

WYROK
z dnia 19 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Anna Packo

Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 listopada 2019 roku** przez wykonawcę **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie pozostałych zarzutów odwołania oznaczonych jako 1, 2, 3, 4, 6, 8 wobec ich uwzględnienia w części przez Zamawiającego przed rozprawą i cofnięcia części zarzutów przez Odwołującego na posiedzeniu;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 i 7 i nakazuje:
 - a) zmianę § 4 ust. 4 lit. c wzoru umowy przez wprowadzenie zapisu:
„Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o następujące zasady:

c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będą w miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do oferty – Formularz Cenowy”

b) zmianę § 11 ust. 7 i 8 wzoru umowy przez nadanie im brzmienia:

„7. Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag lub do wprowadzenia w nim zmian. W przypadku wprowadzania zmian Kierownik Projektu obowiązany jest podać pisemne uzasadnienie. Konsultant po zapoznaniu się z uzasadnieniem zmian może zaakceptować zmieniony HPPK i wtedy staje się on wiążący.

8. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania zmienionego Projektu HPPK wraz z pisemnym uzasadnieniem zmian do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaże ją pisemnie z podaniem szczegółowego uzasadnienia. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu wiążący między Stronami będzie HPPK w brzmieniu wynikający z wymagań SIWZ w zakresie minimalnych ilości personelu i ilości dniówek”.

3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie** i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Odwolującego: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 4 listopada 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1834 ze zmianami, dalej „Ustawa” lub „PZP”) odwołanie złożył wykonawca **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, dalej jak „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: <<Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: Moczydło (granica woj. świętokrzyskiego) - węzeł Miechów (z węzłem)”>> prowadzi Zamawiający: **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie** (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej sformułowaniu zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) z naruszeniem przepisów prawa. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że poprzez dokonanie czynności naruszył następujące przepisy: art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3a, art. 91 ust. 2d, 147 ust. 1, art. 139 ust. 1, art. 150 ust. 2, Ustawy PZP; art. 22 § 1 Kodeksu Pracy, art. 58, art. 353 KC i art. 354 KC.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nie posiada wszystkich danych niezbędnych do przygotowania oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę - nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych w odwołaniu Odwołujący nie ma możliwość przygotowania oferty w sposób prawidłowy.

Ogłoszenie o postępowaniu oraz SIWZ zostały opublikowane w dniu 25 października 2019 roku, a zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w ustawie Pzp. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Wpis w wymaganej wysokości został prawidłowo uiszczony na rachunek UZP.

1. § 4 ust. 4 lit e) Umowy - naruszenia art. 147 ust. 1 PZP w zw. z art. 150 ust. 2 PZP i art. 139 ust. 1 PZP poprzez ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w formie kaucji gwarancyjnej (potrącenie z wynagrodzenia Konsultanta w wysokości 10% z każdej faktury) przy jednoczesnym ustanowieniu gwarancji należytego wykonania umowy;

Zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 4 lit. e) Umowy Zamawiający określił taki sposób wypłaty wynagrodzenia, w którym ustanowił kaucję zabezpieczającą w wysokości 10%:

„e) wynagrodzenie będzie płatne do wartości 90% wynagrodzenia określonego § 4 ust. 2. Pozostałe 10 % wynagrodzenia określonego § 4 ust.2. będzie wypłacone z uwzględnieniem postanowień § 5, po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”.

Ustawodawca nie pozostawił Zamawiającemu dowolności w zakresie określania zabezpieczenia - zarówno celu, jak i maksymalnej wysokości. Przepis art. 147 ust. 1 Ustawy PZP wskazuje, że Zamawiający może żądać zabezpieczenia i wskazuje cel tego zabezpieczenia w ust. 2: „pokrycie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Przepis art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy PZP reguluje, iż zabezpieczenie nie może być wyższe niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Kaucja gwarancyjna uregulowana w § 4 ust. 4 lit. e Umowy jest dodatkowym zabezpieczeniem przekraczającym dopuszczalny ustawowy próg 10%. Zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 1 Umowy Wykonawca zobligowany jest przed podpisaniem umowy do wniesienia „Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ustala się zabezpieczenie w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto”. Zatem Zamawiający 2-krotnie zastosował zabezpieczenie w wysokości 10%.

Przedmiotowa 10% kaucja gwarancyjna zatrzymywana zgodnie z § 4 ust. 4 lit. e) Umowy jest de facto zabezpieczeniem, o czym świadczą ustalone w Umowie formy jej zwrotu. Zwrot następuje „po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy pkt. 8 Raport zamknięcia to nic innego jak „aktualizacja „Raportu końcowego” przedłożona najpóźniej w dniu wystawienia Świadectwa Wykonania, a więc należytego potwierdzenia zrealizowania usług zgodnie z celem zabezpieczenia, jakie określono w art. 147 ust. 2 PZP.

Takie stanowisko w zakresie Świadectwa Wykonania potwierdza Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, w opinii „Stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko”, gdzie wskazano: „Świadectwo Przejęcia może być uznane za odpowiednik protokołu odbioru, przy założeniu, że takie znaczenie zostało mu nadane w umowie. Natomiast wydanie Świadectwa Wykonania oznacza, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. okresie zgłaszania wad

stanowiącym faktycznie okres gwarancji." Tożsamo wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie o sygn. II CSK 35/06 (publ. LEX nr 182966) oraz Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 29 grudnia 2005 r. w sprawie o sygn. I ACa 556/05 (publ. OSA 2007/8/23, LEX 186127).

Tak sformułowane postanowienia Umowy stawiają wykonawców w obowiązku zabezpieczenia umowy w łącznej wysokości 20% ceny oferty brutto, co stanowi naruszenie przepisu art. 150 ust. 2 PZP, który uprawnia Zamawiającego do ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania w maksymalnej wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Forma kaucji gwarancyjnej pod przyjętą formą sposobu rozliczenia stanowi naruszenie art. 58 § 1 KC i stanowi czynność prawną sprzeczną z zapisami ustawy PZP, mającą na celu jej obejście.

W kwestii niezgodności w zakresie ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia wypowiedziała się KIO w wyroku o sygn. KIO 1139/15.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin” (bez węzła) do węzła „Załużki” (bez węzła)”, „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek II od węzła „Załużki” (z węzłem) do węzła „Modlin” (bez węzła)”, Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek III od węzła „Modlin” (z węzłem) do węzła „Czosnów” (bez węzła)” Zamawiający zamieścił we wzorze umowy identyczne postanowienie. Odwołujący w ramach postępowania KIO 1903/19 wnosił o wykreślenie postanowienia w całości. Zamawiający w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił odwołanie KIO 1903/19 w przeważającej części, w tym - zobowiązał się do wykreślenia § 4 ust. 4 lit e) Umowy. Zupełnie niezrozumiałe jest zatem ustalenie treści SIWZ w tym postępowaniu.

