wykonawców, przy czym Izba dostrzega, że postanowienia SIWZ dotyczące w szczególności wymogu z pkt 7.2.2. ppkt 2) z części B tiret pierwszy mogą generować trudności interpretacyjne związane z brzmieniem art. 24 ust.1 pkt 1 Pzp stanowiącym ustawową przesłankę wykluczenia Wykonawców z udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu drugiego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp a także art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niejednoznaczne określenie terminu wykonania zamówienia, tj.

- określenie czasu realizacji umowy w sposób szacunkowy (Tom I SIWZ - IDW pkt 6, Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 3 ust. 3, 4 wzoru umowy);
- możliwość niczym nieograniczonego zawieszania przez Zamawiającego czasu świadczenia Usługi (§ 40 wzoru umowy) i/lub Usługi wsparcia Zamawiającego (§ 3 ust. 6-7 wzoru umowy),
- niedookreślenie terminu rozpoczęcia realizacji Usługi w okresie wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu,

co uniemożliwia Wykonawcy rzeczywistą wycenę Usługi i wiąże się z przeniesieniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z brakiem precyzyjnego określenia czasu realizacji usługi, będącej przedmiotem postępowania związanych między innymi z przedłużeniem czasu postępowania przetargowego na wykonanie robót budowlanych, zmiany wykonawcy robót budowlanych, zmiany zakresu robót budowlanych w tym udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających, Izba wskazuje co następuje.

Zamawiający określił w Tom I SIWZ - IDW pkt 6: „Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie do zakończenia i rozliczenia Kontraktu na roboty budowlane będącego przedmiotem nadzoru. Szacuje się, że realizacja zamówienia będzie trwała 52 miesiące licząc od daty rozpoczęcia Usługi. Na okres ten składa się:

- 3 m-ce - Okres pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację Robót,
- 34 m-ce - Okres wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu z uwzględnieniem okresów zimowych między 15 grudnia a 15 marca,

- 12 m-cy - Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu do wystawienia Świadectwa Wykonania,
- 3 m-ce - Ostateczne rozliczenie Kontraktu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Termin 52 miesięcy jest terminem szacunkowym i zależy od okresu realizacji robót, nad którymi będzie sprawowany nadzór.

Przewidywany czas realizacji umowy zależy od faktycznego czasu realizacji Kontraktu. Wydłużenie lub skrócenie powyższych okresów będzie dokonywane poprzez zmianę HPPK. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych.

Powyższy podział ma jedynie charakter pomocniczy. Zamawiający wymaga, aby Konsultant dostosował termin realizacji zamówienia do przyjętych w niniejszym punkcie ram czasowych. Zamawiający planuje datę rozpoczęcia usługi na 3 miesiące przed przewidywanym terminem rozpoczęcia robót budowlanych. Przewidywany termin rozpoczęcia robót budowlanych – II kwartał 2014 r. Data rozpoczęcia realizacji Usługi jest tożsama z datą podpisania Umowy.

Realizacja usługi jest ściśle związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającym do wyboru Wykonawców Robót Budowlanych.

Zamawiający informuje, że termin realizacji zamówienia „Budowa drugiej jezdni obwodnicy Międzyrzecza w ciągu drogi ekspresowej S-3 km 0+000,00 – 6+370,00” stanowi kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy w/w robót budowlanych. Zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert „Termin wykonania” Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia na roboty budowlane został zrealizowany w terminie nie dłuższym niż 25 miesięcy od daty zawarcia umowy (wraz z uzyskaniem decyzji na użytkowanie). Do czasu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (od dnia 15 grudnia do dnia 15 marca). Minimalny termin realizacji zamówienia wynosi 22 miesiące od daty zawarcia umowy (wraz z uzyskaniem decyzji na użytkowanie).”

Z kolei w Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 3 ust. 3, 4 wzoru umowy stwierdzono, że: „3. W chwili zawarcia Umowy Zamawiający na potrzeby obliczenia wartości zamówienia publicznego szacuje, że czas realizacji Usługi z zastrzeżeniem ust. 6 będzie wynosił: 52 miesiące

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.”

