

Sygn. akt: KIO 1581/14

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2014 r. przez **Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ECMG GmbH, 1010 Wiedeń, Zelinkagasse 10,**
- B. wykonawcy **Egis Poland Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182,**
- C. wykonawcy **MGGP S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6,**
- D. wykonawcy **SAFEGE S.A., 92000 Nanterre, 15/27 rue du Port Parc de l'Île,**
- E. wykonawcy **„Zakłady Budownictwa Mostowego-Inwestor Zastępczy” S.A., 03-215 Warszawa ul. Jagiellońska 88, B.51 BC lok. 36**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wprowadzenie zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników przez wykreślenie sformułowania „zamówienia dodatkowe” z definicji pojęcia „Zadanie dodatkowe” określonej w § 1 ust. 1 Tomu II SIWZ oraz z pkt. 1.2. tiret siódmy Tomu III SIWZ,**
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Związek**

Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa
tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **Związku Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie kontraktem p.n.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku granica województwa mazowieckiego i lubelskiego - węzeł „Sielce” obecnie „Kurów Zachód” (bez węzła), Część nr 3: odcinek dojazd do przeprawy mostowej na rz. Wiśle w m. Puławy”, w tym pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją robót. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 lipca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2014/S 138-247875.

W dniu 1 sierpnia 2014 r. Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) zrzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty,
- art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i ustalenie warunków umowy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- art. 143 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez nałożenie na Konsultanta obowiązków niezgodnych z obowiązującym prawem lub niemożliwych do wykonania,
- art. 353¹ i 483 kc poprzez stworzenie możliwości naliczania i egzekucji kar umownych w sytuacjach niedopuszczalnych prawem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, tj. poprzez:

- a) Nie dołączenie do SIWZ Szczególnych Warunków Kontraktu (SWK) do „Warunków Kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez

Wykonawcę” oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego, jakie będą obowiązywać w postępowaniu na wybór wykonawcy kontraktu, którym zarządzać, w tym pełnić nadzór nad projektem i realizacją robót, będzie wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść pkt 5.1 Tomu I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców powtórzoną w pkt 1.1 Tomu III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia: „Kontrakt na roboty budowlane będzie realizowany zgodnie z „Warunkami Kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” (COSMOPOLI CONSULTANS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999./FIDIC - 1999/, wydanie angielsko - polskie 2000 COSMOPOLI CONSULTANS), oraz Szczególnymi Warunkami Kontraktu (SWK)”. Wykonawca (zwany również „Konsultantem”) w ramach Umowy będzie wykonywał czynności przypisane Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktu” - pkt 5.1 Tomu I SIWZ.

„Na czele Zespołu Konsultanta stać będzie Przedstawiciel Wykonawcy - Inżynier Kontraktu. Będzie on działał zgodnie z rolą jaką przypisano Inżynierowi w Warunkach Kontraktu FIDIC oraz w SWK, w zakresie uprawnień określonych w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy Prawo budowlane, aktów prawnych regulujących wydatkowanie Funduszy Unijnych.”.

„Zadania te obejmują także administrowanie, koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją Kontraktu począwszy od daty rozpoczęcia Kontraktu poprzez etap opracowania dokumentów Wykonawcy i prowadzenia robót aż po etap zgłaszania wad i rozliczenia Kontraktu, w tym nadzór nad dokumentacją projektową oraz robotami, zgodnie z Warunkami Kontraktu FIDIC (w charakterze Inżyniera) i obowiązującym polskim prawem budowlanym (w charakterze zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego).”.

„Projektowanie i budowa zostanie wykonane w oparciu o wymagania zawarte w programie funkcjonalno-użytkowym (PFU) wraz z załącznikami, opracowanym dla niniejszego Kontraktu” - pkt 1.1 Tomu III.

