

Sygn. akt: KIO 2967/13

**WYROK**  
z dnia 7 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36, 03-215 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, w imieniu której działa **Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów**

przy udziale

- 1) **wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa,**
- 2) **wykonawcy SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który wskazywałby na jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawców swoich ofert w postępowaniu, poprzez:**
  - a) **jednoznaczne określenie terminu realizacji zamówienia;**

- b) określenie procedury weryfikacji przez wykonawcę zmian wprowadzonych do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Kierownika Projektu, dającej wykonawcy realną możliwość wpływu na ten Harmonogram z uwzględnieniem w sposób obiektywny zasady należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę;
  - c) określenie konkretnych sytuacji związanych z rezygnacją przez Zamawiającego z usług wsparcia, wydłużenia lub skrócenia czasu takiej usługi, jak też zawieszenia świadczenia usługi i czasu takiego zawieszenia, w przypadku pozostawienia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego rodzaju usług wsparcia czy też instytucji zawieszenia świadczenia usługi;
  - d) określenie konkretnych sytuacji, w których nastąpi odmowa wyrażenia zgody przez Zamawiającego co do podjęcia dodatkowego zatrudnienia przez personel realizujący umowę ze strony wykonawcy, w przypadku pozostawienia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakazu podjęcia dodatkowego zatrudnienia;
  - e) określenie zobiektywizowanej procedury weryfikacji przez wykonawcę oceny dokonanej przez Kierownika Projektu w zakresie przyznanej punktacji oceny pracy Konsultanta co do usług świadczonych w Standardzie Podstawowym lub w Standardzie Podwyższonym;
  - f) określenie konkretnego Programu Operacyjnego i wytycznych z niego wynikających, zgodnie z którymi wykonawca będzie zobowiązany realizować przedmiot zamówienia, czy też szacować ofertę, w przypadku pozostawienia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego rodzaju wymogu;
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36, 03-215 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** na rzecz **wykonawcy Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88B.51 BC lok. 36, 03-215 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu której działa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Świlcza (DK4) bez węzła – węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem*”. Pełnomocnikiem Zamawiającego jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 grudnia 2013 r. pod nr 2013/S 241-419444.

W postępowaniu tym wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 grudnia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania zamieścił na stronie internetowej w dniu 23 grudnia 2013 r. Do postępowania odwoławczego swoje zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli:

- 1) w dniu 24 grudnia 2013 r. wykonawca SAFEGE S.A. siedzibą w Nanterre we Francji (dalej: „Przystępujący SAFAGE”),
- 2) w dniu 27 grudnia 2013 r. wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący EGIS”),

Kopie zgłoszeń przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyła się w dniu 4 lutego 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł następujące zarzuty:

I. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, 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.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:

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

*„Czas realizacji umowy może być dłuższy lub krótszy od wskazanego czasu i zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontraktu. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. 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. W przypadku pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta może nastąpić zawieszenie świadczenia Usługi (do 3 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą. Zawieszenie może nastąpić także w przypadku wyłonienia nowego Wykonawcy lub nowych Wykonawców. Termin zawieszenia może ulec zmianie. Zawieszenie następuje w drodze pisemnego poinformowania Konsultanta przez Kierownika Projektu ze wskazaniem daty rozpoczęcia zawieszenia Usługi. Data wznowienia realizacji Usługi po okresie zawieszenia, zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej w terminie 14 dni przed datą wznowienia realizacji Usługi z poniższym zastrzeżeniem. Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia zmian w zakresie czasu pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta tj.:*

- rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta;

- skrócenia lub przedłużenia okresu świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego.

*W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi wsparcia Zamawiającego, a także w sytuacji zawieszenia świadczenia Usługi, Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie ani roszczenie o dodatkowe płatności, a w szczególności zwrot kosztów lub odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści. W przypadku wydłużenia lub skrócenia Usługi wsparcia Zamawiającego, Konsultant jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za okres rzeczywistego pełnienia Usługi, na zasadach określonych w Umowie."*

oraz

2. Wykreślenie wskazanych w ppkt 1 zastrzeżeń i sformułowań w dalszej części SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

względnie

3. Wskazanie w Tomie I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, w Rozdziale 1, w pkt 5 oraz dalszej części SIWZ, a także w ogłoszeniu o zamówieniu czasu, w którym będą realizowane usługi, w tym dla poszczególnych zadań (okresów, tj. wsparcia Zamawiającego, okresu nadzoru nad projektowaniem, okresu realizacji robót, okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu, ostatecznego rozliczenia Kontraktu), 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. 144 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC i art. 734 § 1 KC w zw. z art. 750 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w pkt I ppkt 1 i 2, względnie wskazanie warunków zmiany umowy w zakresie terminu świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

III. Art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2000 r. o cenach w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i przez przyjęcie w SIWZ:

1. w Tomie III Opis Przedmiotu Zamówienia, w pkt 4 sposobu kalkulacji ceny oferty w sposób, który nie jest spójny i zgodny z treścią Formularza Cenowego dla poszczególnych pozycji elementów rozliczeniowych oraz nie uwzględnia charakteru i sposobu ponoszenia takich kosztów przez wykonawców oraz pojęcia ceny, przy jednoczesnym zastrzeżeniu:

1. w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami w pkt 9.3, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien skalkulować dla każdej pozycji ze wskazanych w Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolitą stawkę jednostkową na zasadzie uśrednionych kosztów;

2. w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, Rozdziale 2 Formularz oferty i formularze załączników do Oferty, w Formularzu Cenowym w Uwagach do Formularza Cenowego w pkt 2.2 Inni eksperci, że:

a) Liczba innych ekspertów nie jest równa liczbie wymaganych osób,

b) Wykonawca jest zobowiązany dokonać wyceny kosztu dniówki (oraz sumy dniówek) danego rodzaju eksperta bez względu na liczbę osób

c) Liczba dniówek i osób będzie rozdysponowana wg potrzeb i harmonogramu, o którym mowa w paragrafie ... Istotnych Warunków Zamówienia.

3. w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, w § 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 Konsultanta,

4. oraz wobec braku określenia terminu realizacji umowy w sposób jednoznaczny przy jednoczesnym zastrzeżeniu, w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, w § 10 w ust. 12, że osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz Inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania umowy (z wyłączeniem Innych Ekspertów), których planowany czas pracy nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania umowy podejmowali 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.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ, poprzez zmianę:

1. SIWZ, w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, w pkt 9 Opisu sposobu obliczenia ceny;

2. w Tomie I, Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami, Rozdziale 2 Formularz oferty i formularze załączników do Oferty, Formularza Cenowego;

3. w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy,

4. w Tomie III Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 4 sposobu kalkulacji ceny oferty poprzez:

1. wyróżnienie pozycji kosztów stałych lub ponoszonych jednostkowo od kosztów, na których powstanie ma wpływ bezpośrednio liczba przepracowanych osobodni przez poszczególne osoby wchodzące w skład personelu wykonawcy lub czas realizacji usług objętych zamówieniem;

2. wprowadzenie jednolitych rozwiązań w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty i sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za poszczególne usługi objęte zamówieniem;

3. przyznanie wykonawcy prawa do wynagrodzenia za pozycje kosztów stałych proporcjonalnie do okresu realizacji usług, z którymi są związane i rozliczenia ich w przyjętych okresach rozliczeniowych, zaś w przypadku kosztów jednostkowych, przyznanie wykonawcy prawa do wynagrodzenia z tytułu usług, z którymi są związane w pierwszym okresie rozliczeniowym, w jakim mogą powstać i rozliczenie ich w pierwszym okresie rozliczeniowym, a jeżeli takie koszty jednostkowe, są związane z usługami, które powtarzają się w okresach rozliczeniowych, przyznanie wykonawcy prawa do wynagrodzenia z tytułu usług, z którymi są związane w każdym okresie rozliczeniowym, w jakim mogą powstać i rozliczenie ich w każdym okresie rozliczeniowym jakim są świadczone usługi objęte przedmiotem zamówienia.