Natomiast w § 40 wzoru umowy określono, że: „(...)

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.”

Zaś w § 3 ust. 6-7 wzoru umowy uregulowano, że: „(...)

6. W przypadku pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta może nastąpić zawieszenie świadczenia Usługi (do 3 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą. Zawieszenie może nastąpić 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, zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej w terminie 14 dni przed datą wznowienia realizacji Usługi z zastrzeżeniem ust. 8. (...)”

Względem drugiego zarzutu Odwołujący wnosil o jednoznaczne określenie czasu realizacji usługi, poprzez w szczególności:

- a) usunięcie w Tomie I SIWZ - IDW w pkt 6 oraz w § 3 ust. 3 wzoru umowy określenia „szacunkowy”,
- b) wskazanie czasu realizacji wykonywania Usługi w ramach poszczególnych etapów poprzez wskazanie maksymalnego czasu ich trwania,
- c) doprecyzowanie sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do zawieszenia realizacji Usługi oraz wskazanie maksymalnego czasu takiego zawieszenia.

Izba uznała zasadność drugiego zarzutu Odwołującego. Należy uznać, że przyjęcie szacunkowego czasu realizacji umowy jest działaniem naruszającym art. 29 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem przyjętym w orzecznictwie sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 23.11.2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05) oraz KIO (np. wyrok KIO z dnia 16.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/13, KIO 1353/12 dotyczący co prawda prawa opcji, ale negujący możliwość przerwania w całości ryzyka gospodarczego kontraktu na Wykonawcę) to 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. W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w postanowieniach SIWZ terminów realizacji umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp przez jednoznacznie określenie minimalnego i maksymalnego okresu realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe działanie ze strony Zamawiającego pozwoli na przyjęcie przez Wykonawców określonych ram czasowych niezbędnych przy kalkulacji ryzyk w ramach wyceny złożonej oferty. Ponadto, Izba uznała, że Zamawiający winien przynajmniej przykładowo wskazać okoliczności, których zaistnienie będzie powodować po jego stronie uprawnienie do zawieszenia realizacji usługi, czyli przestoju, tak aby Wykonawcy byli w stanie wkalkulować w cenę oferty ryzyko z tym związane. W konsekwencji także nakazując Zamawiającemu sprecyzowanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przez wskazanie katalogu przesłanek uprawniających do zawieszenia realizacji usług. Rozprawa potwierdziła, w ocenie Izby, możliwość wskazania przez Zamawiającego takich przykładów, które co prawda nie będą miały charakteru katalogu zamkniętego, ale pozwolą skalkulowanie związanego z tym ryzyka. Wobec uznania zasadności zarzutu w zakresie żądania wskazania maksymalnego oraz minimalnego czasu realizacji umowy, jak i uznania zarzutu w zakresie konieczności wskazania w sposób przykładowy okoliczności, które będą powodować zawieszenie realizacji usługi, Izba uznała żądanie wskazania maksymalnego okresu zawieszenia czasu świadczenia usługi za nadmierne. Tym bardziej, że co do zasady, jak wskazywał Zamawiający na rozprawie, we wzorze umowy uregulowana jest kwestia wypowiedzenia umowy w przypadku, gdy okres zawieszenia czasu świadczenia usługi przekracza 60 dni (§ 40 ust. 2 wzoru umowy). Uwzględnione w ramach zarzutu żądania, w ocenie Izby, winny w sposób wystarczający pozwolić Wykonawcom na odpowiednie skalkulowanie związanego z zawieszeniem realizacji usługi ryzyka. W zakresie zawieszenia usługi wsparcia Zamawiającego, Izba przywołuje stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie stwierdził: *„(...) należy bowiem przyjąć, że realizacja usługi wsparcia nie będzie miała miejsca gdy umowa kontraktu na nadzór nad daną robotą budowlaną będzie podpisana o wiele później niż umowa na realizację robót budowlanych, czyli po zakończeniu procedury wyłonienia wykonawcy.”* Powyższe potwierdza, że Zamawiający jest w stanie określić, przykładowe okoliczności zawieszenia, jak i okoliczności rezygnacji z usługi wsparcia Zamawiającego. Wobec powyższego Izba nakazuje Zamawiającemu w ramach katalogu okoliczności zawieszających realizację usługi przedstawienie również przykładowego katalogu okoliczności zawieszających usługę wsparcia.