Odwołujący podniósł, że pomimo ww. postanowień SIWZ zamawiający nie przekazał wykonawcom Szczególnych Warunków Kontraktu ani Programu Funkcjonalno-Użytkowego, co oznacza, zdaniem odwołującego, niejednoznaczne określenie zakresu zamówienia w postaci nie ujawnienia czynności, jakie przypisane zostały Inżynierowi w tych dokumentach. Posiadanie czy zakupienie przez wykonawców „Warunków Kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych-mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” nie wystarcza dla określenia zakresu zamówienia, jako że dokument ten jest dokumentem ogólnym, którego

klauzule w sporządzonych przez zamawiającego Szczególnych Warunkach Kontraktu są dostosowywane do wymogów prawa polskiego, doprecyzowywane, rozszerzane, a także wykreślane. Odwołujący argumentował, iż bez znajomości Szczególnych Warunków Kontraktu dla kontraktu, nad którego realizacją sprawowany będzie nadzór, Inżynier nie zna wszystkich obowiązków, jakie są na niego nałożone, a także czasu, w jakim obowiązki te będzie zobowiązany sprawować (na jedną zmianę, na dwie zmiany, 24 godziny na dobę, tylko w dni robocze czy we wszystkie dni tygodnia).

Podobnie, jak zauważył odwołujący, nie przekazanie wykonawcom opracowanego dla Kontraktu Programu Funkcjonalno-Użytkowego uniemożliwia ocenę zakresu niniejszego zamówienia, jako że Program Funkcjonalno-Użytkowy określając zakres prac projektowych i robót, jakie ma wykonać wykonawca Kontraktu jednocześnie stanowi informację dla nadzoru o zakresie jego kontroli nad czynnościami wykonawcy, np. jaki jest zakres zleconej dokumentacji projektowej, etapy jej przekazywania, kolejność (Inżynier, zamawiający) i zakres sprawdzania, uzgadniania, zatwierdzania, itp.

Odwołujący stwierdził, że nie przekazanie powyższych dokumentów wykonawcom stanowi również naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, jako że przedmiot zamówienia niedookreślony powyższymi dokumentami opisany jest w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie pozwala na sporządzenie kalkulacji kosztów obejmującej całkowity zakres zamówienia, a zatem skutkuje nierównym traktowaniem oferentów.

Odwołujący wniósł o przekazanie wykonawcom w ramach SIWZ Szczególnych Warunków Kontraktu i Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

b) Nieprecyzyjne i wzajemnie sprzeczne postanowienia dotyczące sprawowania nadzoru nad robotami dodatkowymi, uzupełniającymi i zamiennymi.

Odwołujący wskazał, iż w pkt 5.2 Tomu I SIWZ zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do wysokości 50% wartości zamówienia podstawowego „z uwzględnieniem maksymalnej wartości zamówienia”.

Jednocześnie w § 1 ust. 1 Tomu II SIWZ zamawiający wprowadził definicję pojęcia „Zadania dodatkowe”: „Zadania dodatkowe: Roboty, nad którymi Konsultant sprawuje nadzór w ramach Umowy; niezbędne do wykonania kontraktu, udzielone przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy w trakcie realizacji Kontraktu na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności zamówienia dodatkowe lub zamówienia uzupełniające, lub Roboty wykonywane w związku z poleceniami Zmian wydawanymi przez Inżyniera Kontraktu zgodnie z Kontraktem. Z tytułu sprawowania nadzoru nad tymi Zadaniem dodatkowymi nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie ponad

wynagrodzenie ustalone w Umowie.”.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, zamawiający w pkt 1.2 Tomu III SIWZ jako jeden z zakresów obowiązków Konsultanta określa: „(...) - sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami niezbędnymi do wykonania Kontraktu udzielonymi w trakcie realizacji na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zamówienia dodatkowe lub zamówienia uzupełniające, lub roboty wykonywane w związku z poleceniami Zmian wydanymi przez Inżyniera Kontraktu.”

Odwołujący wniósł o wykreślenie z Umowy wyżej cytowanej definicji ewentualnie nadanie jej następującego brzmienia: „Zadania dodatkowe: Roboty, nad którymi Konsultant sprawuje nadzór w ramach Umowy, wykonywane w związku z poleceniami Zmian wydawanymi przez Inżyniera Kontraktu zgodnie z Kontraktem.”.

Odwołujący wyjaśnił, że istotą zamówień uzupełniających (art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) jest to, że udzielane są z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy i polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym oraz zostały przewidziane w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego. Gdy spełnione są powyższe warunki zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach dotychczasowemu wykonawcy zawierając z nim odrębną umowę. A zatem, jak wskazał odwołujący, jakiegokolwiek postanowienia w zakresie zamówień uzupełniających, poza wymaganą ustawą Pzp informacją o zamiarze ich udzielenia, nie powinny mieć miejsca w kwestionowanej Umowie, a w szczególności nie mogą być przewidziane rozliczenia tych zamówień w tejże Umowie.

Jak zauważył odwołujący, inaczej jest w przypadku ryzyka związanego z wystąpieniem usługi i roboty dodatkowej, czyli zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamówienia nieobjętego zamówieniem podstawowym, niezbędnego do prawidłowego wykonania tego zamówienia, którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Zarówno dla wykonawcy Kontraktu, a w konsekwencji i dla Inżyniera jest to okoliczność obiektywnie nieprzewidywalna. Podobnie jak w przypadku zamówień uzupełniających, gdy spełnione będą powyższe przesłanki, zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach dotychczasowemu wykonawcy i zawiera z nim odrębną umowę. Zdaniem odwołującego, wymaganie wykonania nadzoru nad realizacją takich robót czy usług w ramach wynagrodzenia określonego w umowie na nadzór stanowi naruszenie art. 29 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wykreślenia pkt 10 z § 17 Tomu II SIWZ o treści:

„10) pełnienie obowiązków wynikających z Umowy w zakresie Zadań dodatkowych, zleconych Wykonawcy”.

c) Nieprecyzyjne określenie ilości personelu.

Odwołujący wskazał, że zdaniem zamawiającego, w SIWZ określone zostały minimalne ilości Personelu (pkt 2 Tomu III): „Szacowane minimalne ilości Personelu Kluczowego i innych Ekspertów zostały wskazane w Formularzu Cenowym (Formularz 2.1) oraz w niniejszej OPZ.” „Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy m. in. do rzeczywistego pracy Wykonawcy Robót, czy zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp.”

i z uwagi na powyższe:

„Jeżeli Konsultant uzna, że zaproponowany skład Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego nie pozwala na wypełnienie jego obowiązków wynikających z Umowy, może on czasowo zwiększyć jego skład osobowy. Ewentualne zwiększenie składu Personelu Konsultanta oraz personelu biurowego i pomocniczego należy uwzględnić w podstawowych stawkach jednostkowych Formularza Cenowego.”

Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 4 Umowy w oparciu o następujące zasady:

„Łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady”

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

b) Wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty- Formularz Cenowy;

c) 50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podstawowym - obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika 0,5;

d) 0-50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podwyższonym - obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu

i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta.(...)”.

Odwołujący podsumował, iż pkt 3) i 4) określają sposób wyliczenia miesięcznego wynagrodzenia każdego z członków personelu Konsultanta i wprowadzają zasadę, że 50% tego wynagrodzenia (a więc 50% stawki dniówkowej) jest wypłacana zawsze, a druga część w wysokości jaka wynikać będzie z oceny pracy każdej osoby sporządzonej na Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta (oceniane przez przyznanie 0, 1 lub 2 pkt w 54 obowiązkach Konsultanta).

Aby zilustrować niewłaściwość postanowień dotyczących zatrudnienia dodatkowego personelu i określenia jego wynagrodzenia poprzez zwiększenie podstawowych stawek jednostkowych odwołujący posłużył się następującym przykładem: wykonawca oceni, że funkcję Inspektora Nadzoru Robót Ciepłych, Wentylacyjnych, Gazowych, Melioracyjnych, Wodociągowych i Kanalizacyjnych (poz. 2.1.2. pkt 2 OPZ) pełnić muszą dwie osoby z uwagi na bardzo szeroki zakres wskazanych dla tej osoby uprawnień oraz prawdopodobieństwo wykonywania robót objętych nadzorem przez tę osobę w tym samym czasie w różnych miejscach budowy, odległych od siebie o kilka kilometrów. Okaże się, że w trakcie jednego miesiąca rozliczeniowego obie osoby wypracują tę samą, maksymalną dla danego miesiąca dniówek. Zamawiający mając na uwadze ww. postanowienie SIWZ o zwiększeniu podstawowych stawek jednostkowych przyjmie do rozliczeń jedynie liczbę dniówek wypracowanych przez jedną osobę. Dodatkowo, brak jest regulacji dotyczącej tego, która osoba będzie podlegała ocenie w ramach Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Zdaniem odwołującego, zwiększenie stawki, nawet dwukrotne (co uczyni ofertę nieporównywalną z innymi) wobec zasad wynagrodzenia określonych w § 4 Umowy uniemożliwi wykonawcom otrzymanie wynagrodzenia odpowiedniego do zaangażowania jego pracowników. Rozłożenie wynagrodzenia przewidzianego dla dodatkowej osoby na cały personel wskazany w Formularzu Cenowym daje ten sam skutek, a dodatkowo w sposób niezasadny (w przypadku, gdy okaże się, że osoby dodatkowe nie znajdują zatrudnienia) naraża zamawiającego na ponoszenie zwiększonych wydatków.

Odwołujący zwrócił też uwagę na postanowienie zawarte w § 10 ust. 9 Umowy: „Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od daty przekazania Konsultantowi HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag, lub do wprowadzenia w nim wiążących zmian, które są równoważne z zatwierdzeniem HPPK w zaproponowanej przez Kierownika Projektu formie. Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków personelu Konsultanta świadczących usługę.”. Z powyższego odwołujący wywiódł, iż Kierownik Projektu może zdecydować o niezatrudnieniu osoby, której wynagrodzenie zostało przez wykonawcę zwiększone (lub zwiększone równomiernie) z uwagi

na uwarunkowania opisane powyżej. Odwołujący wskazał, że niezatrudnienie takiej osoby/osób skutkować będzie nie otrzymaniem przez wykonawcę części lub całości wynagrodzenia za pracę dodatkowych osób przewidzianych do realizacji Umowy.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia z pkt 2 Tomu III SIWZ o treści: „Ewentualne zwiększenie składu Personelu Konsultanta oraz personelu biurowego i pomocniczego należy uwzględnić w podstawowych stawkach jednostkowych Formularza Cenowego.” i wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających jej zmianę w przypadku konieczności zatrudnienia dodatkowych konsultantów, których na etapie sporządzania SIWZ Zamawiający nie mógł przewidzieć i określających sposób wynagradzania tych osób.

Ponadto odwołujący wniósł o wykreślenie w § 10 ust 9 Umowy zdania: „Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków personelu Konsultanta świadczących usługę.”

d) Nałożenie na Konsultanta obowiązków niezgodnych z obowiązującym prawem lub niemożliwych do wykonania stanowiące naruszenie art. 143 b ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, iż w § 14 ust. 1 pkt 18 Umowy (Tom II SIWZ) zamawiający nakłada na Konsultanta obowiązek „wskazywania Kierownikowi Projektu każdego niezgłoszonego Podwykonawcy Wykonawcy wykonującego prace na Kontrakcie”. Odwołujący stwierdził, iż obowiązek ten z mocy ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy Kontraktu. Odwołujący wniósł o wykreślenie z projektu Umowy ww. postanowienia.

e) Wprowadzenie do Umowy niejednoznacznych postanowień w zakresie wypłaty wynagrodzenia z tytułu praw autorskich.

Jak zauważył odwołujący, w § 4 ust. 4 pkt 2) Umowy zamawiający postanowił, że łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta zawierać będzie m. in. „wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich w wysokości określonej w Załączniku do Oferty- Formularz Cenowy”. Tymczasem w ust. 9 § 4 postanowiono, że „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich, o których mowa w § 34 ust 21 Umowy, w kwocie wskazanej w Formularzu Cenowym, wypłacone zostanie w terminie 14 dni od dnia wystawienia przez Konsultanta Ostatecznego Świadczenia Płatności. W przypadku braku możliwości wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, wynagrodzenie zostanie wypłacone w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu”.

Odwołujący wniósł o właściwe i jednoznaczne uregulowanie w Umowie postanowień dotyczących wynagrodzenia z tytułu praw autorskich.

f) Odwołujący wniósł o rezygnację lub zmianę postanowień § 36 ust. 3 pkt 3 Umowy ustalającego kary w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za naruszenie polegające na niedopełnieniu obowiązku wskazanego w:

Pkt 3) - „§ 17, polegającego na braku właściwej identyfikacji ryzyk powstania potencjalnych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich i niezwłocznego informowania o tym Kierownika Projektu wraz z przedstawieniem propozycji sposobu zapobiegania tym roszczeniom.”,

Pkt 5) - „§ 21, polegającego na braku wyegzekwowania od każdego z Wykonawców operatu kolaudacyjnego wraz z jego sprawdzeniem w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu.”.

