

**WYROK**  
z dnia 24 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. i 19 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Promost Consulting sp. z o. o. w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):
  - a) w pkt 2.3.1.17 rozdziału III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) poprzez dodanie po słowie „...SIWZ.” słów „Rodzaje badań i ich minimalna ilość jest określona w załączniku nr do opisu przedmiotu zamówienia” lub wykreślenia postanowienia pkt 2.3.1.17,
  - b) w pkt 14.3 Instrukcji dla wykonawców poprzez wykreślenie słowa „*dodatkowymi*”,
  - c) w pkt 1.1.2 rozdziału III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) poprzez nadanie mu brzmienia:

*„Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi, zamiennymi w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków. Zamawiający przewiduje dla Wykonawcy robót w systemie zaprojektuj i wybuduj udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie: a) prac projektowych, b) robót budowlanych w zakresie: - trasa rowerowa, - obiekty inżynierskie. -*

*przepusty, - infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice), - elementy zabezpieczające mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp., - roboty towarzyszące. Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20 % zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III.*

*W przypadku wystąpienia prac lub robót dodatkowych Zamawiający przewiduje dla Inżyniera Kontraktu udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie nadzoru nad: a) **Pracami projektowymi,** b)*

*Robotami budowlanymi w zakresie: - trasa rowerowa, - obiekty inżynierskie, - przepusty, - infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice), - elementy zabezpieczające (mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp.), - roboty towarzyszące.*

*Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20% zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III”.*

- d) w pkt 2.5.6. rozdziału III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) poprzez nadanie mu brzmienia: „Dostarczenia Zamawiającemu faksem lub e-mailem informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym) w czasie do 3 godzin od zadania pytania przez Kierownika Projektu, (w szczególności dotyczących zgodności z harmonogramem/harmonogramami lub ewentualnymi jego zmianami), oraz niezwłocznego potwierdzenia przesłanej informacji w formie pisemnej.”,
- e) art. 4 ust. 3 projektu umowy, ogólne warunki umowy (Rozdział V SIWZ) poprzez opisanie uzasadnionych sytuacji, w których zamawiający uprawniony będzie do polecenia Inżynierowi Kontraktu wprowadzenia dwuzmianowego trybu pracy,
- a także wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Promost Consulting sp. z o. o. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **Promost Consulting sp. z o. o. w Rzeszowie** kwotę **19.071 zł 03 gr** (słownie: dziewiętnastu tysięcy siedemdziesięciu jeden złotych trzech groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od

odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad zadaniem pn. <Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej – województwo podkarpackie> w systemie <zaprojektuj i wybuduj> (5 odcinków)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 19 lutego 2014 r. nr 2014/S 035-057653. W dniu 19 lutego 2014 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Wobec treści postanowień SIWZ wykonawca Promost Consulting sp. z o. o. w Rzeszowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 28 lutego 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj.
  - a. brak jednoznacznego określenia terminu zakończenia przez Inżyniera Kontraktu pełnienia usługi związanej z realizacją zamówienia, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów, uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,
  - b. brak jednoznacznego określenia do przeprowadzenia jakich badań kontrolnych jest zobowiązany oferent, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów w sposób porównywalny przez wszystkich oferentów, uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,
  - c. brak jednoznacznego określenia do przeprowadzenia jakich badań sprawdzających jest zobowiązany oferent, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów w sposób porównywalny przez wszystkich oferentów , uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,

- d. brak jednoznacznego określenia wskazującego sposób dostosowania umowy zawartej przez zamawiającego z Inżynierem Kontraktu, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów w sposób porównywalny przez wszystkich oferentów, uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,
  - e. brak jednoznacznego określenia przez zamawiającego zakresu zamówienia, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów w sposób porównywalny przez wszystkich oferentów, uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,
  - f. brak jednoznacznego określenia przez zamawiającego pojęcia „okres ważności umowy”, co nie pozwala na należyte określenie poziomu kosztów w sposób porównywalny przez wszystkich oferentów, uniemożliwiając w konsekwencji prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów.
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez:
- a. nieprecyzyjne określenie terminu zakończenia pełnienia funkcji przez Inżyniera Kontraktu;
  - b. nieprecyzyjne określenie jakie badania kontrolne i w jakiej ilości mają zostać przeprowadzone przez Inżyniera Kontraktu;
  - c. nieprecyzyjne określenie jakie badania sprawdzające i w jakiej ilości mają zostać przeprowadzone przez Inżyniera Kontraktu;
  - d. brak wskazania, czego ma dotyczyć dostosowanie umowy, o którym mowa w pkt. 3.2.3. i pkt. 14.3. Instrukcji dla wykonawców oraz pkt. 1.1.3. opisu przedmiotu zamówienia;
  - e. nieprecyzyjne określenie zakresu zamówienia;
  - f. brak wskazania, co należy rozumieć pod pojęciem „okres ważności umowy”, o którym mowa w pkt. 14.3. Instrukcji dla Wykonawców;
  - g. nieprecyzyjne określenie formy, w jakiej będzie zadawał pytania Inżynierowi Kontraktu kierownik projektu, a także udzielał odpowiedzi na te pytania Inżynier Kontraktu;
  - h. nieprecyzyjne określenie podstaw do nakładania kar umownych, poprzez brak należytego wyjaśnienia, co należy rozumieć pod pojęciem „niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy”;

- i. niejednoznaczne określenie, w jakich dniach tygodnia ma przebywać na inwestycji personel Inżyniera Kontraktu;
  - j. niejednoznaczne określenie kwestii związanych z potwierdzaniem obecności personelu Inżyniera Kontraktu;
  - k. poprzez określenie, że podstawę do wystawienia faktury przez Inżyniera kontraktu stanowi dokument „świadectwo przejściowe wykonania robót/prac projektowych za dany okres”, pomimo, że taki dokument nie został wymieniony w kontrakcie.
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez brak sprecyzowania, kiedy Inżynier kontraktu zakończy pełnienie swojej funkcji, a także brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia,
- 4) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ustalenie wartości zamówienia w związku z nieuwzględnieniem w wynagrodzeniu Inżyniera kontraktu:
- a. kosztu badań kontrolnych, do których przeprowadzenia jest zobowiązany Inżynier Kontraktu,
  - b. kosztu badań sprawdzających, do których przeprowadzenia jest zobowiązany Inżynier Kontraktu,
  - c. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregokolwiek z odcinków,
  - d. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi i dodatkowymi,
  - e. wynagrodzenia należnego za dokonanie rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia etc. umowy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą kontraktu,
  - f. kosztów związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie 2 zmianowym,
  - g. poprzez przyjęcie sposobu wypłaty wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu w powiązaniu z postępowaniem prac realizowanych przez wykonawcę,
- 5) art. 353 KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP poprzez:
- a) sformułowania sposobu wypłaty wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w sposób naruszający zasadę społeczno - gospodarczego przeznaczenia prawa, a także zasadę ekwiwalentności świadczeń,
  - b) zawarcie w dokumentacji zapisów, pozwalających Zamawiającemu na jednostronne ograniczenie zakresu usług świadczonych przez Inżyniera Kontraktu,

- 6) art. 735 § 1 KC i art. 742 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez sformułowanie sposobu wypłaty wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu w sposób sprzeczny z przepisami, które regulują sposób wypłaty wynagrodzenia Zleceniobiorcy,
- 7) art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez brak opisu sposobu obliczenia ceny w sytuacji:
  - a) pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregokolwiek z realizowanych odcinków,
  - b) o której mowa w art. 15 pkt 4 Projektu Umowy, tj. wypowiedzenia umowy przez wykonawcę i konieczność dalszego świadczenia usługi przez Inżyniera Kontraktu,
  - c) pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi i dodatkowymi.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:

1. W Rozdziale I SIWZ - Instrukcja Dla Wykonawców pkt 4.1., w zapisie: *„4.1 Całość zamówienia należy zrealizować w terminie; Rozpoczęcie umowy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi z dniem podpisania umowy. Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi w dniu Wystawienia Świadectwa Wykonania. Zamawiający planuje zakończenie robót budowlanych oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie i dopuszczenie do ruchu do 30 września 2015 r.”* wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww zapisów i wprowadzenie następujących zapisów:

*„Rozpoczęcie umowy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi z dniem podpisania umowy. Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi w dniu 28 października 2021r.*

*Na okres realizacji usługi składa się:*

*1) etap I - nadzór, kontrola i odbiór opracowań projektowych w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 27.03.2015 r.*

*2) etap II - zarządzanie i nadzór nad robotami budowlanymi od dnia 28.03.2015 r. do dnia 30.09.2015r.*

*3) etap III - okres zgłaszania wad do dnia wystawienia Świadectwa Wykonania tj. 28.10.2021 r.”*

2. W Projekcie Umowy Akt Umowy, w § 8 ust. 7, ust. 8 oraz załączniku nr 2 do Projektu Umowy - Ogólnych Warunkach Umowy w art. 6 ust. 6 w zapisie: *„Należność dla Inżyniera Kontraktu będzie wyliczona ze stosunku procentowego zaawansowania robót do wartości umownej kontraktu dla Inżyniera Kontraktu (..) Procent zaawansowania robót będzie wyliczony ze stosunku wartości (zrealizowanych przez Wykonawcę i odebranych przez Inżyniera Kontraktu) robót za dany okres zgodnych ze stanem faktycznym do wartości całego kontraktu”* wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww zapisów i wprowadzenie następujących zapisów:

*„Wypłata należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę nastąpi na podstawie przedłożonego przez Inżyniera Kontraktu i zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu płatności wg następujących zasad:*

- Dla etapu I - będzie wypłacana w równych częściach co miesiąc, począwszy od dnia podpisania umowy a kończąc na upływie terminu etapu I*
- Dla etapu II - będzie wypłacane w równych częściach co miesiąc do dnia zakończenia realizacji etapu II*
- Dla etapu III - będzie wypłacane od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia a kończąc na upływie terminu etapu III.*

*Rozliczenia będą odbywać się w oparciu o przedłożony przez Inżyniera Kontraktu harmonogram płatności i prawidłowo wystawione faktury VAT”,*

3. W pkt. 2.3.1.17 opisu przedmiotu zamówienia w zapisie *„Przeprowadzenie na swój koszt badań kontrolnych. Badaniami i pomiarami kontrolnymi należy objąć 10% badań określonych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych będących załącznikiem do Kontraktu/Kontraktów. Badania te winno wykonywać laboratorium nie związane z Zamawiającym ani Wykonawcą zgodnie z zasadami wymienionymi w SIWZ”* wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację ww. zapisu i nadanie następującego brzmienia:

*„Przeprowadzenie na swój koszt badań kontrolnych. Badaniami i pomiarami kontrolnymi należy objąć 10% badań określonych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych będących załącznikiem do Kontraktu/Kontraktów. Badania te winno wykonywać laboratorium nie związane z Zamawiającym ani Wykonawcą zgodnie z zasadami wymienionymi w SIWZ. Rodzaje badań i ich minimalna ilość jest określona w załączniku nr do opisu przedmiotu zamówienia”.*

4. W pkt. 2.3.1.18 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie *„Uzyskać pewność co do wiarygodności wyników badań laboratoryjnych przedstawianych przez Wykonawcę/Wykonawców Robót. W tym celu Inżynier Kontraktu ma prawo do zlecenia badań sprawdzających wyniki badań przedstawianych przez Wykonawcę Robot. Koszt badań sprawdzających, których wynik jest niezgodny z SST obciążą Wykonawcę Robót. Koszt badań sprawdzających, których wynik jest zgodny z SST obciąża Inżyniera Kontraktu”* wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację zapisu i nadanie następującego brzmienia:

*„W przypadku powstania sporu co do wiarygodności wyników badań Wykonawcy/ Wykonawców robót Inżynier Kontraktu za zgodą Zamawiającego zleci wykonania badań kontrolnych niezależnemu laboratorium. Kosztem badań sprawdzających niezgodnych z SST Zamawiający obciąży Wykonawcę. W przypadku wyniku badań kontrolnych zgodnych z*



*SST koszty poniesie Inżynier Kontraktu. Minimalna ilość badań sprawdzających określono w załączniku nr....”*

5. W art. 15 pkt 4 Projektu Umowy, Załącznik nr 2 - Ogólne Warunki Umowy, w zapisie *„W przypadku wypowiedzenia Umowy przez Wykonawcę Inżynier Kontraktu będzie zobowiązany do dalszego świadczenia Usługi do czasu wyłonienia nowego Inżyniera Kontraktu, jednakże nie dłużej niż 6 miesięcy od dnia wypowiedzenia, a także do zakończenia w tym terminie świadczenia Usług w zorganizowany sposób umożliwiający zminimalizowanie kosztów. Za pracę wykonaną w tym okresie Inżynier Kontraktu otrzyma wynagrodzenie zgodne z Umową”*, wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww. zapisu, bądź ewentualnie dokonanie jego modyfikacji i wprowadzenie następującego zapisu:

*„Strony zgodnie ustalają, że w przypadku przerwy w realizacji robót budowlanych, spowodowanej odstąpieniem przez Zamawiającego lub Wykonawcę, wypowiedzeniem Umowy z Wykonawcą, wypowiedzeniem Umowy z Wykonawca przez którąkolwiek ze stron lub innymi przypadkami, gdy przerwa będzie trwała dłużej niż 30 dni Inżynierowi Kontraktu będzie przysługiwało 50% wynagrodzenie brutto przewidziane w harmonogramie przedstawionym przez Inżyniera Kontraktu za każdy miesiąc przerwy w realizacji inwestycji. Powyższe postanowienia nie ograniczają prawa Zamawiającego do odstąpienia lub wypowiedzenia niniejszej Umowy. Po wznowieniu wykonywania robót budowlanych Inżynier Kontraktu przedłoży Zamawiającemu zaktualizowany harmonogram płatności”*.

6. W pkt. 3.2.3 Instrukcji dla Wykonawców, w pkt 14.3 Instrukcji dla Wykonawców, pkt 1.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie: *„W przypadku zmiany lub odstąpienia od Umowy z wybranym Wykonawcą na jedno lub kilka zadań (ww. odcinków) umowa zostanie odpowiednio dostosowana”* wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww. zapisu.

7. W pkt 3.3, 14.3, Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, w zapisie: *„Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregokolwiek z realizowanych odcinków”* wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww. zapisów i wprowadzenie następujących zapisów:

*„W przypadku wydłużenia czasu pełnienia usługi z przyczyn niezależnych od Inżyniera Kontraktu wynagrodzenie zostanie powiększone proporcjonalnie do czasu wydłużenia pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu dla poszczególnych etapów realizacji usługi (dotyczy etapów I i II) uwzględniając koszt wynajęcia biura Inżyniera i płac Zespołu Inżyniera o kwotę wyliczoną wg wzoru:*

<i>Koszt wynajęcia i utrzymania biura+ wynagrodzenia Zespołu Inżyniera Kontraktu dla etapu I/II</i>	<i>x</i>	<i>Czas wydłużenia w dniach dla etapu I/II</i>
<i>Umowny czas realizacji (w dniach) dla etapu I/etapu II</i>		

8. W pkt 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie: „*Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi, dodatkowymi, zamiennymi w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków. Zamawiający przewiduje dla Wykonawcy robót w systemie zaprojektuj i wybuduj udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie: a) prac projektowych, b) robót budowlanych w zakresie: - trasa rowerowa, - obiekty inżynierskie. - przepusty, - infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice), - elementy zabezpieczające mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp.) - roboty towarzyszące. Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20 % zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III.*” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację ww zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„*Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami zamiennymi, w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków*”.

„*W przypadku wystąpienia zamówień dodatkowych i/lub uzupełniających Zamawiający przewiduje dla Inżyniera Kontraktu udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie nadzoru nad:*

- a) *Pracami projektowymi,*
- b) *Robotami budowlanymi w zakresie:*
  - *trasa rowerowa,*
  - *obiekty inżynierskie.*
  - *przepusty.*
  - *infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice),*
  - *elementy zabezpieczające (mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp.). - roboty towarzyszące.*

*Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20% zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III*”.

9. W pkt. 3.3, 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia, w zapisie „*Umowa z Inżynierem kontraktu będzie dotyczyła tylko zadań (ww.*

odcinków) na które Zamawiający zawrze umowę z Wykonawcą w systemie zaprojektuj i wybuduj” wprowadzenie zmiany poprzez wykreślenie ww. zapisu.

10. W pkt. 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców w zapisie „Ceny określone przez wykonawcę są wartościami ryczałtowymi - zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację ww zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„Ceny określone przez wykonawcę są wartościami ryczałtowymi - zostaną ustalone na okres od dnia zawarcia umowy tj. od dnia .... do dnia .....r. i dotyczą etapu I, II i III”.

11. W pkt. 2.1.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie „Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie do rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania. wypowiedzenia etc. umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami (Kontraktu) zadania pn: „Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (5 odcinków) (..)” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację ww zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie za wynagrodzeniem, którego wysokość zostanie ustalona jako iloczyn stawki godzinowej w wysokości zł oraz ilości roboczogodzin do rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia etc, umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami (Kontraktu) zadania pn: „Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (5 odcinków)”;

12. W pkt. 2.4.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie „Wygzekwowanie od Wykonawcy robót przygotowania Operatu Kolaudacyjnego 4 egzemplarzy (Odbiorowego) wraz z jego sprawdzeniem, w tym pełnej dokumentacji powykonawczej. Jeden kompletny egzemplarz operatu kolaudacyjnego pozostaje u Inżyniera przez okres 5 lat” poprzez wykreślenie zapisu.

13. W pkt. 2.5.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zapisie „Dostarczenia Zamawiającemu pisemnej informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym) w czasie do 3 godzin od zadania pytania przez Kierownika Projektu, (w szczególności dotyczących zgodności z harmonogramem/harmonogramami lub ewentualnymi jego zmianami)” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„Dostarczenia Zamawiającemu faksem/e-mailem informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym) w czasie do 72 godzin od zadania za pośrednictwem e-maila/faksu pytania przez Kierownika Projektu, (w szczególności dotyczących zgodności z harmonogramem/harmonogramami lub

ewentualnymi jego zmianami). Termin 72 godzin nie biegnie w soboty, niedziele, święta i dni ustawowo wolne od pracy."

14. W § 10 ust. 2 pkt 4 Projektu Umowy Akt Umowy w zapisie „Niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań. 10% wynagrodzenia umownego brutto niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu umowy” wprowadzenie zmiany poprzez usunięcie ww. zapisu.

15. W art. 4 ust. 2 Ogólnych Warunków Umowy w zapisie „Personel Inżynier Kontraktu ma obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji w godz. 7 00 - 15 00 (w okresie realizacji)” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„Personel Inżyniera Kontraktu ma obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji w dniach roboczych, tj. od poniedziałku do piątku, w godz. 7 00 - 15 00 (w okresie realizacji)”

16. W art. 4 ust. 3 Ogólnych Warunków Umowy w zapisie „Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu w systemie 2-wu zmianowym iw przypadku konieczności lub/i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy” wprowadzenie zmiany poprzez modyfikację zapisu i nadanie następującego brzmienia:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie 2-wu zmianowym (w przypadku konieczności lub/i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy. W przypadku polecenia przez Zamawiającego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie 2-wu zmianowym, wynagrodzenie należne Inżynierowi Kontraktu ulega proporcjonalnemu zwiększeniu względem wynagrodzenia należnego za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie jednozmianowym.”

17. W art. 4 ust. 5 Ogólnych Warunków Umowy w zapisie „Obecność personelu Inżyniera Kontraktu potwierdzana jest własnoręcznym podpisem na znajdującej się w Biurze Inżyniera Kontraktu liście obecności. Inżynier kontraktu udostępnia niniejszą listę do wglądu Zamawiającemu na każde jego żądanie” wprowadzenie zmiany poprzez usunięcie zapisu.

18. W art. 6 ust. 5 Ogólnych Warunków Umowy w zapisie „Podstawą do wystawienia faktury przez Inżyniera Kontraktu będzie: zatwierdzone przez Zamawiającego świadectwo przejściowe wykonania robót/prac projektowych za dany okres, rozliczenie z podwykonawca, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia” wprowadzenie zmiany poprzez usunięcie zapisu, ewentualnie dokonanie jego zmiany i ukształtowanie płatności na rzecz Inżyniera Kontraktu w oparciu o następujący zapis:

„Inżynier Kontraktu będzie wystawiał faktury zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem płatności Inżyniera Kontraktu”.

19. W pkt 18.2 Rozdziału I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców dodanie po zapisie 18.2.16 zapisu 18.2.17 o następującym brzmieniu:

„18.2.17. Zwiększenie wynagrodzenia w przypadku wydłużenia czasu pełnienia Usługi z przyczyn niezależnych od Inżyniera Kontraktu. Wynagrodzenie zostanie zwiększone proporcjonalnie do czasu wydłużenia, uwzględniając koszty wynajęcia biura Inżyniera i płac zespołu Inżyniera o kwotę wyliczoną wg wzoru:

Koszt wynajęcia i utrzymania biura+ wynagrodzenia zespołu inżyniera kontraktu	x	Czas wydłużenia w dniach
Umowny czas realizacji (w dniach)		

W uzasadnieniu zarzutu 1 odwołujący argumentował, że zamawiający określił terminy wykonania zamówienia, nie precyzując jednak w sposób wyraźny kiedy Inżynier Kontraktu zakończy pełnienie swej funkcji, co tym samym uniemożliwia potencjalnym oferentom należyte skalkulowanie w ofercie wynagrodzenia. Odwołujący wskazał na postanowienia Klauzuli 11.9 - Świadczenie Wykonania Warunków Ogólnych FIDIC dla urządzeń oraz Projektowania i Budowy wydanie angielsko - polskie niezmiennione 2008. Wskazał, że w przypadku wydłużenia okresu gwarancji o jeden miesiąc, Inżynier Kontraktu zmuszony będzie przejechać kolejne 430 km, nie otrzymując w zamian od Zamawiającego żadnego dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Wywiódł, że zamawiający wymaga od oferenta skalkulowania w swojej ofercie kosztów hipotetycznego (nieokreślonego wynagrodzenia), które ma uwzględniać potencjalną możliwość przedłużenia realizacji zadania jak i przedłużenia okresu zgłaszania wad. Na dzień sporządzania oferty dane te są niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania.

Odnośnie zarzutu 2, odwołujący argumentował, iż kwestionowane w tym zarzucie postanowienia SIWZ dotyczące zasad wypłaty wynagrodzenia naruszają zasady uczciwej konkurencji oraz zasady społeczno - gospodarczego przeznaczenia prawa. Podniósł, że umowa o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu jest umową starannego działania (zlecenia). Tym samym na podstawie dyspozycji art. 139 ust. 1 ustawy zastosowanie znajdują regulacje zawarte w ustawie - kodeks cywilny, w tym regulujące umowę zlecenia. Powyższe oznacza zatem, że wynagrodzenie, jakie otrzyma w związku z realizacją umowy Zleceniobiorca musi pokrywać jego wydatki, na co wskazują regulacje dotyczące umowy zlecenia, zgodnie z którymi zleceniobiorcy należy się obok wynagrodzenia także zwrot wydatków. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której płatność wynagrodzenia jest przesunięta w czasie a

Inżynier Kontraktu ponosi całe ryzyko związane z realizacją inwestycji. Zawarcie przez zamawiającego zapisów, które uzależniają wypłatę wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu od postępu prac realizowanych przez wykonawcę jest bezprzedmiotowe, albowiem w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie tych prac realizował, natomiast swoje obowiązki będzie wykonywał Inżynier Kontraktu, należy mu się zwrot wydatków. Nadmieniał, że Inżynier Kontraktu nie ma żadnych realnych narzędzi, które pozwalałyby mu dyscyplinować wykonawcę w realizacji jego prac i w przypadku bezczynności zamawiającego w takiej sytuacji nie otrzyma stosownego wynagrodzenia. Wywiódł, że zamawiający w żadnym z dokumentów SIWZ nie wskazał, że Inżynier Kontraktu ma przez określony czas kredytować realizację zamówienia. Wskazał, że Inżynier Kontraktu ponosi określone, stałe koszty związane z utrzymaniem biura Inżyniera Kontraktu, takie jak czynsz, opłaty za media telefony, utrzymywanie w zatrudnieniu całej kadry wymaganej w SIWZ oraz inne koszty związane z pozostawaniem w tzw. gotowości do realizacji przedmiotu umowy.