Odwołujący wnosil zatem o dokonanie zmiany SIWZ poprzez wykreślenie § 4 ust. 4 lit e) Umowy.

2. § 4 ust. 13 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 58 KC, art. 353 KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP w związku z ograniczeniem zasadności wynagrodzenia Konsultanta w okresie przedłużenia tylko i wyłącznie od przyczyn niezależnych do Konsultanta i Wykonawcy, co przenosi ryzyka wykonawcy jako podmiotu trzeciego na Konsultanta

Według § 4 ust. 13 Umowy Zamawiający uzależnia wysokość wynagrodzenia Konsultanta z tytułu świadczenia usług od ryzyka, na które w sposób pośredni Konsultant ani

nie może mieć wpływu, ani też - co nawet istotniejsze - nie jest w stanie w sposób jednoznaczny na etapie formowania oferty ocenić, a przez to - nie jest w stanie określić ceny oferty: „*W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu z przyczyn niezależnych od Konsultanta i Wykonawcy, Konsultant będzie uprawniony do uzyskania wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie*”. Należy więc rozumieć, że w innych przypadkach wydłużenia Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót, Konsultant nie otrzyma żadnego wynagrodzenia, pomimo iż będzie świadczył usługi na rzecz Zamawiającego.

Tak sformułowany zapis wykorzystuje dominującą pozycję Zamawiającego i przerzuca wszelkie ryzyka wykonania zamówienia na Konsultanta.

Umowa o zamówienie publiczne jest umową odpłatną. Zamawiający ma obowiązek określić szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy i okres świadczenia tych usług, zaś wykonawca na podstawie SIWZ ma obowiązek wycenić swoje usługi i podać cenę ofertową. Powyższe postanowienie SIWZ narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż Wykonawca nie może wycenić swoich usług - Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że jest możliwe, aby Konsultant świadczył usługi, a nie otrzyma za nie wynagrodzenia. Zwłaszcza, że zobowiązanie do neodpłatnego świadczenia usług obejmuje sytuacje, gdy np. Okres Projektowania wydłuży się z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

SIWZ nie wskazuje też, w jaki sposób Okres Projektowania lub Okres wykonywania Robót może się wydłużyć z przyczyn zależnych od Konsultanta czy Wykonawcy i kto będzie to oceniał. Wystarczające jest, że Zamawiający wskaże, że takie wydłużenie było z przyczyn zależnych i odmówi wypłaty wynagrodzenia.

Przepis art. 144 ustawy Pzp wskazuje, że umowy co do zasady cechuje stałość i wyłącznie okoliczności przewidziane w SIWZ lub przewidziane w art. 144 ustawy Pzp mogą stanowić podstawę zmiany umowy. Tym samym uprawniony jest pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy Pzp jest ich niezmiennosc. Wykonawca zaś na etapie kalkulacji oferty przetargowej zobowiązany jest w oparciu o dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe postanowienie umowy stawia wymóg uwzględnienia w ofercie okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy w opisie przedmiotu zamówienia, a więc Zamawiający oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty - przykładowo ogłoszenie upadłości przez Wykonawcę robót budowlanych. I to w sytuacji, gdy na etapie ofertowania nie wiadomo, kto będzie wykonawcą (postępowanie na wybór wykonawcy robót jest w toku). Zamawiający, wymagając skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew

zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 Ustawy PZP, co w konsekwencji doprowadzi do złożenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Zgodnie z doświadczeniem życiowym, żaden z uczestników postępowania nie jest w stanie dokonać rzeczowej i wiarygodnej analizy przedłużenia kontraktu z winy Wykonawcy robót budowlanych, gdyż jest to ocena niemożliwa do skalkulowania. Zamawiający nadużywa swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania i niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Oczywistym jest, że to Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy i takich uprawnień co do zasady Odwołujący nie kwestionuje. Niemniej jednak Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Takiego samego zdania jest również Krajowa Izba Odwoławczej w wyroku z dnia 17 marca 2017 roku (sygn. akt: KIO 409/17). Mimo iż Odwołujący ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia Zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego ryzyka, natomiast w realiach tej sprawy i wskazanego ryzyka, wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne. W konsekwencji dokonane zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353¹ k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.), a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Uprawniony jest zarzut w realiach przedmiotowej sprawy, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W myśl art. 353¹ k.c., umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. W ocenie Odwołującego, rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków umownych, co implikuje również nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. Ponadto,

Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w ramach wspomnianego w pkt 1 zarzutów odwołania postępowania. Zamawiający w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił odwołanie KIO 1903/19 w przeważającej części, w tym - zobowiązał się do wykreślenia § 4 ust. 13) Umowy.

Odwołujący wnosil o zmianę § 4 ust. 13 Umowy w sposób następujący:

„W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu Konsultant otrzyma wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie”.

3. § 5 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP i art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 58 KC, art. 3531 KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP - poprzez sprzeczne z prawem określenie zasad oceny poziomu świadczenia usług przez Konsultanta

Zapisy § 5 powinny kształtować zasady oceny poziomu świadczenia usług przez Konsultanta - wynika to z tytułu: „Ocena poziomu świadczenia usług”. Ocena ta powinna zostać ukształtowana zgodnie z zasadami prawa cywilnego, w tym - zgodnie z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego. Szereg postanowień § 5 wskazuje, że Zamawiający uprawniony jest do autorytarnych decyzji w zakresie decyzji - czy Konsultant prawidłowo wykonał swoje obowiązki, czy też wykonał je nieprawidłowo.

Po pierwsze, z przedmiotowych postanowień nie wynika, aby Zamawiający był zobowiązany pisemnie uzasadnić swoją decyzję w zakresie uznania, że Konsultant nieprawidłowo wykonał obowiązki umowne. Prowadzić to może do sytuacji, w której Wykonawca nawet nie będzie wiedział, co jest przyczyną uznania, że obowiązki wykonał nienależycie - co z kolei skutkować może obniżeniem wynagrodzenia dla Konsultanta.