Odnosnie do zarzutu trzeciego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ust. 1 Pzp oraz 353¹ KC poprzez zawarcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji postanowień niejednoznacznych, nieuwzględniających wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie pozwalających wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą, a także umożliwienie Zamawiającemu jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy, a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, w związku z przyjęciem, że:

a. realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta (§ 10 ust. 9 wzoru umowy) co powoduje, że wykonawca na etapie składania oferty nie jest w stanie określić jakim personelem i w jakim zakresie będzie musiał dysponować na poszczególnych etapach realizacji przedmiotu umowy;

b. Zamawiający ma prawo do jednostronnego kształtowania zakresu przedmiotu zamówienia poprzez rezygnację z Usługi wsparcia Zamawiającego (§ 3 ust. 9 wzoru umowy) na etapie postępowania na udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu bez uprawnienia po stronie Konsultanta do dochodzenia od Zamawiającego związanych z tym kosztów

c. ograniczenie możliwości podejmowania przez część personelu Konsultanta bez zgody Zamawiającego dodatkowego zatrudnienia, Izba wskazuje na następujące okoliczności.

W Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 10 ust. 6-11 wzoru umowy stwierdzono, że: „(...)

6. W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia realizacji Usługi Konsultant przekaże Kierownikowi Projektu, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (zwany dalej „HPPK”).

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

8. HPPK określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Konsultanta, wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Konsultanta. HPPK może również określać podział wykonywania Usług przez Konsultanta na etapy odzwierciedlające wykonywanie Kontraktu. HPPK obligatoryjnie określa także rezerwę w przypadku ewentualnego przedłużenia czasu realizacji Kontraktu.

9. 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. Zmiany dotyczące zwiększenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę wejdą w życie w terminie wyznaczonym w HPPK przez Kierownika Projektu, nie wcześniej niż 14 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin.

10. Wszelkie inne zmiany HPPK wejdą w życie nie później niż 3 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin. Zatwierdzony HPPK staje się podstawą planowania czasu pracy Personelu Konsultanta.

11. Kierownik Projektu jest uprawniony do żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta, podając przyczynę oraz uzasadnienie wprowadzenia zmiany, wraz z określeniem terminu takiej zmiany. W terminie 14 dni od daty przekazania żądania zmiany Konsultant poinformuje Zamawiającego o danych personalnych osoby wchodzącej na miejsce osoby dotychczas wykonującej Usługę. W szczególności powodem żądania takiej zmiany może być to, że w opinii Zamawiającego osoba ta nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy. Żądanie Zamawiającego jest dla Konsultanta wiążące. (...)

Z kolei w § 3 ust. 9 wzoru umowy stwierdził, że: „(...)

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. (...)

Natomiast w § 10 ust. 12 wzoru umowy Zamawiający określił, że: „(...)

12. 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. (...)

Względem trzeciego zarzutu Odwołujący wnosil o:

a. wprowadzenie do wzoru umowy zamkniętego katalogu sytuacji, które uprawniałby Kierownika Projektu do wprowadzenia do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta zmian składu osobowego Personelu Konsultanta oraz ilości dniówek przeznaczonych dla danego eksperta, względnie określenie maksymalnego zakresu dopuszczalnych zmian w tym zakresie,

- b. wskazanie przypadków, których wystąpienie uprawnia Zamawiającego do rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego w okresie postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację robót budowlanych 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,
- c. zezwolenie na podejmowanie przez członków Personelu Konsultanta dodatkowych zajęć - bez zgody Zamawiającego - chyba że, zajęcia te miałyby kolidować z obowiązkami wynikającymi z Umowy.