Odnośnie zarzutu 3, odwołujący podniósł m.in., że zamawiający wymaga od Inżyniera Kontraktu do przeprowadzania na swój koszt badań kontrolnych pomimo, że Szczegółowe Specyfikacje Techniczne i dokumentacja nie zostały przedłożone (formuła zaprojektuj i zbuduj), a tym samym nie jest możliwe określenie o jakie rodzaje badań kontrolnych chodzi zamawiającemu oraz jakie koszty są związane z ich przeprowadzeniem. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wskazać oferentom w SIWZ, jakie badania kontrolne mają zostać przeprowadzone i w jakich ilościach.

Odnośnie zarzutu 4, odwołujący podniósł, że należałoby zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia zapisy precyzujące o jakie badania sprawdzające chodzi oraz jaki jest koszt takich badań, bądź też wprowadzić zapis, zgodnie z którym, celem weryfikacji wyników badań laboratoryjnych przedstawianych przez wykonawcę, Inżynier Kontraktu uprawniony jest do przeprowadzenia badań sprawdzających na koszt wykonawcy.

Odnośnie zarzutu 5, odwołujący podniósł, iż zgodnie z SIWZ Inżynier Kontraktu nie otrzyma żadnego wynagrodzenia za okres 6 miesięcy pełnienia funkcji, następujący po wypowiedzeniu umowy przez Wykonawcę. Zdaniem odwołującego, skoro wykonawca nie będzie realizował żadnych robót w okresie wypowiedzenia umowy, to tym samym brak jest w oparciu o regulacje umowne przesłanek, które pozwalałyby na wypłatę wynagrodzenia Inżynierowi Kontraktu.

Odnośnie zarzutu 6, odwołujący wywiódł, że zamawiający nie wskazał, czego ma dotyczyć dostosowanie umowy w przypadku zmiany lub odstąpienia od umowy z wybranym Wykonawcą na jedno lub kilka zadań (ww. odcinków). Nie wprowadzono żadnych okoliczności doprecyzowujących. Uniemożliwia to skalkulowanie ceny, gdyż ograniczenie zakresu rzeczowego nadzorowanych robót budowlanych (np. skrócenie o 5 kilometrów) nie zmienia zasadniczo obowiązków Inżyniera Kontraktu wynikających z umowy. Argumentował,

że zamawiający z jednej strony przewiduje modyfikację umowy w razie zmniejszenia zakresu prac wykonywanych przez Inżyniera Kontraktu, z drugiej zaś strony wyklucza taką zmianę w przypadku, gdy zakres ten zostanie zwiększony.

Odnośnie zarzutu 7, odwołujący wywiódł, iż postanowienie odnośnie pełnienia (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregośkolwiek z realizowanych odcinków jest niejednoznaczne. Nie wskazuje jaki ewentualnie okres wydłużenia realizacji któregośkolwiek z realizowanych odcinków powinien zostać uwzględniony przez Inżyniera Kontraktu przy sporządzaniu oferty. Tym samym ubiegający się o zamówienie nie jest w stanie odpowiednio skalkulować w ofercie kwoty wynagrodzenia. Oznacza to, również że ryzyko związane z ewentualnym wydłużeniem terminu realizacji zamówienia przerzuca w całości na oferenta.

Odnośnie zarzutu 8, odwołujący podniósł, że obowiązek pełnienia (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi, dodatkowymi, zamiennymi w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków uniemożliwia wycenę oferty. Oferent na etapie składania oferty nie jest w stanie przewidzieć, czy i w ogóle oraz w jakim zakresie mogą wystąpić roboty uzupełniające, dodatkowe oraz jaki będzie charakter i zakres tych robót. Zapis wymaga usunięcia, ewentualnie modyfikacji poprzez wskazanie zakresu robót uzupełniających/dodatkowych, którego przekroczenie pozwoli na proporcjonalne zwiększenie wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu.

Odnośnie zarzutu 9, odwołujący argumentował, iż zapis zgodnie z którym umowa z Inżynierem kontraktu będzie dotyczyła tylko zadań (ww. odcinków) na które zamawiający zawrze umowę z wykonawcą w systemie zaprojektuj i wybuduje, uniemożliwia dokonanie przez oferentów prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Wskazał, że oferent dokonuje kalkulacji na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu całościowo na 5 zadań, a nie na poszczególne zadania i z takim założeniem zakłada określone koszty jednostkowe.

Co do zarzutu 10, odwołujący podniósł, że zamawiający posłużył się sformułowaniem „okres ważności umowy” bez określenia, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Pojęcie to może być różnie interpretowane przez wykonawców i wymaga doprecyzowania.

Co do zarzutu 11, odwołujący wskazał, że obowiązek rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac lub robót w przypadku rozwiązania lub wypowiedzenia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą bez przyznania wynagrodzenia Inżynierowi Kontraktu uniemożliwia kalkulację ceny. Nie wiadomo, na ilu odcinkach może dojść do rozwiązania/wypowiedzenia umowy z wykonawcą.

Co do zarzutu 12, odwołujący podniósł, iż zapis zobowiązuje Inżyniera Kontraktu do wyegzekwowania od wykonawcy robót przygotowania Operatu Kolaudacyjnego a jednocześnie brakuje jakichkolwiek zapisów, które pozwalałyby Inżynierowi Kontraktu realnie

wyegzekwować spełnienie tego obowiązku. Oznacza to, że zamawiający nałożył na oferenta określony obowiązek, nie przewidując jednocześnie dla Inżyniera Kontraktu żadnych narzędzi, które pozwalałyby na wyegzekwowanie tego obowiązku.

Co do zarzutu 13, odwołujący argumentował, iż zamawiający wymagał dostarczenia przez Inżyniera Kontraktu w czasie 3 godzin od zadania pytania pisemnej informacji o stanie prac. Jest to bardzo krótki termin, którego spełnienie mając na uwadze zakres prac objętych zamówieniem oraz zadania realizowane przez Inżyniera Kontraktu może być niemożliwe, a w konsekwencji narażać Inżyniera Kontraktu na obowiązek zapłaty kar umownych. Ponadto zapis nie wskazuje formy, w jakiej zostanie zadane pytanie przez Kierownika Projektu (e-mail, telefonicznie, faks) natomiast nakłada na Inżyniera Kontraktu obowiązek udzielenia odpowiedzi na piśmie, co w sytuacji, gdy wykluczone zostanie możliwość dostarczenia odpowiedzi poprzez wiadomość e-mail lub za pośrednictwem faksu oznacza, że w zasadzie niemożliwe jest spełnienie tego obowiązku.

Co do zarzutu 14, odwołujący podniósł, że kwestionowany zapis przewiduje nałożenie kary umownej za niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto. Nie wiadomo co kryje się pod pojęciem niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy. Poza tym z zapisu nie wynika, czy kara umowna może zostać nałożona za jeden przypadek niedbałego wykonywania umowy, czy też możliwe jest jej ponowne nałożenie.

Co do zarzutu 15, odwołujący wywiódł, iż obowiązek przebywania personelu Inżyniera Kontraktu na przedmiotowej inwestycji w godz. 7 00 - 15 00 (w okresie realizacji) - nie wskazuje, czy obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji dotyczy wszystkich dni tygodnia, czy tylko dni roboczych i wymaga doprecyzowania.

Co do zarzutu 16, odwołujący argumentował, że kwestionowany zapis oznacza, iż zamawiający może w każdej chwili wedle uznania zażądać od Inżyniera kontraktu pełnienia funkcji w systemie 2 zmianowym, co oznaczać będzie podwyższenie kosztów realizacji prac przez oferenta bez obowiązku wypłaty w takim wypadku dodatkowego wynagrodzenia. Zważywszy na fakt, że takie żądanie może w zasadzie dotyczyć dowolnego okresu czasu, może mieć miejsce sytuacja, w której przez prawie cały okres realizacji zamówienia Inżynier kontraktu będzie zmuszony pełnić funkcję w systemie 2 zmianowym. Wskazał, że wykonawca robót ma obowiązek pracować w godzinach 6 – 22.

Odnosnie zarzutu 17, odwołujący podniósł, że obowiązek potwierdzenia obecności personelu Inżyniera Kontraktu własnoręcznym podpisem na znajdującej się w biurze Inżyniera Kontraktu liście obecności jest nadmierny. Zamawiający nie wskazał, w którym biurze ma być lista obecności, a jednocześnie w sytuacji, gdy tych biur będzie więcej niż 1, spełnienie wymogu złożenia własnoręcznego podpisu będzie niewykonalne ze względu na



odległości pomiędzy poszczególnymi odcinkami (pomiędzy I, a V odcinkiem jest odległość około 400 km).

Co do zarzutu 18, odwołujący podkreślił, iż zapis zgodnie z którym podstawą do wystawienia faktury przez Inżyniera Kontraktu będzie zatwierdzone przez Zamawiającego świadectwo przejściowe wykonania robót/prac projektowych za dany okres jest nieprawidłowe. Świadectwo przejściowe wykonania robót to dokument, który nie został wymieniony w kontrakcie, co w konsekwencji może uniemożliwić wystawienie przez Inżyniera Kontraktu faktury VAT. Jednocześnie wskazać należy, że niniejszy zapis nie określa w jakim terminie zamawiający dokona zatwierdzenia świadectwa przejściowego, co w konsekwencji oznacza, że umowa nie określa precyzyjnie, kiedy Inżynier Kontraktu otrzyma należne wynagrodzenie. Ponadto, zgodnie z niniejszym zapisem podstawą do wystawienia faktury przez Inżyniera Kontraktu będzie również „rozliczenie z podwykonawca, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia”. Zapis jednak nie precyzuje, o czyjego podwykonawcę chodzi, czy zapis dotyczy podwykonawcy wykonawcy, czy też Inżyniera kontraktu.

Co do zarzutu 19, odwołujący wywodził, iż należy dodać postanowienie przewidujące zwiększenie wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu w przypadku wydłużenia czasu pełnienia usługi z przyczyn niezależnych od Inżyniera Kontraktu. Jest to jedna z okoliczności, która przemawia za koniecznością dokonania zmiany postanowień umowy w kierunku zwiększenia wynagrodzenia należnego Inżynierowi Kontraktu.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, istotnych postanowień umowy sporządzenie tego opisu lub postanowień w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie, stwierdziła że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

#### **1. Zarzut 1 dot. pkt 4.1. Instrukcji dla wykonawców**

Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny. Zamawiający W Rozdziale I SIWZ - Instrukcja Dla Wykonawców pkt 4.1 zawarł postanowienie: „4.1 Całość zamówienia należy zrealizować w terminie; Rozpoczęcie umowy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi z dniem podpisania umowy. Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi w dniu Wystawienia Świadectwa Wykonania. Zamawiający planuje zakończenie robót budowlanych oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie i dopuszczenie do ruchu do 30 września 2015r.”

Odwołujący w treści odwołania domagał się modyfikacji postanowienia i nadania mu brzmienia: „Rozpoczęcie umowy pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi z dniem podpisania umowy. Zakończenie pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nastąpi w dniu 28 października 2021r.

Na okres realizacji usługi składa się:

1) etap I - nadzór, kontrola i odbiór opracowań projektowych w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 27.03.2015r.

- 2) etap II - zarządzanie i nadzór nad robotami budowlanymi od dnia 28.03.2015r. do dnia 30.09.2015r.,
- 3) etap III - okres zgłaszania wad do dnia wystawienia Świadectwa Wykonania tj. 28.10.2021r."

Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 jest niezasadny, gdyż wykonawca ma możliwość ustalenia terminu zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu w świetle postanowienia 1.4.3 i 1.4.4 (str. 9 rozdziału III OPZ) oraz klauzuli 11.9 Warunków Ogólnych FIDIC dla urządzeń oraz Projektowania i Budowy wydanie angielsko - polskie niezmienione 2008

W zakwestionowanym postanowieniu wskazano, że zakończenie pełnienia funkcji inżyniera kontraktu nastąpi w dniu wystawienia świadectwa wykonania. Z kolei świadectwo wykonania w świetle klauzuli 11.9 wystawiane jest w ciągu 28 dni po upływie ostatniego dnia zgłaszania wad. Klauzula ta brzmi „Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania w ciągu 28 dni po upływie ostatniego dnia Zgłaszania Wad lub niezwłocznie po tym, gdy Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy, oraz ukończy i dokona wszelkich prób wszystkich robót, włącznie z usunięciem wad”. Można również ustalić długość okresu zgłaszania wad. W pkt 1.4.4 opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział III SIWZ) podano, że okres odpowiedzialności wykonawcy robót z tytułu gwarancji wynosi 60 miesięcy. Zatem termin pełnienia funkcji inżyniera kontraktu jest możliwy do ustalenia, gdyż jest to 60 miesięcy (5 lat) + 28 dni na wystawienie świadectwa wykonania, liczone od dnia 30 września 2015 roku. Z kolei termin 30 września 2015 rok to przewidywany termin zakończenia robót budowlanych i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Termin ten został podany w pkt 1.4.3 opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział III SIWZ) i wzorze formularza ofertowego.

A zatem przez kwestionowane postanowienie zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 czy art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podano termin zakończenia pełnienia funkcji inżyniera kontraktu, przy czym termin ten niekoniecznie musi zostać wskazany poprzez konkretną datę czy długość okresu. Zadość wymaganiom czyni również, jak to ma miejsce w analizowanej sprawie, wskazanie tego terminu poprzez ustalenie podstaw do jego wyznaczenia.

## **2. Zarzut 2 dot. Projektu Umowy Akt Umowy w § 8 ust. 7, ust. 8 oraz załącznika nr 2 do Projektu Umowy - Ogólnych warunkach Umowy w art. 6 ust. 6**

Zarzut nie jest zasadny. Zamawiający w kwestionowanych postanowieniach określił zasady wypłaty wynagrodzenia w następujący sposób: „Należność dla Inżyniera Kontraktu będzie wyliczona ze stosunku procentowego zaawansowania robót do wartości umownej kontraktu dla Inżyniera Kontraktu (...) Procent zaawansowania robót będzie wyliczony ze stosunku wartości (zrealizowanych przez Wykonawcę i odebranych przez Inżyniera

Kontraktu) robót za dany okres zgodnych ze stanem faktycznym do wartości całego kontraktu".

Odwołujący domagał się modyfikacji postanowień poprzez wykreślenie ww zapisów i wprowadzenie następujących zapisów:

„Wypłata należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę nastąpi na podstawie przedłożonego przez Inżyniera Kontraktu i zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu płatności wg następujących zasad:

- Dla etapu I - będzie wypłacana w równych częściach co miesiąc, począwszy od dnia podpisania umowy a kończąc na upływie terminu etapu I
- Dla etapu II - będzie wypłacane w równych częściach co miesiąc do dnia zakończenia realizacji etapu II
- Dla etapu III - będzie wypłacane od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia, a kończąc na upływie terminu etapu III.

Rozliczenia będą odbywać się w oparciu o przedłożony przez Inżyniera Kontraktu harmonogram płatności i prawidłowo wystawione faktury VAT.”.

Z kolei postulowane przez odwołującego etapy, które miał obejmować harmonogram zostały zdefiniowane przez niego w żądaniu do zarzutu nr 1 to jest:

- 1) etap I - nadzór, kontrola i odbiór opracowań projektowych w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 27.03.2015r.,
- 2) etap II - zarządzanie i nadzór nad robotami budowlanymi od dnia 28.03.2015r. do dnia 30.09.2015r.,
- 3) etap III - okres zgłaszania wad do dnia wystawienia Świadectwa Wykonania tj. 28.10.2021r.

W ocenie Izby kwestionowane postanowienia nie naruszają art. 7 ust. 1, art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> i art. 354 kodeksu cywilnego oraz art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 735 § 1 i art. 742 kc.

Izba dostrzega, że uzależnienie płatności dla Inżyniera Kontraktu od ilości robót wykonanych przez nadzorowanych przez Inżyniera Kontraktu wykonawców nie jest do końca doskonałe. Niewątpliwie w toku wykonywania nadzorowanych robót mogą zdarzyć się takie sytuacje, gdy wykonawca nie będzie tych prac realizował, natomiast swoje obowiązki będzie wykonywał w sposób należyty Inżynier Kontraktu. Będzie ponosił koszty stałe, do których można zaliczyć koszty utrzymania biura, koszty zatrudnienia i utrzymania kadry w gotowości. Koszty te będzie ponosił niezależnie od tego czy nadzorowane roboty będą wykonywane przez wykonawcę. W postanowieniach umownych brak było uregulowania mechanizmu korygującego na wypadek wystąpienia opisanej sytuacji, co może godzić w zasadę ekwiwalentności świadczeń wzajemnych. Zasadny wydaje się w tej sytuacji postulat wprowadzenia przez zamawiającego takiego mechanizmu korygującego. Brak takiego

mechanizmu Izba uznaje za istotną niedoskonałość opisanego mechanizmu kształtowania wynagrodzenia.

Tym niemniej jednak Izba nie dostrzega niezgodności kwestionowanych postanowień z powołanymi przepisami prawa. W szczególności taki sposób kształtowania wynagrodzenia nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353<sup>1</sup> KC. Taki sposób kształtowania wynagrodzenia nie jest sprzeczny z ustawą, w tym powołanymi przepisami art. 735 § 1 ani 742 KC. Stosowanie przepisów KC o zleceniu do usługi Inżyniera Kontraktu jest jedynie „odpowiednie”. Po drugie, oba przywołane przez odwołującego przepisy nie są przepisami *iuris cogentis*. Z pierwszego przepisu wynika nawet wprost, że może być modyfikowany umową stron. Natomiast zwrot wydatków powinien być wliczony w wynagrodzenie wykonawcy, które sam kształtuje składając ofertę.

Nie ma również sprzeczności z naturą stosunku czy zasadami współżycia społecznego. Dostrzeżenia wymaga, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu niewątpliwie wykazuje znaczny związek z ilością nadzorowanych robót. Im więcej wykonanych robót, tym większy zakres czynności, których nadzorowanie należy do Inżyniera Kontraktu. Po wtóre, Inżynier kontraktu dysponuje pewnymi narzędziami, za pomocą których może mobilizować wykonawcę do terminowego i prawidłowego wykonania robót. Może wydawać w tym zakresie wiążące polecenia wykonawcy, czy też sygnalizować zamawiającemu opóźnienia w robotach, a ten – w ramach przysługujących mu narzędzi - ma możliwość dyscyplinowania wykonawcy poprzez choćby nakładanie kar umownych. Przy czym wdrożenie stosownych działań przez zamawiającego nie jest jedynie jego dobrą wolą. Brak wdrożenia działań dyscyplinujących należy bowiem oceniać jako brak współdziałania zamawiającego – jako wierzyciela - z Inżynierem Kontraktu – jako z dłużnikiem. W myśl art. 354 § 2 KC wierzyciel obowiązany jest współdziałać z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z treścią zobowiązania i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, aby analizowany sposób kształtowania wynagrodzenia Inżyniera kontraktu był sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego czy zasadami współżycia społecznego, gdyż wynagrodzenie nie jest uzależnione od wykonanej przez niego pracy, lecz od prac realizowanych przez wykonawcę.

Dodatkowo – jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych tylko rażące naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych może być kwalifikowane jako naruszenie zasady swobody umów w rozumieniu art. 353<sup>1</sup> KC. Dostrzeżenia wymagało, że ww. zachwianie równowagi stron stosunku obligacyjnego zostało jednak zrównoważone. Po pierwsze, wykonawca nie ma obowiązku składania oferty – i w konsekwencji zawarcia umowy na niekorzystnych dla niego warunkach. Po drugie – opisane ryzyko może

wkalkulować w cenę oferty. Po trzecie zaś - zgodnie z postanowieniami pkt 4.1 str. 5 rozdziału I SIWZ - zamawiający wskazał maksymalny graniczny termin, w którym całość wynagrodzenia zostanie wypłacona Inżynierowi Kontraktu podczas gdy zgodnie z umową niektóre czynności wykonywać on będzie jeszcze przez 60 miesięczny okres gwarancji i dodatkowe 28 dni do wystawienia Świadectwa Wykonania. Wynagrodzenie za te czynności wykonywane przez okres ponad 5 letni Inżynier Kontraktu otrzyma więc wcześniej, a więc z góry.

Niezrozumiałym jest zarzut naruszenia art. 32 ustawy Pzp. Wartość szacunkową zamówienia i szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy zamawiający ustalił w sposób należyty na podstawie wynagrodzeń wykonawców w czterech innych postępowaniach, jak również na podstawie ofert w unieważnionym przetargu dotyczącym analogicznego przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenia te zaś kształtowane były na podstawie analogicznych zapisów SIWZ, które kwestionował odwołujący.

Dodatkowo, w ocenie Izby, brak było możliwości wyodrębnienia etapu 1, 2 i 3 tak, jak wnosił odwołujący z uwagi na charakter robót nad którymi ma sprawować nadzór oraz na warunki finansowe, które wymagane są przy tym programie operacyjnym. Wskazać należy, że Inżynier Kontraktu ma sprawować nadzór nad 5 kontraktami. Charakter robót na każdym z kontraktów, a nawet w ramach poszczególnych kontraktów, jest różny. Różny jest zakres robót, stąd niemożliwe jest wprowadzenie sposobu finansowania poprzez etapowanie. Na poszczególnych kontraktach na wykonawstwo i poszczególnych odcinkach robót istnieje konieczność zastosowania różnych procedur administracyjnych tj. pozwolenia na budowę, zgłoszenia, zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, zaś w niektórych odcinkach wymagana jest jedynie zmiana organizacji ruchu. Oczywiście jest, że procedury te nie zostaną ukończone w tym samym terminie. Tymczasem odwołujący proponuje zarządzenie i nadzór nad robotami budowlanymi w drugim etapie (tj. po zakończeniu okresu projektowania) dopiero od 28 marca 2015, podczas gdy w niektórych przypadkach prace projektowe mogą zakończyć się o wiele szybciej. Biorąc powyższe pod uwagę wnioskowany przez wykonawcę harmonogram jest niezasadny.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, oceniając zasadność zarzutów dotyczących postanowień SIWZ, bierze również pod uwagę proponowane w ich miejsce zapisy. Stosownie bowiem do art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – Izba uwzględniając odwołanie nakazuje zamawiającemu unieważnienie, powtórzenie lub wykonanie czynności w postępowaniu. Uwzględnienie żądania odwołującego Izba uznała za niemożliwe, co również skutkowało koniecznością uznania zarzutu za niezasadny.

### **3. Zarzut 3 dot. postanowienia pkt 2.3.1.17 opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut jest zasadny. W pkt. 2.3.1.17 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nałożył na Inżyniera Kontraktu obowiązek „Przeprowadzenia na swój koszt badań kontrolnych. Badaniami i pomiarami kontrolnymi należy objąć 10% badań określonych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych będących załącznikiem do Kontraktu/Kontraktów. Badania te winno wykonywać laboratorium nie związane z Zamawiającym ani Wykonawcą zgodnie z zasadami wymienionymi w SIWZ”.

Odwołujący domagał się wprowadzenia modyfikacji ww. zapisu i nadanie mu następującego brzmienia: „Przeprowadzenie na swój koszt badań kontrolnych. Badaniami i pomiarami kontrolnymi należy objąć 10% badań określonych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych będących załącznikiem do Kontraktu/Kontraktów. Badania te winno wykonywać laboratorium nie związane z Zamawiającym ani Wykonawcą zgodnie z zasadami wymienionymi w SIWZ. Rodzaje badań i ich minimalna ilość jest określona w załączniku nr do opisu przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący zarzucił, że ww. postanowienia narusza w szczególności reguły dotyczące jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien uwzględniać wszelkie okoliczności mające wpływ na wysokość ceny.

