

POSTANOWIENIE

z dnia 19 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**
Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **19 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **4 listopada 2019 r.**

przez wykonawcę: **ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa-granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk-Budzisko z obw. Szypliszek”* (O.BI.D-3.2410.4.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- A. TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- B. Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie –

Sygn. akt KIO 2235/19

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa-granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk-Budzisko z obw. Szypliszek”* (O.BI.D-3.2410.4.2019). Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 października 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_207 pod poz. 505171. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 listopada 2019 r. Odwołujący ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 29 ust. 3a w zw. z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (dalej: „KP”) oraz art. 7 ust. 1 i 3 – przez ustalenie obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących kluczową część zamówienia, podczas gdy ich obowiązki nie polegają na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP.
2. Art. 147 ust. 1 w zw. z art. 150 ust. 2, art. 139 ust. 1 – przez ustanowienie dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie kaucji gwarancyjnej (potrącenie z wynagrodzenia Konsultanta w wysokości 10% z każdej faktury), przy jednoczesnym ustanowieniu gwarancji należytego wykonania umowy.
3. Art. 29 ust. 1 i 2 i art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 58 KC, art. 353¹ KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 – przez niedopuszczalne obniżenie wysokości wynagrodzenia Konsultanta w toku realizacji umowy.
4. Art. 29 ust. 1 i 2 i art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 58 KC, art. 353¹ KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 – przez dokonywanie oceny oferty na etapie realizacji umowy.
5. Art. 29 ust. 1 i art. 484 § 2 KC – przez ustalenie obowiązku zapłaty kary umownej także

w przypadku braku szkody po stronie Zamawiającego.

6. Art. 29 ust 1 i 2 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenia Harmonogramu pracy personelu Konsultanta jako podstawę do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu płatności za pełnione usługi, na którego podstawie dokonywane będą płatności zgodnie z § 11 ust. 5 wzoru umowy, w odniesieniu do przyjętego przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru pełnionej usługi oraz przyjętych rozliczeń zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy.
7. Art. 29 ust 1 i 2 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenia sposobu i zasad wypłaty pełnego wynagrodzenia zryczałtowanego.
8. Art. 29 ust 1 i 2 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie niejednoznacznego określenia liczby wymaganego personelu.
9. Art. 29 ust 1 i 2 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenia § 13 ust. 5 wzoru umowy.
2. Zmiany brzmienia § 13 ust. 7 na następujące: *Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu.*
3. Zmiany § 28 polegającej na jednoznacznym sprecyzowaniu definicji dni roboczych oraz dni wolnych od pracy oraz określenie ich ilości.
4. Wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f) wzoru umowy.
5. Wykreślenie w § 7 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy.
6. Zmiany definicji Karty oceny jakości pracy Konsultanta na następującą: *Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK): dokument opracowany przez Zamawiającego obejmujący obowiązki wynikające z Umowy, stanowiący podstawę do oceny jakości realizacji usługi.*
7. Zmiany brzmienia § 5 ust. 4-10 umowy na następujące:
 4. *Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta obejmuje obowiązki Konsultanta wynikające*

z Umowy.

5. Wypełniając Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta Kierownik Projektu może zakwestionować należyte wypełnianie przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy. Kierownik Projektu jest zobowiązany każdorazowo pisemnie uzasadnić podjętą decyzję.

6. (skreślony)

7. W przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy, Kierownik Projektu sporządza Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta – Obowiązki wynikające z Umowy, poprzez naliczenie punktów 0 albo 1 za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu może przyznać maksymalnie 1 punkt, w przypadku gdy opisana czynność jest wykonana przez Konsultanta prawidłowo i bez zastrzeżeń.

Konsultantowi służy sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta, który na piśmie wraz z uzasadnieniem należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania oceny.

Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia jego otrzymania.

W przypadku wniesienia sprzeciwu po upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, sprzeciw pozostawia się bez rozpoznania.

8. Wykreślenia § 36 ust. 14 wzoru umowy.

8. Zmiany brzmienia 4 ust. 4 lit c) wzoru umowy na następujące: *Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:*
c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty – Formularz Cenowy.