W zakresie trzeciego zarzutu, Izba uznała częściową jego zasadność. W pierwszym rzędzie Izba podnosi, że Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) będzie, jak wskazał na rozprawie Zamawiający, co miesiąc przedstawiany przez samego Wykonawcę na podstawie metodyki przygotowanej w ofercie, a Kierownik Projektu będzie miał 7 dni na jego weryfikację. Powyższe jak wskazywał Zamawiający miało na celu usprawnienie zrealizowania kontraktu. Jednakże zmiany w HPPK są zmianami umowy w rozumieniu art. 144 Pzp i powinny być nie tylko opisane w SIWZ, tj. wzorze umowy, ale i uzgodnione przez strony – jako element warunku wprowadzenia zmiany, a ponieważ należy uznać, biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego z rozprawy, za usprawiedliwioną potrzebę Zamawiającego - prawo do uwag i obawę o przedłużanie procedury ustalania HPPK, to uzgadnianie zmiany harmonogramu należy ograniczyć jedynie do przyznania wykonawcy prawa do zgłoszenia umotywowanego niewiążącego Zamawiającego sprzeciwu. W skutek powyższego, Izba uznała, że celem zapewnienia sprawności i optymalizacji realizacji kontraktu właściwym jest przyznanie Wykonawcom prawa do złożenia umotywowanego sprzeciwu. W konsekwencji nakazując Zamawiającemu stosowną zmianę w § 10 ust. 9 wzoru umowy przez jego dostosowanie do wymagań art. 144 Pzp i określenie sposobu zmiany HPPK przez opisanie warunków dokonania tej zmiany i przez przyznanie Wykonawcy prawa do uzgodnienia treści zmiany przez zgłoszenie umotywowanego niewiążącego wykonawcę sprzeciwu. W zakresie rezygnacji z usługi wsparcia przez Zamawiającego (§ 3 ust. 9 wzoru umowy), Izba ponawia swoje wcześniejsze stanowisko, uznając, że *de facto* Zamawiający okoliczności takiej rezygnacji przedstawił na rozprawie. Odnosnie do kwestii wprowadzenia katalogu sytuacji, w których Zamawiający będzie udzielał zgody na podejmowanie przez członków Personelu Konsultanta dodatkowych zajęć, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie ma możliwości przedstawienia katalogu zamkniętego pozytywnego tego typu sytuacji, jednakże brak jest przeszkód, w ocenie Izby, po stronie Zamawiającego, do przedstawienia katalogu negatywnego, tj. określenia sytuacji kiedy takiej zgody nie wyrazi. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje Zamawiającemu podanie wszelkich

okoliczności mających wpływ na kalkulację oferty. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi nie podołał, gdyż okolicznością mającą wpływ na kalkulację oferty jest to, czy wykonawca będzie mógł za pomocą swojego personelu świadczyć także inne usługi w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego i Przystępujących, że to czy wykonawca może w okresach choćby zawieszenia realizacji usług używać personelu dedykowanego do realizacji tej usługi na innych kontraktach, czy też jego personel ma stale pozostawać w gotowości do świadczenia usługi, ma bezpośrednie przełożenie na koszty świadczenia usługi. Sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że w uzasadnionych przypadkach udzieli takiej zgody np. właśnie w okresach zawieszenia. Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że okolicznością istotną dla kalkulacji oferty jest to kiedy Zamawiający odmówi wykonawcy możliwości zatrudnienia członka personelu gdzie indziej. Wobec powyższego nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do postanowień SIWZ stosownego katalogu negatywnego, tj. określenia sytuacji kiedy nie wyrazi zgody na podejmowanie przez członków Personelu Konsultanta dodatkowych zajęć.