Zdaniem Izby, niewątpliwie zamawiający nie sprecyzował opisując przedmiot zamówienia, o jakie badanie kontrolne chodzi i w jakiej ilości. Ponieważ nadzorowane mają być prace wykonawcy, który zostanie wyłoniony w formule „zaprojektuj i wybuduj”, to szczegółowe specyfikacje techniczne nie zostały jeszcze sporządzone. Powyższa okoliczność nie była sporna pomiędzy stronami. Zamawiający przyznał, że dopiero po przygotowaniu dokumentacji budowlanej będzie istnieć możliwość precyzyjniejszej oceny procedur, technologii i materiałów, a tym samym oszacowania rodzaju i liczby badań kontrolnych. W tej sytuacji kwestionowane postanowienie uniemożliwia wykonawcy dokonanie wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia. Inżynier kontraktu, nie posiadając SST nie jest w stanie oszacować liczby i rodzaju badań kontrolnych.

Powyższe oznacza, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, 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”. Zamawiający powinien określić w SIWZ przynajmniej minimalny zakres rodzaj i liczbę badań, które Inżynier Kontraktu mógłby skalkulować w ramach ryczałtu. Dostrzeżenia wymaga, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia zamawiającego od opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, konkretny, który uwzględniał będzie wszystkie okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny. Przedstawione postanowienie temu wymogowi nie sprostało. Powyższe przemawia za zasadnością żądania odwołującego, który domagał się, aby „Rodzaje badań i ich minimalna ilość została przez zamawiającego

określona”. Doprowadzi to do sytuacji w której wykonawcy na równych zasadach skalkulują dla potrzeb ceny ryczałtowej tę samą liczbę i rodzaj badań kontrolnych. Natomiast w razie gdy szacunki zamawiającego okażą się nieprawidłowe, badania kontrolne podlegać będą odrębnym rozliczeniom. Niezależnie jednak od powyższego zamawiający może również zrezygnować z kwestionowanego obowiązku Inżyniera kontaktu, wykreślając postanowienia pkt 2.3.1.17 opz.

#### **4. Zarzut 4 dot. pkt 2.3.1.8 opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny.

W pkt. 2.3.1.18 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że inżynier kontraktu ma obowiązek „uzyskać pewność co do wiarygodności wyników badań laboratoryjnych przedstawianych przez Wykonawcę/Wykonawców Robót. W tym celu Inżynier Kontraktu ma prawo badań sprawdzających wyniki badań przedstawianych przez Wykonawcę Robot. Koszt badań sprawdzających, których wynik jest niezgodny z SST obciąża Wykonawcę Robót. Koszt badań sprawdzających, których wynik jest zgodny z SST obciąża Inżyniera Kontraktu”. Odwołujący domagał się wprowadzenia modyfikacji zapisu i nadania następującego brzmienia: „W przypadku powstania sporu co do wiarygodności wyników badań Wykonawcy/ Wykonawców robót Inżynier Kontraktu za zgodą Zamawiającego zleci wykonania badań kontrolnych niezależnemu laboratorium. Kosztem badań sprawdzających niezgodnych z SST Zamawiający obciąży Wykonawcę. W przypadku wyniku badań kontrolnych zgodnych z SST koszty poniesie Inżynier Kontraktu. Minimalna ilość badań sprawdzających określono w załączniku nr....”.

W ocenie Izby zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu wywiódł, że w jego ocenie pkt 2.3.1.18 dotyczy takiej sytuacji, w której badania wykonawcy i badania kontrolne nadzoru różnią się między sobą, zaś wykonawca nie chce uznać, że badania nadzoru są prawidłowe. Tymczasem, w ocenie Izby, sporne postanowienie nie dotyczyło takiej sytuacji, a mianowicie sporu co do wiarygodności wyników badań Wykonawcy z wykonanymi uprzednio badaniami sprawdzającymi Inżyniera Kontraktu, który to spór miałby być rozstrzygnięty przez dodatkowe badanie. Sporne postanowienie dotyczyło sytuacji, w której Inżynier Kontraktu, w oparciu o wyniki badań laboratoryjnych przedstawianych przez Wykonawcę/Wykonawców Robót, nabierze wątpliwości co do ich wiarygodności. W tej sytuacji, w celu ich rozwiania, zleci badania sprawdzające. Zaś jeśli podejrzenia Inżyniera Kontraktu okażą się niezasadne, to on ponosi ich koszt. Mechanizm określony przez zamawiającego jest jednoznaczny i konkretny. To od wiedzy i doświadczenia inspektorów nadzoru zależeć będzie ocena badań laboratoryjnych przedstawianych przez wykonawcę. Jeżeli się pomylą w swej ocenie, Inżynier Kontraktu



poniesienie konsekwencje finansowe takiego błędu. Określenie przez zamawiającego w SIWZ ilości badań sprawdzających, których koszty poniesie Inżynier Kontraktu jest niemożliwe. Oznaczałoby bowiem, że zamawiający miałby przewidzieć ile razy inspektorzy nadzoru się pomylą co do wiarygodności badań laboratoryjnych zleczanych przez wykonawcę. Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

#### **5. Zarzut 5 dot. art. 15 pkt 4 projektu umowy, ogólne warunki umowy**

Zarzut nie jest zasadny. W art. 15 pkt 4 Projektu Umowy, Załącznik nr 2 - Ogólne Warunki Umowy, zamawiający przewidział, że „W przypadku wypowiedzenia Umowy przez Wykonawcę Inżynier Kontraktu będzie zobowiązany do dalszego świadczenia Usługi do czasu wyłonienia nowego Inżyniera Kontraktu, jednakże nie dłużej niż 6 miesięcy od dnia wypowiedzenia, a także do zakończenia w tym terminie świadczenia Usług w zorganizowany sposób umożliwiającym zminimalizowanie kosztów. Za pracę wykonaną w tym okresie Inżynier Kontraktu otrzyma wynagrodzenie zgodne z Umową”.

Odwołujący domagał się wprowadzenia zmiany poprzez wykreślenie ww. zapisu, bądź ewentualnie dokonanie jego modyfikacji i wprowadzenie następującego zapisu: „Strony zgodnie ustalają, że w przypadku przerwy w realizacji robót budowlanych, spowodowanej odstąpieniem przez Zamawiającego lub Wykonawcę, wypowiedzeniem Umowy z Wykonawcą, wypowiedzeniem Umowy z Wykonawcą przez którąkolwiek ze stron lub innymi przypadkami gdy przerwa będzie trwała dłużej niż 30 dni Inżynierowi Kontraktu będzie przysługiwało 50% wynagrodzenie brutto przewidziane w harmonogramie przedstawionym przez Inżyniera Kontraktu za każdy miesiąc przerwy w realizacji inwestycji. Powyższe postanowienia nie ograniczają prawa Zamawiającego do odstąpienia lub wypowiedzenia niniejszej Umowy. Po wznowieniu wykonywania robót budowlanych Inżynier Kontraktu przedłoży Zamawiającemu zaktualizowany harmonogram płatności”.

Odwołujący argumentował, że pozostawienie spornego postanowienia w dotychczasowej postaci oznacza, że w rzeczywistości Inżynier Kontraktu nie otrzyma żadnego wynagrodzenia za okres 6 miesięcy pełnienia funkcji, następujący po wypowiedzeniu umowy przez Wykonawcę, skoro za pracę wykonaną w tym okresie ma on otrzymać wynagrodzenie zgodne z umową, a to jest uzależnione od postępu robót. Powyższe miało naruszać zasadę ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

W ocenie Izby odwołujący błędnie odczytał postanowienia art. 15 pkt 4 projektu umowy - ogólne warunki umowy. Artykuł ten należało odczytywać w powiązaniu z § 12 aktu umowy, zgodnie z którym Inżynier Kontraktu ma prawo odstąpienia od umowy za wypowiedzeniem. Art. 15 pkt 4 dotyczy zatem sytuacji wypowiedzenia umowy nie przez

wykonawcę robót, ale przez wykonawcę rozumianego jako Inżynier Kontraktu. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby można było zrozumieć sporne postanowienie w ten sposób, że zamawiającemu chodziło o wykonawcę robót. Należało zwrócić uwagę, że zgodnie z ostatnim zdaniem kwestionowanego artykułu, za pracę wykonaną w tym okresie Inżynier miał otrzymać wynagrodzenie zgodnie z umową. Powyższe świadczy o tym, że intencją zamawiającego było uregulowanie sytuacji wypowiedzenia umowy przez Inżyniera Kontraktu. W razie bowiem wypowiedzenia umowy przez wykonawcę robót, prace nie będą postępowały, a zatem w sytuacji gdy wynagrodzenie Inżyniera uzależnione jest od postępu prac, nie otrzymywałby on wynagrodzenia. W tej sytuacji wyraźny zapis zamawiającego, że Inżynierowi Kontraktu w ciągu 6 miesięcy przysługuje wynagrodzenie pozbawiony byłby sensu. Ponadto, jak wynikało z innych postanowień rozdziału V SIWZ – projektu umowy, zamawiający zamiennie na określenie Inżyniera Kontraktu posługiwał się pojęciem „Inżynier Kontraktu” lub „wykonawca”. Nie została zatem naruszona zostaje zasada ekwiwalentności świadczeń. Inżynier kontraktu, za swą pracę przez okres 6 miesięcy do czasu wyłonienia nowego Inżyniera Kontraktu ma otrzymywać wynagrodzenie. Zarzut jest zatem bezzasadny.

#### **6. Zarzut 6 dot. pkt 3.2.3. Instrukcji dla wykonawców, 14.3 Instrukcji dla wykonawców, pkt 1.1.3 opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny. W kwestionowanych postanowieniach pkt. 3.2.3 Instrukcji dla wykonawców, w pkt 14.3 Instrukcji dla wykonawców, pkt. 1. 1.3 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający postanowił, że „W przypadku zmiany lub odstąpienia od Umowy z wybranym Wykonawcą na jedno lub kilka zadań (ww. odcinków) umowa zostanie odpowiednio dostosowana”. Odwołujący domagał się modyfikacji postanowień poprzez ich wykreślenie.

Odwołujący wywodził, że powołane postanowienia naruszają zasadę swobody umów oraz stanowią o niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby nie stanowi o naruszeniu zasady swobody umów zapis o możliwości proporcjonalnego zmniejszenia zakresu wykonywanego zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku zapłaty za taki element przedmiotu zamówienia, który nie zostanie wykonany. Wynagrodzenie w ramach umowy zlecenia należy się co do zasady po wykonaniu usługi. Izba dostrzega, że inaczej kalkuluje się koszty sprawowania funkcji Inżyniera Kontraktu przy nadzorowaniu 5 odcinków robót, a inaczej przy jednym. Jednakże ryzyko wystąpienia sytuacji opisanej w spornym postanowieniu, tj. możliwości rezygnacji przez zamawiającego z wykonywania części przedmiotu zamówienia, może być przez wykonawcę wkalkulowane w cenę oferty.

Wbrew stanowisku odwołującego, kwestionowane postanowienia nie są jednoznaczne i nie pozostawiają zamawiającemu uznania co do sposobu „dostosowania umowy” z Inżynierem Kontraktu. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z treścią wzoru formularza cenowego, jaki Inżynier Kontraktu obowiązany będzie złożyć, wykonawca zobowiązany jest ujawnić koszty wykonania poszczególnych zadań (nadzorowanych odcinków robót) oraz poszczególne elementy w ramach tych zadań. Sformułowanie, iż wynagrodzenie zostanie „odpowiednio dostosowane” należy czytać z uwzględnieniem treści formularza. Dostosowanie odpowiednie nie będzie zatem dowolne ale niejako automatyczne, obejmie ograniczenie zakresu usługi i związanego z tym zakresem wynagrodzenia. Nie ma tu również mowy o jakimkolwiek obniżeniu wynagrodzenia. Wynagrodzenie to zostanie jedynie dostosowane do zadań, które Inżynier Kontraktu wykona. Zarzut jest zatem niezasadny.