Po drugie - w § 5 ust. 9 Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do działania prawie jak Sąd Odwoławczy, czy wręcz Sąd Najwyższy. Wskazano tam, że decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA „jest ostateczna”. Z postanowienia takiego można wnioskować, że Wykonawcy nie służy żadne uprawnienie do odwołania się od takiej decyzji do sądu powszechnego, w szczególności nie służy legitymacja do wniesienia powództwa o zapłatę czy też powództwa o ustalenie. A zatem Konsultant jest pozbawiony przysługującego mu konstytucyjnego prawa do sądu. Jest to niedopuszczalne.

Zamawiający ma prawo oceniać pracę Wykonawcy. W przypadku, gdy uzna, że usługa nie jest należycie świadczona ma prawo - zgodnie z regułami prawa cywilnego domagać się odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy, czy też naliczyć karę umowną. Co więcej - przepis art. 471 Kodeksu Cywilnego kształtujący odpowiedzialność kontraktową kształtuje nawet domniemanie winy wykonawcy w każdym przypadku

nienależytego wykonania Umowy. Jednak prawo cywilne nie zna żadnego niewzruszalnego domniemania nienależytego wykonania umowy czy też arbitralności wierzyciela w stwierdzaniu, że takie nienależyte wykonanie zaistniało.

Wobec powyższego Odwołujący uważa, że niezbędne jest dokonanie takich zmian w § 5, które zlikwidują arbitralność Zamawiającego w zakresie ustalania, czy zaistniało nienależyte wykonanie jakichś usług. W przypadku, gdy Wykonawca kwestionuje ocenę jego pracy przez Zamawiającego - Wykonawca powinien być uprawniony do wniesienia odpowiedniego powództwa. Bowiem tylko niezależny sąd powszechny jest uprawniony do oceny zaistniałej sytuacji. Z całą pewnością uprawnienie takie nie może zostać przyznane Dyrektorowi Oddziału GDDKiA. Byłby on bowiem wtedy sędzią we własnej sprawie.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. Zmianę § 5 ust. 5 zdanie 2 - 5 Umowy w sposób następujący:

4. „5. Kierownik Projektu jest zobowiązany każdorazowo pisemnie uzasadnić podjętą decyzję.”

2. Zmianę § 5 ust. 9 Umowy w sposób następujący.

„9. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia jego otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu Dyrektor Oddziału GDDKiA poda pisemnie szczegółowe uzasadnienie dla każdego nieuwzględnionego zarzutu/punktu.”

3. W § 5 po ust. 10 Umowy dodaje się nowy ust. 11 o treści:

„11. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu zgodnie z ust. 9 Konsultantowi służy uprawnienie do sądowego dochodzenia wynagrodzenia w spornym zakresie.”

4. § 36 ust. 14 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy PZP i art. 484 § 2 KC poprzez obowiązek zapłaty kary Umownej także w przypadku braku szkody po stronie Zamawiającego.

Zamawiający zamieścił w Umowie w § 36 kolejne postanowienie, które w nieuzasadniony sposób stawia go w uprzywilejowanej pozycji:

„§ 36 ust. 14. Konsultant jest obowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody”

Jest to postanowienie niezgodne z polskim systemem prawa cywilnego - stanowi ono bowiem wyłączenie uprawnienia wykonawcy do żądania miarkowania kary umownej. Oczywistym jest, że zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego do powstania roszczenia o zapłatę kary umownej nie jest konieczne powstanie szkody. Czym innym jednak jest roszczenie o zapłatę kary umownej, które może powstać nawet w przypadku braku szkody i Zamawiający nie musi żadnych postanowień w tym zakresie wpisywać do Umowy, a czym innym jest obowiązek zapłaty kary umownej.

W przypadku powstania roszczenia o zapłatę kary umownej wykonawca może podnosić żądanie miarkowania kary umownej. Z kolei przy żądaniu miarkowania kary umownej jak najbardziej można odnosić się do braku szkody po stronie wierzyciela. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał na tę przesłankę, wskazując jako kryterium rażącego wygórowania kary umownej, stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela. Już w wyroku z dnia 4 stycznia 1973 r., sygn. akt: I CR 376/72 Sąd Najwyższy stwierdził: *„Może stanowić podstawę miarkowania kary umownej okoliczność, że strona powodowa nie poniosła żadnej szkody wobec opóźnionego wykonania umowy. Żądanie bowiem - mimo braku szkody - kary umownej w znacznej wysokości może uzasadniać przyjęcie, że w stosunku do wartości przedmiotu umowy kara jest rażąco wygórowana i wymaga miarkowania.”* Pogląd ten jest reprezentowany w szerokiej linii orzeczniczej lat ostatnich - jak chociażby w Uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2006 r., której nadano moc zasady prawnej: *„Brak szkody lub jej nieznaczna (niewielka) wysokość mogłaby przecież stanowić także kryterium redukcji wysokości kary umownej, i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 będzie się eksponować kryterium „wysokości szkody”, czy już tylko „wysokość odszkodowania”, przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych.”*

Przedmiotowy pogląd zawarty w uchwale, której nadano moc zasady prawnej następnie powtarzany był w orzecznictwie Sądów Apelacyjnych w Warszawie oraz Sądu Najwyższego - przykładowo:

- Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 stycznia 2016 roku, sygn. akt IV CSK 223/15;
- Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2013 roku, sygn. akt I ACa 642/12;
- Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 marca 2013 roku, sygn. akt: I ACa 1129/12;
- Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt IV CSK 416/13;
- Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 roku, sygn. akt I ACa 683/13.

Zamawiający stara się więc w sposób nieuprawniony ograniczyć stosowanie przepisu art. 484 § 2 KC.

Wobec powyższego Wykonawca nie może oszacować ceny oferty - co narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PIP, gdyż nie jest w stanie określić ryzyk związanych z realizacją umowy - zapłata kary umownej w sytuacji, gdy zgodnie z zasadami prawa cywilnego może domagać się miarkowania kary umownej. Być może przedmiotowe postanowienie jest skutkiem doświadczeń GDDKiA w zakresie procesów sądowych, w których Sąd Najwyższy wielokrotnie już miarkował naliczone przez GDDKiA rażąco wysokie kary umowne - niemniej

jednak nie istnieje żadne uzasadnienie, aby Zamawiający arbitralnie uznawał, że wykonawcy nie będzie przysługiwało takie roszczenie w przyszłości.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu KIO 1903/19. Zamawiający w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił odwołanie w przeważającej części.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o wykreślenie § 36 ust. 14 Umowy

5. Art. § 11 ust. 5 Umowy - Naruszenia art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta jako podstawy do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu Płatności za pełnione usługi, na podstawie którego dokonywane będą płatności zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy, w odniesieniu do przyjętego przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru pełnionej usługi oraz przyjętych rozliczeń zgodnie z § 4 ust. 4 Umowy