IV. art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie wzoru umowy w sposób, który nie pozwala na dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia, jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą, a także przez to, że pozwala na dokonywanie jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia, a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, w związku z przyjęciem w SIWZ, w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, że:

1. Zamawiający ma prawo do jednostronnego kształtowania zakresu przedmiotu zamówienia poprzez rezygnację z usługi wsparcia Zamawiającego, a także wydłużenia lub skrócenia okresu takiej usługi,

2. Zamawiający ma prawo do zawieszenia świadczenia usługi i swobodnego kształtowania czasu takiego zawieszenia,

3. 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 Konsultanta;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ, poprzez zmianę SIWZ, odpowiednio w Tomie I, Instrukcja dla



Wykonawców wraz z Formularzami oraz w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy:

1. poprzez usunięcie postanowień, w myśl których Zamawiający ma prawo do jednostronnego kształtowania zakresu przedmiotu zamówienia, poprzez rezygnację z usługi wsparcia Zamawiającego oraz usunięcie postanowień, w myśl których Zamawiający ma prawo do zawieszenia świadczenia usługi i swobodnego kształtowania czasu takiego zawieszenia,

a także

2. w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w § 10, poprzez wykreślenie postanowień ust. 9 wprowadzającego możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu.

ewentualnie - w zakresie pkt 2:

3. w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy nadanie § 10 ust. 9 brzmienia:

*„9. HPPK może ulec zmianie w przypadku wydłużenia, bądź skrócenia okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór. Zmiana HPPK następuje na wniosek Kierownika Projektu lub z inicjatywy Konsultanta. Konsultant w terminie 7 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. Kierownik Projektu najpóźniej w terminie 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK zatwierdza HPPK lub w przypadku braku zatwierdzenia HPPK obowiązuje w formie zaproponowanej przez Konsultanta. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu wskazana, w zatwierdzonym HPPK, ilość członków Personelu Konsultanta jest niewystarczająca, lub ilość członków Personelu względem prowadzonych Robót, Konsultant jest zobowiązany w terminie 7 dni od zgłoszenia wniosku przez Kierownika Projektu do wprowadzenia wiążących zmian w HPPK na zasadach określonych w ust. 8”.*

V. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w związku z wyróżnieniem Standardu Podstawowego oraz Standardu Podwyższonego świadczenia usługi i braku ich zdefiniowania przy jednoczesnym przyznaniu Kierownikowi Projektu prawa do dokonywania oceny pracy Konsultanta przy braku zobiektywizowanej i pełnej metodologii dla dokonania takiej oceny i kwalifikacji świadczonych usług jako świadczonych w Standardzie Podstawowym lub w Standardzie Podwyższonym.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ, poprzez zmianę SIWZ, w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy:

1. poprzez usunięcie postanowień, w myśl których wysokość wynagrodzenia Konsultanta jest uzależniona od tego, czy świadczył usługi w Standardzie Podstawowym lub Standardzie Podwyższonym, jak i też umocowujących Kierownika Projektu do kwalifikacji świadczonych przez Konsultanta usług do określonego standardu,

względnie:

2. doprecyzowanie i zobiektywizowanie metodologii kwalifikacji świadczonych usług do Standardu Podstawowego lub Standardu Podwyższonego z uwzględnieniem rodzaju usług świadczonych, ich przedmiotu, rodzaju i charakteru instrumentów pozostających w kompetencji Konsultanta, charakteru świadczeń Konsultanta oraz wprowadzenie do wzoru umowy zobiektywizowanych procedur weryfikacji oceny Kierownika Projektu dokonywanej w tym zakresie.

VI. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w związku z odwołaniem się do obowiązku świadczenia usług przez Konsultanta z uwzględnieniem wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach właściwego Programu Operacyjnego lub innych obowiązujących wymagań/wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedurami beneficjenta projektów dla właściwego Programu Operacyjnego w związku z brakiem wskazania, konkretnych wytycznych, wymagań i procedur.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez zmianę SIWZ, w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w § 12 ust. 12:

1. poprzez jego usunięcie,

względnie:

2. wskazanie treści wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach właściwego Programu Operacyjnego, innych obowiązujących wymagań/wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedur beneficjenta projektów dla właściwego Programu Operacyjnego, które znajdą jego zastosowanie i wynikających stąd obowiązków dla Konsultanta, których będzie zobowiązany przestrzegać i pozwolą na ocenę i oszacowanie właściwego zakresu prac spoczywających na Konsultancie.

VII. art. 353 KC i art. 355 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp, poprzez 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 dla Stron Postanowienia Umowy w § 10 ust. 9, 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 Konsultanta;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ:

1. w Tomie II, Istotne postanowienia umowy w § 10 poprzez wykreślenie postanowień ust. 9 wprowadzającego możliwość modyfikacji harmonogramu zatrudnienia przez Kierownika Projektu.

ewentualnie:

2. w Tomie II, Istotne dla Stron Postanowienia Umowy nadanie § 10 ust. 9 brzmienia:  
*„9. HPPK może ulec zmianie w przypadku wydłużenia, bądź skrócenia okresu realizacji robót nad którymi sprawowany będzie nadzór. Zmiana HPPK następuje na wniosek Kierownika Projektu lub z inicjatywy Konsultanta. Konsultant w terminie 7 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. Kierownik Projektu najpóźniej w terminie 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK zatwierdza HPPK lub w przypadku braku zatwierdzenia HPPK obowiązuje w formie zaproponowanej przez Konsultanta. Jeżeli w opinii Kierownika Projektu wskazana, w zatwierdzonym HPPK, ilość członków Personelu Konsultanta jest niewystarczająca, lub ilość członków Personelu względem prowadzonych Robót, Konsultant jest zobowiązany w terminie 7 dni od zgłoszenia wniosku przez Kierownika Projektu do wprowadzenia wiążących zmian w HPPK na zasadach określonych w ust. 8”*

VIII. art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 144 ustawy Pzp, poprzez określenie w SIWZ, Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w § 38 przypadków zamiany umowy w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ poprzez:

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

względnie

2. wykreślenie w Umowie § 38.

IX. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla stron Postanowienia Umowy, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje wyłącznie Zamawiającemu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w powyższym w zakresie przyjęcia w treści SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje Zamawiającemu oraz Konsultantowi.

X. W konsekwencji zmian, do których wprowadzenia będzie zobowiązany Zamawiający w SIWZ, nadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie go do wprowadzenia takich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

W konsekwencji wskazanych uchybień, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu do odwołania Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu zawarte w SIWZ informacje nie pozwalają na identyfikację ryzyk i właściwe ich oszacowanie.

Co do pierwszego zarzutu podkreślił, że 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 niniejszym postępowaniu powyższe nabiera szczególnego znaczenia z uwagi na to, że, zdaniem Odwołującego, m.in.:

1. wskazano czas świadczenia usług, zastrzegając jednocześnie, że jest to wartość wyłącznie szacunkowa i może ulec zmianie, przy tym może ulec zarówno wydłużeniu, jak i też skróceniu,

2. oznaczając czas świadczenia usług na poszczególnych etapach, zastrzeżono możliwość ich swobodnego kształtowania przez Zamawiającego. Dodatkowo przy ocenie powyższej kwestii należy mieć na uwadze fakt, że w dalszej części SIWZ zastrzeżono, że 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, jego zdaniem, uniemożliwia w sposób racjonalny przygotować ofertę, jak i też skalkulować jej cenę.

Co do drugiego zarzutu Odwołujący podniósł, że termin świadczenia usług i pozostawania w gotowości do ich świadczenia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, jest jedną z okoliczności, która ma istotny wpływ na cenę oferty, a dalej też na zakres świadczenia objętego umową zawartą w wyniku przeprowadzenia postępowania. Przyjęcie tym samym w SIWZ, że okoliczność ta może być w swobodny sposób kształtowana przez jedną ze stron, według Odwołującego, stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp, a także stanowi naruszenie zasady swobody stron w kształtowaniu treści stosunku prawnego oraz specyfiką umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania. Podkreślił też, że kalkulując cenę oferty wykonawca będzie zobowiązany się odnieść się i wycenić ryzyka zmian terminu, a przez to także zakresu świadczenia, nie mając żadnych informacji, jakie są granice wystąpienia powyższego ryzyka, a dalej pozostawić Zamawiającemu możliwość swobodnego kształtowania takiego zakresu.

Co do trzeciego zarzutu Odwołujący podniósł, że kierując się postanowieniami SIWZ, wykonawca winien skalkulować w stawkach przyjętych dla poszczególnych pozycji wyróżnionych w Formularzu Cenowym 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 lub też w ogóle niezwiązane z pracą osób,
- jego zdaniem możliwość dokonania takich obliczeń jest iluzoryczna. Wskazał też, że wytyczne dla dokonania takich obliczeń, uwzględniając, że winny się odnosić do ceny, winny znaleźć odzwierciedlenie także w zasadach, na jakich wykonawca otrzymuje prawo do wynagrodzenia obliczanego w oparciu o takie stawki. Brak spójności takich rozwiązań, czy

też ustalania uśrednionych stawek dla świadczeń jednorazowych i rozłożonych w czasie i ujęcie ich w jednej stawce „uśrednionej”, na której wysokość ma wpływ szereg zmiennych, przy tym są one niedookreślone lub też pozostają pod wyłączną kontrolą Zamawiającego według niego prowadzi do sytuacji, w której tak ustalone zasady kreują wartość, która nie odzwierciedla wartości ekonomicznej świadczenia wykonawcy.

Co do czwartego zarzutu Odwołujący podkreślił, że w tym przypadku szczególnego znaczenia w SIWZ nabiera także niczym nie ograniczone prawo Zamawiającego do kształtowania harmonogramu prac personelu i zakresu świadczenia w toku realizacji umowy. W odniesieniu do powyższego zauważył, że 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, w ocenie Odwołującego, nie tylko nie pozwala przewidzieć, jaki personel faktycznie zostanie oddelegowany do realizacji usług, w jakim czasie będzie świadczył te usługi lub też będzie zobowiązany pozostawać w gotowości do ich świadczenia. Kwestionowane w tym zakresie rozwiązania, wobec braku zastrzeżenia jakichkolwiek przesłanek, które stanowiłyby ograniczenie swobody Zamawiającego, jego zdaniem, ograniczają możliwość racjonalnego skalkulowania ceny oferty, realizacji zamówienia, a nadto stanowią próbę obejścia przepisu art. 140 i 144 ustawy Pzp. 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.

Co do piątego zarzutu Odwołujący wskazał, że SIWZ nie zawiera informacji, które pozwoliłyby na wyróżnienie i kwalifikację świadczonych usług, jako świadczonych w Standardzie Podstawowym oraz Standardzie Podwyższonym, a przez to możliwości dostosowania się do oczekiwań Zamawiającego, co do warunków świadczenia takich usług. Tym niemniej rozróżnienie powyższych standardów, z uwagi na sposób ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, mieć będzie istotne znaczenie.

Co do szóstego zarzutu Odwołujący wskazał, że SIWZ nie zawiera informacji, które pozwoliłyby na identyfikację wymagań Zamawiającego, co do okoliczności, jakie powinien wziąć pod uwagę przy świadczeniu usług, jak i też wskazania konkretnych obowiązków, jakie będą w tym zakresie spoczywały na wykonawcy. Zamawiający bowiem nie wskazał na żaden konkretny dokument, jaki znajdzie w tym zakresie zastosowanie, w taki sposób, aby wykonawca mógł się z nim zapoznać przed złożeniem oferty, jak i też nie wskazał, jaki skutek i jakie obowiązki po stronie wykonawcy taki dokument może rodzić.

Co do siódmego zarzutu Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego prawa do kształtowania harmonogramu prac personelu, która to okoliczność pozostawać będzie poza kontrolą wykonawcy, stoi w sprzeczności z istotą świadczenia wykonawcy i przyjęciem jednocześnie miernika oceny Odwołującego do zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. W istocie bowiem wykonawca nie będzie mógł się wykazać należytą starannością, jaka jest od niego oczekiwana, bowiem nie będzie miał wpływu na sposób świadczenia usług.

Co do ósmego zarzutu Odwołujący podkreślił, że 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, jego zdaniem, nie czyni zadość dyspozycji art. 144 ustawy Pzp, bowiem nie określa warunków zmiany poprzestając jedynie na skazaniu 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.

Co do dziewiątego zarzutu Odwołujący wskazał dyspozycję art. 484 § 1 KC, zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Podkreślił, że 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. Podkreślił, że 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 według niego staje się iluzoryczna i wyklucza możliwość skorzystania przez wykonawcę z tego prawa.

W konsekwencji powyższych uchybień, według Odwołującego, Zamawiający sporządzając SIWZ naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w tym stanie rzeczy, biorąc

udział w postępowaniu Odwołujący ma ograniczoną możliwość oceny ryzyk, przygotowania i skalkulowania konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Złożył też do akt sprawy pismo procesowe z dnia 15 stycznia 2014 r.

Zamawiający w toku rozprawy złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 14 stycznia 2014 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystępujący złożyli do akt sprawy swoje zgłoszenie przystąpienia, popierając stanowisko Odwołującego i wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec postanowień zawartych w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu i wykazując w tym zakresie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które ograniczają mu możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, wykazał, iż postanowienia te w sposób pośredni pozbawiały go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.



Izba również stwierdziła skuteczność dwóch zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, uznając, że w tym względzie zostały wypełnione wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu, z uwagi na potwierdzenie się niektórych zarzutów w nim podniesionych.

Co do pierwszego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, 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, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w części. Za słuszny Izba uznała zarzut ten co do określenia terminu realizacji zamówienia w zakresie wskazania okresu, w jakim mają być świadczone usługi oraz w odniesieniu do usługi wsparcia.

Izba natomiast nie uznała za zasadny przywołanego zarzutu w zakresie wskazania liczby personelu, którego oddelegowania do realizacji zamówienia Zamawiający oczekuje od Wykonawców w poszczególnych okresach realizacji zamówienia, w tym „pełnych” i „niepełnych” dniówek.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie I „Instrukcja dla Wykonawców”, rozdział 1 pkt 5 SIWZ wskazał co następuje:

*„Data rozpoczęcia realizacji Usługi jest tożsama z datą podpisania Umowy. Konsultant zobowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:*

- a) Okres pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na projektowanie i realizację Robót (3 m-ce)*
- b) Okres projektowania i wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu (termin obejmuje również okresy zimowe) (43 m-ce)*
- c) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu do wystawienia Świadectwa Wykonania (12 m-cy)*
- d) Ostateczne rozliczenie Kontraktu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności (3 m-ce).*

(...)

*W chwili zawarcia Umowy Zamawiający na potrzeby obliczenia wartości zamówienia szacuje, że czas realizacji Usługi będzie wynosił: 61 miesięcy.*

*Czas realizacji może być dłuższy lub krótszy od wskazanego czasu i zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontakt. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art .144 ust 1 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych. 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. W przypadku pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta może nastąpić zawieszenie świadczenia Usługi (do 3 miesięcy) do czasu zawarcia Kontraktu z Wykonawcą. Zawieszenie może nastąpić także w przypadku wyłonienia nowego Wykonawcy lub nowych Wykonawców. Termin zawieszenia może ulec zmianie. Zawieszenie następuje w drodze pisemnego poinformowania Konsultanta przez Kierownika Projektu ze wskazaniem daty rozpoczęcia zawieszenia Usługi. Data wznowienia realizacji Usługi po okresie zawieszenia, zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu najpóźniej w terminie 14 dni przed datą wznowienia realizacji Usługi z poniższym zastrzeżeniem. Zamawiający zastrzega możliwość wprowadzenia zmian w zakresie czasu pełnienia Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta tj.:*

- rezygnacji z Usługi wsparcia Zamawiającego przez Konsultanta;*
- skrócenia lub przedłużenia okresu świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego.*

*W przypadku rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi wsparcia Zamawiającego, a także w sytuacji zawieszenia świadczenia Usługi, Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie ani roszczenie o dodatkowe płatności, a w szczególności zwrot kosztów lub odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści. W przypadku wydłużenia lub skrócenia Usługi wsparcia Zamawiającego, Konsultant jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za okres rzeczywistego pełnienia Usługi, na zasadach określonych w Umowie."*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadną była argumentacja Odwołującego o tym, że właściwe i jednoznaczne określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z istotnych i kluczowych elementów, które pozwalają wykonawcy podjąć decyzję o zamiarze wzięcia udziału w postępowaniu. Termin wykonania zamówienia to jeden z podstawowych elementów SIWZ

zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin wykonania zamówienia jest też istotnym elementem związanym ze sposobem realizacji zamówienia mający znaczenie dla zakresu przedmiotu zamówienia i stanowiący szczególny element opisu przedmiotu zamówienia. Z tych też względów, zdaniem Izby, w tym zakresie obowiązują Zamawiającego również reguły wynikające z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wskazując na dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w tym zakresie, w ocenie Izby, jako jedyny znalazł swoje potwierdzenie, należy zatem podkreślić, że przedmiot zamówienia, a więc również kwestie związane z terminem realizacji 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. Niewątpliwie okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie – zdaniem Izby – postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu naruszają przywołany przepis ustawy Pzp nie pozwalając wykonawcy na odpowiednie przygotowanie się do realizacji przedmiotu zamówienia, także w kontekście możliwości prawidłowego sporządzenia przez niego oferty, która pozwalałaby na należyte ze strony wykonawcy wykonanie tego zamówienia, tj. spełnienie świadczenia w całości, we właściwym, określonym przez Zamawiającego czasie. Niewykonanie zamówienia w określonym czasie może bowiem skutkować nieprawidłowościami w realizacji zamówienia niekorzystnymi, tak z punktu widzenia wykonawcy (opóźnienie bądź zwłoka, a w konsekwencji konieczność zapłaty przez wykonawcę kary umownej), jak i samego Zamawiającego, który odpowiedzialny jest za daną inwestycję. Przy czym Izba uwzględniła również szczególny charakter przedmiotu niniejszego zamówienia, tj. usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Świlcza (DK4) bez węzła – węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem”. Świadczona w ramach niniejszego postępowania usługa zarządzania, kontroli i nadzoru inwestorskiego pełni rolę służebną wobec kontraktu na roboty budowlane – ich projektowanie i wykonanie. Również w zakresie terminu realizacji zamówienia usługa zarządzania kontraktem budowlanym ściśle związana jest z terminem realizacji podstawowego kontraktu na roboty budowlane. W tym

zakresie nie można stawiać Zamawiającemu zarzutu. Jednakże określenie terminu realizacji zamówienia tylko w sposób szacunkowy – jak wskazał to Zamawiający w SIWZ – który nie musi mieć związku z faktycznym okresem, w którym zamówienie ma być realizowane, nie pozwala wykonawcy na jednoznaczne określenie zakresu przedmiotu świadczenia w swojej ofercie i jego wycenę z uwzględnieniem wszelkich ryzyk, przede wszystkim związanych z charakterem usługi będącej przedmiotem zamówienia. W szczególności nie dają wykonawcy szansy na właściwą wycenę swojej oferty postanowienia SIWZ, które przewidują możliwość niczym nieuzasadnionego skrócenia, bądź przedłużenia okresu świadczenia usługi wsparcia, czy rezygnacji przez Zamawiającego z tej usługi bez dodatkowego wynagrodzenia. Termin realizacji zamówienia powinien być określony przez Zamawiającego w sposób konkretny jeśli chodzi o realizację pełnej usługi, jak i okresów częściowych związanych z wykonywaniem szczególnych usług, które Zamawiający włączył w zakres przedmiotu zamówienia, które wymagają od wykonawcy szczególnego podejścia do należytego wypełnienia świadczenia, przede wszystkim w kontekście właściwego przygotowania zabezpieczenia kadrowego po stronie wykonawcy (Konsultanta). Takie okresy zresztą zostały przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ. Jednakże Zamawiający, przewidując świadczenie usług wsparcia i okres ich realizacji (do 3 miesięcy) przewiduje również niczym nieograniczoną możliwość zawieszenia ich świadczenia, z możliwością zmiany okresu 3 miesięcznego zawieszenia świadczenia usługi. Zamawiający przewiduje też możliwość rezygnacji w ogóle z Usługi wsparcia, nie określając w żaden sposób konkretnych sytuacji, które miałyby powyższe powodować, które mogłyby w jakiś sposób ograniczyć ryzyko wykonawcy, dając mu możliwość wyceny jego oferty. Zamawiający przewiduje też niczym nieograniczoną możliwość skrócenia lub przedłużenia okresu świadczenia Usługi wsparcia bez określenia sytuacji, w których miałyby to nastąpić, bez określenia czasu, o jaki Usługa wsparcia miałaby być skrócona bądź wydłużona, choćby w sposób maksymalny, który, wykonawca mógłby uwzględnić w ramach szacunku swojej oferty.

Izba nie uwzględniała odwołania w zakresie żądania wskazania w treści SIWZ liczby osobodni pracy personelu, którego oddelegowania do realizacji zamówienia Zamawiający oczekuje od wykonawców w poszczególnych okresach realizacji zamówienia, w tym „pełnych” i „niepełnych” dniówek. Treść formularza cenowego, opracowanego przez Zamawiającego, wskazuje bowiem na liczbę przewidywanych dniówek z przypisaniem ich do ekspertów kluczowych, jak i innych ekspertów. Przewidziane jest jednocześnie, iż wynagrodzenie będzie płatne w oparciu o czas faktycznie przepracowany, a co z kolei będzie uzależnione od stanu realizacji umowy na roboty budowlane. Tak więc ilość dniówek dla poszczególnych ekspertów będzie zależała od rozdysponowania personelu w czasie realizacji umowy na roboty budowlane i to w zależności od zapotrzebowania na ekspertów

z danej branży, na danym etapie postępowania. Ilość dniówek w poszczególnych miesiącach może być różna, w zależności od zapotrzebowania w danym etapie postępowania i nie ma to żadnego przełożenia na etap dokonywania wyceny poszczególnych dniówek. Powyższe – w ocenie Izby – pozwala wykonawcy na wycenę swojej oferty i nie powoduje niemożności jej złożenia. Zdaniem Izby sposób określenia dniówek, jakiego oczekuje Odwołujący, wynika jedynie z jego indywidualnych potrzeb i subiektywnego zapatrywania się na tę kwestię, a nie uniemożliwia mu obiektywnie prawidłowego skalkulowania ceny swojej oferty.

Tym samym w tym zakresie Izba nie dopatrzyła naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do drugiego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 144 ustawy Pzp oraz art. 353 1 KC i art. 734 § 1 KC w zw. z art. 750 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ wskazał, że wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby przywołane jako zarzut odwołania w niniejszej sprawie okoliczności nie mogą potwierdzać naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a konkretnie przywoływanego art. 144 ustawy Pzp. Wskazany przepis odnosi się do zmian umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego i w ust. 1 stanowi, że zakazane są istotne zmiany 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. Przepis ten może być zatem naruszony przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy Zamawiający wprowadza do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmiany, które mają charakter istotny w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy do realizacji zamówienia i jeżeli możliwości takiej zmiany i jej warunków nie przewidział w w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przywołane przez Odwołującego okoliczności mogłyby

co najwyżej, w określonej sytuacji, mieć wpływ na brak możliwości przygotowania i wyceny oferty w danym postępowaniu przez wykonawcę i naruszenia w tym względzie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie tego przepisu Izba stwierdziła powyżej, oceniając zarzut numer jeden. W tym jednak przypadku, biorąc pod uwagę te same okoliczności faktyczne i zakres zaskarżenia (nie wskazywano na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp) Izba nie mogła stwierdzić naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który jako taki może być naruszony przez Zamawiającego wprost na etapie realizacji umowy. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie postanowień SIWZ dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przewidziana została przez ustawodawcę jedynie jako możliwość określonego zachowania się przez zamawiającego (możliwość przewidzenia zmiany umowy i warunków takiej zmiany w SIWZ lub w treści ogłoszenia o zamówieniu), którego ziszczenie się na późniejszym etapie (realizacji umowy) da mu szansę, w sytuacji zgody drugiej strony umowy, na zmianę postanowień umowy w formie aneksu do niej.

Izba w tym względzie nie mogła też stwierdzić naruszenia pozostałych przepisów ustawy Pzp, przywołanych przez Odwołującego. Są to bowiem przede wszystkim przepisy Kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis ma jedynie charakter odsyłający - nakazuje stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego do umów w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Izba zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ocenia złożone odwołanie, weryfikując, czy określonego rodzaju zachowanie zamawiającego - jego czynności czy zaniechania, naruszają przepisy ustawy Pzp, a nie przepisy każdej innej ustawy. Ocena legalności działań podmiotu zamawiającego dokonywana jest przez Izbę w przypadku odwołań w okrojonym zakresie, jedynie do oceny zgodności tych zachowań zamawiającego właśnie z przepisami ustawy Pzp. Z tych też względów Izba nie mogła stwierdzić naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego wykazywanych przez Odwołującego, czy też przepisu ustawy Pzp, który ma jedynie charakter odsyłający.

Tym samym w tym zakresie Izba nie dopatryła naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do trzeciego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2000 r. o cenach w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - w pkt 4 określił zasady kalkulacji ceny ofertowej, wskazując na to, jakie koszty należy ująć w kosztach administracyjnych, Usługach nadzoru, Działaniach promocyjnych,

Kosztach administracyjnych od wystawienia Ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności oraz wynagrodzenia za nabycie majątkowych praw autorskich. Jednocześnie też Zamawiający w pkt 9 Tomu I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców określił szczegółowe zasady opisu sposobu obliczenia ceny, wskazując, że cena ofertowa zostanie wyliczona przez wykonawcę w Formularzu Cenowym określonym w SIWZ jako Formularz 2.1. W postanowieniach pkt 9 Tomu I SIWZ Zamawiający określił, procentową, maksymalną wysokość poszczególnych kosztów w stosunku do ceny oferty, które wykonawcy mieli przyjąć przy kalkulacji swoich ofert. W pkt 9.3 wskazał on też, że dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednionych kosztów składowych. W Formularzu Cenowym 2.1 Zamawiający określił w zestawieniu tabelarycznym konieczność wyceny poszczególnych kosztów, w tym w zakresie Usług Nadzoru (poz. 2) wskazał na konieczność wyceny pracy poszczególnych ekspertów (eksperci kluczowi – poz. 2.1 i inni eksperci – poz. 2.2) w określonej ilości dniówek. Przy pozycji Innych ekspertów Zamawiający wskazał m.in., że:

1. Liczba Innych ekspertów nie jest równa liczbie wymaganych osób
2. Wykonawca wycenia koszt dniówki (oraz sumy dniówek) danego rodzaju eksperta bez względu na liczbę osób
3. Liczba dniówek i osób będzie rozdysponowana wg potrzeb i harmonogramu, o którym mowa w postanowieniach Istotnych warunków umowy

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby wskazane postanowienia SIWZ nie naruszają przepisów ustawy Pzp przywołanych przez Odwołującego.

Przywoływany przez Odwołującego przepis art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskazuje jedynie na obowiązek określenia przez Zamawiającego w SIWZ wymogów co do sposobu obliczenia ceny. Takie wymogi znalazły się SIWZ w związku z czym wskazany przepis ustawy Pzp nie został naruszony.

Zdaniem Izby nie został też naruszony art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tj. że poprzez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję. Wskazane przez Odwołującego okoliczności sprawy nie wskazują na to, aby w jakikolwiek sposób zasada uczciwej konkurencji czy też nierównego traktowania wykonawców była w tym przypadku

naruszona. Kwestionowane postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny są jednakowe dla wszystkich wykonawców, nie preferują w żaden sposób jakiegoś wykonawcy, czy ich grupy, nie ograniczając tym samym innym wykonawcom możliwości złożenia oferty w postępowaniu.

Izba rozważyła też zasadność zarzutu nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia we wskazanym przez Odwołującego zakresie. Izba uznała jednak, że również ten przepis nie został przez Zamawiającego naruszony. Odwołujący kwestionuje sposób ujęcia przez Zamawiającego poszczególnych stawek przyjętych w ramach Formularza Cenowego. Zakwestionował on możliwość uśrednienia stawek składowych Formularza cenowego, a tym samym skalkulowania ceny oferty, w sytuacji gdy w takim wynagrodzeniu należy ująć koszty nie związane z pracą poszczególnych osób - np. koszty rzeczowe, które dodatkowo muszą być ponoszone niezależnie od podjęcia pracy przez daną osobę, koszty ponoszone stale lub też jednostkowo - niezależnie od podjęcia pracy przez daną osobę lub też w ogóle niezwiązane z pracą osób. Zdaniem Odwołującego określony sposób ujęcia wynagrodzenia prowadzi do sytuacji, w której tak ustalone zasady kreują wartość, która nie odzwierciedla wartości ekonomicznej świadczenia wykonawcy.

W ocenie Izby w tym zakresie nie można mieć wątpliwości, jaki sposób obliczenia ceny Zamawiający określili i jak w tym zakresie można ustalić łączną cenę ofertową, jak i poszczególne stawki dniówkowe z tytułu pracy poszczególnych ekspertów. Zresztą – jak wynika z analizy stanowiska Odwołującego – sam Odwołujący nie ma w tym zakresie wątpliwości, co wskazywałoby ewentualnie na niejednoznaczność zapisów SIWZ. Odwołujący oczekuje w tym zakresie określonych, korzystnych – z jego punktu widzenia – rozwiązań w zakresie sposobu obliczenia ceny, w tym co do wyróżnienia kosztów stałych lub ponoszonych jednostkowo od kosztów, na których powstanie ma wpływ liczba przepracowanych osobodni lub czas realizacji usług objętych zamówieniem, wprowadzenie jednolitych rozwiązań co do sposobu obliczenia ceny i ustalenia wynagrodzenia za poszczególne usługi objęte zamówieniem, czy też przyznania prawa do wynagrodzenia za koszty stałe proporcjonalnie do okresu realizacji usług, z którymi są związane i rozliczane, a w przypadku kosztów jednostkowych przyznania wynagrodzenia z tytułu usług, z którymi są związane w pierwszym okresie rozliczeniowym, w jakim mogą powstać i rozliczenie ich w tym okresie. Zdaniem Izby precyzowane przez Odwołującego oczekiwania w tym zakresie mogą jedynie świadczyć o innej perspektywie opisu sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego niż zaprezentował to Zamawiający w SIWZ, a powyższe samodzielnie nie może stanowić o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Okoliczności, które w tym zakresie wskazywał jednocześnie Odwołujący, w szczególności odnośnie braku jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia, zostały przez Izbę uwzględnione i wzięte pod



uwagę przy ocenie innego zarzutu odwołania (zarzut numer jeden). W kontekście jednak sposobu obliczenia ceny – zdaniem Izby – nie mogą świadczyć o potwierdzeniu się tego zarzutu odwołania.

Tym samym w tym zakresie Izba nie dopatrzyła naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do czwartego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie wzoru umowy w sposób, który nie pozwala na dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia, jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą, a także przez to, że pozwala na dokonywanie jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia, a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w zakresie konieczności ustalenia przez Zamawiającego w zapisach SIWZ:

- procedury weryfikacji przez wykonawcę zmian wprowadzonych do Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Kierownika Projektu, dającej wykonawcy realną możliwość wpływu na ten Harmonogram z uwzględnieniem w sposób obiektywny zasady należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę;
- konkretnych sytuacji związanych z rezygnacją przez Zamawiającego z usług wsparcia, wydłużenia lub skrócenia czasu takiej usługi, jak też zawieszenia świadczenia usługi i czasu takiego zawieszenia, w przypadku pozostawienia w postanowieniach SIWZ tego rodzaju usług wsparcia, czy też instytucji zawieszenia świadczenia usługi;
- konkretnych sytuacji, w których nastąpi odmowa wyrażenia zgody przez Zamawiającego co do podjęcia dodatkowego zatrudnienia przez personel realizujący umowę ze strony wykonawcy, w przypadku pozostawienia w postanowieniach SIWZ zakazu podjęcia dodatkowego zatrudnienia.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ - § 10 ust. 9 Tomu II Istotne dla stron postanowienia umowy, wskazał, że:

*„Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag, lub do wprowadzenia w nim wiążących zmian, które są równoważne z zatwierdzeniem HPPK w zaproponowanej przez Kierownika Projektu formie. Zmiany HPPK mogą w szczególności dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usług przez członków Personelu Konsultanta, a także zwiększenia lub*

*zmniejszenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę. Zmiany dotyczące zwiększenia liczby członków Personelu Konsultanta świadczących Usługę wejdą w życie w terminie wyznaczonym w HPPK przez Kierownika Projektu, nie wcześniej niż 14 dni od przekazania zaakceptowanego HPPK Konsultantowi, chyba że Strony uzgodnią inny termin.”*

Odwołujący w ramach podnoszonego zarzutu podnosił, że przywołane postanowienia SIWZ wskazują na dowolność modyfikacji i kształtowania przez Kierownika Projektu, niezależnie od stanowiska Konsultanta, Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta, a więc poza kontrolą wykonawcy, jak również dowolność w zakresie podjęcia decyzji o zawieszeniu świadczenia usługi i swobodnego kształtowania czasu takiego zawieszenia, jak również kwestii swobody po stronie Zamawiającego w decyzji odnośnie rezygnacji z usług wsparcia czy też wydłużenia lub skrócenia okresu takiej usługi.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby wskazane postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp przywołane przez Odwołującego, wyłącznie co do art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby przywołane przez Odwołującego postanowienia SIWZ powodują niejednoznaczność w opisie przedmiotu zamówienia, która uniemożliwia wykonawcy uwzględnienie wszystkich okoliczności związanych ze świadczeniem usługi przy sporządzaniu oferty i jej wycenie, a zatem uniemożliwiają wykonawcy udział w tym postępowaniu.

W ocenie Izby zasadnie Odwołujący żądał, aby wykonawca miał przyznane prawo wpływu na kształt Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta. Okoliczność ta, jako istotna, ma decydujący wpływ na sposób realizacji przedmiotowego zamówienia. To Konsultant (wykonawca) przygotowuje Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta, zatem nie może też być pozbawiony możliwości zgłoszenia zastrzeżeń do zmian w jego treści, wprowadzonych przez Kierownika Projektu. W tym zakresie – zdaniem Izby – zasadnym będzie wprowadzenie do postanowień SIWZ określonej procedury, która będzie pozwalała wykonawcy w sposób realny na weryfikację czynności Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego, związanych z wprowadzonymi przez niego zmianami w zakresie Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta. Zamawiający, określając taką procedurę w SIWZ, powinien mieć na względzie okoliczność, że zlecając realizację zamówienia wykonawcy wybranemu w postępowaniu przyjmuje zasadę odpowiedzialności tego wykonawcy właśnie za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie można oczywiście

odmówić inwestorowi (Zamawiającemu) prawa do weryfikacji na bieżąco w toku realizacji przedmiotu zamówienia, czy usługa jest realizowana prawidłowo i czy w danym przypadku nie ma np. konieczności uwzględnienia dodatkowego personelu, zmniejszenia jego ilości. Zamawiający powinien jednak mieć na względzie także to, że to wykonawca będzie rozliczany z należytego wypełnienia świadczenia.

Izba uznała, że postanowienia SIWZ kwestionowane w tym zakresie przez Odwołującego, nie pozwalają wykonawcy na Praie przygotowania oferty na właściwe określenie zakresu ryzyka spoczywającego na wykonawcy, który jest odpowiedzialny za należyte wykonanie zamówienia, a tym samym na wycenę jego oferty. Z tych też względów w ocenie Izby konieczne było dookreślenie wskazanych kwestii w SIWZ w taki sposób, aby obiektywnie ograniczyć ryzyko wykonawcy.

We wskazanym zakresie potwierdził się również zarzut co do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia, poprzez rezygnację z usługi wsparcia, a także wydłużenia lub skrócenia okresu takiej usługi. Niewątpliwie określenie sytuacji, w których miałyby nastąpić rezygnacja z usług wsparciach, ich skrócenie czy wydłużenie ma znaczenie dla ograniczenia ryzyka wykonawcy, pozwalającego mu na należyte oszacowanie swojej oferty i jej prawidłowe złożenie w postępowaniu, pozwalające w przyszłości na prawidłowe wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak określenia takich sytuacji powoduje niepewność po stronie wykonawcy co do zakresu przedmiotu zamówienia, jest jedną z sytuacji, w których wycena oferty może być nieadekwatna co do zakresu świadczenia, które będzie realizowane na etapie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby potwierdził się również w tym zakresie zarzut co do wyrażenia zgody przez Zamawiającego na podjęcie dodatkowego zatrudnienia przez personel realizujący umowę ze strony wykonawcy. Podobnie, jak powyżej, brak określenia sytuacji, konkretnych przypadków, w których miałyby nastąpić niewyrażenie przez Zamawiającego zgody na podjęcie innej pracy przez osoby realizujące zamówienie ze strony wykonawcy, skutkuje – zdaniem Izby - brakiem możliwości uwzględniania przez wykonawcę wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na złożenie oferty, a więc także jej wycenę.

Co do piątego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w związku z wyróżnieniem Standardu Podstawowego oraz Standardu Podwyższonego świadczenia usługi i braku ich zdefiniowania przy jednoczesnym przyznaniu Kierownikowi Projektu prawa do dokonywania oceny pracy Konsultanta przy braku

zobiektywizowanej i pełnej metodologii dla dokonania takiej oceny i kwalifikacji świadczonych usług jako świadczonych w Standardzie Podstawowym lub w Standardzie Podwyższonym, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w zakresie określenie zobiektywizowanej procedury weryfikacji przez wykonawcę oceny dokonanej przez Kierownika Projektu w zakresie przyznanej punktacji oceny pracy Konsultanta, co do usług świadczonych w Standardzie Podstawowym lub w Standardzie Podwyższonym.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie II SIWZ - Istotne postanowienia umowy, w § 1 zdefiniował pojęcia: „Usługa wykonywana w Standardzie Podstawowym” (usługa oceniona na 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta) i „Usługa wykonywana w Standardzie Podwyższonym” (usługa oceniona powyżej 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta). Jednocześnie też Zamawiający w ramach zdefiniowania pojęć umownych określił, że Karta Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta to dokument opracowany przez Zamawiającego, obejmujący obowiązki wynikające z Umowy. W załączniku nr 2 do Umowy Zamawiający określił wzór tej karty, wskazując poszczególne obowiązki wynikające z Umowy i przewidując w tym zakresie możliwość przyznania punktów: 0 pkt – gdy nie wykonano danego obowiązku, 1 pkt – gdy wykonano go w stopu mało zadowalającym, 2 pkt – gdy wykonano zgodnie z Metodką / Umową. W tabeli tej miało się również znaleźć uzasadnienie przyznanych punktów z tytułu wykonania określonego obowiązku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut braku zdefiniowania pojęć: Usługa wykonywana w Standardzie Podstawowym” i „Usługa wykonywana w Standardzie Podwyższonym” nie potwierdził się. Wskazane pojęcia zostały przez Zamawiającego zdefiniowane – jak wskazują przywołane postanowienia SIWZ. W tym zakresie Zamawiający w kolejnych postanowieniach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a także w postanowieniach Istotnych postanowień Umowy, określił poszczególne obowiązki przypisane wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Wskazane obowiązki jako takie w kontekście niejasności, czy nieprecyzyjności ich opisu, jak również utrudnienia uczciwej konkurencji, nie były kwestionowane przez Odwołującego. Zamawiający obowiązki te

w sposób konkretny opisał i zidentyfikował w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta, stąd też brak jasności i precyzji w tym zakresie – zdaniem Izby - nie zaistniał.

Co do kwestii związanej z brakiem metodologii kwalifikacji świadczonych usług Izba stwierdziła, że także w tym zakresie Zamawiający co do zasady nie naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział w SIWZ szczegółową kwalifikację i ocenę usług w ramach Standardu Podstawowego i Podwyższonego. Określił też ilość przyznawanych w tym zakresie punktów za nie spełnienie w ogóle wymagań z SIWZ, za spełnienie wymagań w stopniu zadowalającym i za wykonanie zgodnie z umową. Pewna metodologia oceny została zatem w tym zakresie w SIWZ przewidziana. Jednocześnie też – zgodnie z SIWZ - w każdym przypadku dokonana ocena powinna być uzasadniona. W tym zakresie zatem zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Jednakowoż Izba uznała, że w SIWZ brak jest, określonej procedury weryfikacji przyznanej ilości punktów przez Kierownika Projektu za realizację poszczególnych obowiązków umownych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, co wpływa na możliwość oceny ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia na etapie składania ofert, co z kolei ma znaczenie dla złożenia przez niego oferty w postępowaniu i jej wyceny. Tym samym – zdaniem Izby – koniecznym jest określenie przez Zamawiającego zobiektywizowanej procedury weryfikacji przez wykonawcę oceny dokonanej przez Kierownika Projektu w zakresie przyznanej punktacji oceny pracy Konsultanta co do usług świadczonych w Standardzie Podstawowym lub w Standardzie Podwyższonym. W tym zakresie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do szóstego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w związku z odwołaniem się do obowiązku świadczenia usług przez Konsultanta z uwzględnieniem wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach właściwego Programu Operacyjnego lub innych obowiązujących wymagań/wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedurami beneficjenta projektów dla właściwego Programu Operacyjnego w związku z brakiem wskazania, konkretnych wytycznych, wymagań i procedur, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w zakresie konieczności określenia przez Zamawiającego konkretnego Programu Operacyjnego i wytycznych z niego wynikających, zgodnie z którymi wykonawca będzie zobowiązany realizować przedmiot zamówienia, czy też szacować ofertę, w przypadku pozostawienia w postanowieniach SIWZ tego rodzaju wymogu.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie II SIWZ - Istotne postanowienia umowy, w § 12 ust. 2 określił, że:

*„Wszystkie działania Konsultanta będą zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, Wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach właściwego Programu Operacyjnego lub innych obowiązujących wymagań / wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedurami beneficjenta projektów dla właściwego Programu Operacyjnego. Konsultant będzie stosował ww. wytyczne i wymagania we wszystkich działaniach prowadzonych w ramach Kontraktu.”*

Odwołujący, podnosząc wskazany zarzut odwołania, argumentował, że postanowienia SIWZ nie precyzują żadnego konkretnego dokumentu, z którym mógłby zapoznać się wykonawca, a jaki znajdzie zastosowanie dla oceny należytego wykonania przedmiotu umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby brak zamieszczenia w SIWZ postanowień istotnych z punktu widzenia realizacji obowiązku należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę wpływa negatywnie na sytuację wykonawcy składającego swoją ofertę w postępowaniu. Zamawiający bowiem w tym zakresie nie określił ważnych okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę i jej wycenę. Wykonawca powinien wiedzieć, jakim wymaganiom umownym jest zobowiązany sprostać przy wykonywaniu zamówienia. Jedynie odwołanie się w postanowieniach SIWZ do Programu Operacyjnego nie konkretyzuje, jakie dodatkowe, poza szczegółowo opisanymi w SIWZ, obowiązki ciążyć będą na wykonawcy. Istotne zatem jest, jaki Program Operacyjny będzie miał znaczenie w tym postępowaniu dla realizacji przedmiotu zamówienia, czy też dla szacowania oferty.

Co do siódmego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353 KC i art. 355 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp, poprzez 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 dla Stron Postanowienia Umowy w § 10 ust. 9, 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 Konsultanta, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie II SIWZ - Istotne postanowienia umowy, w § 10 ust. 9 wskazał na możliwość wprowadzenia zmian w Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) przez Kierownika Projektu. Zgodnie z tymi postanowieniami wskazane zmiany w zakresie HPPK wprowadzane przez Kierownika Projektu mogą także dotyczyć skrócenia lub wydłużenia czasu świadczenia Usługi przez członków Personelu Konsultanta, jak również zwiększenia i zmniejszenia liczby członków tego Personelu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W ocenie Izby w zakresie zarzutu odwołania Zamawiający wskazał na naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba, oceniając czynności czy zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonuje tej oceny w kontekście przepisów ustawy Pzp. Ocena legalności działań Zamawiającego dokonywana przez Izbę w trybie odwoławczym następuje wyłącznie w granicach przepisów ustawy Pzp, a nie innych ustaw, w tym Kodeksu cywilnego. Wskazanie jako naruszenie w tym zakresie dodatkowo przepisu ustawy Pzp o charakterze normy odsyłającej (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie może świadczyć o wykazaniu przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do ósmego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 144 ustawy Pzp, poprzez określenie w SIWZ, Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, w § 38 przypadków zamiany umowy w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie II SIWZ - Istotne postanowienia umowy w § 38 ust. 3 określił konkretne okoliczności, w których może nastąpić zmiana Umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący domaga się, bądź wykreślenia tych postanowień ze wzoru Umowy, bądź też określenia warunków zmiany Umowy zgodnie z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W ocenie Izby Zamawiający wskazał we wzorze umowy konkretne okoliczności, które mogą być w przyszłości podstawą zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby przywołany przepis – art. 144 ust. 2 ustawy Pzp - wskazuje na możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego co do jej istotnych postanowień jedynie w okolicznościach, które zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu lub postanowieniach SIWZ. Jeśli zatem określone okoliczności nie zostaną przez niego opisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ następnie na etapie realizacji zamówienia nie będzie on mógł dokonać zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena wypełniania okoliczności uzasadniających zmianę umowy będzie następowała dopiero na etapie realizacji umowy według możliwości określonych w tym zakresie przez Zamawiającego. Izba podtrzymuje w tym zakresie swoją argumentację przedstawioną powyżej w ramach odniesienia się do zarzutu numer dwa.

W tym względzie – zdaniem Izby – nie znalazły potwierdzenia również zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego to zdarzenie przyszłe i niepewne, na które obydwie strony umowy będą musiały wyrazić zgodę odrębnie, podpisując w tym zakresie, bądź nie aneks do umowy. Na obecnym etapie zatem powyższe nie ma wpływu na sporządzenie przez wykonawcę oferty co do zakresu aktualnego zobowiązania i przedmiotu świadczenia objętego zamówieniem. Wskazane postanowienia są również identyczne dla wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem nie prowadzą do zachwiania konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do dziewiątego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 139 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla stron Postanowienia Umowy, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne przysługuje wyłącznie Zamawiającemu, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w Tomie II SIWZ - Istotne postanowienia umowy, w § 36 określił regulacje dotyczące kar umownych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W ocenie Izby w zakresie zarzutu odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego, co nie mieści się w kognicji Izby zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podtrzymuje



argumentację zaprezentowaną powyżej w ramach ustosunkowania się do zarzutu odwołania numer siedem.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu odwołania, Izba nie stwierdziła też, aby w zakresie wszystkich podnoszonych zarzutów odwołania potwierdził się jakikolwiek zarzut uzasadniający naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Nawet w przypadkach, w których Izba uwzględniła zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ oraz zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, nie potwierdziło się naruszenie wskazanej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ były bowiem jednakowe dla wszystkich wykonawców i w żaden sposób nie ograniczały (utrudniały) uczciwej konkurencji. Uznane za słuszne zarzuty odwołania wskazywały jedynie na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i tym samym wskazywały na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp mają wpływ na wynik postępowania i uzasadniają wprowadzenie zmian do SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....