Odnośnie do zarzutu czwartego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji –

- § 5 wzoru umowy subiektywnych zapisów pozwalających na jednostronną i arbitralną ocenę pracy Konsultanta przez Kierownika projektu a także
- poprzez ograniczenie prawa Konsultanta do otrzymania wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywistemu czasowi świadczenia usługi przez danego członka Personelu Konsultanta (§ 27 ust. 2 wzoru umowy), Izba wskazuje na następujące okoliczności.

W Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 5 wzoru umowy stwierdzono, że: „(...) 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, dla Zadania, 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 kolei w § 4 ust. 4 pkt 3-4 wzoru umowy uregulowano, że: „(...)

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

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

2) Wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów utrzymania biura 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”.

Natomiast w § 27 ust. 2 wzoru umowy zawarto, że: „(...)

1. 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.”.

Względem czwartego zarzutu Odwołujący wnosil o usunięcie zapisów wskazanych w § 5 wzoru umowy, a przewidujących wypłatę wynagrodzenia Konsultanta w obniżonej wysokości ze względu na wykonanie usługi w Standardzie Podstawowym lub określenie obiektywnych kryteriów oceny Standardu Usługi, w tym wprowadzenie procedury weryfikacji oceny Kierownika Projektu dokonanej w tym zakresie oraz zmianę § 27 wzoru umowy tak, aby Konsultant miał prawo do uzyskania wynagrodzenia proporcjonalnego do rzeczywistego czasu świadczenia usługi przez jego Personel w sytuacji, gdy czas ten jest w ramach dniówki dłuższy lub krótszy niż 8 godzin.

Izba odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego comiesięcznej oceny Standardu Usługi Pracy Konsultanta dokonywanej przez Zamawiającego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta – Zał. nr 2 do umowy, częściowo oddaliła zarzut uznając, że przyjęty trzystopniowy poziom oceny jest korzystniejszy dla Wykonawcy niż zastąpienie go dwustopniowym, a do tego sprowadzała się de facto argumentacja Odwołującego i Przystępującego przedstawiona na rozprawie. Nadto, przedmiotem obmiaru mają być obowiązki wynikające z przyjętej metodyki oraz obowiązki wynikające z umowy. Powyższe w żadnym wypadku nie narusza opisu przedmiotu zamówienia w kontekście art. 29 ust.1 i 2 Pzp, nadto Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że postanowienia SIWZ w ich zaskarżonym brzmieniu naruszają zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Izba w tym względzie wzięła także pod uwagę postanowienia § 4 ust. 4 pkt 3-4 wzoru umowy, przychylając się w konsekwencji jedynie co do zasadności zarzutu odnośnie konieczności określenia przez Zamawiającego sposobu odwoływania się Wykonawców od przyznanej oceny. Nakazując Zamawiającemu stosowną zmianę postanowień SIWZ w tym zakresie i przyznanie Wykonawcom prawa do odwołania się od oceny Standardu Usługi Pracy Konsultanta i nakazała określenie zasad odwoływania

się od oceny dokonanej przez Zamawiającego.

W następnej kolejności względem uregulowania przyjętego przez Zamawiającego w § 27 ust. 2 wzoru umowy, Izba uznała, że zaskarżone postanowienia SIWZ nie naruszają art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż są jednoznaczne i wyczerpujące, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że naruszają one w ich zaskarżonym brzmieniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Uregulowania § 27 ust. 2 wzoru umowy znane są wszystkim uczestnikom postępowania i każdy z nich może w stosowny sposób dostosować treść swoich ofert, tudzież może mieć je na uwadze podczas realizacji zamówienia.

Odnosnie do zarzutu piątego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji (§ 36 ust. 7): „*Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z ważnych powodów, w wysokości 15% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2*”, przy wskazaniu ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy w sposób przykładowy (§ 41 ust. 3), Izba podnosi co następuje.

W Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 41 ust. 3 wzoru umowy stwierdzono, że: „(...)