Zamawiający w zapisach Umowy, w § 4 Wynagrodzenie, określił sposoby rozliczeń pomiędzy Zamawiającym z Konsultantem w cyklach miesięcznych. Sposób takich rozliczeń opisuje szczegółowo § 4 ust. 4:

„Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o następujące zasady:

- a) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje, za jeden miesiąc kalendarzowy, w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;*
- b) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie projektowania” rozliczane będzie w tym okresie w 15 równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku niepełnego miesiąca, wynagrodzenie będzie wypłacane proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu;*
- c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności;*
- d) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu” rozliczane będzie w tym okresie w 15 równych miesięcznych ratach do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku niepełnego miesiąca, wynagrodzenie będzie wypłacane proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu;”*

Zgodnie z Formularzem Cenowym, stanowiącym Tom IV SIWZ określono, które pozycje rozliczane będą w jednostkach czasu, a które w ramach ryczałtu. Zgodnie z tym formularzem Wykonawca winien na etapie składania oferty wskazać dla okresów „Usługi nadzoru w okresie projektowania” (Dział 2.1 Formularza Cenowego), okres realizacji robót (Dział 2.2 Formularza Cenowego), okres przeglądów i rozliczenia kontraktu (Dział 2.3 Formularza Cenowego) kwoty ryczałtowe.

Umowa w § 1 *Definicje* określa również definicję ryczałtu jako „jednostka rozliczeniowa świadczenia Usługi stanowiąca podstawę rozliczania pozycji ryczałtowych wskazanych w Formularzu Cenowym.” Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów usługi i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97).

Stosownie również do postanowień art. 632 § 1 KC - wynagrodzenie ryczałtowe charakteryzuje się tym, że jest w zasadzie stałe i niezmienne, traktowane jako należność ostatecznie ustalona w chwili zawarcia umowy za wykonanie świadczenia. Takie potwierdzenie określa również Zamawiający w § 4 ust. 5 „Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc”, ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt” oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka” nie będą podlegały zmianom w stosunku do Formularza Cenowego.”

Tymczasem regulacja sposobu rozliczeń między Konsultantem a Zamawiającym w zakresie ryczałtu przeczy powyższemu rozumieniu ryczałtu. O ile wedle zapisu § 4 ust. 4 lit. b) Umowy można przyjąć, iż wypełniają one przesłanki ryczałtu jako rozliczenia kwoty z Formularza Cenowego w 15 równych miesięcznych ratach, to zaprzecza temu dalszy zapis § 4 ust. 4 lit. f) odnosząc wartość rozliczenia „0- 50% wynagrodzenia zatwierdzonego w Harmonogramie Płatności obliczone jako iloczyn wartości wynagrodzenia danej pozycji z Harmonogramu Płatności i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy.”

Uzależnienie wynagrodzenia od Harmonogramu Płatności i Karty Oceny Pracy Jakości Konsultanta tyczy się również wynagrodzenia za okres realizacji robót, gdzie „wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności”. Odwołujący podkreśla, iż w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił definicji Harmonogramu Płatności, określił natomiast w § 11 ust. 3 obowiązek przedłożenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) „W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia

Usług" oraz w ust. 4 „W kolejnych okresach rozliczeniowych, tj. co miesiąc, Konsultant jest zobowiązany do aktualizacji HPPK". W dalszej części Umowy, Zamawiający z dniówkowego harmonogramu pracy personelu Konsultanta stwarza dokument w oparciu, o który opracowany zostanie Harmonogram Płatności oraz uzależnia od niego płatności. Taki zapis znajduje się w § 11 ust. 5 „HPPK jest podstawą do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu Płatności za pełnione usługi, w oparciu o który, z uwzględnieniem innych postanowień Umowy, będą dokonywane płatności należne Konsultantowi."

Taki sposób przyjętych rozliczeń przez Zamawiającego przeczy już definicji przyjętego ryczału i wyliczenie miesięcznej płatności na bazie harmonogramu pracy personelu Konsultanta stanowi przeobrażenie umowy w wynagrodzenia kosztorysowe. Takie rozumowanie przy przyjęciu sposobu rozliczenia ryczałtowego należy ocenić jako wadliwe lub wręcz niedopuszczalne.

Odwołujący zauważa, że wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem płatnym w sposób stały. Jest to zatem wynagrodzenie pewne, które wykonawca musi otrzymać. Tymczasem wynagrodzenie płatne za usługi rozliczane kosztorysowo jest wynagrodzeniem za czynności przyszłe niepewne. Oznacza to, że możliwe jest, iż wykonawca otrzyma je w całości, lub też w części, a nawet może nie otrzymać go. Przy przyjętym ryczałtowym sposobie rozliczeń, bez znaczenia jest opracowanie Harmonogramu Płatności w oparciu o Harmonogram pracy personelu Konsultanta obrazujący sposób skalkulowania ceny ryczałtowej pozycji. Sam sposób skonstruowania ceny ma charakter fakultatywny i w opinii Odwołującego winno być rozliczane w „równych miesięcznych ratach" jak opisano w Umowie § 4 ust. 4 lit. b).

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu KIO 1903/19. Zamawiający w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił to odwołanie w przeważającej części.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o zmianę 4 ust. 4 lit c) w sposób następujący:

1. *„Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o następujące zasady:*

c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót" rozliczane będzie w równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy”

2. wykreślenie § 11 ust. 5 Umowy

3. wykreślenie w całości § 4 ust. 4 lit. f Umowy.

6. § 4 ust. 4 lit. g i h Umowy - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców

i uczciwej konkurencji oraz w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenie sposób zasad wypłaty pełnego wynagrodzenia zryczałtowanego.

W § 4 ust. 4 lit g) oraz h) Zamawiający określił sposób rozliczenia z Wykonawcą w momencie zakończenia realizacji usługi zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego oraz w przypadku, gdy okres przeglądów i rozliczeń skończy się w terminie wcześniejszym niż określa to Umowa w § 3 ust. 2 pkt 3). W obu przypadkach Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż należne mu wynagrodzenie obligatoryjnie otrzyma.

§ 4 ust. 4 lit. g) brzmi:

„W przypadku; gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w § 3 ust. 2 pkt 3), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji, określonego w pozycji 2.3. Formularza Cenowego”.

Oznacza to, że Wykonawca „ma możliwość” wystąpić o wyrównanie, nie określa się natomiast, iż Wykonawca przedmiotowe wynagrodzenie otrzyma, na jakich zasadach i w jakim czasie.