**7. Zarzut 7 dot. pkt 3.3, 14.3, Instrukcji dla wykonawców, pkt 1.1.3 opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny. W postanowieniach pkt 3.3, 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, zamawiający sformułował postanowienie „Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregośkolwiek z realizowanych odcinków”. Odwołujący domagał się modyfikacji ww. postanowień przez ich wykreślenie lub zmodyfikowanie w następujący sposób:

„W przypadku wydłużenia czasu pełnienia usługi z przyczyn niezależnych od Inżyniera Kontraktu wynagrodzenie zostanie powiększone proporcjonalnie do czasu wydłużenia pełnienia usługi Inżyniera Kontraktu dla poszczególnych etapów realizacji usługi (dotyczy etapów I i II) uwzględniając koszt wynajęcia biura Inżyniera i płac Zespołu Inżyniera o kwotę wyliczoną wg wzoru:

<i>Koszt wynajęcia i utrzymania biura+ wynagrodzenia Zespołu Inżyniera Kontraktu dla etapu I/II</i>	<i>x</i>	<i>Czas wydłużenia w dniach dla etapu I/II</i>
<i>Umowny czas realizacji (w dniach) dla etapu I/etapu II</i>		

Izba stwierdziła, że brak dodatkowego wynagrodzenia za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w przypadku wydłużenia terminu realizacji któregośkolwiek z realizowanych odcinków nie oznacza nieodpłatnego świadczenia usługi. Przedłużenie terminu robót oznacza, że na wcześniejszym, prognozowanym etapie ilość nadzorowanych robót była niższa niżeli zakładana, a zatem i zakres prac Inżyniera Kontraktu był proporcjonalnie mniejszy. Ponadto, w myśl pkt 8.6 warunków kontraktowych FIDIC dotyczących tempa wykonania robót, Inżynier Kontraktu ma możliwość wpływania na tempo prac wykonawcy,

może wnioskować również do zamawiającego o uruchomienie mechanizmów mobilizujących wykonawcę, typu kary umowne. Zwrócić należało uwagę na klauzulę 15.1 Fidic, zgodnie z którą Inżynier Kontraktu może żądać od wykonawcy aby ten przygotował program naprawczy. Powyższe działania mogą również doprowadzić do uruchomienia przez zamawiającego mechanizmów nacisku na wykonawcę wynikających z klauzuli 15.2.

Izba dostrzega ryzyko, że w najbardziej skrajnym przypadku może okazać się, że przedłużenie okresu sprawowania funkcji Inżyniera Kontraktu wskutek przedłużenia robót będzie znaczne. Ryzyko to winien wykonawca skalkulować w cenie oferty biorąc pod uwagę również to, że jednak jest ono zminimalizowane. Podkreślenia wymaga to, że zamawiający określił przewidywany termin zakończenia robót i uzyskania pozwolenia na użytkowanie na 30 września 2015 r. Istotną jest również okoliczność, że okres wydatkowania środków z programu unijnego przypada 31 października 2015 roku.

Ponadto, co zostało już wyjaśnione przy rozstrzygnięciu zarzutu 1, Izba uznaje żądanie odwołującego co do wyodrębnienia etapów wykonywania funkcji Inżyniera Kontraktu za niemożliwe. Powyższe skutkowało koniecznością uznania zarzutu za niezasadny.

#### **8. Zarzut 8 dot. pkt 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia**

W kwestionowanych postanowieniach zamawiający wymagał „Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi, dodatkowymi, zamiennymi w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków. Zamawiający przewiduje dla Wykonawcy robót w systemie zaprojektuj i wybuduj udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie: a) prac projektowych, b) robót budowlanych w zakresie: - trasa rowerowa, - obiekty inżynierskie. - przepusty, - infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice), - elementy zabezpieczające mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp.) - roboty towarzyszące. Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20 % zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III.”.

Odwołujący domagał się modyfikacji ww. zapisu i nadanie następującego brzmienia: „Pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami zamiennymi, w przypadku ich wystąpienia na którymkolwiek z realizowanych odcinków”.

„W przypadku wystąpienia zamówień dodatkowych i/lub uzupełniających Zamawiający przewiduje dla Inżyniera Kontraktu udzielenie zamówień uzupełniających między innymi w zakresie nadzoru nad:

- a) Pracami projektowymi,

b) Robotami budowlanymi w zakresie:

- trasa rowerowa,
- obiekty inżynierskie.
- przepusty.
- infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice),
- elementy zabezpieczające (mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp.). - roboty towarzyszące.

Wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20% zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III".

Zarzut jest częściowo zasadny w zakresie, w jakim odwołujący domagał się wykreślenia obowiązku pełnienia (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami dodatkowymi. Zarzut nie jest zasadny w zakresie w jakim odwołujący domagał się wykreślenia obowiązku pełnienia (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi.

Jeśli chodzi o nadzorowanie robót uzupełniających Izba nie zgadza się, że zamawiający opisał w sposób niejednoznaczny przedmiot zamówienia. Istotą zamówienia uzupełniającego jest to, że polegają one na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień co w zamówieniu podstawowym i gdy jest to zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego (vide art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że przewidział dla wykonawcy robót w systemie zaprojektuj i wybuduj udzielenie zamówień uzupełniających. Określił jakich robót może dotyczyć zamówienie uzupełniające, tj. a) prac projektowych, b) robót budowlanych w zakresie: - trasa rowerowa, - obiekty inżynierskie. - przepusty, - infrastruktura towarzysząca (Miejsca Obsługi Rowerzystów, stojaki, tablice), - elementy zabezpieczające mury oporowe, zabezpieczenia skarp itp. - roboty towarzyszące. Co istotne, określona została również wysokość zamówień uzupełniających wynosi do 20 % zamówienia podstawowego w przypadku odcinków I, II, IV i V oraz do 30% zamówienia podstawowego w przypadku odcinka III." A zatem to rolą Inżyniera kontraktu jest dokonanie wyceny takich prac i robót i posiada w tym zakresie dostateczne dane.

Natomiast ryzyko wystąpienia usługi i roboty dodatkowej czyli takiej, które wykonanie jest wynikiem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jest trudne do skalkulowania na obecnym etapie. Zarówno bowiem dla wykonawcy robót czy usługi, a w konsekwencji i dla Inżyniera Kontraktu jest to okoliczność obiektywnie nieprzewidywalna. A zatem opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, mocą którego wymaga on wyceny takiego elementu w ofercie narusza art. 29 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w sytuacji konieczności nadzorowania robót lub usług dodatkowych bardziej logicznym rozwiązaniem

byłoby aby zamawiający udzielił odrębnego zamówienia na usługi nadzoru nad takimi usługami i robotami Inżynierowi kontraktu. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie stosownej modyfikacji pkt 14.3 instrukcji dla wykonawców i pkt 1.1.2 rozdziału III – opis przedmiotu zamówienia.

#### **9. Zarzut 9 dot. pkt. 3.3, 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny. W pkt. 3.3, 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców, pkt. 1.1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający sformułował następujący zapis: „Umowa z Inżynierem kontraktu będzie dotyczyła tylko zadań (ww. odcinków) na które Zamawiający zawrze umowę z Wykonawcą w systemie zaprojektuj i wybuduj”. Odwołujący domagał się wykreślenia ww. zapisu.

W zakresie analizowanego zarzutu pozostają aktualne rozważania Izby co do zarzutu 6. Istota spornego postanowienia sprowadza się do tego, że zamawiający – w razie gdy zakres usługi Inżyniera Kontraktu okaże się mniejszy wskutek tego, że nie zostaną zawarte niektóre umowy na roboty budowlane, które mają być nadzorowane, nie zawrze umowy Inżynierem kontraktu na ten zakres. Uwzględnienie żądania odwołującego doprowadziłoby zatem do sytuacji, w której nie byłyby nadzorowane niektóre roboty, a mimo to Inżynierowi Kontraktu przysługiwałoby roszczenie o wynagrodzenie. W ocenie Izby zamawiający nie ma obowiązku zawierania umowy na taki element przedmiotu zamówienia, o którym w dniu podpisania umowy wiadomo, że nie będzie wykonywany. Powyższa sytuacja zbliżona jest do tej, o której mowa w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiającemu przysługuje co do zasady prawo do odstąpienia umowy jeżeli jej wykonanie nie leży w interesie publicznym. Wynagrodzenie w ramach umowy zlecenia należy się co do zasady po wykonaniu usługi. Powyższe postanowienie nie narusza zatem zasady swobody umów. Izba dostrzega, że inaczej kalkuluje się koszty sprawowania funkcji Inżyniera Kontraktu przy nadzorowaniu 5 odcinków robót, a inaczej przy jednym. Jednakże ryzyko wystąpienia sytuacji opisanej w spornym postanowieniu winno być wkalkulowane przez Inżyniera w wynagrodzenie ryczałtowe. Natomiast mechanizm redukcji wynagrodzenia nie jest niejednoznaczny. Wynika z treści wzoru formularza cenowego (rozdział IV SIWZ), w którym zamawiający wymagał podania cen odrębnie dla poszczególnych odcinków robót. Zatem nie zawarcie umowy na nadzorowanie określonych odcinków prowadzi do rezygnacji z wykonywania odpowiedniej części przedmiotu zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu.

W trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że bez określenia stosownego mechanizmu rekompensaty dla Inżyniera zapis proponowany przez zamawiającego powoduje, że opis

przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Jednakże analiza żądania odwołującego opisanego w odwołaniu wskazywała na to, że domagał się on jedynie wykreślenia spornego postanowienia, a nie jego modyfikacji poprzez wprowadzenie jakiegokolwiek rekompensaty za rezygnację z realizacji części zakresu zamówienia.

#### **10. Zarzut 10 dot. pkt 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców**

Zarzut nie jest zasadny. W postanowieniu pkt 14.3 Instrukcji Dla Wykonawców zamawiający postanowił „Ceny określone przez wykonawcę są wartościami ryczałtowymi - zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom”. Odwołujący domagał się modyfikacji ww. zapisu i nadanie następującego brzmienia: „Ceny określone przez wykonawcę są wartościami ryczałtowymi - zostaną ustalone na okres od dnia zawarcia umowy tj. od dnia        do dnia        r. i dotyczą etapu I, II i III”.

Odwołujący wywodził, że sformułowanie „w okresie ważności umowy” jest niejasne, gdyż zamawiający posługuje się w SIWZ różnymi terminami np. termin realizacji zamówienia. W ocenie Izby sformułowanie „ważność umowy” należy odczytywać w powiązaniu z innymi postanowieniami SIWZ i jest ono dostatecznie jednoznaczne. Okres ważności umowy jest to czas realizacji umowy. Z postanowienia pkt 4.1 str. 5 Instrukcji dla wykonawców wynika, że Inżynier Kontraktu otrzyma wynagrodzenie do końca października 2015 roku pomimo, że nadzorowanie wykonawcy w okresie gwarancji dotyczyć będzie jeszcze kolejnych 5 lat. Z tego wynika, że całość wynagrodzenia zostanie wypłacona przed rozpoczęciem okresu gwarancyjnego. Powyższe oznacza, że niezmiennosc cen ryczałtowych obejmować będzie okres od marca 2014 r. do zasadniczo końca października 2015 roku.

#### **11. Zarzut 11 dot. pkt 2.1.4. Opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny. W postanowieniu pkt. 2.1.4. Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający postanowił, iż „Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie do rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania. wypowiedzenia etc. umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami (Kontraktu) zadania pn: <Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie> w systemie <zaprojektuj i wybuduj> (5 odcinków) (..)”. Odwołujący domagał się modyfikacji ww. zapisu i nadanie mu następującego brzmienia:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany będzie za wynagrodzeniem, którego wysokość zostanie ustalona jako iloczyn stawki godzinowej w wysokości zł oraz ilości roboczogodzin do

rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia etc, umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawca/Wykonawcami i Kontraktu) zadania pn: „Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie” w systemie „zaprojektuj i wybuduj”(5 odcinków).