9. Wykreślenia § 11 ust. 5 wzoru umowy.

10. Wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f) wzoru umowy.

11. Zmiany dla § 4 ust. 4 lit g) i h) na następujące brzmienie:

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

h) *Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant otrzyma wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla*

płatności opisanych w lit b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert. W przypadku wystawienia Świadcstwa Przejęcia z Subklauzuii 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust 6 nie wymaga uzasadnienia.

12. Jednoznaczne wskazanie w SIWZ zamkniętego katalogu ekspertów, których może oczekiwać Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia.
13. Zmiany brzmienia § 6 ust 3 na następujące: *Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od pierwszego miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT.*
14. Zmiany brzmienia § 6 ust. 5 na następujące: *Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:*

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

gdzie:

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

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

Ponadto w uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

15 listopada 2019 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołania, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w następującym zakresie:

1. Zmieni § 13 projektu umowy przez wykreślenie ust. 5 oraz nadanie ust. 7 brzmienia: *Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązki zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadcstwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, tj. od poniedziałku do*

piątku (za wyjątkiem świąt).

2. Zmieni § 4 ust. 4 projektu umowy poprzez wykreślenie lit. e.
3. Zmieni § 36 projektu umowy poprzez wykreślenie ust. 14.
4. Zmieni § ust. 4 lit. c projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia: *Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:*
 - c) *wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;*
5. Skreśli § 11 ust. 5 projektu umowy.
6. Zmieni § 4 ust. 4 lit. g oraz lit. h projektu umowy poprzez nadanie im brzmienia:
 - g) *W przypadku gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w 53 ust. 2 pkt 3), Konsultant otrzyma pełne wynagrodzenie ryczałtowe przewidziane dla tej pozycji, określone w pozycji 2.3. Formularza Cenowego.*
 - h) *Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierdzonego Raportu Końcowego, Konsultant otrzyma wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit, b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert oraz z zastrzeżeniem § 36 ust. 13. W przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia z Subklauzuli 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit. c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust. 6 nie wymaga uzasadnienia.*
7. Dokona następującej zmiany OPZ w zakresie pkt. 2.1.2.:

2.1.2. Inni Eksperci

Nie wymaga się przedłożenia w Ofercie kandydatów na stanowiska Innych Ekspertów ani informacji i dokumentów ich dotyczących (nie dotyczy Ekspertów zadeklarowanych w kryteriach pozacenowych). Celem zapewnienia należytego wykonania usługi, Konsultant zapewni na etapie realizacji usługi co najmniej niżej wymienionych ekspertów:

 - *Specjalistę ds. rozliczeń;*
 - *weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności konstrukcyjno-budowlanej;*
 - *weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej mostowej;*
 - *weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynierskiej drogowej;* -
 - *weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;*

- weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; Inspektora Nadzoru specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej; Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego;
- Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej;
- Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń telekomunikacyjnych;
- Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń wodno-melioracyjnych;
- Inspektora Nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- Dwóch Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej;
- Dwóch Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej;
- Specjalistę ds. technologii i materiałów;
- Specjalistę ds. nadzoru geotechnicznego;
- Specjalistę ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych;
- Specjalistę ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska;
- Specjalistę ds. inżynierii ruchu;
- Specjalistę ds. kontaktów ze społecznością i promocji;
- Specjalistę ds. umów z podwykonawcami, dostawcami i usługodawcami;
- Specjalistę ds. współpracy i umów z gestorami sieci;
- Specjalistę ds. Geodeta w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji;
- Prawnika;
- Archeologa.

Przed rozpoczęciem pracy poszczególne osoby podlegać będą akceptacji przez Kierownika Projektu. Konsultant proponuje kandydatury tych ekspertów najpóźniej na 14 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia przez nich pracy.

8. Zmieni § 6 ust. 3 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia: Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od pierwszego miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT.
9. Zmieni § 6 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia: *Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru: $Pn = 0,2 + 0,8 * Ww / 100$*

gdzie:

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

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

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, tj. w zakresie żądania wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f umowy, oraz podał uzasadnienie swojego stanowiska.

18 listopada 2019 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy,

pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W ocenie Izby w tych sprawach zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu pisma. Natomiast Odwołujący wycofał odwołanie w pozostałym zakresie.

Wobec powyższego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestników tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ częściowe uwzględnienie odwołania i wycofanie odwołania w pozostałym zakresie nastąpiły przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....