Tożsama sytuacja ma się do § 4 ust. 4 lit. h), gdzie określono:

„Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

W przypadku wystawienia Świadczenia Przejęcia z Subklauzuli 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit. c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust. 6 nie wymaga uzasadnienia.”

Tak sformułowany sposób rozliczenia nie daje żadnej gwarancji Wykonawcy na otrzymanie wynagrodzenia, a jedynie może budować iluzoryczną możliwość samego wystąpienia.

Odwołujący wnosił o zmianę § 4 ust. 4 lit h) poprzez jednoznaczne określenie, iż po spełnieniu się wskazanych w w/w punktach przesłanek Wykonawca należne mu wynagrodzenie bezwarunkowo otrzyma, tj. po złożeniu wystąpienia wraz z należną fakturą.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu KIO 1903/19. Zamawiający, w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił to odwołanie przeważającej części.

Odwołujący wnosił o zmianę dla § 4 ust. 4 lit g) i h) w sposób następujący:

„g) W przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w § 3 ust. 2 pkt 3), Konsultant otrzyma pełne wynagrodzenie ryczałtowe przewidziane dla tej pozycji, określone w pozycji 2.3. Formularza Cenowego”.

h) Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant otrzyma wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

W przypadku wystawienia Świadcstwa Przejęcia z Subklauzuli 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit. c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust. 6 nie wymaga uzasadnienia.”

7. § 11 ust. 3 oraz OPZ pkt. 2.1.1-2.1.2 - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie niejednoznacznego określenia liczby wymaganego personelu.

Zgodnie z Umową § 11 ust. 3 Konsultant zobowiązany jest:

„W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaże Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 1.1 do 1.6 i od 4.1 do 4.6 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.8.”

Zamawiający przedmiotowymi zapisami obliguje Konsultanta do precyzyjnego określenia w podziale na każdy miesiąc realizacji usługi dostępności i zaangażowania Personelu. Takie zobowiązanie nakłada na Konsultanta obowiązek dokładnego skalkulowania personelu z dokładnością niemal co do dnia jego zaangażowania, nawet w momencie, kiedy nie jest znany ani Wykonawca robót budowlanych, ani jego program robót.

Jednocześnie w Umowie jest wymóg § 13 ust. 18 „Konsultant jest zobowiązany zapewnić pracę ekspertów w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Konsultanta wynikających z Umowy w celu realizacji Kontraktu zgodnie z HPPK. Czas pracy Konsultanta zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawcy, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót.”

Natomiast Zamawiający już po podpisaniu Umowy zapewnia sobie prawo do zmiany ilości personelu przyjętej przez Wykonawcę na etapie składania oferty i do jego

bezpodstawnego zwiększenia w ramach swoich uprawnień. Zgodnie z umową § 11 ust. 7 „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 wraz z poprawkami wprowadzonymi przez Kierownika Projektu. Kierownik Projektu jest uprawniony do odmowy takiego zatwierdzenia wraz z odpowiednim uzasadnieniem.” Ponadto Wykonawcy na taką wprowadzoną przez Zamawiającego zmianę nie przysługuje żadna forma odwołania. Co prawda § 11 ust. 8 daje możliwość wniesienia sprzeciwu, jednak jego jednostronne zapisy nie dają żadnych możliwości wprowadzenia zmian. Także w tym przypadku Zamawiający przyznaje sobie do autorytarnej decyzji, przyznając sobie uprawnienie do ostatecznego rozstrzygnięcia sporu i bycia sędzią we własnej sprawie - „Decyzja Dyrektora Oddziału jest ostateczna”.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu KIO 1903/19. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1903/19 uwzględniła zarzut i nakazała zmianę SIWZ poprzez wskazanie w SIWZ zarówno minimalnej liczby personelu, jak i minimalnej liczby dni pracy. Zupełnie niezrozumiałe jest zatem ustalenie treści SIWZ w kolejnym postępowaniu w sposób sprzeczny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wnosil o zmianę SIWZ poprzez jednoznaczne wskazanie w SIWZ ilości personelu i ilości dniówek/etatów zawierających się w cenie ryczałtowej. Przedmiotowe postanowienia SIWZ pozwolą na jednoznaczne przyjęcie tożsamyh warunków przez wszystkich Wykonawców, co pozwoli na złożenie porównywalnych ofert.

oraz

Odwołujący wnosil o

1. Zmianę § 11 ust. 7 w sposób następujący:

„7. Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag lub do wprowadzenia w nim zmian. W przypadku wprowadzania zmian Kierownik Projektu obowiązany jest podać pisemne uzasadnienie. Konsultant po zapoznaniu się z uzasadnieniem zmian może zaakceptować zmieniony HPPK i wtedy staje się on wiążący.”

2. zmianę § 11 ust. 8 w sposób następujący:

„8. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania zmienionego Projektu HPPK wraz z pisemnym uzasadnieniem zmian do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej Dyrektor Oddziału GDDKiA prześle ją pisemnie z podaniem szczegółowego uzasadnienia. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu wiążący między Stronami będzie

HPPK w brzmieniu wynikający z wymagań SIWZ w zakresie minimalnych ilości personelu i ilości dniówek”.

8. § 6 ust 3 i 5 Umowy - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta.

Postanowienie Umowy w § 6 ust 1 określa, iż *„Wynagrodzenie płatne Konsultantowi będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków, kosztów w gospodarce narodowej”*. Kwota Wynagrodzenia określona jest w § 4 ust. 2 jako *„Wynagrodzenie Konsultanta wynikające z Umowy, zgodnie z Ofertą Konsultanta (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy)”*. W ust. 3 Zamawiający określa *„Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT, dotycząca Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu.”*

Tak sformułowane zapisy stanowią, iż waloryzacji nie będzie podlegała kwota wskazana w pkt 2.1 Formularza Cenowego, która zgodnie z definicją § 4 ust. 2 zalicza się do Wynagrodzenia zgodnie z ofertą.

Ponadto wedle § 6 ust 5 wskaźnik waloryzacji jest liczony od dnia zawarcia Umowy: *„Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:*

$$Pn = 0,2 + 0,8 * Ww / 100$$

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej - ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 887 z późn. zm.), wyliczony w odniesieniu do dnia zawarcia Umowy.”

Zamawiający jako gospodarz postępowania ustalając zapisy przedmiotowego punktu w takiej postaci, przesuwa na Wykonawcę ryzyko przedłużania się postępowania przetargowego po okresie składania ofert. Wykonawca dokonując kalkulacji na dzień składania ofert przyjmuje współczynniki panujące w tamtym okresie i nie ma wpływu na to ile czasu Zamawiający będzie weryfikował oferty. Zgodnie z dotychczasową praktyką GDDKiA prowadzi etap badania i oceny ofert przez wiele miesięcy.

Przedmiotowy zapis w identycznym brzmieniu był już przedmiotem zarzutów podnoszonych w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu KIO 1903/19. Zamawiający, w dniu 9 października 2019 roku uwzględnił to odwołanie przeważającej części.

Wedle powyższego Odwołujący wnosił o:

1. Zmianę brzmienia § 6 ust 3 w sposób następujący:

„Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od pierwszego miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT”

2. Zmianę brzmienia § 6 ust 5 w sposób następujący:

„Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:

$$Pn = 0,2 + 0,8 * Ww / 100$$

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej - ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 887 z późn. zm.), wyliczony w odniesieniu do dnia składania ofert”.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, zdaniem Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pismach procesowych wraz z załącznikami, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca wnoszący odwołanie deklaruje, że jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu, istotnych warunków przyszłego kontraktu oraz opis przedmiotu zamówienia przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożyli wykonawcy:

- 1) Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.** Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia;
- 2) ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.**

Izba nie dopuściła Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, z uwagi na niedochowanie drogi zgłoszenia. Zgodnie z § 5.3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnosi się w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Wykonawca złożył przystąpienie podpisane podpisem elektronicznym ale uczynił to za pośrednictwem adresu mailowego przypisanego Izbie. Tym samym należało

uznać, że nie zachowano drogi określonej przepisami prawa do zgłoszenia przystąpienia w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on w części zarzuty. Na posiedzeniu przed Izłą Odwołujący złożył oświadczenie, iż w związku z uwzględnieniem zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1, 4 i 8 cofa zarzuty oznaczone nr 2, 3 i 6, biorąc pod uwagę wprowadzone zmiany oraz stanowisko merytoryczne Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, które czyni zadość żądaniom z odwołania. W tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przytoczył brzmienie zapisów SIWZ, w tym warunków wzoru umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe ustalenia po uwagę, Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymywanych przez Odwołującego zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Niewątpliwie granicę dozwolonych działań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy

powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Potrzeby te nie mogą jednak prowadzić do preferowania tylko jednego rozwiązania systemowego, podczas gdy na rynku dostępnych jest wiele, funkcjonalnie zbieżnych rozwiązań, które może zaoferować nieograniczony krąg wykonawców.

Przechodząc do omówienia zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w zakresie zarzutów nr 5 i 7 Izba podzieliła argumentację Odwołującego i nakazała stosowne zmiany zapisów wzoru umowy w brzmieniu wynikającym z sentencji niniejszego orzeczenia.

W zakresie zarzutu nr 5 Zamawiający uznał ten zarzut częściowo i postanowił wykreślić § 11 ust 5 Umowy, jednocześnie wnosił o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Zamawiający zwracał uwagę, że charakter inwestycji, który jest objęty przedmiotem postępowania jest odmienny od będącego przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w postępowaniu KIO 1903/19. Fakt uwzględnienia przez Zamawiającego w tamtym postępowaniu częściowo zarzutów nie powoduje automatycznie zasadności zarzutu w przedmiotowym postępowaniu.

Wynagrodzenie za pełnienie nadzoru w okresie trwania robót budowlanych ma charakter ryczałtowy i nie zmienia tego charakteru fakt jego wypłaty w ustalonych w Harmonogramie Płatności częściach. Modyfikacja oczekiwana przez Odwołującego i zobowiązanie do wypłaty w równych ratach miesięcznych nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący zbyt daleko usiłuje wkroczyć w tej kwestii w przysługującą Zamawiającemu swobodę ustalenia warunków, na jakich realizowane będzie zamówienie. Nie zostało przy tym ustalone wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne lecz wynagrodzenie ryczałtowe za określony etap realizacji.

Podobnie jak w procedurze zatwierdzania HPPK, tak również i w przedmiotowym przypadku, konieczne i uzasadnione jest pozostawienie Zamawiającemu wpływu na sposób wypłaty ustalonego ryczałtu i umożliwienie jego dostosowania do rzeczywistego zaawansowania usługi.

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia uprawnia Zamawiającego do zapłaty całości ustalonej kwoty po zakończeniu usługi. Zamawiający podjął decyzję o płatnościach częściowych wskazując na sposób ustalania ich wielkości. Jest to nie tylko dopuszczalne, ale i w pełni usprawiedliwione z uwagi na charakter usługi, a także mieści w się granicach swobody przyznanej Zamawiającemu co do kształtowania warunków na jakich chce uzyskać określone zamówienie.

Częściowe płatności, będą dostosowane do faktycznego zaawansowania usługi. Pozwoli to Zamawiającemu także na oszacowanie należnego wynagrodzenia Konsultanta np. w przypadku rozwiązania z nim umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe będzie należne wykonawcy, ale pod warunkiem, że usługa zostanie przez niego w całości wykonana. Brak wykonania usługi w całości lub w części oznacza brak zapłaty ryczałtu w odpowiedniej części. Wypłata ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego w częściach pozwala pokrywać na bieżąco koszty prowadzonej przez konsultanta usługi i jednocześnie pozwala zamawiającemu na kontrowanie kosztów, w powiązaniu z zakresem wykonanej umowy.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie, uważa że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Jak wynika z zapisów § 4 ust. 4 pkt c wzoru umowy miesięczne wynagrodzenie Konsultanta z tytułu usługi nadzoru w okresie realizacji Robót rozliczane miało być w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności. Jednocześnie dalsze zapisy SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, jak również warunków umownych nie charakteryzują pojęcia harmonogramu płatności. Postanowienia SIWZ nie zawierają przede wszystkim zasad tworzenia harmonogramu płatności, który ma być podstawą wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy w okresie nadzoru nad realizacją robót budowlanych. Nie zawarto żadnych zasad w jaki sposób Wykonawca ma wycenić zawansowanie wykonywanej usługi, co dzieje się w przypadku przedłużenia lub skrócenia wykonywania robót budowlanych, nie powiązano elementów wykonywania usługi nadzoru z etapem wykonywania robót budowlanych, by taki harmonogram mógł powstać i być podstawą zapłaty Wykonawcy.