Odwołujący wskazał, że § 17 Umowy w pkt 23) nakłada na Konsultanta obowiązek „identyfikowania, wszędzie tam gdzie jest to możliwe, ryzyka powstania potencjalnych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich i informowania o tym Kierownika Projektu wraz z przedstawieniem propozycji sposobu zapobiegania tym roszczeniom niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 2 dni od powzięcia informacji”. Tymczasem kara ustalona w § 36 ust. 3 pkt 3 Umowy została ustalona za „brak właściwej identyfikacji ryzyk powstania potencjalnych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich”. Powyższe postanowienia naruszają, w ocenie odwołującego art. 353¹ i 483 kc poprzez zapis § 36 ust.3 pkt. 17 odnoszący się do wprowadzenia obowiązku zapłaty kary umownej w sytuacji określonej § 17 Umowy, tj. związanej z obowiązkiem identyfikacji powstania potencjalnych roszczeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ przez wykreślenie wskazanego postanowienia umowy.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że § 21 w pkt 5) Umowy nakłada na Konsultanta obowiązek „wyegzekwowania od każdego z Wykonawców przygotowania Operatu Kolaudacyjnego (Odbiorowego) wraz z jego sprawdzeniem w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu i zadbanie o sporządzenie przez wykonawców wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania Decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu (...)”. Odwołujący podkreślił, że Konsultant nie jest stroną umowy z wykonawcą Kontraktu i nie może odpowiadać, w tym być karany, za brak działań tegoż wykonawcy. Przedmiotowa kara powinna być, zdaniem odwołującego, wprowadzona do Warunków Kontraktu dla robót, nad którymi sprawowany będzie nadzór. Kara umowna zgodnie z art. 483 kc służy naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań niepieniężnych (umowy). Identyfikacja ryzyk powstania potencjalnych roszczeń i samo wystąpienie roszczeń nie może być utożsamiane z pojęciem wystąpienia szkody, gdyż odnosić się może do

zdarzeń obiektywnie zasadnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ przez wykreślenie wskazanego postanowienia umowy jako naruszającego przytoczone wyżej przepisy kc.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oraz modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 13 sierpnia 2014 r., jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego dołączenia do SIWZ Szczegółowych Warunków Kontraktu i Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Izba stwierdziła, że zamawiający w SIWZ zawarł charakterystykę planowanej inwestycji zawierającą zakres robót, które będą wykonywane wraz z przynależną do niej infrastrukturą, a także zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę. Izba wzięła pod uwagę fakt, iż na obecnym etapie nie powstały jeszcze Szczegółowe Warunki Kontraktu i Program Funkcjonalno-Użytkowy, z czego nie można zamawiającemu czynić zarzutu mając na względzie, iż postępowanie na wykonanie robót nie zostało jeszcze wszczęte, a będzie ono prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj. W ocenie Izby, na podstawie dokonanych przez zamawiającego opisów inwestycji i zakresu obowiązków, biorąc pod uwagę wzorcowe dokumenty kontraktowe zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego, wykonawca posiadający doświadczenie wymagane przez zamawiającego będzie w stanie skalkulować wartość oferty wliczając ewentualne ryzyko wynikające z braku spornych dokumentów.

Za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała zarzut dotyczący objęcia zdefiniowanym w § 1 ust. 1 Tomu II SIWZ pojęciem „Zadania dodatkowe”, za które nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie, zamówień dodatkowych. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których

wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Jak wynika z przytoczonego powyżej przepisu, wystąpienie konieczności wykonania robót dodatkowych jest okolicznością nieprzewidywalną. Nieuprawnione byłoby zatem udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sytuacji wystąpienia okoliczności, które w przypadku starannej i rozsądnej oceny sytuacji można było przewidzieć. Izba stwierdziła, iż z uwagi na charakter robót dodatkowych, możliwość ich udzielenia tylko w sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, ryzyko ich wystąpienia jest trudne do skalkulowania przez wykonawcę na obecnym etapie. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, mocą którego zamawiający wymaga wyceny takiego elementu w ofercie, narusza art. 29 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w sytuacji konieczności nadzorowania robót dodatkowych właściwym rozwiązaniem byłoby, aby zamawiający udzielił odrębnego zamówienia na usługi nadzoru nad takimi robotami Konsultantowi. Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie stosownej modyfikacji § 1 ust. 1 Tomu II SIWZ w zakresie definicji pojęcia „Zadania dodatkowe” oraz pkt 1.2. tiret siódmy Tomu III SIWZ.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp przez wymóg sprawowania nadzoru nad robotami uzupełniającymi bez dodatkowego wynagrodzenia. Istotą zamówienia uzupełniającego jest to, że polega ono na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co w zamówieniu podstawowym i musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego (art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), zatem skalkulowanie tego rodzaju zamówień jest przez wykonawcę możliwe.