3. Za ważne powody wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego należy rozumieć w szczególności sytuacje, w których:

- 1) Konsultant nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań wynikających z Umowy;*
- 2) Konsultant nie zastosuje się w terminie 21 dni od dnia otrzymania żądania zawartego w powiadomieniu przekazanym przez Kierownika Projektu, wymagającego, aby Konsultant naprawił zaniechanie lub brak wywiązania się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy, które mają wpływ na właściwe i terminowe wykonanie Usług;*
- 3) Konsultant podzleca Usługi bez zgody Zamawiającego;*
- 4) Konsultant nie dostarczył dokumentu zawarcia umowy ubezpieczenia, w tym dowodów opłacania składek;*
- 5) Konsultant odmawia lub zaniebuje wykonywania poleceń wydawanych przez Kierownika Projektu.”*

Względem piątego zarzutu Odwołujący wnosil o przyjęcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji:

- a) zamkniętego katalogu ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego lub
- b) przynajmniej wskazanie, że ważne powody uzasadniające wypowiedzenie muszą być zawinione przez Konsultanta.

Izba zarzut piąty oddaliła. Należy wskazać, że Zamawiający określił, co należy rozumieć przez wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z ważnych przyczyn, jednocześnie podając wytyczną interpretacyjną względem sytuacji nie wymienionych § 41 ust. 3 wzoru umowy. Nadto, w kontekście art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC, należy zauważyć, że zaskarżone postanowienia wzoru umowy nie naruszają zasady swobody umów, zaś art. 484 § 1 KC dotyczy kar umownych, a nie wypowiedzenia umowy. Odnosząc się do argumentacji podnoszonej na rozprawie należy zauważyć, że w ramach umów starannego działania, czyli umów zlecenia (art. 746 KC), iż nie określają one zamkniętego katalogu ważnych powodów, których zaistnienie uzasadnia wypowiedzenie umowy przez zleceniodawcę. Nadto § 3 art. 746 KC określa, że nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, jeśli zaś ważne powody nie zostały skatalogowane w umowie, to i tak, w ocenie Izby strony będą mogły złożyć oświadczenie o wypowiedzeniu.

Odnosnie do zarzutu szóstego, tzn. naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych przysługuje wyłącznie Zamawiającemu (SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji - § 36 ust. 10), a w konsekwencji uchybień, o których mowa powyżej naruszenie także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców co w szczególności prowadzi do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert, Izba podnosi co następuje.

W Tom II SIWZ Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji § 36 ust. 10 wzoru umowy stwierdzono, że: „(...)

10. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody oraz utraconych korzyści.”

Natomiast w § 36 ust. 8 wzoru umowy uregulowano, że: „(...)

8. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2.”

Względem szóstego zarzutu Odwołujący wnosil o przyjęcie w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy i Propozycja Treści Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w Formie Gwarancji, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych przysługuje Zamawiającemu oraz Konsultantowi.

Izba oddaliła zarzut szósty. Zaskarżony przepis § 36 ust. 10 wzoru umowy, ani nie narusza zasady swobody umów, ani nie obraża przepisu art. 484 § 1 KC. Nadto, Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 484 KC kara umowna zastrzegana jest na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków o charakterze niepieniężnym, te zaś obowiązki obciążają głównie Wykonawców. Natomiast po stronie Zamawiającego występują w przeważającej mierze obowiązki o charakterze pieniężnym. Stąd niejednakowy rozkład kar umownych, a w konsekwencji możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego nie świadczy samo w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń. Dodatkowo, Izba podnosi, że jedynym przypadkiem, gdy Zamawiający zapłaci Konsulatowi karę umowną jest przypadek wskazany w § 36 ust. 8 wzoru umowy, który określa karę umowną w przypadku wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2. W konsekwencji tylko wtedy wykonawca jest pozbawiony prawa do dochodzenia uzupełniającego odszkodowania. Powyższe oznacza, że w każdym innym przypadku niż przywołany, Wykonawca ma prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. W konsekwencji Odwołujący będzie mógł dochodzić wszelkich innych nakładów, które poczynił w związku z realizacją kontraktu na zasadach ogólnych.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....