O ile Izba zgadza się z Zamawiającym, że wypłata wynagrodzenia może i powinna następować w stosunku do faktycznego zawansowania wykonywania usługi przez Wykonawcę, o tyle reguły obliczenia i wyceny tego faktycznego zaangażowania nie zostały w umowie w żaden sposób określone w stosunku do zasad wypłaty wynagrodzenia dla etapu nadzoru nad robotami budowlanymi. Postanowień § 4 ust. 4 lit c) nie powiązano w żaden sposób z zasadami płatności za wykonane roboty budowlane. Zgodzić należy się z twierdzeniem Odwołującego, że dla etapu wykonywania nadzoru nad robotami budowlanymi (z punktu widzenia celowości prowadzonego postępowania – zdawałoby się etapu najistotniejszego i kluczowego) nie zostały określone reguły wypłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę, a zapisy wzoru umowy mają lakoniczną postać.

Kwestionowane zapisy wzoru umowy nie oddają intencji Zamawiającego, które wyrażone zostały w odpowiedzi na odwołanie. Owszem, Zamawiający wprowadził częściowe płatności, ale nie uzależnił wypłaty wynagrodzenia Konsultanta od zaangażowania i zaawansowania prac, a przynajmniej intencji takiej nie oddają postanowienia wzoru umowy. Skrótowno jedynie określono, że podstawą zapłaty będzie harmonogram płatności, a w innym miejscu wzoru umowy napisano, że powstanie on w powiązaniu z HPPK. Jaki jest natomiast związek obu tych dokumentów, jakie dane ma zawierać harmonogram płatności, jakie są granice swobody przy jego tworzeniu w odniesieniu do danych z HPPK i formularza oferty Zamawiający już nie określił. Wykonawcy dokonując wyceny usług do oferty muszą posiadać wiedzę na jakie płatności mogą liczyć w jakim okresie, aby mogli uwzględnić w ofertach kredytowanie, płatności zaliczkowe i inne okoliczności mające przełożenie na cenę oferty. Jest to nie szczególnie istotne dla porównywalności ofert.

Izba nie wyklucza, że kierunkowo założenia Zamawiającego powiązania wynagrodzenia za nadzór z etapem wykonywania robót budowlanych są słuszne, co jednak nie oznacza, że wynagrodzenie za wykonanie usług nadzoru nie może być płatne w okresach miesięcznych i z tych powodów Izba nakazała zmianę § 4 ust. 4 lit. c wzoru umowy w następujący sposób, że miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane i rozliczane będzie w miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do oferty – Formularz Cenowy. Izba uważa, że miesięczne wypłaty wynagrodzenia nie muszą występować w równej wysokości, ale mogą być uzależnione i powiązane z rzeczywistym wykonaniem usług nadzoru nad robotami budowlanymi. Przy czym Zamawiający powinien dookreślić reguły, w jaki sposób ustalał będzie owo zaangażowanie w stosunku do postępów prac budowlanych.

Skład orzekający Izby nie podziela natomiast stanowiska Odwołującego, że zapłata wynagrodzenia w odstępach miesięcznych musi przyjąć stałą, czy też równą wysokość. Co do zasady, może zdarzyć się sytuacja, gdy w danym miesiącu wynagrodzenie Konsultanta wynosić będzie 0 zł, ponieważ nie będą nadzorowane żadne prace budowlane, co jednocześnie nie oznacza, że reguła zapłaty za wykonanie usługi nie będzie miała charakteru ryczałtowego. Taka metodologia wypłaty wynagrodzenia oznacza, że Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe za określony etap realizacji w ujęciu miesięcznym, stosownie do wykonanych obowiązków umownych. Istota wynagrodzenia ryczałtowego polega na tym, że wykonawca otrzymuje zapłatę w stałych odstępach czasu do wysokości zadeklarowanej w złożonej ofercie, nie musi to jednak oznaczać, że kolejne raty wynagrodzenia muszą przyjąć stałą wysokość.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uznał zarzut za częściowo uzasadniony i postanowił uzupełnić zapisy PFU w zakresie personelu, który zobowiązany będzie zabezpieczyć wykonawca.

Odwołujący domagał się także zmiany w zakresie procedury związanej z zatwierdzeniem Harmonogramu pracy personelu Konsultanta (HPPK). Zamawiający dokonał częściowo zmian. W ocenie Zamawiającego nie jest możliwe jednak wprowadzenie w całości modyfikacji oczekiwanych przez Odwołującego.

Zamawiający postanowił doprecyzować sytuacje, w jakich Kierownik Projektu będzie uprawniony do wprowadzenia wiążących zmian do HPPK oraz umożliwił zwrócenie się o dodatkową weryfikację uwag do Dyrektora Oddziału, zobowiązując do pisemnego uzasadnienia podjętych decyzji. Niemniej prawidłowa organizacja pracy w ramach kontraktu i osiągnięcie przez Zamawiającego usługi na oczekiwanym poziomie, realizowanej w sposób nie utrudniający wykonywania robót budowlanych, a jednocześnie zapewniający właściwy

nad nimi nadzór, wymaga aby Zamawiający miał realny wpływ, na organizację pracy Konsultanta w zakresie wskazanym w zmodyfikowanym zapisie.

Zdaniem Zamawiającego nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której Konsultant w sposób dowolny organizuje pracę swojego personelu. HPPK musi każdorazowo uwzględniać sytuację na Kontrakcie. Stąd Zamawiający rezerwuje sobie prawo do wprowadzenia w uzasadnionych sytuacjach zmian w HPPK. W innym przypadku nie miałby gwarancji uzyskania świadczenia, którego oczekuje. Zgodnie z ustawą Prawo budowlane, to obowiązkiem Zamawiającego, występującego również w roli Inwestora, jest zapewnienie nadzoru nad prowadzonymi robotami, fakt zawarcia umowy z Konsultantem nie powoduje bezpośrednio zwolnienia z odpowiedzialności w tym zakresie.

Z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, że wykonawcy usługi nadzoru, mimo deklaracji składanych na etapie postępowania przetargowego, w toku realizacji usługi niejednokrotnie nie są w stanie właściwie zaplanować pracy personelu, co najczęściej prowadzi do przestojów na budowie i roszczeń wykonawców robót.

Przyczyny braku właściwego dostosowania HPPK do harmonogramu robót są różne. Są to nie tylko braki organizacyjne, ale także braki kadrowe, tj. niedysponowanie przez Konsultanta specjalistami, którymi zobowiązany jest dysponować w określonym czasie. W takich sytuacjach wykonawcy przedstawiają/aktualizują HPPK, który jest dostosowany do aktualnej dyspozycyjności personelu konsultanta, a nie do rzeczywistych potrzeb Kontraktowych i zaawansowania inwestycji. Możliwość weryfikacji i wprowadzenia wiążących zmian w HPPK przez Zamawiającego zagwarantuje zminimalizowanie ryzyka w tym zakresie. Wprowadzona procedura zatwierdzenia HPPK, chroni interes Zamawiającego nie naruszając interesów wykonawcy, o ile zamierza rzetelnie realizować przyjęte na siebie obowiązki.

Jednocześnie wskazanie przez Zamawiającego planowanej liczby personelu — zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego oraz wyrokiem KIO z dnia 10.10.2019r. powoduje, że nieaktualne są obawy Odwołującego związane z brakiem możliwości dokonania oszacowania oferty, czy nadmiernymi oczekiwaniami ze strony Zamawiającego na etapie realizacji usługi.

Zapisy umowy nie pozbawiają także wykonawcy prawa do dochodzenia swoich praw na drodze postępowania sądowego. Pomimo decyzji o wykreśleniu zapisu o ostateczności decyzji Dyrektora Oddziału w przypadku oceny pracy Konsultanta, w przypadku procedury zatwierdzenia HPPK Zamawiający decyduje o pozostawieniu zapisu w tej kwestii. Pozwoli to

na ustalenie obowiązującego harmonogramu pracy i zapobiegnie destabilizacji pracy na budowie, nie zaburzając przy tym ewentualnych praw dochodzenia swoich racji przez Konsultanta na drodze sądowej.

Zamawiający uwzględnił zarzut w części poprzez zmianę OPZ i wskazanie w pkt 2.1.2. - planowanej liczby personelu oraz planowanej liczby dniówek, a także poprzez zmianę zapisów § 11 ust. 7 i 8 w następujący sposób:

„7. 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 ze zmianami wprowadzonymi przez Kierownika Projektu. Zmiany HPPK mogą zostać wprowadzone przez Kierownika Projektu gdy zaistnieją okoliczności zgodnie z ust. 11 poniżej, w szczególności mogą one 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.

W przypadku wprowadzania zmian, Kierownik Projektu obowiązany jest podać pisemne uzasadnienie.

8. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania zatwierdzonego przez Kierownika Projektu HPPK, do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA, sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem, Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu i prześle Konsultantowi pisemne uzasadnienie.

Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna”.

Izba rozpoznając niniejszy zarzut podzieliła stanowisko Odwołującego i uznała, że odwołanie w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie zgodnie z żądaniem odwołania.

W ocenie Izby wprowadzone nowe zapisy ust. 7 i ust. 8 § 11 wzoru umowy, przy jednoczesnej deklaracji Zamawiającego, że określi on w SIWZ planowaną liczbę personelu oraz planowaną liczbę dniówek, przeczy założeniom opisanym w odpowiedzi na odwołanie. Wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy procedura zatwierdzania ostatecznej wersji HPPK w takim wypadku jest nielogiczna. Z jednej strony bowiem Zamawiający wskazuje, że podaje minimalne ilości osób i roboczogodzin, które wykonawca ma wycenić w ofercie, a z drugiej strony wprowadzane są rozwiązania dające Zamawiającemu nieograniczone prawo do zwiększania liczby osób, czy czasu pracy tych osób bez możliwości

ubiegania się przez Wykonawcę o dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu. Przywołany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie § 11 ust. 11 wzoru umowy ma charakter katalogu otwartego okoliczności, które po stronie Zamawiającego mogą rodzić uprawnienie do wiążących zmian w HPPK.

Co warte podkreślenia, procedura zaproponowana przez Zamawiającego przede wszystkim przeczy temu, że zmiana umowy wymaga wspólnej zgody stron i cała decyzja w tym zakresie jest ostatecznie podejmowana przez Dyrektora Oddziału. Tym samym wprowadzona procedura daje nieograniczoną i dyskrecyjną władzę Dyrektorowi Oddziału, który arbitralnie i ostatecznie może podjąć decyzję o finalnym kształcie HPPK, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę zapis, że decyzja Dyrektora Oddziału ma charakter ostateczny.

Słusznie podnosił Odwołujący i Przystępujący na rozprawie, że jeżeli w toku wykonywania umowy Zamawiający dowolnie będzie mógł modyfikować liczbę dniówek i personelu, to de facto wprowadzona zmiana wzoru umowy co do podania ich minimalnych ilości ma charakter iluzoryczny. Nie jest wiadomym ostatecznie, jaką liczbę etatów i dniówek ma zapewnić i wycenić w ofercie wykonawca, brak jest określenia w SIWZ, do jakiej ilości Zamawiający może te zmiany wprowadzać. Natomiast zapewnienie, że Zamawiający w ramach zmian HPPK poruszał się będzie jedynie w granicach dniówek i liczby personelu określonych w SIWZ i wynikających z oferty ma jedynie charakter procesowy, nie przedkłada się na treść SIWZ. Co więcej, w ocenie składu orzekającego Izby zapewnienie to wprost przeczy twierdzeniom odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający z góry zakłada bowiem, że może zdarzyć się taka sytuacja, gdy liczba personelu wykonawcy będzie musiała ulec zwiększeniu z uwagi na intensyfikację robót budowlanych. Trudno więc w takim przypadku domniemywać, że Zamawiający będzie poruszał się tylko w minimalnych ilościach określonych w SIWZ i wycenionych w ofercie, jeżeli te Zamawiający uzna za niewystarczające. Uzasadnione są obawy Wykonawców, że Zamawiający może twierdzić, że treść oferty wykonawcy obejmuje zgodę na zwiększenie ilości personelu i dniówek i że zostało to już skalkulowane w ofercie.

Proponowana przez Odwołującego procedura zatwierdzenia zmian w HPPK jest spójna i prowadzi do równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Ma ona postać koncyliacyjnego rozwiązania sporu. Poszczególne etapy uzgodnienia ostatecznego kształtu HPPK mają powtarzalny charakter, aż do osiągnięcia wspólnego stanowiska przez Strony umowy.

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego ale należy w tym aspekcie

uwzględnić zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

Końcowo Izba podkreśla, że zapisy wzoru umowy w brzmieniu zakwestionowanym w odwołaniu i ustalonym odpowiedzią na odwołanie można uznać za naruszające zasady opisu przedmiotu zamówienia określone w art. 29 ustawy Pzp. Wykonawcy czytając opis przedmiotu zamówienia, analizując własne obowiązki wynikające z warunków kontraktowych, winni posiadać taki komplet danych, który pozwoli na właściwą wycenę zaciąganego zobowiązania, które odzwierciedlała będzie cena oferty, w tym także możliwe powinno być zidentyfikowanie ryzyk kontraktowych i ich wycena.

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 odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....