Obowiązek rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia etc. umowy pomiędzy zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami (Kontraktu) pozostaje w związku z innymi obowiązkami umownymi Inżyniera Kontraktu mającymi charakter obowiązków podstawowych. Wskazać należy m.in. na następujące obowiązki określone w Rozdziale III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia:

- 1) 2.1.1 b - kierowanie realizacją kontraktu, sporządzanie i przechowywanie dokumentacji kontraktowej,
- 2) 2.1.1. c - prowadzenie rozliczenia budowy,
- 3) 2.1.1. m - zarządzanie, administrowanie, nadzór i kontrola nad pracami projektowymi wykonywanymi przez Wykonawcę i robotami związanymi z Kontraktem,
- 4) 2.3.1.5 - prowadzenie na bieżąco rozliczenia i analizy finansowej kontraktu oraz opracowania wskaźników rzeczowych i finansowych służących Zamawiającemu do poznawania postępu projektowania i realizacji robót,
- 5) 2.3.1.8 - uzyskanie związanych z realizacją umowy informacji według uzasadnionej potrzeby Inżyniera Kontraktu,
- 6) 2.3.1.26 - dokonywanie i weryfikacja obmiaru wykonanych robót,
- 7) 2.3.1.27 - odbiór wszelkich robót w tym zanikających i ulegających zakryciu oraz odbiór każdorazowo zgłoszonych wprowadzeń projektów tymczasowej organizacji ruchu,
- 8) 2.3.1.32 - sprawdzenie wykonanych robót i powiadomienie wykonawcy robót o wykrytych wadach oraz określenie zakresu koniecznych do wykonania robót poprawkowych.

Nie ulegało wątpliwości, że w świetle powołanych postanowień do obowiązków Inżyniera Kontraktu należy akceptowanie na bieżąco i sprawdzanie podwykonawców, materiałów, recept wytwórni. Inżynier kontraktu ma również obowiązek wiedzieć jakie materiały znajdują się na terenie budowy, do kogo one należą. Jednym z obowiązków Inżyniera Kontraktu jest usunięcie z terenu budowy niezatwierdzonego podwykonawcy. W tej sytuacji brak dodatkowego wynagrodzenia z tytułu obowiązku rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót nie narusza przepisów odnośnie zasady swobody umów i nie świadczy o nieodpłatności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ryzyko wystąpienia sytuacji polegającej na rozwiązaniu, wypowiedzeniu umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami (Kontraktu) powinno być w kalkulowane w cenę



oferty, zaś usługa Inżyniera Kontraktu nie będzie usługą nieodpłatną. Ponadto, w razie wypowiedzenia/rozwiązania umowy przez wykonawcę, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za prace wykonane do momentu takiego wypowiedzenia/rozwiązania. Powyższe oznacza, że również Inżynier Kontraktu wynagrodzenie za nadzór nad tymi pracami również otrzyma, gdyż jego wynagrodzenie – w świetle postanowień SIWZ - powiązane jest z wynagrodzeniem wykonawcy robót. Zapis nie narusza również przepisów ustawy Pzp odnośnie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia co do jednoznaczności. Skoro nie zastrzeżono inaczej, możliwość wystąpienia rozliczenia i inwentaryzacji wykonanych prac projektowych i robót w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia umowy pomiędzy wykonawcą robót a zamawiającym może dotyczyć każdego z nadzorowanych odcinków robót.

## **12. Zarzut 12 dot. pkt 2.4.2 Opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut nie jest zasadny. W pkt. 2.4.2 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł zapis: „Wyegzekwowanie od Wykonawcy robót przygotowania Operatu Kolaudacyjnego 4 egzemplarzy (Odbiorowego) wraz z jego sprawdzeniem, w tym pełnej dokumentacji powykonawczej. Jeden kompletny egzemplarz operatu kolaudacyjnego pozostaje u Inżyniera przez okres 5 lat”. Odwołujący domagał się wykreślenia tego zapisu.

Nie jest zasadne stanowisko odwołującego, który wywodził, że Inżynier Kontraktu nie został wyposażony przez zamawiającego w jakiegokolwiek narzędzia, które umożliwiłyby przymuszenie wykonawcy do przygotowania operatu kolaudacyjnego. Zdaniem Izby, Inżynier kontraktu został wyposażony w narzędzia tak ustawowe, jak i wynikające z umowy umożliwiające wyegzekwowanie takiego operatu od wykonawcy. Z art. 26 ustawy Prawo budowlane wynika możliwość wydawania przez inspektora nadzoru poleceń kierownikowi budowy potwierdzonych wpisem do dziennika budowy. Z art. 22 Prawa budowlanego wynika, że niewykonanie przez kierownika budowy jego obowiązków wiąże się z możliwością odpowiedzialności zawodowej, o której mowa w art. 95 Prawa budowlanego. Z kolei z pkt 2.4.1 opisu przedmiotu zamówienia (rozdział III SIWZ) wynika, że Inżynier Kontraktu ma na bieżąco sprawdzać wszystkie dokumenty związane z wystawieniem świadectwa przejęcia, a dopiero w drugiej kolejności, jak wynika z pkt 2.4.2 ma obowiązek wyegzekwowania przygotowania operatu. Powołać należy również art. 57 Prawa budowlanego w związku z art. 25 Prawa budowlanego. Art. 57 mówi o zakresie dokumentów, jakie muszą być złożone celem uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Ponadto, zgodnie z klauzulą 10.1 w SIWZ na wyłonienie wykonawcy robót, Inżynier nie wystawi świadectwa przejęcia jeżeli wykonawca nie dostarczy kompletnej dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami w tym zakresie. Istotnie, pojęcie operatu kolaudacyjnego jest szersze aniżeli dokumentacji

podwykonawczej, odnosi się również do takich dokumentów jak badania, recepty, czyli również tego, co nie jest objęte art. 57 prawa budowlanego. Jednakże taka dokumentacja powykonawcza jest częścią operatu kolaudacyjnego.

Podkreślenia wymaga, że Inżynierowi Kontraktu przysługuje prawo bieżącego informowania zamawiającego o nieskładaniu dokumentów związanych z wystawieniem świadectwa przyjęcia. Ponadto w projekcie umowy z wykonawcą robót budowlanych w pkt 8 zawarte jest postanowienie, iż podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie świadectwo przejęcia ustalające datę z jaką zadanie zostało ukończone. Biorąc pod uwagę zapis dotyczący braku wystawienia świadectwa z powodu niedostarczenia wszystkich dokumentów (tj. klauzula 10.1) to oznacza, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. Jest to zatem kolejny instrument Inżyniera Kontraktu nacisku na wykonawcę.

### **13. Zarzut 13 dot. pkt. 2.5.6 Opisu przedmiotu zamówienia**

Zarzut jest częściowo zasadny. W pkt. 2.5.6 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał: „Dostarczenia Zamawiającemu pisemnej informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym) w czasie do 3 godzin od zadania pytania przez Kierownika Projektu, (w szczególności dotyczących zgodności z harmonogramem/harmonogramami lub ewentualnymi jego zmianami)”. Odwołujący domagał się wprowadzenia zmiany poprzez modyfikację zapisu i nadanie następującego brzmienia: „Dostarczenia Zamawiającemu faksem/e-mailem informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym) w czasie do 72 godzin od zadania za pośrednictwem e-maila/faksu pytania przez Kierownika Projektu, (w szczególności dotyczących zgodności z harmonogramem/harmonogramami lub ewentualnymi jego zmianami). Termin 72 godzin nie biegnie w soboty, niedziele, święta i dni ustawowo wolne od pracy.”

Nie narusza przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp niewskazanie formy, w jakiej zostanie zadane pytanie przez Kierownika Projektu. Brak sprecyzowania takiej formy oznacza, że pytanie może być zadane w każdej z form (w tym email, faks, pisemnie).

Odnosnie zaś formy odpowiedzi na pytanie, zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że dopuszcza podpisanie takiej informacji przez Inżyniera Kontraktu i jej zeskanowanie, przesłanie mailem lub faksem w zakreślonym terminie, natomiast dokument taki fizycznie w formie pisemnej może być dostarczony w terminie późniejszym. Zdaniem Izby taka możliwość nie wynikała ze spornego postanowienia, zgodnie z którym informacja w terminie 3 godzin miała zostać złożona zamawiającemu w formie pisemnej. Stanowisko

zamawiającego w trakcie rozprawy Izba uznaje zatem za przyznanie, że dostarczenie informacji w formie pisemnej w ciągu 3 dni nie znajdowało oparcia w jego uzasadnionych potrzebach, skoro – jak sam przyznał na rozprawie – wystarczałoby przesłanie informacji faksem lub mailem i późniejsze dostarczenie jej w formie pisemnej. Skoro zatem kwestionowane postanowienie nie znajdowało oparcia w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, to taki opis przedmiotu zamówienia – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby - narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Izba zatem nakazała zamawiającemu dokonanie stosownej modyfikacji poprzez dopuszczenie możliwości przesłania również faksem/e-mailem informacji o aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac projektowych i robót budowlanych (rzeczowym i finansowym).

Zdaniem Izby w pozostałym zakresie zarzut okazał się niezasadny. Nie zostało wykazane aby przesłanie informacji faksem lub mailem w ciągu 3 godzin było niemożliwe. W dobie telefonii komórkowej nie jest problemem skontaktowanie się kierownika projektu z inspektorami nadzoru na terenie budowy w biurach terenowych celem ustalenia treści odpowiedzi. Ponadto, 3-godzinny termin dotyczy wyłącznie przesłania informacji o „aktualnym i planowanym zaawansowaniu prac i robót”. Konieczność posiadania takich informacji niejako na bieżąco wynika z innych obowiązków Inżyniera Kontraktu Wskazać należy m.in. na postanowienia pkt 2.1.14 opz co do sporządzania na bieżąco dokumentacji świadczonych usług, czy pkt 2.3.1.5 opz dotyczącym prowadzenia na bieżąco rozliczenia i analizy kontraktu, jak również pkt 2.3.1.8 opz dotyczącym uzyskania informacji według potrzeby Inżyniera Kontraktu. Takich postanowień odwołujący zaś nie kwestionował.

#### **14. Zarzut 14 dot. postanowienia § 10 ust. 2 pkt 4 Projektu Umowy Akt Umowy**

Zarzut nie jest zasadny. W postanowieniu § 10 ust. 2 pkt 4 Projektu Umowy Akt Umowy zamawiający przewidział dla Inżyniera Kontraktu karę umowną za „Niedbałe wykonywanie przedmiotu umowy wpływające na jakość realizowanych zadań - 10% wynagrodzenia umownego brutto niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu umowy”. Odwołujący domagał się modyfikacji poprzez usunięcie ww. zapisu.

Wbrew stanowisku odwołującego, kwestionowane postanowienie nie jest niejednoznaczne. To, że zamawiający nie odniósł kary umownej do konkretnego naruszonego obowiązku nie oznacza jeszcze, że nastąpiła niejednoznaczność co do przesłanek nakładania kary umownej. Słowo „niedbały” należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem nadawanym temu słowu w języku polskim. Jak słusznie wskazał zamawiający – analogicznym pojęciem posługuje się ustawodawca w art. 95 pkt 4 Prawa budowlanego, z którego wynika, że odpowiedzialności podlegają osoby, które nie spełniają lub spełniają

niedbale swoje obowiązki, zaś ustawa Prawo budowlane nie określa definicji pojęcia „niedbały”. Nie jest również zasadne twierdzenie, że nie wiadomo czy kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto może zostać nałożona za jeden przypadek niedbałego wykonywania umowy, czy też możliwe jest jej ponowne nałożenie. W ocenie Izby z powołanego postanowienia wynika, że kara może być nakładana za każdy przypadek niedbałego wykonywania przedmiotu umowy wpływającego na jakość realizowanych zadań z osobna. Wskazuje na to również doprecyzowanie, że kara nakładana ma być niezależnie od długości okresu niedbałego wykonywania przedmiotu. Istotne jest jedynie, aby niedbałe wykonywanie obowiązków miało charakter kwalifikowany, tj. aby wpłynęło na jakość nadzorowanych robót.

### **15. Zarzut 15 dot. art. 4 ust. 2 Ogólnych Warunków Umowy**

Zarzut nie jest zasadny. W art. 4 ust. 2 Ogólnych Warunków Umowy zamawiający zawarł zapis: „Personel Inżynier Kontraktu ma obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji w godz. 7 00 - 15 00 (w okresie realizacji)”. Odwołujący domagał się modyfikacji zapisu i nadanie następującego brzmienia: „Personel Inżyniera Kontraktu ma obowiązek przebywania na przedmiotowej inwestycji w dniach roboczych, tj. od poniedziałku do piątku, w godz. 7 00 - 15 00 (w okresie realizacji)”.

Odwołujący wywodził, że z postanowienia art. 4 ust. 2 ogólnych warunków umowy nie wynika czy personel inżyniera kontraktu ma przybywać na inwestycji od poniedziałku do piątku w godzinach 7-15 czy też chodzi o wszystkie dni tygodnia. Zdaniem Izby kwestionowane postanowienie art. 4 ust. 2 jest jednoznaczne, gdyż nie chodziło o wszystkie dni tygodnia, a godziny w okresie od poniedziałku do piątku. Kwestionowane postanowienie należało odczytywać w połączeniu z art. 4 ust. 1 ogólnych warunków umowy, zgodnie z którym dni i godziny pracy personelu inżyniera zależą od obowiązującego prawa i są dostosowane do godzin pracy wykonawcy robót budowlanych. W świetle obowiązującego prawa w Polsce mamy co do zasady 5-dniowy tydzień pracy. Istnieją również przepisy ustawy o dniach wolnych od pracy. Ponadto z klauzuli 6.5 warunków kontraktowych Fidic, do których odwołują się postanowienia SIWZ na wybór wykonawcy wynika, że w okresach uznawanych przez prawo za wolne od pracy i poza normalnymi godzinami nie będą wykonywane żadne prace na terenie budowy z wyjątkiem sytuacji określonych w kontrakcie, za zgodą inżyniera albo gdy praca taka jest nieunikniona lub konieczna. Reasumując zatem należy dojść do wniosku, że personel inżyniera kontraktu ma obowiązek przebywania na inwestycji w godzinach od 7 do 15 w dniach roboczych za wyjątkiem tych sytuacji wynikających z klauzuli 6.5, o których jednak Inżynier Kontraktu będzie wiedział i o czym będzie decydował.

## **16. Zarzut 16 dot. art. 4 ust. 3 Ogólnych Warunków Umowy**

Zarzut jest częściowo zasadny. W art. 4 ust. 3 Ogólnych Warunków Umowy zamawiający zawarł wymóg, zgodnie z którym „Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie dwuzmianowym i w przypadku konieczności lub/i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy”. Odwołujący domagał się modyfikacji zapisu i nadania mu następującego brzmienia:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie 2-wu zmianowym (w przypadku konieczności lub/i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy. W przypadku polecenia przez Zamawiającego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie dwuzmianowym, wynagrodzenie należne Inżynierowi Kontraktu ulega proporcjonalnemu zwiększeniu względem wynagrodzenia należnego za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie jednozmianowym.”.

Jak wynikało z odwołania, pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w trybie dwuzmianowym w razie konieczności nie była przez odwołującego kwestionowana. Sporna była tylko możliwość wprowadzenia takiego trybu na polecenie zamawiającego. Izba podziela stanowisko odwołującego, że na podstawie kwestionowanego zapisu zamawiający może w każdej chwili, wedle swojego uznania, zażądać od Inżyniera kontraktu pełnienia funkcji w systemie dwuzmianowym. Zaś przejście na taki tryb pracy wedle, w zasadzie uznania zamawiającego, może nawet podwoić koszty realizacji usługi. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że jego intencją było to, aby polecenie wprowadzenia przez zamawiającego dwuzmianowego trybu pracy dotyczyło sytuacji nadzwyczajnych tj. gdy Inżynier lub wykonawca nie wykonują swoich zadań. Izba wzięła pod uwagę, że intencje zamawiającego nie znalazły jednak odbicia w treści spornego postanowienia. W szczególności nie wynika z niego, iż możliwość polecenia przez zamawiającego wprowadzenia systemu dwuzmianowego ograniczona jest tylko do sytuacji nadzwyczajnych. Skoro zatem kwestionowane postanowienie nie znajdowało oparcia w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, to taki opis przedmiotu zamówienia – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby - narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Izba zatem nakazała zamawiającemu dokonanie stosownej modyfikacji poprzez ograniczenie możliwości polecenia przez zamawiającego wprowadzenia dwuzmianowego trybu pracy Inżyniera Kontraktu do uzasadnionych sytuacji, które zamawiający zobowiązany będzie określić.

## **17. Zarzut 17 dot. art. 4 ust. 5 Ogólnych Warunków Umowy**

Zarzut nie jest zasadny. W art. 4 ust. 5 Ogólnych Warunków Umowy zamawiający wprowadził zapis: „Obecność personelu Inżyniera Kontraktu potwierdzana jest własnoręcznym podpisem na znajdującej się w Biurze Inżyniera Kontraktu liście obecności. Inżynier kontraktu udostępnia niniejszą listę do wglądu Zamawiającemu na każde jego żądanie”. Odwołujący domagał się wprowadzenia zmiany poprzez usunięcie tego zapisu.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że zamawiający nie wskazał, w którym biurze ma być lista obecności, a jednocześnie w sytuacji, gdy tych biur będzie więcej niż 1, spełnienie wymogu złożenia własnoręcznego podpisu będzie niewykonalne ze względu na odległości pomiędzy poszczególnymi odcinkami (pomiędzy I, a V odcinkiem jest odległość około 400 km). A więc, jeżeli Inżynier Kontraktu miałby podpisać się na wszystkich listach, zlokalizowanych w poszczególnych biurach, istota jego pracy sprowadzałaby się do kursowania każdego dnia pomiędzy poszczególnymi biurami, celem złożenia stosownego podpisu, co dodatkowo przemawiać miało za wykreśleniem zapisu.

W ocenie Izby sporne postanowienie nie jest niejednoznaczne. Skoro nie wskazano w jakim biurze ma być lista, to obowiązek aby personel się na niej własnoręcznie podpisał oznacza, że listy muszą znajdować się w każdym biurze, w którym w danym dniu pracuje personel Inżyniera. Niezasadne są obawy, że Inżynier musiałby podpisywać się na wszystkich listach i jeździć w tym celu pomiędzy oddalonymi od siebie biurami terenowymi. Nic takiego nie wynika z powołanego postanowienia. Ponadto zapis nie narzuca godzin w jakich personel ma się podpisać ani miejsca znajdowania się listy obecności w biurze inżyniera kontraktu. Skoro nie wykluczono takiej możliwości, wykonawca może prowadzić oddzielne listy dla każdego biura, a nawet dla każdego pracownika. Przy czym nie ma przeszkód, aby pod pojęciem biura Inżyniera Kontraktu rozumieć również biura terenowe Inżyniera Kontraktu.

#### **18. Zarzut 18 dot. art. 6 ust. 5 Ogólnych Warunków Umowy**

Zarzut nie jest zasadny. Zamawiający w art. 6 ust. 5 uznał, że „Podstawą do wystawienia faktury przez Inżyniera Kontraktu będzie: zatwierdzone przez Zamawiającego świadectwo przejściowe wykonania robót/prac projektowych za dany okres, rozliczenie z podwykonawca, udokumentowane dowodami zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia”. Odwołujący domagał się wprowadzenia zmiany poprzez usunięcie tego zapisu, ewentualnie dokonanie jego zmiany i ukształtowanie płatności na rzecz Inżyniera Kontraktu w oparciu o

następujący zapis: „Inżynier Kontraktu będzie wystawiał faktury zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem płatności Inżyniera Kontraktu”.

W trakcie rozprawy odwołujący wywiódł, że nie został w SIWZ doprecyzowany dokument tj. świadectwo przejściowe wykonania robót, który ma stanowić podstawę wystawienia faktury VAT. Nie określono także w jakim terminie zamawiający ma zatwierdzić świadectwo przejściowe. Ponadto zamawiający nie wskazał o jakiego podwykonawcę chodzi, czy chodzi o podwykonawcę inżyniera kontraktu czy też o podwykonawcę robót. Odwołujący zmodyfikował swoje żądanie w ten sposób, iż domaga się jedynie doprecyzowania o jakiego podwykonawcę chodzi, natomiast nie domaga się już wykreślenia, iż podstawą wystawienia faktury będzie m.in. rozliczenie z podwykonawcą.

W ocenie Izby art. 6 ust. 5 projektu umowy należy odczytywać w powiązaniu art. 7 ust. 1, w którym zamawiający dopuścił podwykonawstwo, zatem sformułowanie podwykonawca, o którym mowa w art. 6 ust. 5 dotyczy podwykonawcy Inżyniera Kontraktu, a nie wykonawcy. Niezasadne jest stanowisko, że nie wiadomo o jaki dokument w spornym zapisie chodzi. Świadectwo przejściowe wykonania robót, o którym mowa w art. 6 ust. 5 jest przejściowym świadectwem płatności w rozumieniu warunków kontraktowych Fidic, które zgodnie z klauzulą 14.6 warunków kontraktu w SIWZ na wyłonienie wykonawcy upoważnia do fakturowania 90% robót. Natomiast faktura płatna będzie w terminie 30 dni zgodnie z § 8 pkt 3 projektu umowy aktu umowy. Z kolei 30 dniowy termin liczony będzie od zatwierdzenia świadectwa przejściowego. Natomiast płatność kwoty końcowej nie ma związku z kwestionowanym zapisem. Reguluje to §6 ust. 9 projektu umowy, zgodnie z którym „płatność kwoty końcowej nastąpi pod warunkiem wywiązania się Inżyniera Kontraktu ze wszystkich zobowiązań niniejszej umowy”.

Odnosnie kwestii brak terminu zatwierdzenia świadectwa płatności kwestionowany zapis należało interpretować w ten sposób, że takie zatwierdzanie następować ma niezwłocznie.

### **19. Zarzut 19 dot. nowego zapisu 18.2.17 Instrukcji dla wykonawców**

Zarzut nie jest zasadny. Odwołujący domagał się, aby w pkt 18.2 Rozdziału I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców dodać zapis 18.2.17 o następującym brzmieniu: „Zwiększenie wynagrodzenia w przypadku wydłużenia czasu pełnienia Usługi z przyczyn niezależnych od Inżyniera Kontraktu. Wynagrodzenie zostanie zwiększone proporcjonalnie do czasu wydłużenia, uwzględniając koszty wynajęcia biura Inżyniera i płac zespołu Inżyniera o kwotę wyliczoną wg wzoru:

Koszt wynajęcia i utrzymania biura+ wynagrodzenia zespołu inżyniera kontraktu	x	Czas wydłużenia w dniach
Umowny czas realizacji (w dniach)		

Odwołujący wywodził, że w razie gdy sporne postanowienie nie zostanie wprowadzone do SIWZ, to Inżynier Kontraktu będzie pełnił swoje obowiązki nie otrzymując stosownego wynagrodzenia. Stanowisko nie jest prawdziwe. Zgodnie z drugą uwagą do wzoru formularza cenowego, wynagrodzenie Inżyniera kontraktu miało obejmować również świadczenie usługi za przedłużony okres realizacji kontraktu. Analogiczne zapisy wynikały z pkt 14.3 instrukcji dla wykonawców. W świetle przywoływanych postanowień wynagrodzenie za wydłużenie czasu pełnienia usługi miało być skalkulowane w wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawcy i obejmować również świadczenie usługi za przedłużony okres realizacji kontraktu. A zatem wykonawca za pełnienie funkcji w tym okresie otrzyma wynagrodzenie, które ma wliczyć w swa cenę ofertową. Brak wnioskowanego postanowienia nie godzi zatem w zasadę swobody umów, za naruszenie której uznaje się jedynie rażące naruszenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zwłaszcza łączące się z sytuacją przymusową po jednej ze stron. Trudno mówić o sytuacji przymusowej po stronie odwołującego. Nie ma on bowiem obowiązku ofertowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz koszty stawiennictwa na rozprawę, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do



brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

**Przewodniczący:** .....