Izba nie dopatrzyła się również sprzeczności pomiędzy postanowieniem zawartym w pkt 5.2 Tomu I SIWZ, a treścią definicji „Zadania dodatkowego”. Zobowiązanie wykonawcy do sprawowania nadzoru nad zamówieniami uzupełniającymi udzielonymi podmiotowi wykonującemu roboty bez dodatkowego wynagrodzenia nie wyklucza możliwości udzielenia przez zamawiającego wykonawcy usług nadzoru zamówień uzupełniających.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący uregulowania sposobu wynagradzania zwiększonego składu osobowego personelu. W ocenie Izby, nic nie stoi na przeszkodzie, aby ewentualne wynagrodzenie dodatkowych osób zostało skalkulowane przez wykonawcę w podstawowych stawkach jednostkowych. Okoliczność, iż zamawiający poniesie większe wydatki z tym związane w przypadku nie zatrudnienia dodatkowego personelu nie może stanowić uzasadnienia dla tego zarzut, bowiem zamawiający formułując wymagania w tym zakresie z taką kalkulacją wykonawcy musiał się liczyć. Rozstrzygając przedmiotowy zarzut

Izba wzięła pod uwagę, iż zgodnie z § 5 ust. 4 Tomu II SIWZ ocenie w standardzie podwyższonym podlega wykonanie danego obowiązku, a nie praca konkretnej osoby. Izba uznała również, że wniosek odwołującego o wykreślenie z § 10 ust. 9 Tomu II SIWZ zdania „Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków personelu Konsultanta świadczących usługę.” nie znajduje uzasadnienia. W ocenie Izby, Kierownik Projektu powinien być uprawniony do pewnego rodzaju kontroli nad czasem wykonywania usługi przez personel Konsultanta czy też nad ilością osób realizujących usługę. Izba zważyła przy tym, że Konsultantowi przysługuje sprzeciw od zmian wprowadzonych przez Kierownika Projektu do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta. (§ 10 ust. 10 Tomu II SIWZ).

Izba nie uwzględniła również zarzutu wobec nałożonego na Konsultanta obowiązku wskazywania Kierownikowi Projektu każdego niezgłoszonego podwykonawcy wykonawcy wykonującego prace na kontrakcie. W ocenie Izby, nie można mówić o niezgodności wymagania wprowadzonego przez zamawiającego do § 12 pkt 18 Tomu II SIWZ z art. 143b ust. 1 ustawy Pzp, który statuuje obowiązek wykonawcy lub podwykonawcy do przedkładania zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo. Izba stwierdziła, że sporny obowiązek nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że uregulowania dotyczące wynagrodzenia z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich wprowadzone przez zamawiającego do Tomu II SIWZ są sprzeczne. W § 4 ust. 4 pkt 2) Tomu II SIWZ zamawiający przewidział, że łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich, zaś w § 4 ust. 9 Tomu II SIWZ zamawiający postanowił, że wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich w kwocie wskazanej w Formularzu Cenowym wypłacone zostanie w terminie 14 dni od dnia wystawienia przez Konsultanta Ostatecznego Świadcstwa Płatności. W przypadku braku możliwości wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, wynagrodzenie zostanie wypłacone w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu. Z uwagi na ww. sprzeczność postanowień SIWZ Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Słuszność przedmiotowego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem zamawiający w dniu 13 sierpnia 2014 r. dokonał zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

Izba uznając słuszność i celowość zarzutu dotyczącego przewidzianych w § 36 ust. 3 pkt 3) i 5) Tomu II SIWZ kar umownych stwierdziła jednak, że odwołujący w tym przypadku nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp. Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że podmiot zamawiający określonym swoim działaniem, bądź zaniechaniem działania, do którego był

zobowiązany, dopuścił się naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp. Wykazywanie przez odwołującego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego nie uzasadniało uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Przewodniczący: