

Sygn. akt: KIO 2938/13

WYROK
z dnia 23 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 9, 15, 20 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez **Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich z siedzibą w Warszawie, ul. Klonowa 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa-Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółką Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2938/13 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Safege Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2938/13 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Egis Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2938/13 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, W Londynie W6 7EF, Brook Green, Elms House** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2938/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zadania 1 i 2 w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, w tym czasu wykonania usługi przez podanie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich z siedzibą w Warszawie, ul. Klonowa 6** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53** na rzecz **Związku Pracodawców Branży Usług Inżynierskich z siedzibą w Warszawie, ul. Klonowa 6** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego .

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Zarządzanie Kontraktem oraz Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” w podziale na zadania: Zadanie 1. Zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” Zadanie 2. Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na ode. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2013r. za numerem 2013/S 240 417661.

Na treść siwz w dniu 20 grudnia 2013r. pisemne odwołanie wniósł Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich z siedzibą w Warszawie, ul. Klonowa 6. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 grudnia 2013r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy a także art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia oraz wskazania minimalnej liczby osobodni pracy personelu, którego oddelegowanie do realizacji zamówienia zamawiający oczekuje ze strony wykonawców w poszczególnych okresach realizacji zamówienia.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień siwz przez:

1. w siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, w Rozdziale 1, w pkt 5:

a) dla Zadania 1:

- wykreślenie sformułowania „Szacuje się”, tak aby ww punkt otrzymał brzmienie:

„Czas realizacji usługi będzie wynosił:

a) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem I - 52 miesiące

b) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem II - 56 miesięcy."

- wykreślenie treści „Termin 52 i 56 miesięcy jest terminem szacunkowym

i zależy od okresu projektowania i realizacji robót, dlatego, w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu.

Wskazany termin (2 miesiące) wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu jest terminem szacunkowym.

Szacuje się także, iż po tym terminie nastąpi zawieszenie świadczenia Usługi (szacunkowy termin 6 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą Robót.

Terminy te mogą ulec zmianie. Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu."

b) dla Zadania 2:

- wykreślenie sformułowania „Szacuje się” tak aby ww punkt otrzymał brzmienie:

„Czas realizacji usługi będzie wynosił:

a) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem I - 50 miesięcy

b) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem II - 54 miesiące."

- wykreślenie treści „Termin 50 i 54 miesiące jest terminem szacunkowym i zależy od okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór, dlatego, w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu."

Oraz

2. Wykreślenie wskazanych w pkt 1 zastrzeżeń i sformułowań w dalszej części siwz.

Względnie

3. Wskazanie w Tomie I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, w Rozdziale 1, w pkt 5 oraz dalszej części siwz dla Zadania 1 i Zadania 2, czasu w którym będą realizowane usługi, w tym dla poszczególnych zadań (okresów tj. wsparcia Zamawiającego, okresu nadzoru nad projektowaniem, okresu realizacji robót, okresu gwarancyjnego) a także czasu zawieszenia poprzez wskazanie liczby miesięcy, które to wartości będą podane w sposób jednoznaczny, zachowując ciągłość liczenia tak wskazanego terminu.

Nadto

4. Wskazanie w siwz minimalnej liczby osobodni pracy personelu, którego oddelegowanie do realizacji zamówienia zamawiający oczekuje ze strony wykonawców, w poszczególnych okresach realizacji zamówienia.

II. art. 36 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez przyjęcie w siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, w pkt 9.5.3. dla Usług zarządzania i pkt 9.15.2 dla Usług nadzoru, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien skalkulować dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty m.in.:

1. dla Usług zarządzania:

- a) wynagrodzenia wraz z narzutami,
- b) urządzenia stanowiska pracy,
- c) szkoleń personelu nadzoru,
- d) zakwaterowania i delegacji,
- e) wyposażenia bhp,
- f) transportu i łączności,
- g) wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- h) urlopów i zwolnień,
- i) dokumentowania stanu budowy (film i zdjęcia),
- j) wszelkich innych kosztów związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób.

2. dla Usług nadzoru:

- a) wynagrodzenia wraz z narzutami,
- b) urządzenia stanowiska pracy,
- c) szkoleń personelu nadzoru,
- d) zakwaterowania i delegacji,
- e) wyposażenia bhp,
- f) transportu i łączności,
- g) wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- h) urlopów i zwolnień,
- i) wszelkich innych kosztów związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób. przy jednoczesnym zastrzeżeniu:

1. w siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, pkt 9.6 oraz pkt 9.16, iż:

„Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.”

2. w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

a) w Umowie dla Zadania 1 w § 9 ust. 5-14,

b) w Umowie dla Zadania 2 w § 9 ust. 7-10,

- że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień siwz przez zmianę siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, w pkt 9.5.3. dla Usług zarządzania i pkt 9.15.2 dla Usług

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 9 wykreślenie postanowień § 9 ust. 6, 8 ,9 ,11 wprowadzających możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu.

Nadto i ewentualnie

2. W miejsce wykreślonych postanowień wniósł o wprowadzenie następujących rozwiązań w §9:

„6. HPPK może ulec zmianie w przypadku wydłużenia, bądź skrócenia okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór.”

„8. Zmiana HPPK o której mowa w ust. 6 następuje na wniosek Kierownika Projektu lub z inicjatywy Konsultanta. Konsultant w terminie 14 dni od złożenia wniosku składa Kierownikowi Projektu propozycję zmiany HPPK. Konsultant może uwzględnić uzasadnione uwagi Kierownika Projektu, jeżeli nie wpłyną one na prawidłowy tok prowadzenia usługi.

9. Kierownik Projektu najpóźniej w terminie 14 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK zatwierdza HPPK lub w przypadku braku zatwierdzenia HPPK obowiązuje w formie zaproponowanej przez Konsultanta.”

„11. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu wskazana, w zatwierdzonym HPPK, ilość członków Personelu Konsultanta jest niewystarczająca, Konsultant jest zobowiązany w terminie 7 dni od zgłoszenia wniosku przez Kierownika Projektu do wprowadzenia wiążących zmian w HPPK na zasadach określonych w ust. 7.”

3. w Umowie dla Zadania 2 w § 9 wykreślenie postanowień § 9 ust. 9, 10 wprowadzających możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu

Nadto i ewentualnie

4. W miejsce wykreślonych postanowień wniósł o wprowadzenie następujących rozwiązań w §9:

„9. Konsultant po weryfikacji przekazuje HPPNI Zamawiającemu wraz ze swoją rekomendacją w tym zakresie, który najpóźniej w ciągu 7 dni od dnia przekazania jest zobowiązany do zatwierdzenia HPPNI

10. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu lub Konsultanta wskazana, w zatwierdzonym HPPNI, ilość członków Personelu Nadzoru Inwestorskiego jest niewystarczająca, Kierownik Projektu lub Konsultant jest uprawniony do wprowadzania wiążących zmian w HPPNI na zasadach określonych w ust.

7,8,9."

IV. art. 3531 KC i art. 355 KC w zw. z art. 139 ustawy przez sformułowanie wzoru umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego oraz ograniczenie lub wyłączenie możliwości wykonania zamówienia z zachowaniem należytej staranności i przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za ten stan rzeczy w związku z przyjęciem w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 9 ust. 5-14,

2. w Umowie dla Zadania 2 w § 9 ust. 7-10,

- że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego;

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień siwz poprzez zmianę siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 9 wykreślenie postanowień § 9 ust. 6, 8 ,9 ,11 wprowadzających możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu.

Nadto i ewentualnie

2. W miejsce wykreślonych postanowień wnoszę o wprowadzenie następujących rozwiązań w §9:

„6. HPPK może ulec zmianie w przypadku wydłużenia, bądź skrócenia okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór."

„8. Zmiana HPPK o której mowa w ust. 6 następuje na wniosek Kierownika Projektu lub z inicjatywy Konsultanta. Konsultant w terminie 14 dni od złożenia wniosku składa Kierownikowi Projektu propozycję zmiany HPPK. Konsultant może uwzględnić uzasadnione uwagi Kierownika Projektu, jeżeli nie wpłyną one na prawidłowy tok prowadzenia usługi.

9. Kierownik Projektu najpóźniej w terminie 14 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK zatwierdza HPPK lub w przypadku braku zatwierdzenia HPPK obowiązuje w formie zaproponowanej przez Konsultanta."

„11. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu wskazana, w zatwierdzonym HPPK, ilość członków Personelu Konsultanta jest niewystarczająca, Konsultant jest zobowiązany w terminie 7 dni od zgłoszenia wniosku przez Kierownika

Projektu do wprowadzenia wiążących zmian w HPPK na zasadach określonych w ust. 7."

3. w Umowie dla Zadania 2 w § 9 wnoszę o wykreślenie postanowień § 9 ust. 9, 10 wprowadzających możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu

Nadto i ewentualnie

4. W miejsce wykreślonych postanowień wnoszę o wprowadzenie następujących rozwiązań w §9:

„9. Konsultant po weryfikacji przekazuje HPPNI Zamawiającemu wraz ze swoją rekomendacją w tym zakresie, który najpóźniej w ciągu 7 dni od dnia przekazania jest zobowiązany do zatwierdzenia HPPNI

10. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu lub Konsultanta wskazana, w zatwierdzonym HPPNI, ilość członków Personelu Nadzoru Inwestorskiego jest niewystarczająca, Kierownik Projektu lub Konsultant jest uprawniony do wprowadzania wiążących zmian w HPPNI na zasadach określonych w ust.

7,8,9."

V. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez przyjęcie w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

1. w umowie dla zadania 1 w § 27 ust. 4, że „1/1/ szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Konsultanta świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Konsultanta na wniosek Konsultanta może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.

2. w umowie dla zadania 2 w § 23 ust. 4, że „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Nadzoru świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Nadzoru na wniosek Nadzoru Inwestorskiego może zostać potwierdzone przez Zamawiającego."

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień siwz przez wskazanie, że w powyższych przypadkach, tj. gdy członek Personelu świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez takiego członka Personelu, na wniosek Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego, Zamawiający będzie zobowiązany zweryfikować i potwierdzić pracę personelu poza Placem budowy, celem wyeliminowania

ryzyka uchylania się i zapewnienia efektywnego instrumentu umożliwiającego rozliczenia pracy takiego personelu, który wykonuje swojej obowiązki poza Placem budowy.

VI. Art. 29 ust. 1 i 2 ustawy a także art. 3531 KC w zw. z art. 483 i 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy, przez przyjęcie w siwz w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy:

1. w Umowie Zadanie 1, w § 36 ust. 6, że Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 6 000,00 PLN (sześć tysięcy złotych 00/100) za naruszenie zapisów przedmiotowej Umowy, niewymienione w ust. 1-5 § 36;

2. w Umowie zadanie 2 w § 30 ust. 7, że Nadzór Inwestorski zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2 000 zł (słownie: dwa tysiące złotych) za nagminne (powyżej dwóch wezwań) niewiązywanie się Nadzoru Inwestorskiego z obowiązków określonych w Umowie Nadzoru z zastrzeżeniem § 30 ust. 1-5 niniejszej Umowy Nadzoru.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień siwz poprzez:

1. Wskazanie (stypizowanie i wyliczenie) zachowań zagrożonych karą umowną
Względnie

2. wykreślenie § 36 ust. 6 w Umowie Zadanie 1 i § 30 ust. 7 Umowa Zadanie 2

VII. art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 144 ustawy przez określenie w siwz, Tomie II Istotne postanowienia umowy Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2, w tym:

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 38, oraz

2. w Umowie dla Zadania 2 w § 32,

- przypadków zamiany umowy w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień siwz poprzez:

1. określenie warunków zmiany umowy zgodnie z dyspozycją art. 144 ustawy

Względnie

2. wykreślenie w Umowie dla Zadania 1 § 38, oraz w Umowie dla Zadania 2 § 32.

VIII. art. 3531 KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy przez przyjęcie w siwz w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy dla zadania 1 i zadania 2, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje wyłącznie zamawiającemu.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień siwz w powyższym zakresie przyjęcie w treści siwz w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy dla zadania 1 i zadania 2, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje zamawiającemu oraz odpowiednio Konsultantowi lub Nadzorowi Inwestorskiemu.

IX. W konsekwencji zmian, do których wprowadzenia będzie zobowiązany zamawiający w siwz, nadto wniósł o zobowiązanie go do wprowadzenia takich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

- a w konsekwencji uchybień o których mowa powyżej naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z treści siwz na okoliczności jej treści w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w świetle art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, opis przedmiotu zamówienia w siwz jest jedną z kluczowych czynności, która determinuje możliwość przygotowania i złożenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, konkurencyjnej oferty. W celu umożliwienia powyższego, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co więcej, opis ten powinien korespondować z treścią innych części siwz, które odczytywane łącznie, powinny być spójne i pozwolić zidentyfikować ryzyka i zagrożenia, by na dalszym etapie mogły zostać w prawidłowy sposób ujęte i skalkulowane, a w konsekwencji, oferty składane w danym postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, były porównywalne. Oceniając z tej perspektywy siwz w przedmiotowym postępowaniu odwołujący podniósł, że zawarte w niej informacje nie pozwalają na identyfikację takich ryzyk i właściwe ich oszacowanie. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów wskazał:

AD. I

Oznaczenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z kluczowych elementów, który pozwala wykonawcy podjąć decyzję o zamiarze wzięcia udziału w postępowaniu, planowaniu zasobów, przygotować ofertę jak i też skalkulować cenę. W postępowaniu powyższe nabiera szczególnego znaczenia z uwagi na to, że m.in.:

1. wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić własne analizy i przewidzieć zatrudnienie adekwatnej liczby personelu;
2. Metodologia realizacji zamówienia, w tym odnosząca się do polityki zatrudnienia, jest jednym z elementów oferty, podlegającej ocenie w kryteriach jakościowych;
3. Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić, aby w całym okresie trwania umowy osoby wchodzące w skład jego personelu Wykonawcy (z wyłączeniem Personelu, którego planowany czas pracy nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu), nie podejmowały innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wskazał, że siwz nie precyzuje terminów realizacji przedmiotu zamówienia. Podane terminy są wskazane, jako szacunkowe i w sposób ogólny też zastrzeżono, iż mogą ulegać zmianom, nie wskazując jednak, jak dalekie będą mogły być to zmiany. Taki stan rzeczy dodatkowo, przy braku wskazania minimalnej liczby osób

personelu wykonawcy, jaki winien być oddelegowany do świadczenia usług w poszczególnych okresach realizacji zamówienia, uniemożliwia wykonawcom w sposób racjonalny przygotować ofertę, jak i też skalkulować cenę

AD. II

Kierując się postanowieniami siwz, wykonawca winien skalkulować w stawkach przyjętych dla wynagrodzenia poszczególnych osób (stawki za osobodzień) szereg składowych „uśredniając” taką stawkę. O ile działanie takie można byłoby uznać za zasadne dla przypadku, kiedy wycenie miałyby podlegać wyłącznie wynagrodzenie poszczególnych osób, o tyle w sytuacji, kiedy w takim wynagrodzeniu należy:

1. uwzględnić koszty nie związane z pracą poszczególnych osób - np. koszty rzeczowe, które dodatkowo muszą być ponoszone niezależnie od podjęcia pracy przez daną osobę,
2. uwzględnić koszty ponoszone stale lub też jednostkowo - niezależnie od podjęcia pracy przez daną osobę, dokonanie takich obliczeń jest iluzoryczne.

Dodatkowe utrudnienie w tym zakresie rodzi fakt, że ilości osobodni pracy są podane w sposób szacunkowy, bez wskazania ilości minimalnej i będą mogły ulegać dowolnej modyfikacji ze strony zamawiającego.

AD. III i IV

Szczególnego znaczenia w siwz nabiera także niczym nie ograniczone prawo zamawiającego do kształtowania harmonogramu prac personelu i zakresu świadczenia w toku realizacji usługi. W odniesieniu do powyższego odwołujący zaznaczył, że:

1. Metodologia realizacji zamówienia, w tym odnosząca się do polityki zatrudnienia, jest jednym z elementów oferty, podlegającej ocenie w kryteriach jakościowych;
2. Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić, aby w całym okresie trwania umowy osoby wchodzące w skład jego personelu Wykonawcy (z wyłączeniem Personelu, którego planowany czas pracy nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu), nie podejmowały innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

Powyższe rozwiązanie, nie tylko nie pozwala przewidzieć, jaki personel faktycznie zostanie oddelegowany do realizacji usług ale przeczy w ogóle istocie stosunku prawnego, jaki ma zostać nawiązany z wykonawcą. Ten bowiem może zostać pozbawiony możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wcześniej przygotowaną metodologią, tym niemniej jest zobowiązany do zachowania i realizacji świadczonych usług z zachowaniem należytej staranności i będzie ponosić odpowiedzialność za działania zamawiającego. Kwestionowane w tym zakresie rozwiązanie, wobec braku zastrzeżenia jakichkolwiek przesłanek, które stanowiłyby ograniczenie swobody zamawiającego ograniczają możliwość racjonalnego skalkulowania ceny oferty, realizacji zamówienia oraz stanowią próbę obejścia przepisu art.

140 i 144 ustawy. W konsekwencji zaś zakres świadczenia wykonawcy ujęty w ofercie nie będzie musiał się pokrywać z realizowanym w ramach umowy zaś wprowadzenie zmian w tym zakresie nie będzie wymagało jego zgody.

AD. V

Siwz (wzór umowy), według odwołującego, winna wskazywać na instrumenty, które pozwolą wykonawcy dokonać rozliczenia pracy swojego personelu, który nie wykonuje swoich obowiązków na terenie Placu Budowy. Powyższe kwestia nie powinna też być przedmiotem, który mógłby w sposób dowolny i uznaniowy być przedmiotem oceny ze strony zamawiającego. W istocie bowiem brak obowiązku odbioru takiej pracy ze strony zamawiającego i potwierdzenia jej wykonania pozbawiłaby możliwości otrzymania należnego wykonawcy wynagrodzenia za wykonana pracę, prowadząc do konieczności kwalifikacji jej jako ryzyka, które nie jest w żaden sposób określone.

AD. VI

Przyjęte w tym zakresie rozwiązania, zdaniem odwołującego, pozostają w sprzeczności z przepisami KC i istotą instytucji kary umownej, która jako postanowienia dodatkowe, wymaga wskazania postaci nienależytego wykonania umowy, tak aby w sposób jasny i precyzyjny były określone zachowania, które mogą stanowić dodatkowe ryzyka dla wykonawców. Ryzyka te są bowiem uwzględniane w toku wyceny oferty, tym niemniej powyższe wymaga wskazania zachowania, które w ocenie zamawiającego będzie rodzić obowiązek zapłaty kary umownej.

AD. VII

Możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jest wyjątkiem od ustanowionego zakazu zmian umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie go wymaga jednak spełnienia dwu przesłanek: zamawiający musi przewidzieć możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz oraz określić warunki takiej zmiany.

Ujęta w tym zakresie regulacja w siwz, zdaniem odwołującego, nie czyni zadość dyspozycji art. 144 ustawy bowiem nie określa warunków zmiany poprzestając jedynie na wskazaniu okoliczności (przypadków), w jakich ta zmiana będzie możliwa. Przy tym zamawiający winien to uczynić w taki sposób, aby wykonawcy składający ofertę, mogli przewidzieć wpływ przewidywanej zmiany na realizację umowy.

Ad. VIII

Odwołujący uważa, że oceniając powyższe należy mieć na uwadze w pierwszej kolejności dyspozycję art. 484 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W drugim zdaniu tego przepisu ustawodawca przewidział możliwość dochodzenia przez

wierzyciela odszkodowania przewyższającego wysokość szkody, jednak możliwość taka istnieje wyłącznie w sytuacji, kiedy strony przewidziały ją w umowie.

W siwz z niezrozumiałych przyczyn, prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną przysługuje wyłącznie zamawiającemu, tak jak stanowi o tym siwz. Prawo takie zaś nie przysługuje wykonawcy, mimo, że w jedynym przypadku, kiedy zastrzeżona jest na jego rzecz kara umowna i kara ta została określona na poziomie 10% wysokości łącznego wynagrodzenia, nie ma szansy pokryć ewentualnej szkody (obejmującej tak szkodę rzeczywistą jak i utracone korzyści) po stronie wykonawcy. Tym samym możliwość rozwiązania umowy z winy zamawiającego staje się iluzoryczna i wyklucza możliwość skorzystania przez wykonawcę z tego prawa.

W konsekwencji powyższych uchybień, sporządzając siwz zamawiający naruszył także, w ocenie odwołującego, art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają ograniczoną możliwość oceny ryzyk, przygotowania i skalkulowania konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. Uwzględniając zaś postanowienia opracowanego projektu umowy, mając na uwadze że pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami, naruszają zasady współzycia społecznego oraz pozostają w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług istnieje uzasadnione ryzyko, że zawarta umowa w postępowaniu będzie obciążona wadą nieważności.

Odwołujący wskazał, że należy do grona organizacji wpisanych na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy. Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich został wpisany na listę ww organizacji decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca 2011 r. (sygn. LO/24/11) i widnieje na tej liście pod pozycją 129.

W dniu 23 grudnia 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania, wraz z jego kopią i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółką Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest na polskim rynku oferentem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, a zakwestionowane przez odwołującego postanowienia siwz naruszają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i przystępujący będzie miał ograniczoną możliwość przygotowania i skalkulowania oferty, która będzie konkurencyjna i nie będzie obciążona zbędnymi ryzykami. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na

podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2013r. udzielonego przez prokurenta przystępującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną oraz listami poleconymi w dniu 23 grudnia 2013r.

W dniu 24 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego wykonawca Safège Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Parc de l'Île, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jako potencjalny wykonawca powinien móc właściwie wycenić zakres oferowanych usług, a pozostawienie treści siwz w opublikowanej wersji znacznie to utrudnia i naraża przystępującego na ryzyko strat. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 października 2013r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego ujawnionego w Kbis Rejestru Handlowego i Spółek Sądu Handlowego w Nanterre i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu, czego dowód przystępujący przedłożył na posiedzeniu.

W dniu 27 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego wykonawca Egis Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 182, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jako potencjalny wykonawca powinien móc właściwie wycenić zakres oferowanych usług, a pozostawienie treści siwz w opublikowanej wersji znacznie to utrudnia i naraża przystępującego na ryzyko strat. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 27 grudnia 2013r.

W dniu 27 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego wykonawca Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, W Londynie W6 7EF, Brook Green, Elms House, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego będzie mógł złożyć ofertę zgodną z ustawą i kodeksem cywilnym. Zaskarżone postanowienia siwz naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i nie pozwalają na dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia, jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą, a także pozwalają na jednostronne kształtowanie zakresu umowy przez zamawiającego bez zgody wykonawcy. Wniósł o uwzględnienie zarzutów w całości Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 lipca 2013r. udzielonego przez dwóch dyrektorów, zgodnie z odpisem z KRS dla Oddziału w Polsce upoważnionych do reprezentacji Halcrow Group Limited. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu, czego dowód przystępujący przedłożył na posiedzeniu.

W dniu 8 stycznia 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,
- 3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości.

Istota wskazanych przez odwołującego zarzutów wskazuje, iż w zakresie kwestionowanych postanowień nastąpić miało rzekome naruszenie przepisów ustawy. Taki stan sprawy, zdaniem odwołującego, wyklucza możliwość dokonania wyceny przedmiotu zamówienia.

Istotne znaczenie w sprawie, według zamawiającego, ma okoliczność, iż zamawiający ma prawo do takiego sformułowania treści siwz, aby umożliwić dokonanie wyboru usług najbardziej odpowiadających jego indywidualnym potrzebom. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu i nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że nie może zaoferować omawianego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż jak wynika z utrwalonego w tym zakresie poglądu orzecznictwa, ustanowienie jakichkolwiek obowiązków wykonawcy, co do sposobu wykonania zamówienia na etapie realizacji umowy nie może być naruszeniem art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 31 Pzp. Do takiego naruszenia może dojść w zasadzie jedynie w przypadku nieusuwalnej rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia a istotnymi postanowieniami umownymi, które do tego przedmiotu się odnoszą, a zamawiający ma je zamiar wprowadzić do umowy.

Zamawiający wskazał, iż w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz w treści Umowy przewidział precyzyjnie zakres przedmiotu zamówienia oraz pozostałe obowiązki wykonawcy w toku świadczenia usług zarządzania oraz nadzoru nad realizacją inwestycji.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia oraz wskazania minimalnej liczby osobodni pracy personelu, którego oddelegowanie do realizacji zamówienia zamawiający oczekuje ze strony wykonawców w poszczególnych okresach realizacji zamówienia, podniósł, że:

- a) co do umowy o świadczenie usług - powtarzalność i ciągłość usług

to należy wskazać na rodzaj umowy, jaką jest umowa o świadczenie usług. Przedmiotem zamówienia jest zarządzanie kontraktem oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego. Przedmiotowe usługi mają charakter usług powtarzalnych, ciągłych. Zamawiający uważa, że opisał szczegółowo na czym polega pełnienie usług przez wykonawcę, jakie czynności składają się na pełnioną usługę. Zamawiający ustanowił definicję Usługi w Umowie: "Usługa: czynności, które jest zobowiązany wykonać Konsultant stosownie do postanowień Umowy, polegające na zarządzaniu i pełnieniu kontroli nad pracami projektowymi oraz robotami budowlanymi, a także współpracy z Zamawiającym m.in. w zakresie sprawozdawczości i promocji realizowanego Kontraktu".

Zamawiający jako dowód powołał SIWZ (w tym Umowę) i wskazał na wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 roku, KIO 509/11

Wskazał, iż siwz w przedmiotowym postępowaniu zawiera opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy. Z przepisu tego wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia jest dokładny i obszerny, odnosi się wprost do wielu możliwych aspektów zamówienia, zawiera jednak określenia takie jak „zamawiający szacuje...”. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił szacunkowy termin realizacji zamówienia i zastrzegł w treści SIWZ możliwość jego przedłużenia. Zamawiający stoi na stanowisku, że opisał w Umowie oraz w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób bardzo szczegółowy wszelkie obowiązki wykonawcy, których wypełnianie stanowi prawidłowe świadczenie usług. Obowiązki wykonawcy zostały opisane w Umowie w paragrafach od 11 do 27 (umowa z Konsultantem), sklasyfikowane w grupy obowiązków o podobnym charakterze. Zamawiający wskazał, iż przez wskazanie szacunkowego terminu realizacji usługi, minimalny próg wartości zamówienia został określony. W związku z powyższym -wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mają możliwość oszacowania i kalkulacji oferty. Uwzględniając powyższe zamawiający podniósł bezzasadność argumentacji odwołującego.

Zamawiający zauważył, że działanie jego pozostaje dopuszczalne w ramach swobody umów określonej w treści art. 353(1) kodeksu cywilnego, obejmującej w szczególności swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego.

Jednocześnie wskazał, iż wykonawca ma możliwość dokonania kalkulacji i wyceny oferty, bowiem ma obowiązek dokonać wyceny i ustalić wysokość stawek ryczałtowych. Na cenę oferty będzie składał się iloczyn stawki ryczałtowej oraz szacunkowej liczby miesięcy. W związku z powyższym wszystkich wykonawców obowiązują jednolite warunki w tym przedmiocie. Oferty będą porównywalne i zgodnie z zasadami konkurencji.

Należy również wskazać, iż brak informacji ze strony zamawiającego o ewentualnej możliwości przedłużenia czasu pełnienia usługi czy możliwości rezygnacji z usługi wsparcia, stanowiłyby istotny brak w opisie przedmiotu zamówienia.

b) odnośnie charakteru usług

Pełnienie usług nadzoru nad robotami budowlanymi oraz zarządzania kontraktem stanowi zamówienie, którego realizacja jest uzależniona od okoliczności związanych z prowadzeniem inwestycji, nad którą sprawowany będzie nadzór. Podnoszone przez odwołującego zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Nie jest możliwe w horyzoncie kilkudziesięciu miesięcy precyzyjne określenie dokładnej liczby miesięcy (dniówek) ewentualnego przedłużenia czasu trwania umowy. Powyższe bowiem będzie zależało od okoliczności, które mogą wystąpić podczas realizacji umowy na roboty budowlane. Przede wszystkim wskazać należy, że w rozumieniu przepisu art. 110 KC terminem jest zdarzenie przyszłe i pewne, co nie oznacza, że musi on zostać oznaczony poprzez wskazanie określonej daty dziennej, ale - także przez wskazanie zdarzenia, jak w niniejszej sprawie.

Ewentualne zaś wydłużenie terminu realizacji umowy nie powinno być przez wykonawcę oceniane negatywnie, zważywszy, że otrzymuje on wynagrodzenie za faktycznie wykonaną pracę, zaś na okoliczność wydłużenia okresu trwania umowy zamawiający przewidział w postanowieniu § 4 ust. 3 możliwość wypłaty wykonawcy łącznego wynagrodzenia w wysokości do 150% ceny ofertowej. Zamawiający określił minimalną liczbę usług poprzez informację o szacunkowej liczbie miesięcy trwania umowy określonej w SIWZ. Termin zakończenia świadczenia usług jest określony zdarzeniem: "Zamawiający wymaga, aby Usługa została zrealizowana w terminie uwzględniającym zakończenie i rozliczenie Kontraktów będących przedmiotem zarządzania, wystawienie Ostatecznego Świadectwa Płatności oraz wykonanie minimum pięciu przeglądów gwarancyjnych w Okresie Przeglądów dla każdego z zarządzanych Kontraktów" (Umowa z Konsultantem). Zamawiający wskazał ponadto, że przepisy Pzp nie nakazują opisywania przedmiotu zamówienia w sposób przerzucający ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie zamawianych usług z wykonawcy na zamawiającego.

c) w zakresie charakteru wynagrodzenia

Zamawiający zwrócił uwagę na rodzaj wynagrodzenia za świadczenie zamawianych usług. Podkreślił, że wymaga, aby wykonawca wycenił i ustalił stawkę ryczałtową za pracę poszczególnych ekspertów poprzez ustalenie wysokości stawki, tzw. "dniówkę" świadczenia usług przez danego eksperta, dla każdego z ekspertów oddzielnie. Zamawiający podniósł, że wymaga również aby wykonawca wycenił wysokość ponoszonego tzw. "kosztu administracyjnego", tj. wycenił średni koszt m.in. utrzymania biura, samochodów i innych usług za 1 miesiąc. Ustalając stawkę za 1 miesiąc kosztu administracyjnego, wykonawca

otrzyma wynagrodzenie za wszystkie miesiące pełnienia usługi. Podobnie, ustalając stawkę dniówki za świadczenie usług przez danego eksperta, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za każdą dniówkę pracy każdego eksperta, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez danego eksperta. Na powyższe wskazuje postanowienie umowne w brzmieniu: "Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Zamawiającego" (ust. 1 § 4 Umowy). Umowa stanowi ponadto: "Rzeczywista wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu świadczonej Usługi, a w szczególności zależy od ewentualnego przedłużenia czasu wykonywania Usługi przez Konsultanta/Nadzór Inwestorski" (ust. 3 § 4 Umowy). Oznacza to, że w przypadku wydłużenia czasu trwania Umowy, pierwotnie założonego przez zamawiającego (szacunkowego, w oparciu o który wykonawca winien dokonać wyceny oferty), wykonawca otrzyma wynagrodzenie za okres w którym rzeczywiście pełnił usługi. W związku z powyższym, zamawiający uważa, że wykonawca nie ponosi ryzyka ewentualnego przedłużenia czasu trwania realizacji umowy, z uwagi a fakt, iż rozliczenie będzie odbywało się w oparciu o czas faktycznie przepracowany.

d) co do waloryzacji wynagrodzenia

Dodatkowo zamawiający wskazał, że przewiduje waloryzację wynagrodzenia Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego (ust. 5 § 4 Umowy). Ewentualne ryzyko zwiększenia wartości poszczególnych dóbr, ponosi zamawiający poprzez ustanowienie w Umowie postanowień gwarantujących dokonywanie przez zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego. Podniósł, iż wykonawca nie będzie ponosił ryzyka ewentualnego przedłużenia czasu trwania umowy.

e) odnośnie zarzutu braku wskazania minimalnej liczby osobodni

Zamawiający wskazał, iż zarzut jest nieuzasadniony. Zamawiający podał szacunkową liczbę dniówek dla każdego z ekspertów (szacowana liczba jednostek). Na dowód czego powołał Formularz cenowy dla zadania I i dla zadania II

Wspomniał, że w załączniku nr 2.1. „Formularz cenowy” określił liczbę jednostek (w tym wypadku dniówek) dla poszczególnych ekspertów wymaganych w okresie realizacji umowy, które to dniówki zostaną rozdysponowane w czasie realizacji umowy w stosunku proporcjonalnym do aktualnych potrzeb. Zamawiający nie widzi zatem ryzyka niemożliwości dokonania wyceny oferty w tym zakresie, biorąc pod uwagę, że każdy wykonawca zobowiązany jest dokonać wyceny jednostkowej dniówki przy podanej ilości globalnej dniówek, zaś wynagrodzenie należne za świadczenie usług przez poszczególnych ekspertów będzie wypłacane zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 1 wzoru umowy - miesięcznie w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie przepracowanych dni.

Elastyczność harmonogramu - korzystna dla obu stron i zabezpieczająca ich interesy - powoduje, że ilość dniówek w poszczególnych miesiącach rozliczeniowych może być różna w zależności od zapotrzebowania na ekspertów z danej branży na danym etapie prowadzonych prac, co jednak nie znajduje żadnego przełożenia na etap dokonywania wyceny poszczególnych dniówek, a tym samym na niemożliwość złożenia oferty, czy też złożenie oferty nieporównywalnej, jako że formularz cenowy jest identyczny dla wszystkich wykonawców.

Powyższe, w ocenie zamawiającego, pozwala na dokonanie kalkulacji oferty i dokonania wyceny przez wykonawców. Ponadto profesjonalne podmioty mogą samodzielnie ustalić optymalną liczbę personelu jaki jest niezbędny do należytego wykonania zamówienia w poszczególnych okresach jego realizacji. Z tego też względu przedmiotowy zarzut jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie. W żadnym przypadku, według zamawiającego, nie można uznać, iż wskazanie szacunkowej liczby dniówek personelu w SIWZ narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1019/12.

f) w zakresie zarzutu możliwość ewentualnej rezygnacji z usługi wsparcia

Zamawiający wskazał, że przedmiotowa usługa wsparcia może trwać do kilku miesięcy, a ewentualna rezygnacja z niej, nie może prowadzić do powstania szkody po stronie wykonawcy. Usługa wsparcia polega na pomocy zamawiającemu podczas prowadzonego postępowania przetargowego na roboty budowlane nad którymi sprawowany będzie nadzór. Pomoc może wiązać się m.in. z przygotowywaniem odpowiedzi na pytania oferentów w czasie postępowania przetargowego. Konsultant, jako inżynier, działający profesjonalnie, będzie w stanie udzielić niezbędnego wsparcia zamawiającemu, w zakresie wiedzy technicznej, prawa budowlanego, w zakresie projektu budowlanego itd. Zamawiający w każdej umowie z Konsultantem zakłada pierwotnie możliwość skorzystania z usługi wsparcia, bowiem zamawiający zakłada wybór Konsultanta przed wyborem Wykonawcy robót budowlanych. Jednocześnie zamawiający nie jest w stanie przewidzieć w jakim terminie skutecznie dojdzie do wyboru Konsultanta, ile czasu będą trwały procedury przetargowe, a co za tym idzie, czy po dokonaniu wyboru Konsultanta, w dalszym ciągu usługa wsparcia będzie niezbędna i konieczna. W związku z tym, zamawiający przewidział i opisał ewentualną zmianę umowy w tym zakresie, zgodnie z art. 144 ustawy, tj. możliwość rezygnacji z usługi wsparcia. Trudno więc, w ocenie zamawiającego, zarzucać mu arbitralność decyzji w tym zakresie, ponieważ decyzja ta będzie uzależniona od okoliczności niezależnych od zamawiającego, jak również niemożliwych z góry do przewidzenia.

Stosownie zaś do ewentualnych przestojów w prowadzeniu robót, skutkujących zawieszeniem wykonywania umowy, każdy profesjonalny wykonawca winien uwzględnić w wycenie ryzyka (stosownie bowiem do treści SIWZ ceny mają być podane z narzutami) fakt

wykonywania robót budowlanych w okresie zimowym, co nie stanowi okoliczności niemożliwej do przewidzenia i prawidłowo zweryfikowany pod względem doświadczenia wykonawca nie powinien podnosić niemożliwości uwzględnienia takich okoliczności w sporządzanej wycenie.

W związku z powyższym zamawiający uważa, iż zarzuty odwołującego w tym przedmiocie, są niezasadne.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez przyjęcie w SIWZ, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, w pkt 9.5.3 dla Usług zarządzania i pkt 9.15.2 dla Usług nadzoru

a) zamawiający podniósł ryczałt za miesiąc

Zamawiający wymaga, aby wykonawca wycenił wysokość ponoszonego tzw. "kosztu administracyjnego" za 1 miesiąc. Ustalając ryczałt za 1 miesiąc kosztu administracyjnego, wykonawca, według zamawiającego, ma gwarancję otrzymania wynagrodzenia za wszystkie miesiące trwania umowy, bez względu na liczbę miesięcy. Umowa bowiem stanowi: "Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Zamawiającego" (§4 ust. 1 Umowy).

Umowa ma w części odnoszącej się do kosztów stałych charakter ryczałtowy. W związku z powyższym wykonawca powinien wszystkie koszty stałe uwzględnić w pozycjach ryczałtowych rozliczanych w okresach miesięcznych.

b)co do doświadczenia

Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu przetargowym podmioty, które powinny wykazać się doświadczeniem w pełnieniu usług o takim charakterze. W związku z powyższym, wykonawca powinien być w stanie wyszacować średni miesięczny koszt, który poniesie podczas realizacji umowy, na podstawie dotychczasowego doświadczenia.

c) Harmonogram

Odnosząc się do obaw odwołującego w kwestii jednostronnego modyfikowania zakresu świadczenia wykonawcy, zamawiający wskazał, że w umowie został wskazany mechanizm, ułatwiający pracę wykonawcy oraz jego współpracę z Kierownikiem Projektu - przedstawicielem zamawiającego, w zakresie określania potrzeb odpowiedniej liczby personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego, wymaganego w danym okresie na Placu Budowy, celem zapewnienia należytego wykonywania usług przez Konsultanta/Nadzór Inwestorski, a jednocześnie celem zmniejszenia kosztów zatrudnienia po stronie wykonawcy poprzez wymaganie na budowie osób niezbędnych w danym okresie. W związku z powyższym, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego (dalej Harmonogram) stanowi uproszczenie zasad zmiany liczby i rodzaju personelu wykonawcy.

Harmonogram stanowi, według zamawiającego, swoistego rodzaju plan, grafik pracy poszczególnych ekspertów, dzięki któremu wykonawca jak i jego personel, będą w stanie odpowiednio wcześniej przygotować się do pełnienia usługi, w sposób niezakłócony. Modyfikacja przedmiotowego Harmonogramu jest przewidziana przez zamawiającego, celem ułatwienia współpracy, organizacji pracy i dokonywania potrzebnych modyfikacji w sposób sprawny.

Zgodnie z Umową „Harmonogram określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego w każdym miesiącu świadczenia Usług przez Wykonawcę, wraz ze wskazaniem ilości dniówek przewidzianych dla każdego członka Personelu Wykonawcy”.

d) co do roli Kierownika Projektu

Odnosząc się do kwestii możliwości ingerowania Kierownika Projektu w Harmonogram w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Nadzoru Inwestorskiego lub Konsultanta, zamawiający wskazał, iż za pomocą przedmiotowego mechanizmu, zamawiający będzie w stanie wskazać obszary działalności Nadzoru Inwestorskiego oraz Konsultanta, które należy zintensyfikować bądź ograniczyć. Rozwiązanie jest podyktowane koniecznością współpracy Zamawiającego z Wykonawcą w tym zakresie.

Zamawiający podniósł, iż precyzyjne określenie przez zamawiającego liczby personelu w każdym z miesięcy realizacji usługi, spowodowałoby iż Opis Przedmiotu Zamówienia byłby niepełny, nieprecyzyjny. Nie uwzględniałby bowiem okoliczności, mogących mieć wpływ na realizację Umowy. Ewentualna zmiana liczby dniówek jest przewidziana jako rozwiązanie podyktowane okolicznościami występującymi na budowie, czego strony nie były w stanie przewidzieć podczas tworzenia pierwotnego Harmonogramu. Dlatego nie można przyjąć, tak jak zarzuca odwołujący, iż zamawiający ma zamiar jednostronnie modyfikować zakres świadczenia wykonawcy. Stworzone przez zamawiającego postanowienia umowne przewidują, iż to wykonawca ma przedstawić Harmonogram oraz będzie uprawniony do aktualizacji Harmonogramu. Wykonawca bowiem, jako profesjonalista, który zapozna się ze specyfiką inwestycji, będzie w stanie przewidzieć i oszacować niezbędną mu liczbę personelu, celem świadczenia usług w sposób staranny i należyty. Harmonogram może również określać podział wykonywania Usług przez Konsultanta/Nadzór Inwestorski na etapy odzwierciedlające wykonywanie Kontraktu, a także przewidywać rezerwę w przypadku przedłużenia czasu realizacji Kontraktu" (ust. 7 § 9 Umowy). Zamawiający podkreślił, że postanowienia umowne nie wskazują, że Harmonogram będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska wykonawcy.

Zarzut zatem, w ocenie zamawiającego jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ustawy oraz zarzutu naruszenia art. 353(1) KC i art. 355 w zw. z art. 139 ustawy Zamawiający podniósł:

a)co do wyceny oraz Harmonogramu

Zamawiający odwołał się do wyjaśnień złożonych przy odpowiedzi na zarzuty nr I i II powyżej. Wskazał, że szczegółowo odnosi się do kwestii możliwości dokonania wyceny przez wykonawcę jak również wyjaśnia celu stworzenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego.

b) Odnośnie jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia

W kwestii dokonywania jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia, zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią art. 353(1) kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 ustawy, które odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następujących przepisów działu IV ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353(1) kodeksu cywilnego), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy Tak wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012r., KIO 291/12, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP1189/10. Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne warunki umowy zostały określone przez zamawiającego i sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem, według

zamawiającego, nie dopuścił się on nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami. Tak wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009r., KIO/UZP 1547/09, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2009 r., KIO/UZP 694/09. W ramach swobody umów zamawiający uważa, że może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy (...). Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty będzie musiał zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy. Wykonawcy są tutaj równo traktowani przez zamawiającego, gdyż otrzymali oni jednakowe specyfikacje i dlatego nie można mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp i kodeksowej zasady równości stron. Tak Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2008 r., KIO/UZP 35/08

c) zarzut naruszenia art. 353(1) Kodeksu cywilnego

W kwestii zarzutu naruszenia art. 353(1) Kodeksu cywilnego podnieść należy, że dla uznania, że treść umowy narusza tę zasadę niezbędne jest wykazanie, że sformułowania umowy w sposób obiektywny prowadzą do pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wskazał w jaki sposób postanowienia SIWZ prowadzą do pokrzywdzenia Wykonawcy, jak również nie wskazuje z jaką zasadą współzycia społecznego przedmiotowe postanowienia są sprzeczne.

Wobec powyżej przedstawionego stanowiska, bezpodstawne pozostają zarzuty odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy zamawiający podniósł:

a) co do swobody i uprawnienia

to odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zamawiający zwrócił uwagę, iż powinien mieć pewną swobodę - wyznaczoną postanowieniami umowy oraz przepisami kodeksu cywilnego - przy zatwierdzaniu pracy personelu Konsultanta (Nadzoru) wykonującego swojej czynności poza Placem Budowy. Nie można, w ocenie zamawiającego, zakładać, iż zamawiający ma być za każdym razem, niejako z automatu (a to zakłada odwołujący formułując przedmiotowy zarzut) zobowiązany na wniosek wykonawcy do uwzględnienia świadczenia pracy członka personelu wykonawcy wykonywanej poza Placem Budowy. Zamawiający powinien posiadać uprawnienie do weryfikacji stosownego wniosku wykonawcy i jego uwzględnienia jedynie w przypadku gdy taka praca była rzeczywiście świadczona. Powyższe nie oznacza również, iż zamawiający odmówi potwierdzenia faktu świadczenia pracy przez członka Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego w innym miejscu niż Plac Budowy, jeżeli rzeczywiście taki fakt będzie miał miejsce.

W związku z powyższym, zamawiający wskazał, iż obawy i wątpliwości jakoby zamawiający miał odmawiać potwierdzania faktu świadczenia pracy przez członków Personelu Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego w innym miejscu niż Plac Budowy w sytuacjach gdy faktycznie ta praca będzie świadczona, są nieuzasadnione.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy a także art. 353(1) KC w zw. z art. 483 i 484 § 1 KC w zw. z art. 139 ustawy, to zamawiający wskazał, że w umowie przewidział możliwość naliczenia kar umownych za istotne uchybienia lub uchylenie się Konsultanta/Nadzoru Inwestorskiego od obowiązków zawartych w Umowie, w szczególności za uchylenie się od obowiązków wymienionych przez zamawiającego w ust. 1-5. Jednakże wykonawca może uchylać się również od innych obowiązków, niewymienionych literalnie przez zamawiającego, a wymienienie ich wszystkich przez zamawiającego jest wręcz niemożliwe, z uwagi na nieprzewidywalność i różnorodność sytuacji, w których, według zamawiającego, wykonawca może uchybić obowiązkowi. Jednocześnie zamawiający jest zobowiązany należycie zabezpieczyć swój interes.

W ocenie zamawiającego kary umowne wskazane w § 36 ust. 6 Umowy na Zarządzenia oraz § 30 ust. 7 Umowy na Nadzór Inwestorski w sposób jednoznaczny - w świetle pozostałych postanowień obu Umów - przewidują przypadki ich nałożenia na wykonawcę.

Co do zwiększenia gwarancji, to zdaniem zamawiającego wprowadzenie do umowy postanowień zwiększających gwarancję starannego działania przez wykonawcę, nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów, lecz jest wyrazem zapobiegliwości i dbałości o interes publiczny poprzez zapewnienie usług odpowiedniej jakości. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r., o sygn. akt: KIO 164/12 „Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd zawarty w wyroku Izby Sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 1 lutego 2011 r. iż zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy”.

Odnosnie istoty kary umownej, to jej istotą jest represyjny, kompensujący i mobilizujący charakter. Kara umowna ma z jednej strony mobilizować wykonawcę do należytego wykonania umowy, a z drugiej stanowić dla niego represję w przypadku nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Należy jednak zauważyć, iż ewentualne nałożenie na wykonawcę kary umownej zależy tylko i wyłącznie od jego zachowań w trakcie realizacji Umowy. Profesjonalny wykonawca powinien realizować przedmiot umowy należycie i zgodnie z zawodowym charakterem jego działalności. Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1019/12. Ponadto w wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 Izba orzekła, że: "Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania

zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowna wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy" (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08).

Co do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, zdaniem zamawiającego dopuszczalnym jest rozszerzenie zakresu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i zastrzeżenie odpowiedniej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 27.6.2003 r., IV CKN 300/01). Takie postanowienie umowne pozostaje, przynajmniej co do zasady, w granicach swobody kontraktowania wyznaczonych treścią art. 353(1) KC (por. wyr. SN z 11.10.2002 r., I CKN 997/00, OSNC 2003, Nr 2, poz. 24). Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, według którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania istniejącego lub przyszłego zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej.

W ocenie zamawiającego kwestionowany zapis umowy nie stanowi *lex specialis* w stosunku do pozostałych przypadków zastrzeżenia kar umownych, lecz ich dopełnienie. W postanowieniu tym wyraźnie wskazano, że kara dotyczy każdego innego naruszenia zapisów umowy, a więc takiego, który nie został uregulowany szczegółowo w innym postanowieniu, tj. dla którego nie zastrzeżono kary umownej na podstawie innego postanowienia zawartego w postanowieniach umowy. W związku z czym powyższe zastrzeżenie nie stanowi nadużycia prawa i co więcej jest dopuszczalne w ramach swobody umów. Zdaniem zamawiającego dopuszczalnym jest także rozszerzenie zakresu okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, i zastrzeżenie odpowiedniej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 27.6.2003 r., IV CKN 300/01). Dopuszczalnym jest również zastrzeżenie zapłaty określonej sumy pieniężnej, na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Takie postanowienie umowne pozostaje, przynajmniej co do zasady, w granicach swobody kontraktowania wyznaczonych treścią art. 353(1) KC (por. wyr. SN z 11.10.2002 r., I CKN 997/00, OSNC 2003, Nr 2, poz. 24). Zastrzeżenie to, w zależności od okoliczności, może stanowić ustanowienie kary umownej na wypadek niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania przez dłużnika, którego zakres odpowiedzialności został zgodnie z art. 473 § 1 KC rozszerzony, albo też zobowiązanie gwarancyjne.

Co do art. 484 § 1 KC, to dopuszcza on zastrzeżenie kary umownej i dochodzenie roszczenia z tego tytułu, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie m. in. w Uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. akt III CZP 61/03 (OSN z 2004 r. Nr 5 poz. 59), której Sąd Najwyższy nadał moc zasady prawnej, zgodnie z którą "zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania

lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody."

A pro po akcesoryjnego charakteru kary umownej, to ma ona charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy. Zamawiający wskazał, iż zastrzeżenie kar umownych wiąże się ściśle z umową, którą zamawiający zawrze z wykonawcą. W związku z czym wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność wyłącznie za działania lub zaniechania wynikające z tego stosunku prawnego. Podsumowując, zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia wyłącznie takich uchybień, które mają związek z zawartą umową i jej realizacją na podstawie obowiązków, wymienionych w umowie.

Stanowisko Zamawiającego w zakresie zarzutu VII, to stosownie do przepisu art. 144 Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Pośrednio z tego przepisu wynika też, że umowa powinna być zgodna z treścią oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Zakaz dotyczy dokonywania takich zmian w umowie, które powodowałyby odmienność od treści wybranej oferty. W szczególności należy mieć na uwadze przepis art. 82 ust. 3 Pzp, z którego wynika, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jednym z elementów SIWZ są istotne postanowienia przyszłej umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 cyt. ustawy). Wykonawca składając ofertę, akceptuje ten projekt umowy. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób oraz nie wskazał na czym ma polegać rzekoma niezgodność warunków Umowy z dyspozycją art. 144 ustawy.

Zgodnie z § 38 Umowy na Zarządzanie i § 32 Umowy na Nadzór inwestorski zmiana Umowy może nastąpić w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) Siły Wyższej, o której mowa § 33/29 Umowy;
- 2) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Usługi lub świadczenia Stron;
- 3) powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej postanowień przez Strony;
- 4) powstania obowiązków wynikających z wytycznych wdrażania funduszy unijnych, z których Kontrakt lub Umowa będzie finansowana;
- 5) gdy konieczność wprowadzenia zmian będzie następstwem zmian wprowadzonych w Umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, z zastrzeżeniem § 3 ust. 4 Umowy;

6) gdy konieczność wprowadzenia zmian będzie następstwem ewentualnego rozwiązania Umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed ukończeniem prac projektowych lub Robót i wynikającą z tego faktu koniecznością dostosowania Umowy na nadzór i obowiązków Konsultanta do zaistniałej sytuacji lub koniecznością skrócenia okresu realizacji Usługi zastrzeżeniem § 3 ust. 4 Umowy;

7) naliczone kary umowne wynoszą 20% wynagrodzenia Wykonawcy.

W związku z powyższym, zamawiający uważa, iż przewidział możliwość dokonania zmian przez szczegółowe wymienienie okoliczności, mogących stanowić podstawę do zmian umowy, które muszą nastąpić w formie aneksu do umowy. W związku z powyższym, zarzuty odwołującego w tym zakresie, są nieuzasadnione.

Co do zarzutu naruszenia art. 353(1) KC w zw. z art. 484§ 1 KC i w zw. z art. 139 ustawy to, w ocenie zamawiającego nieprzyznanie w umowie prawa wykonawcy do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego ponad zastrzeżone na jego rzecz kary umowne (w określonych przypadkach) nie narusza swobody umów wyrażonej w art. 353(1) k.c. oraz przepisu art. 484 § 1 k.c.

Przedmiotowe postanowienia umów na Zarządzania oraz Nadzór Inwestorski mają przede wszystkim na celu zabezpieczenie interesu zamawiającego, który ma prawo i obowiązek w należyty sposób zabezpieczyć interes publiczny. Przewidziane w umowie kary umowne na rzecz zamawiającego oraz odszkodowanie uzupełniające mają charakter represyjny oraz mobilizujący wykonawcę do należytego wykonania umowy. W interesie publicznym (a tym samym i zamawiającego) nie jest bowiem karanie wykonawcy i dochodzenie wyrządzonych w majątku Skarbu Państwa szkód, ale należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Interes wykonawcy jest zabezpieczony poprzez przyznanie mu prawa do otrzymania wynagrodzenia za wykonane zamówienie oraz kary umownej stanowiącej zryczałtowaną formę odszkodowania w przypadkach określonych w Umowie na Zarządzania oraz Umowie na Nadzór Inwestorski. Nierównowaga kontraktowania która może zachodzić w przedmiotowym przypadku nie uzasadnia jednak zarzutu naruszenia art., 353(1) k.c. oraz art. 355 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. Zarzut ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z zastrzeżeniem prawa dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne wyłącznie dla zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych, uważa, że jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa

środków zabezpieczających interes zamawiającego, bowiem niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

W opinii zamawiającego wzajemność umowy ma miejsce wtedy gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Nie oznacza to, że świadczenia te mają być obiektywnie ekwiwalentne. W związku z czym, tym bardziej dodatkowe zastrzeżenia umowne, choćby w postaci zastrzeżonych kar umownych, również nie muszą być rozłożone równomiernie. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone choćby w wyroku z dnia 2008-08-05, o sygn. akt KIO/UZP 754/08, w którym to Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „w umowach w sprawach zamówień publicznych, które są umowami wzajemnymi istnieje równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność świadczeń. Z definicji umowy wzajemnej wynika również, że nawet same świadczenia nie muszą być obiektywnie ekwiwalentne. Tym bardziej pozostałe elementy umowy nie muszą być symetryczne”. Wskazać należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353(1) k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów (...). Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. W opinii zamawiającego wzajemność umowy ma miejsce wtedy, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

W związku z czym, tym bardziej dodatkowe zastrzeżenia umowne, choćby w postaci zastrzeżonych kar umownych, również nie muszą być rozłożone równomiernie.

Ponadto, wedle zamawiającego, istotnym jest również fakt, iż prawo zamówień publicznych ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353(1) KC. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353(1) KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Można tu wskazać choćby na uprawnienia zastrzeżone na korzyść zamawiającego, jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, czy możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy, w związku z czym uprawniony jest on też do

odpowiedniego zabezpieczenia swoich interesów poprzez choćby zwiększenie ryzyka po stronie Wykonawcy, czy też zastrzeżenie odpowiednich kar finansowych. Celem kary umownej jest "wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań" (wyrok SN z 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08).

Podobnie wypowiedziała się KIO choćby w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r., o sygn. akt: KIO 164/12 „Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd zawarty w wyroku Izby Sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 1 lutego 2011 r. iż zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. W tym samym wyroku wskazano, że "Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353(1) KC (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.". Natomiast w wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 Izba orzekła, że: "Kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 KC. Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależyte wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowa wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy" (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08).

W opinii zamawiającego, wykonawca jako podmiot profesjonalny nie powinien mieć trudności z prawidłowym wykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy. Co więcej, w przypadku prawidłowego wykonywania umowy, wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty kar. Podkreślenia wymaga również fakt, iż wykonawca będzie w imieniu zamawiającego zarządzał/nadzorował roboty budowlane o znacznej wartości, w związku z czym działania i zaniechania wykonawcy będą się przekładały również na zobowiązania zamawiającego w

stosunku do wykonawcy robót budowlanych, co znacznie zwiększa ryzyko po stronie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę postanowienia umowy, treść obowiązujących przepisów prawa oraz ugruntowane stanowisko doktryny zamawiający uznał, iż przedmiotowe zarzuty odwołującego, pozostają nieuzasadnione.

Ponadto zamawiający wnosił dodatkowo o oddalenie odwołania również z powodu niewykazania przez odwołującego szkody oraz związku przyczynowego pomiędzy ewentualną szkodą, a rzekomym naruszeniem przepisów Pzp, mającym lub mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania - art. 192 ust. 2 Pzp.

Jak wynika z utrwalonego w tym zakresie poglądu orzecznictwa odwołujący nie wykazał, że zarzucane przez niego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mogłyby skutkować dla niego szkodą. Odwołujący powołał jedynie ogólnie, że niejasne postanowienia projektowanej umowy są dla niego niekorzystne i w tym upatrywał swojej szkody, z uwagi na niemożność wyszacowania ryzyka. Sam fakt, iż postanowienia przyszłej umowy nie odpowiadają w pełni oczekiwaniom odwołującego, nie może być uznany za uprawdopodobnienie możliwości powstania szkody.

W toku rozprawy odwołujący, przystępujący i zamawiający przedstawiali swoje pisemne i ustne stanowiska rozwijając argumentację faktyczną i prawną dotyczącą podniesionych zarzutów i zgłoszonych żądań. Stanowiska prezentowane w tych wystąpieniach nie spowodowały zmiany zakresu odwołania ani pierwotnych stanowisk stron i uczestników postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

W tomie I rozdziale 5 zamawiający opisał termin realizacji przedmiotu zamówienia i przewidział :

Zadanie 1.

1. Zamawiający wymaga, aby Usługa, została zrealizowana w terminie uwzględniającym:

- 1) Okres pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na projektowanie i realizację Robót;
- 2) Okres projektowania oraz wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu;
- 3) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu do wystawienia Świadectwa Wykonania;

4) Ostateczne rozliczenie Kontraktu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Konsultant będzie zobowiązany do udziału w rozstrzyganiu ewentualnych sporów pomiędzy stronami Kontraktu oraz udziału w Przeglądach gwarancyjnych.

Szacuje się, że czas realizacji usługi będzie wynosił:

a) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem I - 52 miesiące

b) dla usługi zarządzania Kontraktem objętym Zadaniem II – 56 miesięcy.

Na okres ten składa się:

- 2 miesiące - wsparcie Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.” w podziale na zadania:

Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”,

Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) – węzeł „Radzymin Płd.”.

- 32 miesiące zarządzania Kontraktem w okresie projektowania oraz wykonywania robót na Kontrakcie– ZADANIE I,

- 36 miesięcy zarządzania Kontraktem w okresie projektowania oraz wykonywania robót na Kontrakcie – ZADANIE II,

- 18 miesięcy nadzoru w Okresie Przeglądów i Rozliczenia kontraktu dla każdego z zadań,

Termin 52 i 56 miesięcy jest terminem szacunkowym i zależy od okresu projektowania i realizacji robót, dlatego, w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu.

Wskazany termin (2 miesiące) wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu jest terminem szacunkowym.

Szacuje się także, iż po tym terminie nastąpi zawieszenie świadczenia Usługi (szacunkowy termin 6 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą Robót.

Terminy te mogą ulec zmianie. Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu.

Data rozpoczęcia realizacji Usługi zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej na 14 dni przed Datą rozpoczęcia realizacji Usługi.

Zadanie 2.

2. Zamawiający wymaga, aby Usługa została zrealizowana w terminie uwzględniającym:

- 1) Okres wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu
- 2) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu do wystawienia Świadectwa Wykonania;
- 3) Ostateczne rozliczenie Kontraktu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności.

Szacuje się, że czas realizacji usługi będzie wynosił:

- a) dla usługi nadzoru nad robotami objętymi Zadaniem I - 50 miesięcy
- b) dla usługi nadzoru nad robotami objętymi Zadaniem II – 54 miesiące

Na okres ten składa się:

- 32 miesiące wykonywania usługi w okresie realizacji Kontraktu – ZADANIE I,
- 36 miesięcy wykonywania usługi w okresie realizacji Kontraktu – ZADANIE II,
- 18 miesięcy nadzoru w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu dla każdego z zadań do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności,

Termin 50 i 54 miesiące jest terminem szacunkowym i zależy od okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór, dlatego, w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu.

W tomie I pkt 9 zamawiający zawarł opis sposobu obliczania ceny

Zadanie 1.

9.1. Cena Oferty (w PLN) zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym, którego wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (załącznik do Oferty – Formularz 2.2. – („Formularz Cenowy”) dla Zadania 1.

9.2. Cena Oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SIWZ.

Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

9.3. Wynagrodzenie dodatkowego personelu (poza wymienionym w Formularzu cenowym) należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego.

9.4. Wartość netto pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 9 % ceny Oferty netto. Wartość netto pozycji „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 1% ceny Oferty netto. Wartość

netto pozycji „Koszt wsparcia Zamawiającego” nie może przekroczyć 0,3 % ceny Oferty netto. Wartość netto jednej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności” nie może przekroczyć 50 % ceny tej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia”. Wartość netto pozycji „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” nie może przekroczyć 0,5 % ceny Oferty netto. W przypadku gdy którakolwiek z wartości, o których mowa powyżej, zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

9.5. W cenie Oferty Wykonawca powinien uwzględnić:

9.5.1. W pozycji „Koszt wsparcia Zamawiającego” m.in.

- zapoznanie się z dokumentacją przetargową na Projekt i budowę drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.” w podziale na zadania:

Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”,

Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) – węzeł „Radzymin Płd.”

- pomoc przy udzielaniu wyjaśnień dotyczących SIWZ na Projekt i budowę drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.” w podziale na zadania:

Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”,

Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) – węzeł „Radzymin Płd.”

Wskazany termin (2 miesiące) wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu jest terminem szacunkowym.

Szacuje się także, iż po tym terminie nastąpi przerwa w świadczeniu Usługi (szacunkowy termin 6 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą Robót.

Terminy te mogą ulec zmianie. Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu.

9.5.2. W pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” m.in.:

- koszt wyposażenia pomieszczeń biurowych Konsultanta,
- koszt wykonania w cyklach miesięcznych cyfrowych zdjęć lotniczych, nie mniej niż 50 zdjęć w jednej sesji (min. 300 dpi), format .jpg i .tif,

- koszt usług telekomunikacyjnych w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- koszty utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- koszty materiałów biurowych przeznaczonych na potrzeby Konsultanta,
- koszty wynikające z użytkowania umeblowania i sprzętu na potrzeby Konsultanta,
- koszty wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań na potrzeby Konsultanta,
- koszty przesyłek pocztowych i kurierskich,
- koszty wynagrodzenia personelu biurowego i pomocniczego,
- inne koszty związane z pracą i utrzymaniem pomieszczeń biurowych Konsultanta,

9.5.3. W pozycji „Usługi zarządzania”, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty m. in.:

- wynagrodzenia wraz z narzutami,
- urządzenia stanowiska pracy,
- szkoleń personelu nadzoru,
- zakwaterowania i delegacji,
- wyposażenia bhp,
- transportu i łączności,
- wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- urlopów i zwolnień,
- dokumentowania stanu budowy (film i zdjęcia),
- wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

9.5.4. W pozycji „Działania promocyjne”

- w odniesieniu do broszury informacyjnej koszty:
 - opracowania projektu graficznego broszury i jej uzgodnienia z Zamawiającym,
 - druku broszur,
 - dostarczenia broszur w miejsca wskazane przez Zamawiającego,
 - uzyskania na rzecz Zamawiającego praw autorskich majątkowych (możliwość nieodpłatnego powielenia).
- w odniesieniu do informacyjnej strony internetowej koszty:
 - zakupienia/wynajęcia domeny o nazwie jednoznacznie kojarzącej się z tytułem Projektu,
 - opracowania projektu graficznego strony i jego uzgodnienia z Zamawiającym,

- przygotowania wykresów, map, schematów do zaprezentowania na stronie,
- gromadzenia danych, zdjęć oraz filmu do zaprezentowania na stronie,
- regularnego aktualizowania danych na stronie (nie rzadziej niż raz w tygodniu).

9.5.5. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności

- koszt wyposażenia pomieszczeń biurowych Konsultanta,
- koszt usług telekomunikacyjnych w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- koszty utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- koszty materiałów biurowych przeznaczonych na potrzeby Konsultanta,
- koszty wynikające z użytkowania umeblowania i sprzętu na potrzeby Konsultanta,
- koszty wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań na potrzeby Konsultanta,
- koszty przesyłek pocztowych i kurierskich,
- koszty wynagrodzenia personelu biurowego i pomocniczego,
- inne koszty związane z pracą i utrzymaniem pomieszczeń biurowych Konsultanta,

9.5.6. W pozycji „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” koszty związane z nabyciem przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich, o którym mowa w § 35 Umowy.

9.6 Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

9.7 Wszystkie kalkulowane koszty z pozycji „Razem” od (1) do (5) Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „CENA NETTO”.

9.8 Obliczoną w ten sposób „CENĘ NETTO” należy powiększyć o podatek VAT określając w ten sposób „CENĘ OFERTY BRUTTO”, którą należy przenieść następnie do Formularza oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ.

9.9 Cena oferty musi być wyrażona w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

9.10 Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w Umowie stanowiącej Tom II SIWZ.

9.11 Jeżeli złożona zostanie Oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz-wspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu

oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zadanie 2.

9.12 Cena Oferty (w PLN) zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym, którego wzór został umieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ (załącznik do Oferty – Formularz 2.2. – („Formularz Cenowy”) dla Zadania 2

9.12. Cena Oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SIWZ.

Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

9.13. Wynagrodzenie dodatkowego personelu (poza wymienionym w Formularzu cenowym) należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego.

9.14. Wartość netto pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 27% ceny Oferty netto. Wartość netto jednej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” nie może przekroczyć 50 % ceny tej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”. Wartość netto pozycji „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” nie może przekroczyć 0,5 % ceny Oferty netto. W przypadku gdy którakolwiek z wartości, o których mowa powyżej, zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W cenie Oferty Wykonawca powinien uwzględnić:

9.15.1. W pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”:

a) W podpozycji „Koszt utrzymania środków transportu Zamawiającego oraz wyposażenia pomieszczeń biurowych Zamawiającego” m.in.:

- koszt wyposażenia i utrzymania pomieszczeń biurowych Zamawiającego,
- koszt użytkowania środków transportu przeznaczonych dla Zamawiającego,
- opłaty za media w pomieszczeniach biurowych Zamawiającego,
- koszty materiałów biurowych przeznaczonych dla Zamawiającego.

b) W podpozycji „Koszt utrzymania biura” m.in.:

- koszt zapewnienia (np. wynajęcia) biura,
- koszt utrzymania pomieszczeń biurowych Konsultanta,

- koszt wyposażenia i utrzymania pomieszczeń biurowych Nadzoru Inwestorskiego,
- opłaty za media (energia elektryczna, telefony komórkowe na potrzeby Nadzoru Inwestorskiego, telefony stacjonarne na potrzeby Nadzoru Inwestorskiego, ogrzewanie, woda, Internet itp.),
- koszty ochrony,
- koszty utrzymania czystości za wyjątkiem pomieszczeń biurowych przeznaczonych dla Konsultanta,
- koszty materiałów biurowych,
- wyposażenie sal konferencyjnych,
- koszty wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań,
- koszty miejsc parkingowych,
- koszty przesyłek pocztowych i kurierskich,
- inne koszty związane z utrzymaniem biura.

c) W podpozycjach „Personel biurowy i pomocniczy – Zadanie I” oraz „Personel biurowy i pomocniczy – Zadanie II”:

- koszty wynagrodzenia personelu biurowego i pomocniczego,

9.15.2. W pozycji „Usługi nadzoru”, dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty m. in.:

- wynagrodzenia wraz z narzutami,
- urządzenia stanowiska pracy,
- szkoleń personelu nadzoru,
- zakwaterowania i delegacji,
- wyposażenia bhp,
- transportu i łączności,
- wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- urlopów i zwolnień,
- wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

9.15.3. W pozycji „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności”:

a) W podpozycji „Koszt utrzymania środków transportu Zamawiającego oraz wyposażenia pomieszczeń biurowych Zamawiającego” m.in.:

- koszt wyposażenia i utrzymania pomieszczeń biurowych Zamawiającego,

- koszt użytkowania środków transportu przeznaczonych dla Zamawiającego,
 - opłaty za media w pomieszczeniach biurowych Zamawiającego,
 - koszty materiałów biurowych przeznaczonych dla Zamawiającego.
- b) W podpozycji „Koszt utrzymania biura” m.in.:
- koszt zapewnienia (np. wynajęcia) biura,
 - koszt utrzymania pomieszczeń biurowych Konsultanta,
 - koszt wyposażenia i utrzymania pomieszczeń biurowych Nadzoru Inwestorskiego,
 - opłaty za media (energia elektryczna, telefony komórkowe na potrzeby Nadzoru Inwestorskiego, telefony stacjonarne na potrzeby Nadzoru Inwestorskiego, ogrzewanie, woda, Internet itp.),
 - koszty ochrony,
 - koszty utrzymania czystości za wyjątkiem pomieszczeń biurowych przeznaczonych dla Konsultanta,
 - koszty materiałów biurowych,
 - wyposażenie sal konferencyjnych,
 - koszty wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań,
 - koszty miejsc parkingowych,
 - koszty przesyłek pocztowych i kurierskich,
 - inne koszty związane z utrzymaniem biura.
- c) W podpozycjach „Personel biurowy i pomocniczy – Zadanie I” oraz „Personel biurowy i pomocniczy – Zadanie II”:
- koszty wynagrodzenia personelu biurowego i pomocniczego,

9.15.4. W pozycji „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” koszty związane z nabyciem przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich, o którym mowa w § 28 Umowy.

9.16. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

9.17. Wszystkie kalkulowane koszty z pozycji „Razem” od (1) do (4) Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „CENA NETTO”.

9.18. Obliczoną w ten sposób „CENĘ NETTO” należy powiększyć o podatek VAT określając w ten sposób „CENĘ OFERTY BRUTTO”, którą należy przenieść następnie do Formularza oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ.

9.19. Cena oferty musi być wyrażona w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

9.20. Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w Umowie stanowiącej Tom II SIWZ.

9.21. Jeżeli złożona zostanie Oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz-wspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W formularzu cenowym zamawiający podał : wyszczególnienie elementów rozliczeniowych (przy niektórych kosztach określił ich maksymalny procentowy udział w cenie całkowitej oferty), Jedn. czasu/ ilości/ rozliczenia np. ilość sztuk, miesięcy, tygodni, dniówek, szacowaną liczbę jednostek i oczekiwał podania ceny jednostkowa netto w PLN i wartości netto w PLN

Wskazał także zasady obliczania kosztów, wskazując m. in.

Liczba ekspertów kluczowych powinna być równa liczbie wymaganych osób na stanowiska Ekspertów kluczowych. Wykonawca wycenia koszt dniówki (oraz sumy dniówek) osoby na konkretne stanowisko Eksperta kluczowego.

Liczba Innych ekspertów NIE jest równa liczbie wymaganych osób.

Wykonawca wycenia koszt dniówki (oraz sumy dniówek) danego rodzaju eksperta bez względu na liczbę osób. Liczba dniówek i osób będzie rozdysponowana wg potrzeb i harmonogramu o którym mowa w paragrafie 9 umowy.

Dniówka:

jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia usługi przez Personel Konsultanta (stawka dzienna), wskazana w „Formularzu Cenowym” i służąca do obliczenia wynagrodzenia za wskazane w Formularzu Cenowym części Usługi, zgodnie z § 27 Umowy.

Ryczałt:

jednostka rozliczeniowa dla świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta (stawka miesięczna), wskazana w „Formularzu Cenowym” i służąca do obliczenia wynagrodzenia za wskazane w Formularzu Cenowym części Usługi, zgodnie z § 6 Umowy.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że powyższe wymagania co do czasu pracy Ekspertów Kluczowych i Innych Ekspertów, personelu biurowego i pomocniczego są wymaganiami minimalnymi. Konsultant przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiej liczby Personelu, aby zapewnić sprawną i terminową realizację zadań objętych Kontraktem. W stawce wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu należy uwzględnić koszty pracy doradców (np. dodatkowych prawników, dodatkowych specjalistów w zakresie

warunków FIDIC i prawa zamówień publicznych). Wynagrodzenie dodatkowej liczby Personelu ponad Personel wskazany w powyższej tabeli należy ująć w cenie oferty.

Zamawiający podał następujące definicje :

Usługa:

czynności, które jest zobowiązany wykonać Konsultant stosownie do postanowień Umowy, polegające na zarządzaniu i pełnieniu kontroli nad pracami projektowymi oraz robotami budowlanymi, a także współpracy z Zamawiającym m.in. w zakresie sprawozdawczości i promocji realizowanego Kontraktu.

Usługa wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta:

część Usługi polegająca na wsparciu udzielanym przez Konsultanta na rzecz Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu, na zasadach określonych w Umowie.

W Tomie II Wzór umowy zamawiający określił:

§ 3 ust. 4 W chwili zawarcia Umowy Zamawiający na potrzeby obliczenia wartości zamówienia publicznego szacuje, że czas realizacji Usługi z zastrzeżeniem ust. 7 będzie wynosił:

1) dla usługi zarządzania robotami budowlanymi obejmującymi Zadanie I: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”- 52 miesiące;

2) dla usługi zarządzania robotami budowlanymi obejmującymi Zadanie II: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) –węzeł „Radzymin Płd.”– 56 miesięcy.

5. Czas realizacji umowy może być dłuższy lub krótszy od szacowanego czasu wskazanego w ust. 4 i zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontraktu, o których mowa w ust. 2. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji usługi nie stanowi zmiany Umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

6. Czas pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu, jest terminem szacunkowym. W przypadku korzystania z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta, Konsultant jest zobowiązany zapewnić Personel odpowiedni do potrzeb określonych przez Zamawiającego.

7. W przypadku pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta może nastąpić zawieszenie świadczenia Usługi do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą (szacunkowy termin 6 miesięcy). Wskazany termin zawieszenia może ulec zmianie. Zawieszenie następuje w drodze pisemnego poinformowania Konsultanta przez Kierownika Projektu ze wskazaniem daty rozpoczęcia zawieszenia Usługi.

8. Data wznowienia realizacji Usługi po okresie zawieszenia, zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej w terminie 7 dni przed datą wznowienia realizacji Usługi.

9. Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia zmian w zakresie czasu pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta, tj.:

- 1) rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta;
- 2) skrócenia lub przedłużenia okresu świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego.

10. W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi wsparcia Zamawiającego bądź zmiany okresu zawieszenia świadczenia Usługi, Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie ani roszczenie o dodatkowe płatności, a w szczególności zwrot kosztów lub odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści.

11. W przypadku wydłużenia lub skrócenia Usługi wsparcia Zamawiającego, Konsultant jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za okres rzeczywistego pełnienia Usługi, na zasadach określonych w Umowie.

12. Czas realizacji Usługi, o którym mowa w ust. 4 zależy od faktycznego czasu realizacji Kontraktu i Czas ten może ulec stosownemu wydłużeniu lub skróceniu na zasadach określonych w Umowie Konsultanta.

W § 4 zamawiający w następujący sposób określił wynagrodzenie

1. Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Zamawiającego.

2. Łączne Wynagrodzenie Konsultanta wynikające z Umowy, zgodnie z Ofertą Konsultanta (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy), Strony szacują w oparciu o przewidywaną ilość czasu pracy Personelu Konsultanta i przewidywany czas trwania Kontraktu, na kwotę netto złotych (słownie złotych:) plus ... % podatek VAT w kwocie złotych, co łącznie stanowi kwotę brutto złotych (słownie złotych:).

3. Rzeczywista wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu świadczonej Usługi, a w szczególności zależy od ewentualnego przedłużenia czasu wykonywania Usługi przez Konsultanta, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć (słownie:

.....), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

4. Wysokość stawki dziennej za pracę Personelu Konsultanta oraz wysokość pozycji ryczałtowych nie będą podlegały zmianom w stosunku do Kosztorysu Ofertowego.

5. W przypadku dokonanej ustawą lub rozporządzeniem zmiany procentowej stawki podatku VAT, wynagrodzenie Konsultanta brutto zostanie odpowiednio dostosowane. W takiej sytuacji pierwotnie ustalona maksymalna wartość zobowiązania, o której mowa w ust. 3 nie ulega zmianie.

6. Zamawiający przewiduje waloryzację wynagrodzenia Konsultanta, zgodnie z § 5 Umowy.

7. Strony przewidują możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. w przypadku wykorzystania kwoty, o której mowa w ust. 3.

W § 5 zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia

1. Wynagrodzenie płatne Konsultantowi będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej.

2. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji raz na kwartał począwszy od miesiąca następującego po I kwartale roku następnego obowiązywania Umowy, licząc od dnia zawarcia Umowy.

W § 9 zamawiający postawił wymagania dla osób wyznaczonych do pełnienia Usług

5. W terminie do 7 dni od dnia Daty rozpoczęcia realizacji Usługi Konsultant jest zobowiązany przekazać Kierownikowi Projektu, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (zwany dalej „HPPK”) dla danego Zadania.

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

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

8. Kierownik Projektu najpóźniej w terminie 14 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag lub do wprowadzenia w nim wiążących zmian, które są równoważne z zatwierdzeniem HPPK w zaproponowanej przez Kierownika Projektu formie. Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług świadczonych przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub zmniejszenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę. Zmiany dotyczące zwiększenia liczby członków Personelu Konsultanta

świadczących Usługę wejdą w życie w terminie wyznaczonym przez Kierownika Projektu nie wcześniej niż 14 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin.

9. Wszelkie inne zmiany HPPK wejdą w życie nie później niż 3 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin.

10. Zatwierdzony HPPK staje się podstawą do rozliczania czasu pracy Personelu Konsultanta.

11. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu wskazana, w zatwierdzonym HPPK, ilość członków Personelu Konsultanta jest niewystarczająca, lub też ilość członków Personelu Konsultanta wykracza ponad faktyczne zapotrzebowanie względem prowadzonych Robót, Kierownik Projektu jest uprawniony do wprowadzania wiążących zmian w HPPK na zasadach określonych w ust. 7.

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

13. Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Konsultanta, zatwierdzone przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy, (z wyłączeniem Personelu Konsultanta, którego planowany czas pracy nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowały innych zajęć zarobkowych, zarówno w formie stosunku pracy, umowy zlecenia, umowy o dzieło lub w innej formie prawnej, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.

14. Osoby stanowiące Personel Konsultanta przystąpią do wykonywania swoich obowiązków zgodnie z obowiązującym HPPK.

15. Konsultant nie może dokonywać zmiany osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta wskazanego w Ofercie, bez uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Zamawiającego. Wniosek o wprowadzenie zmian powinien być złożony nie później niż 14 dni przed terminem proponowanej zmiany. Zamawiający zobowiązany jest zająć stanowisko w terminie najpóźniej 7 dni od dnia otrzymania wniosku. Zamawiający może na taką zmianę nie wyrazić zgody.

16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować zastępstwo w przypadkach:

1) śmierci, choroby lub wypadku którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;

2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany zająć stanowisko najpóźniej w terminie 14 dni od otrzymania propozycji Konsultanta.

17. W przypadku, gdy zachodzi konieczność zmiany lub zastąpienia którejkolwiek z osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta, proponowana osoba jest zobowiązana posiadać kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zgodne z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Każda z tych osób z osobna powinna posiadać kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zgodne z wymaganiami określonymi w Ogłoszeniu o Zamówieniu określone dla osoby zastępowanej lub zmienianej

18. W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać niezwłocznie zastąpiony lub zmieniony, Konsultant jest zobowiązany wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie może trwać dłużej niż 2 miesiące. Osoba wykonująca tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, powinna spełniać wymagania określone w SIWZ lub Ogłoszeniu o zamówieniu dla osoby zastępowanej.

19. Członek Personelu Konsultanta tymczasowo wykonujący poza swoimi obowiązkami także obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowo wykonywanych obowiązków.

20. Konsultant zobowiązuje się do nierekrutowania Personelu Konsultanta spośród pracowników właściwego Oddziału Zamawiającego realizującego Umowę.

21. Konsultant jest zobowiązany efektywnie organizować pracę Personelu Konsultanta i Nadzoru Inwestorskiego aby zapewnić sprawną i terminową realizację zadań objętych Umową.

22. Zmiana lub zastępstwo osób wchodzących w skład Personelu Konsultanta nie wymaga zawierania przez Strony aneksu do Umowy.

W § 12 – 27 zamawiający opisał obowiązki konsultanta. W §12 opisał ogólne obowiązki Konsultanta, § 13 obowiązki Konsultanta w zakresie pełnienia usługi wsparcia zamawiającego, w § 14 - obowiązki Konsultanta w zakresie weryfikacji i koordynacji prac projektowych, w § 15 - obowiązki Konsultanta w zakresie badań archeologicznych, w § 16 - obowiązki Konsultanta w zakresie pomiarów, badań laboratoryjnych i polowych, w § 17 - obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem, w § 18 - obowiązki Konsultanta w zakresie jakości i obmiarów, w § 19 - obowiązki Konsultanta w zakresie analizy postępu Robót, w § 20 - obowiązki Konsultanta w zakresie dokonywania odbiorów, w § 21- obowiązki Konsultanta w zakresie rozliczenia Kontraktu, w § 22 - obowiązki Konsultanta w zakresie czynności podejmowanych po wystawieniu Świadectwa Przejęcia, w § 23 - obowiązki

Konsultanta w zakresie działań promocyjnych, w § 24 - dodatkowe obowiązki Konsultanta w § 25 - współpracę Konsultanta z Przedstawicielami Zamawiającego, w § 26 - współpracę Konsultanta z Nadzorem Inwestorskim, w § 27 - godziny pracy.

W § 27 ust. 4 zamawiający wskazał, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Konsultanta świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Konsultanta na wniosek Konsultanta może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.

W § 33 zamawiający określił siłę wyższą za którą żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi.

W § 36 zamawiający określił kary umowne:

1. Istotne uchybienia lub uchylenie się Konsultanta od obowiązków zawartych w Umowie Konsultanta będzie skutkowało zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji przewidzianych w Umowie Konsultanta i przepisach prawa, a ponadto może prowadzić do niewystawienia przez Zamawiającego po zakończeniu realizacji Usługi, dokumentu potwierdzającego, że Usługa została wykonana należycie. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za każde z następujących naruszeń:

1) podjęcie zobowiązania lub czynności w imieniu Zamawiającego bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy Umowa Konsultanta przewiduje taką konieczność.

2) podjęcie decyzji zwiększającej zobowiązania lub zmniejszającej uprawnienia Zamawiającego wobec Wykonawcy, w szczególności potwierdzenie obmiaru lub innego dokumentu stanowiącego podstawę płatności dla Wykonawcy, które naraziło Zamawiającego na jej nienależne dokonanie

3) każde naruszenie Metodyki Konsultanta złożonej przez Konsultanta na etapie postępowania przetargowego, która stanowiła jedno z kryteriów wyboru oferty Konsultanta (przyznano za nią punkty).

2. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10-krotności ceny jednostkowej osoby wskazanej w Formularzu Cenowym, stanowiącym załącznik do Oferty, za:

1) każdy dzień zwłoki w podjęciu pracy przez osobę wchodzącą w skład Personelu Konsultanta w stosunku do terminu, jaki dla rozpoczęcia pracy przez danego eksperta może wyznaczyć Zamawiający w oparciu o postanowienia Umowy Konsultanta, w tym Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia i Ofertę Konsultanta z załącznikami;

2) każdy dzień nieuzasadnionej nieobecności osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta. Przez nieuzasadnioną nieobecność Zamawiający rozumie niezgłoszenie nieobecności Kierownikowi Projektu.

3. Konsultant, w przypadku przekroczenia terminów przedłożenia raportów roszczeń oraz raportów miesięcznych oraz raportu początkowego i końcowego, o których mowa w załączniku do Umowy Konsultanta zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 6 000,00 zł (słownie: sześć tysięcy złotych 00/100), za każdy dzień zwłoki.

4. Konsultant, w przypadku przekroczenia terminu przedłożenia raportu dziennego, o którym mowa w załączniku do Umowy Konsultanta zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00 zł (słownie: dwieście złotych 00/100), za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.

5. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieprzestrzeganie postanowień Umowy Konsultanta w zakresie Ubezpieczenia, tj. za nieprzedłożenie Kierownikowi Projektu kopii dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego utrzymywanie ciągłości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa w § 34 Umowy w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2, za każdy dzień zwłoki.

6. Za każde inne naruszenie zapisów przedmiotowej Umowy, niewymienione w ust. 1-5 niniejszego paragrafu, Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 6 000,00 zł (słownie: sześć tysięcy złotych 00/100)

7. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu rozwiązania Umowy Konsultanta przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn zależnych od Konsultanta w wysokości 15% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 4 ust. 2.

8. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną z tytułu rozwiązania Umowy Konsultanta przez którąkolwiek ze Stron z winy Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 2.

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

10. W przypadku, gdy Zamawiający jest uprawniony do zastosowania kar umownych, należną mu kwotę może potrącić z dowolnej płatności należnej Konsultantowi lub żądać wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

W § 38 zamawiający określił zmiany Umowy:

1. Strony przewidują możliwość dokonywania zmian w Umowie. Zmiana Umowy dopuszczalna będzie w granicach wyznaczonych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Jeżeli o zmianę postanowień Umowy wnioskuje Konsultant, Konsultant powinien złożyć odpowiedni wniosek Zamawiającemu, na co najmniej 30 dni przed zamierzonym

wejściem w życie takiej zmiany, chyba że dotrzymanie tego wymogu nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn.

3. Zmiana Umowy może nastąpić w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) Siły Wyższej, o której mowa § 33 Umowy;
- 2) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Usługi lub świadczenia Stron;
- 3) powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej postanowień przez Strony;
- 4) powstania obowiązków wynikających z wytycznych wdrażania funduszy unijnych, z których Kontrakt lub Umowa będzie finansowana;
- 5) gdy konieczność wprowadzenia zmian będzie następstwem zmian wprowadzonych w Umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, z zastrzeżeniem § 3 ust. 4 Umowy;
- 6) gdy konieczność wprowadzenia zmian będzie następstwem ewentualnego rozwiązania Umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed ukończeniem prac projektowych lub Robót i wynikającą z tego faktu koniecznością dostosowania Umowy na nadzór i obowiązków Konsultanta do zaistniałej sytuacji lub koniecznością skrócenia okresu realizacji Usługi zastrzeżeniem § 3 ust. 4 Umowy;
- 7) naliczone kary umowne wynoszą 20% wynagrodzenia Konsultanta.

4. O zmianach teleadresowych, zmianach rachunku bankowego Konsultant powiadamia pisemnie Kierownika Projektu. Zmiany takie nie wymagają sporządzenia aneksu do Umowy.

5. Dopuszcza się możliwość zmiany na etapie realizacji zamówienia podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, za pomocą których Konsultant wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku Konsultant jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, że zaproponowany nowy Podwykonawca, spełnia warunki w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy Podwykonawca. Zmiana taka nie wymaga zawarcia aneksu do umowy.

6. Zmiany postanowień Umowy będą następowały w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem ust. 4 i 5.

W § 40 zamawiający opisał sytuacje zawieszenia realizacji Umowy przez Zamawiającego

1. Zamawiający jest uprawniony do zawieszania wykonania Usług w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne. Zawieszenie następuje na podstawie pisemnego powiadomienia otrzymanego przez Konsultanta najpóźniej na 14 dni przed terminem zawieszenia.

2. Konsultant w okresie zawieszenia wykonywania Usługi nie będzie otrzymywał Dniówek.
3. Jeżeli okres zawieszenia przekracza 180 dni, to Konsultant może, zawiadamiając Kierownika Projektu, domagać się zezwolenia na wznowienie wykonania Usług, z wyjątkiem zawieszenia, o którym mowa w § 3 ust 6 Umowy.
4. W przypadku uzyskania zezwolenia, Konsultant jest zobowiązany do wznowienia wykonania Usług najpóźniej w terminie 7 dni.
5. W przypadku gdy Konsultant nie otrzyma zezwolenia na wznowienie wykonania Usług, Konsultant będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy.

W § 41 przewidział wypowiedzenie Umowy Konsultanta

1. Każda ze Stron będzie uprawniona do wypowiedzenia Umowy na 6 miesięcy naprzód.
2. Okres wypowiedzenia dla każdej ze Stron przewidziany w ust. 1 Strony mogą skrócić lub wydłużyć za porozumieniem.
3. W przypadku wypowiedzenia Umowy bez ważnego powodu, Strona, która dokonała wypowiedzenia, zobowiązana jest do naprawienia szkody wyrządzonej na skutek wypowiedzenia.
4. Za ważne powody wypowiedzenia Umowy Konsultanta przez Zamawiającego należy rozumieć w szczególności sytuacje, w których:
 - 1) Konsultant nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań wynikających z Umowy Konsultanta;
 - 2) Konsultant nie zastosuje się w terminie 21 dni od dnia otrzymania żądania zawartego w powiadomieniu przekazanym przez Kierownika Projektu, wymagającego, aby Konsultant naprawił zaniechanie lub brak wywiązania się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy Konsultanta, które mają wpływ na właściwe i terminowe wykonanie Usług;
 - 3) Konsultant podzleca Usługi bez zgody Zamawiającego;
 - 4) Konsultant nie dostarczył dokumentu umowy ubezpieczenia, w tym dowodów opłacania składek;
 - 5) Konsultant odmawia lub zaniebuje wykonywania poleceń wydawanych przez Kierownika Projektu.
 - 6) Naliczone kary umowne wynoszą 20 % wynagrodzenia Konsultanta.
5. Po wypowiedzeniu Umowy przez Zamawiającego Konsultant w okresie wypowiedzenia będzie świadczył Usługę oraz zakończy świadczenie Usług w zorganizowany sposób, umożliwiający zminimalizowanie kosztów Zamawiającego. Za pracę w okresie wypowiedzenia Konsultant otrzyma wynagrodzenie zgodnie z Umową.

6. W przypadku wypowiedzenia Umowy przez Konsultanta, Konsultant będzie zobowiązany do dalszego świadczenia Usługi do czasu wyłonienia nowego Konsultanta, jednakże nie dłużej niż 6 miesięcy od dnia wypowiedzenia, a także do zakończenia w tym terminie świadczenia Usług w zorganizowany sposób umożliwiającą zminimalizowanie kosztów Zamawiającego. Za pracę wykonaną w tym okresie Konsultant otrzyma wynagrodzenie zgodnie z Umową.

7. W przypadku zakończenia świadczenia Usług przed terminem realizacji Umowy Konsultanta, Konsultant jest zobowiązany sporządzić Raport Zakończenia Umowy.

Izba ponad dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuściła dowody przedłożone przez odwołującego oraz przystępującego Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy.

Z publikacji „Temat dnia” Tomasza L. Prezesa Zarządu SIDIR opublikowanej w Biuletynie Konsultant nr 30 z grudnia 2013r. wynika, że zamawiający prowadził konsultacje społeczne mające doprowadzić do wypracowania wzorcowych dokumentów w ramach postępowań na kontrakty drogowe. Konsultacje zakończyły się w dniu 30 września 2013r. i w ocenie autora publikacji nie doprowadziły do opracowania takich wzorcowych dokumentów.

Z umowy nr GDDKiA – O/OL-R2-R1N-2814-03/10 z dnia 12 sierpnia 2010r. z §3 ust. 2 etap III wynika, że czas realizacji usługi miał wynosić maksymalnie 65 miesięcy, a z ust. 6 wynika, że mógł być przez zamawiającego przedłużony nie dłużej jednak niż o 12 miesięcy.

Z pisma zamawiającego z dnia 24 grudnia 2010r. wynika, że toczyły się postępowania na wybór wykonawców robót budowlanych dla budowy drogi ekspresowej S7 Elbląg – Olsztynek na odcinku Miłomłyn – Olsztynek i terminy składania ofert/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazywano na maksymalnie II kwartał 2011r.

Z pisma zamawiającego z 28 lutego 2011r. wynika, że zawarcie umów na roboty budowlane na poszczególne odcinki drogi ekspresowej S7 Elbląg – Olsztynek na odcinku Miłomłyn – Olsztynek powinno być nastąpić najpóźniej do sierpnia 2011r.

Z pisma przystępującego z dnia 26 kwietnia 2011r. wynika, że zwracał się do zamawiającego o informacje o bieżącym stanie realizacji umowy.

Z pisma przystępującego z dnia 23 stycznia 2011r. wynika, że zwracał się do zamawiającego o informacje o bieżącym stanie postępowań przetargowych.

Z pisma zamawiającego z dnia 22 lutego 2013r. wynika, że zakończenie procedur przetargowych planowane jest na pierwszą połowę 2014r.

Z pisma przystępującego z dnia 7 października 2013r. wynika, że przystępujący zgłaszał gotowość przystąpienia do realizacji etapu II umowy nr GDDKiA – O/OL-R2-R1N-2814-03/10 tj. świadczenia usługi wsparcia.

Z pisma zamawiającego z dnia 21 października 2013r. wynika, że zamawiający nie przewiduje potrzeby wsparcia w trakcie postępowania na wybór wykonawcy robót dla poszczególnych pododcinków.

Z pisma przystępującego z dnia 25 listopada 2013r. wynika oświadczenie o zakończeniu etapu I, gotowości świadczenia etapu II i prośba o sprecyzowanie realnych terminów rozpoczęcia etapu III.

Ze sprawozdania finansowego przystępującego wraz z opinią biegłego rewidenta za rok 2012r. wynika, że przy przychodach na poziomie ponad 26 mln zł. spółka odnotowała zysk na poziomie ok. 150 tys. złotych.

Z umowy nr GDDKiA-O/OL-R2-R1N-2814-10/08 wynika, że umowa miała trwać maksymalnie 75 miesięcy, a rozpoczęcie świadczenia miało nastąpić poleceniem Kierownika Projektu na 7 dni przed datą rozpoczęcia realizacji usługi. Wynagrodzenie Konsultanta zostało określone na kwotę 5 829 758,86zł. netto.

Z pisma Kierownika Projektu do Konsultanta z dnia 14 lutego 2012r. wynika, że Kierownik Projektu wymagał przedłożenia uaktualnionego Harmonogramu z uwzględnieniem podanych przez Kierownika uwag, w tym częstotliwości przeglądu budowy, określenia ekspertów, którzy powinni w tym przeglądzie uczestniczyć oraz wskazanie, że wynagrodzenie pracownika biura będzie akceptowane wyłącznie w okresie prowadzenia przeglądów.

Z pisma Kierownika Projektu do Konsultanta z dnia 14 kwietnia 2011r. wynika, że Kierownik Projektu wniósł uwagi do zaktualizowanego harmonogramu w tym wskazujące na zmiany w składzie osobowym Konsultanta, tj. rezygnację z Inżyniera Rezydenta i zastąpienie go Inżynierem Kontraktu, rezygnację z asystentów – pracowników pomocniczych i konieczność obecności ekspertów branżowych nadzoru.

Z referencji z dnia 25 lipca 2011r. nr GDDKiA O/OL-RR-R1-35/2011 wynika, że usługa zarządzania i nadzoru została wykonana należycie.

Z zestawienia faktur do umowy nr GDDKiA-O/OL-R2-R1N-2814-10/08 wynika, że wystawiono 54 faktury w tym ostatnią w dniu 31 października 2013r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący jest organizacją uprawnioną do wnoszenia środków ochrony prawnej ujawnioną na liście prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 154 ust. 5 ustawy. Odwołujący zatem jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 2 ustawy. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska zamawiającego, że organizacja uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej musi wykazywać możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ta przesłanka jest bowiem opisana w art. 179 ust. 1 ustawy, zaś odwołujący wywodzi swoje uprawnienie z art. 179 ust. 2 ustawy, który nie uzależnia dopuszczalności środka ochrony prawnej od wykazania szkody. Nadto Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, ale organizacją reprezentującą interesy takich wykonawców, zatem nie działa we własnym imieniu i na własną rzecz, ale reprezentuje interesy swoich członków. Podobne rozwiązania prawne przewiduje także Kodeks postępowania cywilnego dla np. organizacji społecznych, Państwowej Inspekcji Pracy, czy Powiatowego (Miejskiego) Rzecznika Praw Konsumentów. Izba uznała, że przesłanka dopuszczalności odwołania określona w art. 179 ust. 2 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy a także art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy przez brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia oraz wskazania minimalnej liczby osobodni pracy personelu, którego oddelegowanie do realizacji zamówienia zamawiający oczekuje ze strony wykonawców w poszczególnych okresach realizacji zamówienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 13 ustawy przedmiotem zamówienia publicznego jest m. in. usługa definiowana jako wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami i są usługami określonymi w rozporządzeniach Prezesa Rady Ministrów wydanych na podstawie art. 2a i 2b. Jak słusznie podnoszą obie strony przedmiotem niniejszego postępowania jest zawarcie umów o oświadczenie usług o zarządzanie kontraktem na „zaprojektuj i wybuduj” oraz usług o nadzór inwestorski. Słusznie zatem strony podnoszą, że na gruncie kodeksu cywilnego należałoby zakwalifikować przedmiotowe postępowanie, jako procedurę prowadzącą do zawarcia umów o świadczenie usług, do których z mocy art. 750 kc stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Niewątpliwie art. 734 kc wskazuje, że przedmiotem umowy zlecenia jest dokonanie określonej czynności prawnej. Czynność taka może zostać wskazana w sposób zindywidualizowany, przez określenie jej rodzaju, przedmiotu, innych postanowień, zwłaszcza przedmiotowo istotnych, a także ewentualnie drugiej strony bądź adresata, albo

też tylko przez wskazanie rodzaju takiej czynności (por. J. Szczerski (w:) *Komentarz*, t. II, 1972, s. 1540). Nie ma przeszkód, aby przedmiotem umowy była więcej niż jedna czynność prawna, a nawet nieokreślona ich liczba, a także stałe dokonywanie powtarzalnych czynności prawnych danego rodzaju lub rodzajów (L. Ogiełło (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, 2001, s. 359; P. Machnikowski (w:) E. Gniewek, *Komentarz*, 2006, s. 1150). W doktrynie przyjmuje się, że zlecenie może dotyczyć wykonywania czynności, które nie są czynnościami prawnymi, ale wywołują skutki prawne, zaś dokonywania czynności faktycznych nie jest przedmiotem umowy zlecenia, ale nie ma przeszkód, aby do zlecenia dokonania czynności faktycznej stosować przepis art. 750 k.c. Słusznie także strony klasyfikują zamawiane usługi jako usługi starannego działania. Jednakże zamawiający w niniejszym postępowaniu uznał, że wystarczające na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jest wskazanie rodzajów zamawianych czynności, jako sposób na określenie przedmiotu zamówienia. Izba tego poglądu nie podziela, albowiem art. 29 ust. 1 ustawy wskazuje, że ustawodawca ograniczył swobodę zamawiających w wyborze sposobu opisu przedmiotu zamówienia, nakazując podanie także wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia (usługi) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest szerszy niż wynika to z treści kodeksu cywilnego i ustawodawca nakazał zamawiającym korzystanie z modelu opisu przedmiotu zamówienia w sposób zindywidualizowany, przez określenie jej rodzaju, przedmiotu, innych postanowień, zwłaszcza przedmiotowo istotnych. Ustawodawca posługuje się bowiem bardzo pojemnym pojęciem wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z 455 kc do elementów przedmiotowo istotnych stosunku zobowiązaniowego należy jego terminowe wykonanie. Wedle stanowiska doktryny jest kwestia terminowego wykonania zobowiązania jest istotna w każdym stosunku zobowiązaniowym, albowiem prawidłowe wykonanie zobowiązania wymaga, aby świadczenie nastąpiło we właściwym czasie. Z koniecznością terminowego wykonania zobowiązań wiąże się stosowanie klauzul o karach umownych, co ma również miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający tych terminów w ocenie Izby nie określił. Zamawiający posłużył się pojęciem szacunkowego terminu realizacji poszczególnych usług. W ocenie Izby oznacza to, że nie podał okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba dała w tym zakresie wiarę twierdzeniom odwołującego i przystępujących, że brak zakreślenia ram czasowych dla poszczególnych rodzajów zamawianych czynności (czynności wsparcia, czynności zarządzania/nadzoru nad projektowanie i robotą budowlaną/robotą budowlaną i czynności rozliczania kontraktu) powoduje, że wykonawca nie wie kiedy zostanie wezwany do spełnienia świadczenia, ani nie jest w stanie określić okoliczności, w których popadnie w zwłokę lub opóźnienie. Kalkulowanie przy sporządzaniu oferty możliwości zaistnienia takich zdarzeń jest

czynnością powszechną i w ocenie Izby nie wymaga dowodu. Zamawiający nadto tych twierdzeń nie kwestionował, ale wskazywał na istnienie w procesie inwestycji budowlanej na szereg trudności w jednoznacznym określeniu ram czasowych zastrzeżonych dla poszczególnych rodzajów zamawianych czynności. Izba uznała brak określenia czasu wykonania zobowiązania wynika także z braku określenia przesłanek zawieszenia realizacji usług. W ocenie Izby zamawiający w sposób pewny określił jedynie przesłankę i szacunkowy okres zawieszenia po wykonaniu czynności wsparcia. W pozostałym zakresie zamawiający wskazał jedynie na maksymalne okresy zawieszenia, po których zaistnieniu wykonawca będzie uprawniony do wezwania do przystąpienia do realizacji usług. Jednak w ocenie Izby brak podania okoliczności, definiowalnych na obecnym etapie postępowania, których wystąpienie będzie stanowiło czasową przeszkodę, dla świadczenia zamawianych w niniejszym postępowaniu usług, uniemożliwia wykonawcom przyjęcie właściwych założeń do kalkulacji ofert. Zamawiający podnosił wprawdzie, że zawieszenie będzie następowało w sytuacjach znanych wykonawcy, gdyż to on jako zarządzający robotami budowlanymi i nadzorujący te roboty, będzie wiedział, kiedy prace budowlane nie mogą być prowadzone, co przekłada się z kolei na brak możliwości świadczenia usług zarządczych i nadzorczych. Izba zauważa, że zamawiający w toku rozprawy podał zatem przykład możliwości zawieszenia realizacji usługi. W ocenie Izby zatem wskazuje to na możliwość podania choćby otwartego katalogu okoliczności stanowiących podstawę zawieszenia. Izba nie podziela natomiast stanowiska odwołującego, że zamawiający winien określić czas trwania zawiesznień. W ocenie Izby, która dała wiarę zamawiającemu, że zawieszenie świadczenia usług ma dotyczyć okoliczności nieprzewidywalnych, stanowiących czasową, usuwalną przeszkodę w świadczeniu usług, która może wynikać z okoliczności związanych z wyborem wykonawcy robót budowlanych, oraz z samego procesu realizacji robót budowlanych, oczekiwanie, że zamawiający jednoznacznie wskaże okresy na jakie realizacja usługi będzie zawieszana jest nadmierne. Co do zarzutu brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia przez brak określenia przez zamawiającego globalnych ilości dniówek dla poszczególnych członków personelu konsultanta, to Izba nie przychyliła się do tego zarzutu. W ocenie Izby te ilości dniówek zostały wskazane, a odwołujący ani przystępujący nie wykazali, że ich ilości są określone przez zamawiającego w sposób wadliwy. Izba podkreśla, że odwołujący nie kwestionował samej zasady przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowo – ryczałtowego i zastosowania modelu mieszanego. Odwołujący jedynie podnosił, że zamawiający nie zamierza zakupić u wykonawców personelu, ale zatrudnić wykonawcę realizującego określone usługi w imieniu zamawiającego. Izba stwierdza, że przeprowadzone dowody z dokumentów załączonych przez przystępującego Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółką Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36 nie dowodzą, że

przyjęty w niniejszym postępowaniu mechanizm wynagradzania nie jest adekwatny do sposobu świadczenia usług. W umowach przedstawionych przez przystępującego przyjęto inny mechanizm i w tej sytuacji nie sposób uznać ich jako dowodu na to, że określone dniówki w siwz nie są realne i stanowią przeszkodę w sporządzeniu prawidłowym oferty. Izba dodatkowo zwraca uwagę zamawiającego na to, że na gruncie ustawy obowiązuje triada zamówień publicznych czyli zasada, zgodnie z którą oferta musi odpowiadać treści siwz w tym przedmiotowi zamówienia, zaś umowa nie może wykraczać poza treść oferty. Art. 140 ust. 1 ustawy stanowi wyraźnie o zakresie świadczenia wynikającym z oferty i zakresie świadczenia wynikającym z umowy i narzuca tożsamość tych zakresów, zatem nie można uznać za prawidłowe takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia (w tym wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty), które dopuszczałoby rozbieżność pomiędzy zakresem świadczenia ujętym w opisie przedmiotu zamówienia, zakresem świadczenia wynikającym z oferty i wreszcie zakresem świadczenia wynikającym z zawartej umowy. Natomiast przy przyjęciu dowolności po stronie zamawiającego możliwości skracania lub wydłużania terminów realizacji poszczególnych etapów, zastrzeżenia możliwości odstąpienia od wykonania etapu wsparcia czy wreszcie swobodzie zawieszania postępowania i jego długości przy jednoczesnym braku rozwiązań dotyczących sytuacji wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia gwarantowanego umową (brak postanowień wskazujących na rozwiązanie w takim przypadku umowy, czy podstawy do zmiany umowy) oraz przy braku wskazania minimalnego gwarantowanego przez zamawiającego zakresu świadczenia powoduje, że opisana powyżej triada tożsamości zakresów może zostać naruszona. W ocenie Izby, powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że zamawiający nie podał w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności i wymagań, które mają wpływ na sporządzenie oferty, czym naruszył art. 29 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby przekłada się to w niniejszym postępowaniu na przyjęcie zasadności zarzutu o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy, albowiem brak pewności co do oferowanych zakresów świadczenia może powodować nieporównywalność ofert, a to prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Izba podzieliła także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy, który nakazuje zamawiającemu podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin wykonania zamówienia, w ocenie Izby podanie terminu w sposób szacunkowy nie stanowi sposobu wskazania terminu zgodnie z ustawą.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez przyjęcie w siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, w pkt 9.5.3. dla Usług zarządzania i pkt 9.15.2 dla Usług nadzoru, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien skalkulować dla każdej ze wskazanych w ofercie osób koszty m.in.:

1. dla Usług zarządzania:
 - a) wynagrodzenia wraz z narzutami,
 - b) urządzenia stanowiska pracy,
 - c) szkoleń personelu nadzoru,
 - d) zakwaterowania i delegacji,
 - e) wyposażenia bhp,
 - f) transportu i łączności,
 - g) wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
 - h) urlopów i zwolnień,
 - i) dokumentowania stanu budowy (film i zdjęcia),
 - j) wszelkich innych kosztów związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób.

2. dla Usług nadzoru:

- a) wynagrodzenia wraz z narzutami,
- b) urządzenia stanowiska pracy,
- c) szkoleń personelu nadzoru,
- d) zakwaterowania i delegacji,
- e) wyposażenia bhp,
- f) transportu i łączności,
- g) wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty - Formularzu Cenowym,
- h) urlopów i zwolnień,
- i) wszelkich innych kosztów związanych z zatrudnieniem i pracą tych osób. przy jednoczesnym zastrzeżeniu:

1. w siwz, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, pkt 9.6 oraz pkt 9.16, iż:

„Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.”

2. w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

- a) w Umowie dla Zadania 1 w § 9 ust. 5-14,
 - b) w Umowie dla Zadania 2 w § 9 ust. 7-10,
- że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez

Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego.

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego i przystępujących, co do naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez wskazanie jakie koszty powinny być skalkulowane w usłudze oraz oczekiwanie, że wykonawca obliczając cenę przyjmie jednolitą stawkę jednostkową obliczoną na zasadzie uśredniania kosztów składowych. W ocenie Izby to postanowienie siwz wskazuje jednoznacznie na sposób obliczenia ceny w ramach stawek jednostkowych dla poszczególnych usług oraz jest opisane przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy. W ocenie Izby zarzut ten zasadniczo prowadził do kwestionowania przez odwołującego i przystępujących przyjętych przez zamawiającego limitów kosztów stałych rozliczanych ryczałtem i ewentualnej konieczności kalkulowania nadwyżek kosztów ponad limit w stawkach jednostkowych personelu konsultanta – rozliczanych wedle przyjętej zasady rozliczenia kosztorysowego w oparciu o dniówki. Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, na czym polega utrudnienie uczciwej konkurencji w tym przypadku, odnosił się jedynie do potencjalnego zagrożenia braku pokrycia kosztów stałych w przewidzianym ryczałcie. W ocenie Izby powyższe postanowienia siwz nie utrudniają uczciwej konkurencji, albowiem identyczne limity i identyczny sposób kalkulacji kosztów stałych i kosztów personelu konsultanta został określony dla wszystkich wykonawców, którzy mają zamiar ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Odwołujący nie kwestionował zasady zastosowania mechanizmu wynagrodzenia ryczałtowo – kosztorysowego, kwestionował natomiast przyjęte limity. W ocenie Izby nie wykazał, że oferty składane przez wykonawców w oparciu o przedstawiony przez zamawiającego wzorzec obliczeniowy będą nieporównywalne i tym samym naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Izba podzieliła natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez zastrzeżenie, że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (dalej HPPK), który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego. W ocenie Izby wskazane przez zamawiającego podstawy zmiany przez Kierownika Projektu HPPK określone w § 9 ust. 11 wzoru umowy nie pozbawiają uprawnienia Kierownika Projektu arbitralności. Ocena tego, czy personelu jest za dużo czy za mało w stosunku do etapu realizacji robót pozostawiona bowiem została wiążącej i wyłącznej decyzji Kierownika Projektu, a wykonawcy nie przyznano prawa do przedstawienia choćby uzasadnienia prawidłowości

zapropionowanej przez niego obsady w danym miesiachu w HPPK czy potrzeby aktualizacji tej obsady. W ocenie Izby brak moŹliwosci weryfikacji prawidlowosci czynnosci Kierownika Projektu powoduje, Źe wykonawca pozostaje w niepewnosci, co do prawidlowosci oceny wymagaŹ zamawiajacego majacych wplyw na sporzadzenie oferty. Sluszenie zauwazyli na rozprawie odwoaujacy i przystepujacy, Źe zamawiajacy z jednej strony dazy do wyboru najlepszej metodyki realizacji przedmiotowych uslug, nakazujac jej opracowanie wykonawcom i dokonujac jej oceny w toku oceny ofert, z drugiej zaklada, Źe wykonawca moze blednie ocenic potrzeby zaangazowania personelu na poszczegolnych etapach realizacji zamowienia. O ile Izba uwaŹa, Źe zamawiajacy ma usprawiedliwiona potrzebe zagwarantowania sobie moŹliwosci oceny sposobu wykonania przez wykonawce uslugi i na prawo do wyrazania w tym zakresie swoich oczekiwani w tym w sposob wiadzacy, to jednak powinien zakreslic w ocenie Izby albo w sposob jednoznaczny sytuacje, w ktorych dokona ingerencji w HPPK, albo gdy takie jednoznaczne okreŹlenie sytuacji nie jest moŹliwe, przyznac wykonawcy prawa do przedstawienia swojego stanowiska i wykazania przyczyn dla ktorych podjal decyzje o takim, a nie innym skladzie personalnym na danym etapie zamowienia. W przeciwnym bowiem wypadku, w ocenie Izby racje ma odwoaujacy, Źe brak jest opisanie w sposob wyczerpujacy sposobu doboru kadry na etapie realizacji zamowienia, a swiadczenie przez zamawiajacego zamawiane opiera sie wlasnie na osobistej pracy okreŹlonych ekspertow, zatem sposob ich doboru na poszczegolnych etapach (w poszczegolnych miesiach realizacji zamowienia) ma istotne znaczenie dla osiagniecia przez wykonawce stanu nalezitego wykonania zlecenia. Brak jasnych i przejrzystych regul przy ingerencji zamawiajacego – Kierownika Projektu w dobor personelu na etapie realizacji zamowienia, albo przynajmniej przyznania wykonawcy moŹliwosci poddania w watpliwosci celowosci takiej ingerencji powoduje w ocenie Izby, iz nie zostal podane wszystkie wymagania zamawiajacego majace wplyw na przygotowanie oferty. Zdaniem Izby to na etapie ofertowania wykonawca juz przewiduje na jaki czas i w jakim momencie bedzie potrzebował jakich ekspertow, a zatem bedzie szacował koszty ich zatrudnienia, zatem brak danych czy te zalozenia beda stale w toku trwania umowy, albo przynajmniej przewidywalnie zmienne, ma w ocenie Izby istotny wplyw na sposob sporzadzenia oferty. W tej sytuacji Izba dopatrzyla sie w dzialaniu zamawiajacego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiajacego art. 353(1) KC i art. 355 KC w zw. z art. 139 ustawy przez sformulowanie wzoru umowy w sposob spreczny z wlasnoscia i natura stosunku prawnego oraz zasadami wspolzycia spolecznego oraz ograniczenie lub wykluczenie moŹliwosci wykonania zamowienia z zachowaniem nalezitej starannoŹci i przeniesienie na wykonawce odpowiedzialnosci za ten stan rzeczy w zwiazku z przyjeciem w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 9 ust. 5-14,
 2. w Umowie dla Zadania 2 w § 9 ust. 7-10,
- że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego

Zarzut nie potwierdził się. Izba zwraca uwagę odwołującego i przystępujących na treść art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym przedmiotem odwołania mogą być czynności lub zaniechania zamawiającego stanowiące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby naruszenia przepisów innych ustaw mogą być przedmiotem zarzutów odwołania, o ile ustawa bezpośrednio do nich odsyła oraz o ile przepisy te mają charakter przepisów ius cogens, albowiem w przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego polegającym na zastrzeżeniu dla siebie prawa do modyfikowania i kształtowania HPPK naruszenia art. 355 kc i art. 353¹ kc w związku z art. 139 ustawy. Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie wykazał, na czym polegać miałyby naruszenie art. 355 kc stanowiącego definicje należytego i profesjonalnego spełnienia świadczenia. W ocenie Izby bezsporne jest, że do przedmiotowych wzorców umownych zastosowanie będzie miał podwyższony wzorzec staranności. .

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez przyjęcie w siwz, w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

1. w umowie dla zadania 1 w § 27 ust. 4, że „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Konsultanta świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Konsultanta na wniosek Konsultanta może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.
2. w umowie dla zadania 2 w § 23 ust. 4, że „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Nadzoru świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Nadzoru na wniosek Nadzoru Inwestorskiego może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.”

W ocenie Izby zarzut zasługuje na uwzględnienie. Miejsce wykonania umowy ma istotne znaczenie dla oceny prawidłowości wykonania zamówienia. W szczególności jeśli dłużnik spełnia świadczenie w miejscu niewłaściwym wierzyciel ma prawo odmówić przyjęcia świadczenia, co więcej nawet przyjęcie świadczenia nie pozbawia wierzyciela roszczeń z

tytułu nienależytego wykonania świadczenia. Zatem w ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu i przystępującym, że dla skalkulowania oferty istotne jest to, czy zamawiający dopuszcza spełnienie świadczenia w innym miejscu niż Plac Budowy i jakie są warunki przyjęcia takiego świadczenia. W ocenie Izby wskazanie w skarżonych postanowieniach umowy z jednej strony na to, że istnieją uzasadnione przypadki, kiedy wykonawca może spełnić świadczenie w innym miejscu niż Plac Budowy, a z drugiej nie określenie sytuacji, w których zamawiający potwierdzi fakt przyjęcia świadczenia tak spełnionego powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić jednoznacznie jak w sposób należyty spełnić świadczenie. Jeśli wolą zamawiającego było uzyskanie pewności, co do rzeczywistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę poza Placem Budowy to powinien był w postanowieniach umownych przedstawić sposób wykazywania świadczenia usługi poza Placem Budowy przez wykonawcę. W ocenie Izby minimum jakie powinien określić zamawiający, aby podać wykonawcom wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na skalkulowanie oferty, to wskazanie enumeratywnie sytuacji, w których odmówi potwierdzenia świadczenia pracy poza Placem Budowy. Izba stwierdziła, że zamawiający nie dookreślając okoliczności związanych z przyjęciem świadczenia w innym miejscu niż plac budowy naruszył art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy a także art. 353(1) KC w zw. z art. 483 i 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy, przez przyjęcie w siwz w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy:

1. w Umowie Zadanie 1, w § 36 ust. 6, że Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 6 000,00 PLN (sześć tysięcy złotych 00/100) za naruszenie zapisów przedmiotowej Umowy, niewymienione w ust. 1-5 § 36;
2. w Umowie zadanie 2 w § 30 ust. 7, że Nadzór Inwestorski zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2 000 zł (słownie: dwa tysiące złotych) za nagminne (powyżej dwóch wezwań) niewiązywanie się Nadzoru Inwestorskiego z obowiązków określonych w Umowie Nadzoru z zastrzeżeniem § 30 ust. 1-5 niniejszej Umowy Nadzoru.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę odwołującego i przystępujących na treść art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym przedmiotem odwołania mogą być czynności lub zaniechania zamawiającego stanowiące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby naruszenia przepisów innych ustaw mogą być przedmiotem zarzutów odwołania, o ile ustawa bezpośrednio do nich odsyła oraz o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*, albowiem w przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. Izba

nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego polegającym na zastrzeżeniu dla siebie prawa do dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej kary umowne naruszeniu przepisów bezwzględnie obowiązujących. Ani art. 353¹kc, ani art. 483 i 484§ 1 kc nie da się takiego charakteru przypisać. Ponadto zamawiający nie wprowadził rozszerzonej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zatem postanowienia zaskarżonych wzorów umownych muszą być odczytywane przez pryzmat zakresu odpowiedzialności wykonawcy. W ocenie Izby o ile można przyznać odwołującemu rację, co do tego, iż pożądane jest dla usunięcia ewentualnych sporów w przyszłości w trakcie wykonywania umów, wskazywanie konkretnych uchybień stanowiących podstawę naliczenia kary, jednakże z treści art. 483 kc nie da się wywieść zakazu zastrzegania kary umownej na wypadek nienależytego wykonania świadczenia w ogólności, co w ocenie Izby miało miejsce w skarżonych postanowieniach. W doktrynie podkreśla się także brak zakazu kumulowania kar umownych zastrzeżonych za różne rodzaje uchybień w należywym wykonaniu zamówienia. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy. Nie uznała także, aby dopuszczalny prawnie opis postanowień dotyczących kar umownych powodował naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. W ocenie Izby bowiem kara umowna nie jest elementem przedmiotu zamówienia, gdyż nie dotyczy sposobu świadczenia usługi, ale jest mechanizmem prawnie dopuszczalnym zastrzeganym na wypadek nieprawidłowego wywiązywania się przez wykonawcę ze swoich obowiązków, lub nie wywiązywania się w ogóle. W tej sytuacji, w ocenie Izby nie mogło dojść do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 144 ustawy przez określenie w siwz, Tomie II Istotne postanowienia umowy Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2, w tym:

1. w Umowie dla Zadania 1 w § 38, oraz
 2. w Umowie dla Zadania 2 w § 32,
- przypadków zamiany umowy w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w § 38 i § 32 wzorów umów określił możliwości dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Izba stwierdza, że potencjalne zmiany umowy, które zamawiający ma prawo przewidzieć w siwz lub w ogłoszeniu nie wyznaczają zakresu przedmiotu świadczenia, w związku z tym, w ocenie Izby nie można do nich odnieść art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, natomiast art. 144 ustawy stanowi o uprawnieniu zamawiającego, z którego zamawiający może ale nie musi skorzystać. Jeśli zamawiający chce mieć prawo wprowadzania zmian istotnych do postanowień umownych, to musi je przewidzieć, ale jeśli nie chce na etapie

przygotowywania siwz wprowadzać zmian do przyszłej umowy, to wykonawca nie może skutecznie żądać dokonania takiej czynności przez zamawiającego. Natomiast zdaniem Izby, jeśli zamawiający przewidzi zmianę postanowień siwz, ale nieskutecznie ją wprowadzi w siwz, to brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca natomiast będzie mógł podnosić brak możliwości wprowadzenia zmiany na etapie realizacji umowy, jako wprowadzonej sprzecznie z treścią art. 144 ustawy. W ocenie Izby skoro art. 144 ustawy nie formułuje obowiązków zamawiającego na etapie treści siwz, a jedynie jego uprawnienie, to nieprawidłowe skorzystanie z tego uprawnienia nie powoduje w ocenie Izby powstania naruszenia art. 144 ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353(1) KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy przez przyjęcie w siwz w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy dla zadania 1 i zadania 2, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje wyłącznie zamawiającemu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę odwołującego i przystępujących na treść art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym przedmiotem odwołania mogą być czynności lub zaniechania zamawiającego stanowiące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby naruszenia przepisów innych ustaw mogą być przedmiotem zarzutów odwołania, o ile ustawa bezpośrednio do nich odsyła oraz o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*, albowiem w przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego polegającym na zastrzeżeniu dla siebie prawa do dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej kary umowne naruszeniu przepisów bezwzględnie obowiązujących. Ani art. 353¹kc, ani art. 484§ 1 kc nie da się takiego charakteru przypisać. Nadto Izba stwierdza, że obowiązki zamawiającego wobec wykonawcy w toku realizacji przedmiotowej umowy mają przede wszystkim charakter świadczeń pieniężnych, a umówienie się o karę umowną, zgodnie z treścią art. 484 kc może dotyczyć świadczeń o charakterze niepieniężnym, tym samym katalog okoliczności z tytułu, których wykonawcy może od zamawiającego należeć się kara umowna jest węższy. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział jedną karę umowną dla wykonawcy tj. w przypadku wypowiedzenia umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego i jedynie w tym przypadku wykonawca może zostać pozbawiony prawa do dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną. Rację ma natomiast zamawiający, że w przypadku nie

wywiązania się przez zamawiającego wobec wykonawcy z innych obowiązków umownych, wykonawca będzie miał możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. W tym stanie rzeczy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze potwierdzenie się w części zarzutów naruszenia przez zamawiającego przede wszystkim art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, Izba uznała, że nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia może zaburzać zasadę uczciwej konkurencji i w tej sytuacji uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: