

WYROK

z dnia 10 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Danuta Dziubińska

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek

Emilia Garbala

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2019 r. przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

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

- A) MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,
- B) ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania numerem 9 i nakazuje Zamawiającemu określenie w SIWZ minimalnej liczby personelu wymienionego w pkt „2.1.2. Inni eksperci” Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz minimalnej liczby dni pracy tego personelu w trakcie realizacji umowy;
2. oddala odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerami 4, 5 i 7 w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego;
3. umarza postępowanie w zakresie pozostałych zarzutów odwołania wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego przed rozprawą;
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor

Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa w części

% oraz Odwołującego TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa w części % , i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;

4.2. zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz Odwołującego TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1903/19

#### Uzasadnienie

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.:

„Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin” (bez węzła) do węzła „Załużki” (bez węzła),

„Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek II od węzła „Załużki” (z węzłem) do węzła „Modlin” (bez węzła),

Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek III od węzła „Modlin” (z węzłem) do węzła „Czosnów” (bez węzła),

numer referencyjny: GDDKiA.O.WA.D-3.2410.56.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2019 r., numer ogłoszenia : 2019/S 178-433991. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 26 września 2019 r. do Prezesa Izby zostało złożone odwołanie przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wobec czynności lub zaniechania czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu zapisów SIWZ z naruszeniem przepisów prawa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że poprzez dokonanie w/w czynności naruszył przepisy: art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3a, art. 91 ust. 2d, 147 ust. 1, art. 139 ust. 1, art. 150 ust. 2 ustawy PZP; art. 22 § 1 Kodeksu Pracy, art. 58, art. 353 KC i art. 354 KC.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, ujmując poszczególne zarzuty w kolejnych punktach:

„1. Postanowienia § 13 ust. 5 oraz 7 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 3a PZP w zw. z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP - w związku z obowiązkiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób pełniących kluczową część zamówienia, podczas gdy ich obowiązki nie podlegają na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP; Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umów o pracę Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa:

„5. Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące funkcje objęte kluczową częścią zamówienia, o której mowa w ust 4, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta.” (...)

7. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejścia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełniły obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, iż w Okresie Projektowania, Specjalista ds. roszczeń zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż 1/2 etatu, tzn. będzie pełnił obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejścia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż 1/2 etatu.”

Zgodnie z nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadzającą nowy art. 29 ust. 3a PZP, Zamawiający w postępowaniach na usługi uprawniony jest do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Wymóg ten dotyczy zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy, a aktualizuje się w sytuacji, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Wedle tak sformułowanych przesłanek, a contrario kiedy wykonywanie danych usług bądź czynności nie polega na wykonywaniu pracy w sposób, w jaki określa to art. 22 § 1 Kodeksu Pracy - przesłanki art. 29 ust. 3a PZP nie mają zastosowania i nie mogą stanowić ustawowego uzasadnienia wprowadzania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących przedmiotowe czynności.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych ( /opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp - Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp) podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Odwołujący podkreśla, iż żadna z wskazanych przez Zamawiającego osób, jakie zostały zobligowane do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie wypełnia przedmiotowych przesłanek i nie będzie świadczyć pracy określonego rodzaju.

Zgodnie z doktryną prawa pracy „W stosunku pracy przedmiot zobowiązania pracownika jest determinowany parametrem rodzaju pracy, natomiast w stosunkach cywilnoprawnych przedmiot ten jest wyznaczony za pomocą parametru określonych czynności prawnych lub faktycznych dla określonego dzieła” (Kodeks Pracy. Komentarz, red. Prof. dr hab. Arkadiusz Sobczyk, Legalis 2017) oraz „Chodzi o czynności powtarzające się, a nie jednorazowe, np. pracownik zobowiązuje się do wykonania robót stolarskich. Jeśli natomiast zawrze on umowę o wykonanie stołu, to podstawą jego zatrudnienia powinna być umowa o dzieło” (Kodeks pracy, Komentarz prof. dr hab. Jerzy Wranty, Legalis 2016). Takie samo stanowisko przedstawia też judykatura; „Zobowiązanie pracownika nie polega na jednorazowym wykonaniu pewnej czynności lub na wykonaniu ich zespołu składającego się na określony rezultat, lecz wiąże się z wykonywaniem określonych czynności w powtarzających się odstępach czasu, w okresie istnienia trwałej więzi łączącej pracownika z pracodawcą.” (wyr. SN z 14.12.1999r PKN 451/99, OSNAPIUS 2001, Nr 10, poz. 337).

Rozważyć należy postanowienia Umowy - por. § 11 ust. 14 w brzmieniu: „Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Ekspertzi zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem Technologa oraz innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony w zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu kalendarzowym, nie przekracza 50% planowanego czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach Umowy, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę.”

Zgodnie z takim zapisem zakres obowiązków osób wskazanych jako Personel Kluczowy

będzie ograniczać się wyłącznie do wszelakich czynności w ramach pełnionej funkcji na przedmiotowym zamówieniu. To świadczy, że mamy do czynienia z charakterem zatrudnienia w stosunku cywilnoprawnym, a nie stosunku pracy.

Co więcej, osoby wymienione w § 13 ust 4 Umowy nie będą wykonywać pracy pod kierownictwem Odwołującego. Takie stanowisko wskazuje również w/w Opinia UZP „W ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (Dz. U z 2016r, poz. 290 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same zadania realizują.”

Zgodnie zapisami Umowy można wnioskować, że to Zamawiający będzie miał wpływ na sposób pracy osób z Personelu Kluczowego oraz będzie posiadał możliwość weryfikowania

ich pracy. Zgodnie z Umową, § 11 ust. 13:

„Kierownik Projektu jest uprawniony do żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta, podając przyczynę oraz uzasadnienie wprowadzenia zmiany, wraz z określeniem terminu takiej zmiany. Konsultant dokona zmiany Inżyniera Kontraktu w terminie 30 dni od daty przekazania żądania zmiany i w tym samym terminie, poinformuje Kierownika Projektu o danych personalnych osoby wchodzącej na miejsce osoby dotychczas wykonującej Usługę. W szczególności powodem żądania takiej zmiany może być to, że osoba ta nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy. Żądanie Kierownika Projektu jest dla Konsultanta wiążące.”

oraz zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 3 oraz § 13 ust. 11 Umowy mówiącymi o uprawnieniach Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego do „przekazywania Konsultantowi w imieniu Zamawiającego Poleczeń” należy wnioskować, że zatrudnione jako Personel Kluczowy osoby będą podlegać Zamawiającemu, a nie Konsultantowi zgodnie z relacją „pracodawca-pracownik”

Kolejną przesłanką jest brak możliwości określenia przez Konsultanta pracy w czasie przez niego wskazanym.

Konsultant musi dysponować personelem na każdym jego etapie od podpisania umowy z Zamawiającym w momencie gdy zakres pracy „formowany” jest dopiero w toku wykonywania usługi. Zgodnie z zapisami § 11 ust. 3 Umowy „W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaże Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 1.1 do 1.6 i od 4.1 do 4.6 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.8.”;

§ 27 Godziny Pracy: „Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu.”;

§ 28 Świadczenie usług w dni wolne od pracy: „Konsultant, jeżeli będzie tego wymagał Kierownik Projektu jest zobowiązany do świadczenia usług w dni wolne od pracy, w zakresie wskazanym przez Kierownika Projektu.”;

Ponieważ w ustawodawstwie brak jest legalnej definicji pojęcia „dni robocze”, jak również takiej definicji nie podał w SIWZ Zamawiający, należałoby przez to rozumieć, iż zgodnie z doświadczeniem życiowym należy interpretować to jako dni od poniedziałku do piątku. Natomiast definicję i katalog „dni wolnych od pracy” definiuje ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 2015 r. poz. 90) i obejmuje niedzielę i święta wymienione w tej ustawie. Z ustawy tej wynika, że sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Należy mieć ponadto na uwadze, że na gruncie ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666) za dni wolne od pracy uważa się niedzielę i święta określone w przepisach o dniach wolnych od pracy (art. 1519 § 1). Skoro ustawa - Kodeks pracy dopuszcza pracę w niedzielę i święta jednocześnie posługując się kategorią „dnia wolnego od pracy”, to zasadne jest stanowisko, że kryterium dopuszczalności wykonywania w określonym dniu pracy nie stanowi kryterium przydatnego dla ustalenia terminu (określenia)

„dnia wolnego od pracy”. Niedziela i święta są bowiem dniami, w których zasadą jest niewykonywanie pracy poza wyjątkowymi sytuacjami wynikającymi z art. 151<sup>10</sup> ustawy - Kodeks pracy.

Zakładając, iż zgodnie z ustawą sobota nie jest dniem wolnym od pracy, postawiony przez Zamawiającego wymóg stanowi o konieczności pracy w godzinach nadliczbowych przez pracowników pełnoetatowych przy zachowaniu minimum 6 dniowego tygodnia pracy. Do przedmiotowego zakresu należy dodać opisane przez Zamawiającego dni wolne i święta. Uwzględniając sam obowiązek prac w soboty, rocznie należy uwzględnić 54 dodatkowe dni pracy. Dla pracownika etatowego zgodnie z art. 151 § 3 Kodeksu pracy roczny limit nadgodzin w roku wynosi 150, a więc niecałe 19 dni, co już obrazuje niejednoznaczność zapisów.

§ 40 ust. 1, Zawieszenie realizacji Umowy przez Zamawiającego „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 przekazanego Konsultantowi, najpóźniej na 30 dni przed terminem zawieszenia.”;

§ 11 ust. 7 Potencjał Kadrowy i zasoby administracyjne „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 wraz z poprawkami wprowadzonymi przez Kierownika Projektu. Kierownik Projektu jest uprawniony do odmowy takiego zatwierdzenia wraz z odpowiednim uzasadnieniem.”

oraz OPZ, pkt. 2.1 „Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde zasadne wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.”

Wszystkie powyższe zapisy świadczą, iż czynności wykonywane przez Personel kluczowy wyczerpują wskazane w Opinii UZP cechy stosunku cywilnoprawego - sami określają zakres obowiązków i działają samodzielnie, wobec czego nie ma podstaw do zastosowania w przedmiotowym zakresie art. 29 ust. 3a PZP.

Zastosowanie przedmiotowego przepisu prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, określonej w art. 7 ust. 1 PZP i prowadzi do uprzywilejowania dużych przedsiębiorstw o ugruntowanej pozycji na rynku.

Ponadto Odwołujący podkreśla, iż wycena kosztów zatrudnienia takiej osoby na podstawie umowy o pracę jest niemożliwa z racji uprawnień przysługujących Zamawiającemu wobec Personelu Kluczowego. Można wręcz powiedzieć, że jeśli ktoś jest pracodawcą dla personelu kluczowego, to jest nim Zamawiający. Zaś Odwołujący nie ma wpływu na wykonywanie szczegółowych obowiązków przez Personel Kluczowy.

Co więcej Odwołujący wskazuje, iż zatrudnienie na podstawie umowy o pracę Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa jest niezgodne z prawem: - zgodnie z przytaczanym §11 ust. 14 Umowy, personel nie może w okresie trwania umowy podejmować innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z realizacją przedmiotowej usługi. Takie zapisy są niedopuszczalne w ramach umowy o pracę - wskazał na to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 roku, sygn. akt II PK 268/07: „Postanowienie umowy o pracę przewidujące zakaz podejmowania dodatkowego zatrudnienia w zakresie niestanowiącym działalności konkurencji wobec pracodawcy jest nieważne (art. 58 § 1 KC w związku z art. 300 Kodeksu pracy), gdyż stanowi obejście zakazu wynikającego z art. 101<sup>1</sup> Kodeksu pracy”,

- § 13 ust. 7 Umowy wymaga, aby osoby Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa pełniły obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie podaje definicji pojęcia „dnia roboczego”. Brak takiego określenia może budzić domniemanie, iż dla Zamawiającego dni robocze to okres od poniedziałku do soboty, a więc 6-dniowy tydzień pracy przy 5- dniowym wymogu dla umów o prace. Jednocześnie Zamawiający wymaga w § 28 Umowy, aby „Konsultant, jeżeli będzie tego wymagał Kierownik Projektu jest zobowiązany do świadczenia usług w dni wolne od pracy, w zakresie wskazanym przez Kierownika Projektu.” Są to zapisy sprzeczne. W przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę ilość nadgodzin, jaka może być wykonywana w dni wolne od pracy jest ograniczona. Tymczasem zgodnie z § 28 Umowy Zamawiający może domagać się pracy we wszystkie dni wolne od pracy, a do tego - w nieograniczonym zakresie godzin.

Wskazać należy, że analogiczna kwestia była już rozpatrywana przez Krajową Izbę

Odwoławczą - w wyroku z dnia 14 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1329/17 i KIO 1330/17 stwierdzono: „Jak słusznie zauważył Odwołujący nie można uznać, że osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego będą pozostawać pod "pracowniczym" kierownictwem Konsultanta. Istotne znaczenie ma tu, co lżba wzięła pod uwagę specyfika przedmiotowego zamówienia, która sprowadza się do nałożenia na Konsultanta obowiązku skompletowania zespołu osób o odpowiednio wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu (Personel Kluczowy), a następnie oddania go do dyspozycji Zamawiającego (na potrzeby nadzoru nad realizacją Kontraktów), przy jednoczesnym zorganizowaniu i zapewnieniu odpowiednich warunków dla jego pracy. W konsekwencji ostatecznym beneficjentem "pracy" Personelu Kluczowego, miał być Zamawiający (nie Konsultant). Ponadto jak zauważył Zamawiający w odniesieniu do Inżyniera Kontraktu nie można mówić o konieczności jego osobistego świadczenia pracy. Zgodzić również należało się z Odwołującym, iż nie można mówić o czasowej powtarzalności czynności realizowanych przez osoby, wchodzące w skład Personelu Kluczowego. W jednym miesiącu zapotrzebowanie na usługi danej osoby może sprowadzić się do wymogu jej codziennej obecności. W kolejnym (z uwagi np. na zatrzymanie robót budowlanych) zakres takiego zapotrzebowania może zmaleć np. do jednego dnia w tygodniu. Nie można więc "z góry" zaplanować jej wymiaru czasu pracy. Tym bardziej, że Zamawiający oraz Wykonawca Robót Budowlanych mają prawo oczekiwać jej "dostępności" na każde zasadne wezwanie, a Kierownik Projektu - obecności w dni wolne od pracy. Wobec powyższego - wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma podstaw do pozostawieniu wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W ocenie lżby charakter czynności jakie mają być realizowane przez te osoby nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, która odsyła do treści art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy, tj. istota tych czynności nie powoduje, że mamy do czynienia z koniecznością zawarcia umowy o pracę, dla której charakterystyczne jest wykonywanie określonych czynności pod nadzorem (kierownictwem), w określonym miejscu i czasie realizacji wyznaczonymi przez pracodawcę." Wyrok ten ma wprost zastosowanie do niniejszej sprawy, gdyż Zamawiającym była także Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, przedmiotem zamówienia były identyczne usługi „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz Zarządzanie Kontraktami”, a nawet dotyczyło tej samej drogi ekspresowej S7: „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10)”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany SIWZ poprzez:

1. wykreślenie § 13 ust. 5 Umowy,

2. zmianę § 13 ust. 7 w sposób następujący: Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu.”

3. zmianę § 28 poprzez jednoznaczne sprecyzowanie definicji dni roboczych oraz dni wolnych od pracy oraz określenie ich ilości.

2. § 4 ust. 4 lit e) Umowy - naruszenia art. 147 ust. 1 PZP w zw. z art. 150 ust. 2 PZP a

art. 139 ust. 1 PZP poprzez ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w formie kaucji gwarancyjnej (potrącenie z wynagrodzenia Konsultanta w wysokości 10% z każdej faktury) przy jednoczesnym ustanowieniu gwarancji należytego wykonania umowy;

Zgodnie z zapisami Umowy, § 4 ust. 4 lit. e) Zamawiający określił sposób wypłaty wynagrodzenia, który stanowi kaucję zabezpieczającą w wysokości 10%. „e) wynagrodzenie będzie płatne do wartości 90% wynagrodzenia określonego § 4 ust.2. Pozostałe 10 % wynagrodzenia określonego § 4 ust.2. będzie wypłacone z uwzględnieniem postanowień §5, po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”,”

Ustawodawca nie pozostawił Zamawiającemu dowolności w zakresie określania zabezpieczenia. Przepis art. 147 ust. 1 Ustawy PZP wskazuje, że Zamawiający może żądać zabezpieczenia i wskazuje cel tego zabezpieczenia w ust. 2: „pokrycie roszczeń z tytułu

niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Przepis art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy PZP

reguluje, iż zabezpieczenie nie może być wyższe niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie.

Tymczasem kaucja gwarancyjna uregulowana w § 4 ust. 4 lit. e Umowy jest dodatkowym zabezpieczeniem przekraczającym dopuszczalny próg 10%. Otóż zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 1 Umowy Wykonawca zobligowany jest przed podpisaniem umowy do wniesienia

„Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ustala się zabezpieczenie w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto”. Jak wynika z powyższych postanowień - Zamawiający 2-krotnie zastosował zabezpieczenie w wysokości 10%.

Przedmiotowa 10% kaucja gwarancyjna zatrzymywana zgodnie z § 4 ust. 4 lit. e) Umowy jest de facto zabezpieczaniem, o czym świadczą ustalone w Umowie formy jej zwrotu. Otóż zwrot następuje „po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia „bez uwag”. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy pkt. 8 Raport zamknięcia to nic innego jak „aktualizacja „Raportu końcowego” przedłożona najpóźniej w dniu wystawienia Świadczenia Wykonania, a więc należytego potwierdzenia zrealizowania usług zgodnie z celem zabezpieczenia jakie określono w art. 147 ust. 2 PZP.

Takie stanowisko w zakresie Świadczenia Wykonania potwierdza Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, w opinii „Stosowanie Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko”, gdzie wskazano: „Świadczenie Przejęcia może być uznane za odpowiednik protokołu odbioru, przy założeniu, że takie znaczenie zostało mu nadane w umowie. Natomiast wydanie Świadczenia Wykonania oznacza, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, w tym związanych z usunięciem wad stwierdzonych w tzw. okresie zgłaszania wad stanowiącym faktycznie okres gwarancji.” Tożsamo wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie o sygn. II CSK 35/06 (publ. LEX nr 182966) oraz Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 29 grudnia 2005 r. w sprawie o sygn. I ACa 556/05 (publ. OSA 2007/8/23, LEX 186127).

Tak sformułowane postanowienia Umowy stawiają wykonawców w obowiązku zabezpieczenia umowy w kwocie 20% ceny oferty brutto, co stanowi naruszenie art. 150 ust. 2 PZP, które uprawnia Zamawiającego do ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania w maksymalnej wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Taka forma kaucji gwarancyjnej pod przyjętą formą sposobu rozliczenia, stanowi naruszenie art. 58 § 1 KC i stanowi czynność prawna sprzeczną z zapisami ustawy PZP mając na celu jej obejście. Ponadto co do kwestii niezgodności w zakresie ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia wypowiedziała się KIO w wyroku o sygn. KIO 1139/15 „Żądanie wniesienia dodatkowego zabezpieczenia, np. na wypadek nie dokonania przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy co prawda wydaje się być zgodne z zasadą swobody umów, nie mniej jednak może być kwestionowane przez Wykonawców.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany SIWZ poprzez wykreślenie § 4 ust. 4 lit e) Umowy.

3. § 4 ust. 12 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 58 KC, art. 353 KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP w związku z ograniczeniem zasadności wynagrodzenia Konsultanta w okresie przedłużenia tylko i wyłącznie od przyczyn niezależnych do Konsultanta i Wykonawcy, co przenosi ryzyka wykonawcy jako podmiotu trzeciego na uposażenie Konsultanta;

Zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 12 Umowy Zamawiający uzależnia wysokość wynagrodzenia Konsultanta z tytułu świadczenia usług od ryzyka, na które w sposób pośredni Konsultant ani nie może mieć wpływu, ani też - co nawet istotniejsze - nie jest w stanie w sposób jednoznaczny na etapie formowania oferty ocenić, a przez to - nie jest w stanie określić ceny oferty: „W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu z przyczyn niezależnych od Konsultanta i Wykonawcy Konsultant będzie uprawniony do uzyskania wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie”. A contrario należy rozumieć, że w innych przypadkach wydłużenia Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót Konsultant nie otrzyma żadnego wynagrodzenia, pomimo iż będzie świadczył usługi na rzecz Zamawiającego Tak sformułowany zapis wykorzystuje dominującą pozycję Zamawiającego i przerzuca wszelkie ryzyka wykonania zamówienia na

Konsultanta. Umowa o zamówienie publiczne jest umową odpłatną. Zamawiający ma obowiązek określić szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy i okres świadczenia tych usług, zaś wykonawca na podstawie SIWZ ma obowiązek wycenić swoje usługi i podać cenę ofertową. Powyższe postanowienie SIWZ narusza przepis art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż Wykonawca nie może wycenić swoich usług - Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że jest możliwe, aby Konsultant świadczył usługi, a nie otrzyma za nie wynagrodzenia. Zwłaszcza, że zobowiązanie do nieodpłatnego świadczenia usług obejmuje sytuacje, gdy np. Okres Projektowania wydłuży się z przyczyn zależnych od Wykonawcy. SIWZ nie wskazuje też, w jaki sposób Okres Projektowania lub Okres wykonywania Robót może się wydłużyć z przyczyn zależnych od Konsultanta czy Wykonawcy i kto będzie to oceniał. Wystarczające jest, że Zamawiający wskaże, że takie wydłużenie było z przyczyn zależnych i odmówi wypłaty

wynagrodzenia.

Przepis art. 144 ustawy Pzp, wskazuje, że umowy co do zasady cechuje stałość i wyłącznie okoliczności przewidziane w SIWZ lub przewidziane w art. 144 ustawy Pzp mogą stanowić podstawę zmiany umowy. Tym samym uprawniony jest pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy Pzp jest ich niezmiennosc.

Wykonawca zaś na etapie kalkulacji oferty przetargowej zobowiązany jest w oparciu o

dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje

wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wskazujemy, że przedmiotowe postanowienie umowy stawia wymóg uwzględnienia w ofercie

przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy w opisie przedmiotu zamówienia, a więc Zamawiający oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty - jak na przykład ogłoszenie upadłości przez Wykonawcę robót budowlanych nie wiedząc na etapie ofertowania, kto będzie wykonawcą.

Zamawiający, wymagając skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 Ustawy PZP, co w konsekwencji doprowadzi do złożenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Zgodnie z doświadczeniem życiowym, żaden z uczestników postępowania nie dokona analizy przedłużenia kontraktu z winy Wykonawcy robót budowlanych, gdyż jest to ocena niemożliwa do skalkulowania. Tym samym, w ocenie Odwoławczego, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza przepisy art. 5 k.c., 353<sup>1</sup> k.c. i 58 k.c. Zamawiający nadużywa swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania i niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Oczywistym jest, że to Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy i takich uprawnień co do zasady Odwoławczy nie kwestionuje. Niemniej jednak Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Takiego samego zdania jest również Krajowa Izba Odwoławczej w wyroku z dnia 17 marca 2017 roku (sygn. akt: KIO 409/17), z którego wynika, że: „odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego.”. Podnosimy, że mimo iż Odwoławczy ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia Zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego ryzyka, natomiast w realiach niniejszej sprawy i wskazanego ryzyka, wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne. W konsekwencji, w ocenie Odwoławczego, dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353<sup>1</sup> k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353<sup>1</sup> k.c.), a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Uprawniony jest zarzut w realiach przedmiotowej sprawy, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W myśl art. 353<sup>1</sup> k.c., umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. W ocenie Odwoławczego, rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353<sup>1</sup> k.c. w ramach kształtowania stosunków umownych, co implikuje również nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego

zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. Ponadto, odwołujący stwierdził, że zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy.

Zgodnie z powyższym wnosimy o zmianę §4 ust. 12 w sposób następujący: „W przypadku wydłużenia się Okresu Projektowania lub Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu Konsultant otrzyma wynagrodzenia za pracę w przedłużonym czasie”.

4. § 4 ust. 4 lit. f Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP i art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 58 KC, art. 353<sup>1</sup> KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP poprzez niedopuszczalne obniżenie wysokości wynagrodzenia Konsultanta w toku realizacji Umowy;

Postanowienie § 4 ust. 4 lit. f kształtuje instytucję obniżania wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od oceny na etapie realizacji Umowy spełniania poza cenowych kryteriów oceny

oferty:

„f) w przypadku niewywiązywania się Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych, do wnioskowanej kwoty wynagrodzenia w danym miesiącu kalendarzowym zostanie zastosowany współczynnik korygujący K obliczony wg wzoru:

$$K=C + ZSPk :P$$

C-- liczba punktów przyznana w kryterium „cena”,

SPk - ilość punktów przyznanych w danym miesiącu za poszczególne podkryterium pozacenowe. W przypadku braku konieczności wypełnienia, w danym miesiącu Podkryterium

wtedy do obliczeń należy przyjąć [SPk] = [SmaxPk],

^SPk-suma punktów przyznanych za poszczególne kryteria pozacenowe,

SmaxPk - ilości punktów możliwych maksymalnie do przyznania za poszczególne podkryterium,

P- liczba punktów przyznana Ofercie,

Rozliczenie Wynagrodzenia za poz. b) i c) będzie oparte na następujących zasadach:

- 50% wynagrodzenia zatwierdzonego w Harmonogramie Płatności określonego w § 11. Obliczone jako iloczyn wynagrodzenia danej pozycji z Harmonogramu Płatności i współczynnika 0,5,
- 0-50% wynagrodzenia zatwierdzonego w Harmonogramie Płatności obliczone jako iloczyn wartości wynagrodzenia danej pozycji z Harmonogramu Płatności i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:

$$Wk = (ZP_j/ZP_{jmax}) * 0,5 \text{ gdzie:}$$

Wk- współczynnik wyliczony na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy, zaokrąglony do czterech miejsc po przecinku,

£Pj- Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy, £Pjmax- Maksymalna suma punktów, które możliwe są do

uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Oceny

Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy,”

Po pierwsze - Zamawiający kształtuje zależność wynagrodzenia od „niewywiązywania się”

Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych" - sama taka konstrukcja w Umowie jest kuriozalna. Zamawiający nie może bowiem łączyć ze sobą wypłaty wynagrodzenia za świadczenie usług z oceną ofert. Zaproponowane rozwiązanie, to karanie Wykonawcy przez Zamawiającego za to, że Zamawiający nienależycie najpierw sporządził SIWZ, a potem nienależycie ocenił ofertę - zorientował się na etapie realizacji Umowy i chce za swój uprzedni brak profesjonalizmu na etapie sporządzenia SIWZ i badania ofert karać Wykonawcę na etapie realizacji umowy.

Podstawowy błąd, jaki popełnił Zamawiający, to przyjęcie błędnej hipotezy, że wykonawcy na etapie składania ofert składają jakieś „deklaracje”. Oferta w całości jest oświadczeniem woli wykonawcy, a zatem takim oświadczeniem woli - a nie „deklaracją” - jest treść oferty w zakresie kryteriów pozacenowych. Zamawiający, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 2d Ustawy PZP, ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawcę. Odwołujący nie ocenia, czy Zamawiający zrealizował ten obowiązek, czy też nie. Z całą jednak pewnością nie może być tak, że Zamawiający traktuje treść oferty w tym zakresie jako „deklaracje” (co wynika z przedmiotowego zapisu umowy) i od razu zakłada, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie między innymi tego kryterium, złożył nieprawdziwe oświadczenie woli w ofercie. Co więcej - etap oceny ofert, w tym także w zakresie kryteriów pozacenowych, kończy się przed zawarciem umowy. Tymczasem przedmiotowy zapis wskazuje, że Zamawiający właściwie nie ma nawet zamiaru oceniać ofert w zakresie kryterium pozacenowego lub też, że dopuszcza, że ocena ta będzie wadliwa - i na etapie realizacji Umowy okaże się, że wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w ofercie.

Przedmiotowe postanowienie zawiera postanowienie: „Ilość punktów przyznanych w danym miesiącu za poszczególne podkryterium pozacenowe”. Wynika z tego, że Zamawiający ma zamiar dokonywać jakieś bliżej nieokreślonej oceny oferty już po zawarciu umowy, na etapie jej realizacji. Wskazać należy, że jeśli wolą Zamawiającego było stworzenie narzędzi mobilizujących wykonawców do realizowania ich obowiązków umownych (ale tylko umownych), to służy temu ewentualnie instytucja kary umownej. W żadnym jednak przypadku nie jest możliwe dokonywanie rzeczywistej oceny oferty dopiero na etapie realizacji umowy. Przepis art. 91 ust. 2d Ustawy PZP wyraźnie nakłada obowiązek takiego sformułowania kryteriów pozacenowych, aby ich jednoznaczna i rzeczywista ocena miała miejsce na etapie oceny ofert.

Wobec powyższego - konieczne jest też dokonanie zmian w § 7 ust. 2 Umowy - przepis ten wskazuje na warunki wystawienia faktury VAT. Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta nie może być warunkiem wystawienia faktury.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. wykreślenie w całości § 4 ust. 4 lit. f Umowy,
2. wykreślenie w § 7 ust. 2 pkt 2) Umowy.
5. § 5 Umowy - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP i art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 58 KC, art. 3531 KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 PZP poprzez dokonywanie oceny oferty na etapie realizacji Umowy;

Analogiczna sytuacja, jak w przypadku poprzedniego zarzutu, zachodzi w przypadku

postanowień § 5. Co prawda tytuł tego paragrafu brzmi „Ocena poziomu świadczenia usług”, niemniej jego treść odnosi się także do treści oferty w zakresie kryteriów pozacenowych. § 4 ust. 4 brzmi: „Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta obejmuje obowiązki Konsultanta wynikające z Umowy oraz obowiązki Konsultanta opisane w kryteriach pozacenowych.”

Zatem Zamawiający na etapie realizacji Umowy zamierza dokonywać oceny oświadczenia wykonawcy złożonego w ofercie. Jak wskazano powyżej - jest to niedopuszczalne. Odwołujący w całości podtrzymuje tutaj argumentację jak wyżej - i wnioskuje o wykreślenie wszystkich zapisów dotyczących kryteriów poza cenowych oraz realizacji Umowy.

Wskazać należy, że Zamawiający bardzo szczegółowo opisał obowiązki konsultanta - są to paragrafy 13 - 30 umowy (20 stron umowy!!). Zatem Zamawiający uregulował szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy.

W § 5 ust. 9 Umowy wskazano, że sprzeciw rozpatrywać będzie Dyrektor Oddziału, zaś „Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna.” Jest to zapis całkowicie kuriozalny i niedopuszczalny. Wynika z niego, że Zamawiający może arbitralnie stwierdzić, że wykonawca nie realizuje należycie umowy, zaś wykonawcy nie służy żadne prawo kwestionowania takiej arbitralnej decyzji. Zamawiający ma prawo oceniać pracę Wykonawcy. W przypadku, gdy uzna, że usługa nie jest należycie świadczona ma prawo - zgodnie z regułami prawa cywilnego domagać się odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy. Co więcej - przepis art. 471 Kodeksu Cywilnego kształtujący odpowiedzialność kontraktową kształtuje nawet domniemanie winy wykonawcy w każdym przypadku nienależytego wykonania Umowy. Jednak prawo cywilne nie zna żadnego domniemanie nienależytego wykonania umowy czy też arbitralności wierzyciela w stwierdzaniu, że takie nienależyte wykonanie zaistniało. Tymczasem takie właśnie uprawnienie Zamawiający ukształtował dla siebie w przedmiotowym § 5.

Wskazać należy, że po każdym miesiącu świadczenia usług sporządzane są Raporty miesięczne lub Raport zamknięcia - te dokumenty potwierdzają świadczenie usługi przez Wykonawcę i powinny być wystarczającym dokumentem stanowiącym podstawę wystawienia faktury VAT.

W/w wymieniona instytucja „Oceny Jakości” nie jest niczym innym, jak próbą przemycenia kary umownej, arbitralnie ustalonej przez Zamawiającego, do etapu ustalania wynagrodzenia.

Jeśli Zamawiający uzna, że usługa nie jest świadczona należycie, to może domagać się odszkodowania lub też kary umownej - jeśli taką ukształtuje w Umowie. A kary umowne zostały ukształtowane w § 36.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. Zmianę definicji Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta w sposób następujący: „Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK): dokument opracowany przez Zamawiającego obejmujący obowiązki wynikające z Umowy, stanowiący podstawę do oceny jakości realizacji usługi”
2. Zmianę § 5 ust. 4 - 10 Umowy w sposób następujący.
3. Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta obejmuje obowiązki Konsultanta wynikające z Umowy.
4. Wypełniając Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta Kierownik Projektu może zakwestionować należyte wypełnianie przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy. Kierownik Projektu jest zobowiązany każdorazowo pisemnie uzasadnić podjętą decyzję.
5. (skreślony)
6. W przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy, Kierownik Projektu sporządza Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy, poprzez naliczenie punktów 0 albo 1 za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu może przyznać maksymalnie 1 punkt, w przypadku gdy opisana czynność jest wykonana przez Konsultanta prawidłowo i bez zastrzeżeń.
7. Konsultantowi służy sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta, który na piśmie wraz z uzasadnieniem należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania oceny.
8. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia jego otrzymania. 9. W przypadku wniesienia sprzeciwu po upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, sprzeciw pozostawia się bez rozpoznania.”
6. § 36 ust. 14 Umowy - naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy PZP i art. 484 § 2 KC poprzez obowiązek zapłaty kary umownej także w przypadku braku szkody po stronie Zamawiającego.

Zamawiający zamieścił w Umowie w § 36 kolejne postanowienie, które w nieuzasadniony sposób stawia go w uprzywilejowanej pozycji:

„14. Konsultant jest obowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody”

Jest to postanowienie niezgodne z polskim systemem prawa cywilnego - stanowi ono bowiem wyłączenie uprawnienia wykonawcy do żądania miarkowania kary umownej. Oczywiście jest, że zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego do powstania roszczenia o zapłatę kary umownej nie jest konieczne powstanie szkody. Czym innym jednak jest roszczenie o zapłatę kary umownej, które może powstać nawet w przypadku braku szkody i Zamawiający nie musi żadnych postanowień w tym zakresie wpisywać do Umowy, a czym innym jest obowiązek zapłaty kary umownej. Otóż w przypadku powstania roszczenia o zapłatę kary umownej wykonawca może podnosić żądanie miarkowania kary umownej. Z kolei przy żądaniu miarkowania kary umownej jak najbardziej można odnosić się do braku szkody po stronie wierzyciela. Sąd Najwyższy właśnie wielokrotnie wskazywał na tę przesłankę, wskazując jako kryterium rażącego wygórowania kary umownej stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela. Już w wyroku z dnia 4 stycznia 1973 r., sygn. akt: I CR 376/72 Sąd Najwyższy stwierdził: „Może stanowić podstawę miarkowania kary umownej okoliczność, że strona powodowa nie poniosła żadnej szkody wobec opóźnionego wykonania umowy. Żądanie bowiem - mimo braku szkody - kary umownej w znacznej wysokości może uzasadniać przyjęcie, że w stosunku do wartości przedmiotu umowy kara jest rażąco wygórowana i wymaga miarkowania.”. Pogląd ten jest reprezentowany w szerokiej linii orzecniczej lat ostatnich - jak chociażby w Uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2006 r., której nadano moc zasady prawnej: „Brak szkody lub jej nieznaczna (niewielka) wysokość mogłaby przecież stanowić także kryterium redukowания wysokości kary umownej, i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 będzie się eksponować kryterium „wysokości szkody”, czy już tylko „wysokość odszkodowania”, przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych.”. Przedmiotowy pogląd zawarty w uchwale, której nadano moc zasady prawnej następnie powtarzany był w orzecznictwie Sądów Apelacyjnych w Warszawie oraz Sądu Najwyższego - przykładowo:

S Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 stycznia 2016 roku, sygn. akt IV CSK 223/15: „Jednakże kara umowna, choć należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody, przepisy, które ją normują, nie pozbawiły doniosłości

relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochroną interesem

wierzyciela. W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela dopuszczalne jest zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika.

S Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2013 roku, sygn. akt I ACa 642/12: "Rażące wygórowanie" jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej (B. Księżopolski, Uwagi o miarkowaniu kar umownych w obrocie społecznym, PiP 1970, z. 3-4, s. 520). Trzeba jednak zastrzec, że sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej (J. Jastrzębski, glosa do uchwały SN z 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03). Z dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, że stan "rażącego wygórowania" zaistnieje wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależyte, a wierzyciel nie poniesie szkody. Zdaniem Sadu Apelacyjnego taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Z odbioru końcowego robót wynika, że ostatecznie doszło do wykonania zobowiązania zgodnie z umową, a zatem pozwany nie poniósł szkody. Także opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie spowodowało u pozwanego szkody, albowiem odbiór robót nastąpił w czerwcu, a zatem tuż przed okresem wakacyjnym, kiedy to sala z uwagi na ten okres nie byłaby użytkowana."

S Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 marca 2013 roku, sygn. akt: I ACa 1129/12: „Kryterium oceny rażącego wygórowania może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Pamiętać jednak trzeba, iż zawsze zachodzi potrzeba indywidualnej oceny badania zastrzeżenia kary umownej i skutków zachowania się dłużnika uchylającego zobowiązaniu.”,

S Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt IV CSK 416/13: „Niewątpliwie za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej należy uznać - zgodnie ze stanowiskiem zajmowanym w art. 85 § 1 k.z. i podtrzymywanym na gruncie art. 484 § 2 k.c. - stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, z dnia 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, OSNCP 1976, Nr 2, poz. 34,

z dnia 14 lipca 1976, I CR 221/76, OSNCP 1977, Nr 4, poz. 76, z dnia 17 marca 1988, IV CR 58/88, nie publ., z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00, oraz uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r.). Szkoła spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela.”

S Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 roku, sygn. akt I ACa 683/13: „Za rażąco wygórowaną należy więc uznać karę umowną, która może przekraczać wartość świadczenia dłużnika obciążonego taką karą - w szczególności przy braku powstania szkody po stronie wierzyciela.”

Tymczasem Zamawiający stara się - w sposób nieuprawniony - ograniczyć stosowanie przepisu art. 484 § 2 KC.

Wobec powyższego Wykonawca nie może oszacować ceny oferty - co narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż nie jest w stanie określić ryzyk związanych z realizacją umowy - zapłata kary umownej w sytuacji, gdy zgodnie z zasadami prawa cywilnego może domagać się miarkowania kary umownej. Być może przedmiotowe postanowienie jest skutkiem doświadczeń GDDKiA w zakresie procesów sądowych, w których Sąd Najwyższy wielokrotnie już miarkował naliczone przez GDDKiA rażąco wysokie kary umowne - niemniej jednak nie istnieje żadne uzasadnienie, aby Zamawiający arbitralnie uznawał, że wykonawcy nie będzie przysługiwało takie roszczenie w przyszłości.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie § 36 ust. 14 Umowy

7. Art. § 11 ust. 5 Umowy - Naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta jako podstawę do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu Płatności za pełnione usługi, na podstawie którego dokonywane będą płatności zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy, w odniesieniu do przyjętego przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru pełnionej usługi oraz przyjętych rozliczeń zgodnie z § 4 ust. 4 Umowy

Zamawiający w zapisach Umowy, § 4 Wynagrodzenie określił sposoby rozliczeń pomiędzy Zamawiającym z Konsultantem w cyklach miesięcznych. Sposób takich rozliczeń opisuje szczegółowo § 4 ust. 4:

„Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

- a) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności przysługuje, za jeden miesiąc kalendarzowy, w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;
- b) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie projektowania” rozliczane będzie w tym okresie w 17 równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku niepełnego miesiąca, wynagrodzenie będzie wypłacane proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu;
- c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności;
- d) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu” rozliczane będzie w tym okresie w 15 równych miesięcznych ratach do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku niepełnego miesiąca, wynagrodzenie będzie wypłacane proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu;”

Zgodnie z Formularzem Cenowym, stanowiącym Tom IV SIWZ określono, które pozycje rozliczane będą w jednostkach czasu, a które w ramach ryczałtu. Zgodnie z w/w formularzem Wykonawca winien na etapie składania oferty wskazać dla okresów „Usługi nadzoru w okresie projektowania” (Dział 2.1 Formularza Cenowego), okres realizacji robót (Dział 2.2 Formularza Cenowego), okres przeglądów i rozliczenia kontraktu (Dział 2.3 Formularza Cenowego) kwoty

ryczałtowe.

Umowa w § 1 Definicje określa również definicję ryczałtu jako jednostka rozliczeniowa świadczenia Usługi stanowiąca podstawę rozliczania pozycji ryczałtowych wskazanych w Formularzu Cenowym." Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów usługi i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Stosownie również do postanowień art.632 § 1 kc - wynagrodzenie ryczałtowe charakteryzuje się tym, że jest w zasadzie stałe i niezmiennie, traktowane jako należność ostatecznie ustalona w chwili zawarcia umowy za wykonanie świadczenia. Takie potwierdzenie określa również Zamawiający w § 4 ust. 5 „Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc”, ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt” oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka” nie będą podlegały zmianom w stosunku do Formularza Cenowego.”

Tymczasem regulacja sposobu rozliczeń między Konsultantem a Zamawiającym w zakresie ryczałtu przeczy powyższemu rozumieniu ryczałtu. O ile wedle zapisu § 4 ust. 4 lit. b) Umowy można przyjąć, iż wypełniają one przesłanki ryczałtu jako rozliczenia kwoty z Formularza Cenowego w 17 równych miesięcznych ratach, to zaprzecza temu dalszy zapis § 4 ust. 4 lit. f) odnosząc wartość rozliczenia „0-50% wynagrodzenia zatwierdzonego w Harmonogramie Płatności obliczone jako iloczyn wartości wynagrodzenia danej pozycji z Harmonogramu Płatności i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy.”. Uzależnienie wynagrodzenia od Harmonogramu Płatności i Karty Oceny Pracy Jakości Konsultanta tyczy się również wynagrodzenia za okres realizacji robót „wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w oparciu o uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram Płatności”

Odwołujący podkreśla, iż w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił definicji Harmonogramu Płatności, określił natomiast w § 11 ust. 3 obowiązek przedłożenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) „W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług” oraz w ust. 4 „W kolejnych okresach rozliczeniowych, tj. co miesiąc, Konsultant jest zobowiązany do aktualizacji HPPK”. W dalszej części Umowy, Zamawiający z dniówkowego harmonogramu pracy personelu Konsultanta stwarza dokument w oparciu o który opracowany zostanie Harmonogram Płatności oraz uzależnia od niego płatności. Taki zapis znajduje się w § 11 ust. 5 „HPPK jest podstawą do wykonania przez Konsultanta Harmonogramu Płatności za pełnione usługi, w oparciu o który, z uwzględnieniem innych postanowień Umowy, będą dokonywane płatności należne Konsultantowi.”.

Taki sposób przyjętych rozliczeń przez Zamawiającego przeczy już definicji przyjętego ryczałtu i wyliczenie miesięcznej płatności na bazie harmonogramu pracy personelu Konsultanta stanowi przeobrażenie umowy w wynagrodzenia kosztorysowe. Takie rozumowanie przy przyjęciu sposobu rozliczenia ryczałtowego należy ocenić jako wadliwe lub wręcz niedopuszczalne.

Odwołujący zauważa, że wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem płatnym w sposób stały. Jest to zatem wynagrodzenie pewne, które wykonawca musi otrzymać. Tymczasem wynagrodzenie płatne za usługi rozliczane kosztorysowo jest wynagrodzeniem za czynności przyszłe niepewne. Oznacza to, że możliwe jest, iż wykonawca otrzyma je w całości, lub też w części, a nawet może nie otrzymać go. Przy przyjętym ryczałtowym sposobie rozliczeń, bez znaczenia jest opracowanie Harmonogramu Płatności w oparciu o Harmonogram pracy personelu Konsultanta obrazujący sposób skalkulowania ceny ryczałtowej pozycji. Sam sposób skonstruowania ceny ma charakter fakultatywny i w opinii Odwołującego winno być rozliczane w „równych miesięcznych ratach” jak opisano w Umowie § 4 ust. 4 lit. b).

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o

Zmianę 4 ust. 4 lit c) w sposób następujący:

„Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady: c) wynagrodzenie z tytułu „Usługi nadzoru w okresie realizacji Robót” rozliczane będzie w równych miesięcznych ratach płatnych co miesiąc do wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;”

1. wykreślenie § 11 ust. 5 Umowy

2. wykreślenie w całości § 4 ust. 4 lit. f Umowy,

8. § 4 ust. 4 lit g i h Umowy - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie określenie sposób zasad wypłaty pełnego wynagrodzenia zryczałtowanego;

W § 4 ust. 4 lit g) oraz h) Zamawiający określił sposób rozliczenia z Wykonawcą w momencie zakończenia realizacji usługi zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego oraz w przypadku, gdy okres przeglądów i rozliczeń skończy się w terminie wcześniejszym niż określa to Umowa w §3 ust, 2 pkt 3). W obu przypadkach Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż należne mu wynagrodzenie obligatoryjnie otrzyma.

§ 4 ust. 4 lit. g) brzmi:

„W przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w §3 ust. 2 pkt 3), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji, określonego w pozycji 2.3. Formularza Cenowego”. W literalnym tłumaczeniu przedmiotowego zapisu oznacza to, że Wykonawca „ma możliwość” wystąpić o wyrównanie, nie określa natomiast iż przedmiotowe wynagrodzenie otrzyma, na jakich zasadach i w jakim czasie.

Tożsama sytuacja ma się do § 4 ust. 4 lit, h), gdzie określono:

„Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierzonego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert. W przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia z Subklauzuli 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit. c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust. 6 nie wymaga uzasadnienia.” Ponownie tak sformułowany sposób rozliczenia nie daje żadnej gwarancji Wykonawcy na otrzymanie wynagrodzenia, a jedynie może budować iluzoryczną możliwość samego wystąpienia.

Odwolujący wnosi o zmianę § 4 ust. 4 lit h) poprzez jednoznaczne określenie, iż po spełnieniu się wskazanych w w/w punktach przesłanek Wykonawca należne mu wynagrodzenie bezwarunkowo otrzyma, tj. po złożeniu wystąpienia wraz z należną fakturą.

Odwolujący wnosi o zmianę dla § 4 ust. 4 lit g) i h) w sposób następujący:

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

„h) Po zakończeniu realizacji Kontraktu zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego, co powinno wynikać z zatwierzonego Raportu Końcowego, Konsultant otrzyma wyrównanie Wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty dla płatności opisanych w lit. b i c, z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń z tytułu niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

W przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia z Subklauzuli 10.1, wyrównanie Wynagrodzenia określonego w lit. c, w zakresie kwot niewypłaconych na podstawie ust. 6 nie wymaga uzasadnienia.”

9. § 11 ust. 3 oraz OPZ pkt. 2.1.1-2.1.2 - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie niejednoznacznego określenia liczby wymaganego personelu;

Zgodnie z Umową § 11 ust. 3 Konsultant zobowiązany jest do:

„W terminie do 7 dni od Daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaze Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia Usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w

Formularzu Cenowym w punktach od 1.1 do 1.6 i od 4.1 do 4.6 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.8.”

Zamawiający przedmiotowymi zapisami obliguje Konsultanta do precyzyjnego określenia w podziale na każdy miesiąc realizacji usługi dostępności i zaangażowania Personelu. Takie zobowiązanie nakłada na Konsultanta obowiązek dokładnego skalkulowania personelu z dokładnością niemal co do dnia jego zaangażowania nawet w momencie, kiedy nie jest znany ani Wykonawca robót budowlanych, ani jego program robót.

Jednocześnie w Umowie jest wymóg § 13 ust. 18 „Konsultant jest zobowiązany zapewnić pracę ekspertów w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Konsultanta wynikających z Umowy w celu realizacji Kontraktu zgodnie z HPPK. Czas pracy Konsultanta zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawcy, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót.”

Odwolujący wnosi o zmianę SIWZ poprzez jednoznaczne wskazanie w SIWZ ilości

personelu i ilości dniówek.

Przedmiotowe postanowienia SIWZ pozwolą na jednoznaczne przyjęcie tożsamy warunków przez wszystkich Wykonawców, co pozwoli na złożenie porównywalnych ofert.

10. § 6 ust 3 i 5 Umowy - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Konsultanta.

Zapisy Umowy w § 6 ust 1 określa, iż „Wynagrodzenie płatne Konsultantowi będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej.” Kwota Wynagrodzenia określona jest w § 4 ust. 2 jako „Wynagrodzenie Konsultanta wynikające z Umowy, zgodnie z Ofertą Konsultanta (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy).” W dalszej części Umowy w ust. 3 Zamawiający określa „Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT, dotycząca Okresu wykonywania Robót w toku realizacji Kontraktu.” Tak sformułowane zapisy stanowią, iż waloryzacji nie będzie podlegała kwota wskazana w pkt 2.1 Formularza Cenowego, która zgodnie z definicją § 4 ust. 2 zalicza się do Wynagrodzenia zgodnie z ofertą.

Ponadto Odwołujący ponosi, iż wedle § 6 ust 5 wskaźnik waloryzacji jest liczony od dnia zawarcia Umowy: „Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:  $Pn = 0,2 + 0,8 \cdot Ww/100$  gdzie:

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

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

Zamawiający jako gospodarz postępowania ustalając zapisy przedmiotowego punktu w takiej postaci, przesuwa na Wykonawcę ryzyko przedłużania się postępowania przetargowego po okresie składania ofert. Wykonawca dokonując kalkulacji na dzień składania ofert przyjmuje współczynniki panujące w tamtym okresie i nie ma wpływu na to ile czasu Zamawiający będzie weryfikował oferty. Zgodnie z dotychczasową praktyką GDDKiA prowadzi etap badania i oceny ofert przez wiele miesięcy.

Wedle powyższego Odwołujący wnosi o:

1. Zmianę brzmienia § 6 ust 3 w sposób następujący: „Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od pierwszego miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT;

2. Zmianę brzmienia § 6 ust 5 w sposób następujący:

Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:  $Pn = 0,2 + 0,8 * Ww / 100$  gdzie:

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

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

Pismem z dnia 9 października 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której w części uwzględnił zarzuty odwołania, tj. zarzuty wskazane w pkt 1, 2, 3, 6, 7 (za wyjątkiem żądania wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f Umowy), 8, oraz 10 uzasadnienia Odwołania.

Zamawiający odnosząc się do uwzględnionych zarzutów podał sposób w jaki zmieni umowę, przy czym w odniesieniu do § 4 ust. 4 lit. f ma to nastąpić poprzez nadanie brzmienia: „Rozliczenie Wynagrodzenia za poz. b) i c) będzie oparte na następujących zasadach:

- 50% miesięcznego wynagrodzenia określonego na podstawie § 4 ust 4 lit b albo, określonego na podstawie § 4 ust. 4 lit c, adekwatnie do okresu jakiego rozliczenie dotyczy, obliczone jako iloczyn miesięcznego wynagrodzenia pozycji i współczynnika 0,5,
- 0-50% miesięcznego wynagrodzenia określonego na podstawie § 4 ust. 4 lit b albo, określonego na podstawie § 4 ust. 4 lit c, adekwatnie do okresu jakiego rozliczenie dotyczy, obliczone jako iloczyn wartości miesięcznego wynagrodzenia pozycji i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta - Obowiązki wynikające z Umowy. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:  $Wk = (\text{£Pj} / \text{£Pjmax}) * 0,5$ . Pozostałe postanowienia § 4 ust. 4 lit. f projektu umowy pozostają bez zmian.

W uzasadnieniu oddalonych zarzutów, Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego w zakresie pkt 4, 5, oraz pkt 7 w zakresie żądania wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f umowy są bezpodstawne. W ocenie Zamawiającego Odwołujący błędnie interpretuje postanowienia umowy. Deklaracja Wykonawcy w ramach kryteriów pozacenowych dotyczy etapu realizacji zamówienia. Wykonawca oświadcza czy na etapie realizacji zamówienia będzie wykonywał cykliczne zdjęcia - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM (...), czy będzie uczestniczył w wykonywanych przez Wykonawcę Robót pomiarach, badaniach oraz czynnościach polegających na pobieraniu prób na Placu Budowy w ilości o 20% większej niż przewidziana w Umowie, czy uruchomi w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy „system” działający na zasadach „Help Desk” (...), czy w przypadku zmiany ekspertów kluczowych w trakcie realizacji umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego zatrudnionego eksperta, sporządzenie szczegółowego Raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego eksperta w ramach Kontraktu oraz zdublowanie pracy ekspertów w okresie 2 tygodni czy zorganizuje 2 szkolenia dla Ekspertów Kluczowych i Innych Ekspertów z zakresu opisanego w kryterium, oraz czy do realizacji zamówienia skieruje personel o doświadczeniu opisanym w kryterium. Na podstawie tej deklaracji złożonej w ofercie zamawiający dokonuje oceny oferty. Natomiast wykonawca na etapie realizacji zamówienia zobowiązany jest do wywiązywania się z deklaracji złożonych w ofercie w ramach kryteriów pozacenowych pod rygorem zastosowania przez zamawiającego korekty wynagrodzenia. Zamawiający w ramach „oceny poziomu świadczenia usług” weryfikuje czy wykonawca realizuje to do czego zobowiązał się w ofercie w ramach kryteriów pozacenowych. Zamawiający na etapie realizacji zamówienia, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie ocenia oświadczenia Wykonawcy złożonego w ofercie tylko wywiązywanie się z tego oświadczenia. Zamawiający stwierdził, że gdyby przyjął żądania Odwołującego wykreślenia zapisów umowy

wykonawca składając w ofercie deklarację w zakresie kryteriów pozacenowych na etapie realizacji zamówienia mógłby nie wywiązywać się z tych deklaracji bez żadnych konsekwencji.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem 9 w uzasadnieniu Odwołania Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym zakresie odwołanie powinno zostać oddalone, gdyż uznanie przez Zamawiającego zarzutu z pkt 7 uzasadnienia odwołania (w części uznanej przez Zamawiającego) czyni ten zarzut bezprzedmiotowym.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów przez Zamawiającego, podtrzymuje odwołanie w zakresie pkt 4, 5, 9 i w pkt 7 żądanie wykreślenia postanowienia zawartego w par. 4 ust. 4 lit. f. W pozostałym zakresie wnosi o umorzenie postępowania.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska Stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia powodują, że Odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nie posiada wszystkich danych niezbędnych do przygotowania oferty i może ponieść szkodę, ponieważ nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący, w sytuacji, gdy jest zainteresowany ubieganiem się o uzyskanie zamówienia i pozyskaniem korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku ma interes w tym aby postanowienia SIWZ były zgodne z obowiązującymi przepisami i pozwalały na sporządzenie oferty.

W terminie ustawowym swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy: MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie i ZBM Inwestor Zastępczy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, którzy wobec wypełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stali się uczestnikami postępowania.

Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 2, 3, 6, 7 (za wyjątkiem żądania wykreślenia w całości § 4 ust. 4 lit. f umowy), 8, oraz 10 uzasadnienia odwołania, postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do postanowień SIWZ przedmiotem zamówienia jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.:

- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek I od węzła „Siedlin” (bez węzła) do węzła „Załuski” (bez węzła)”
- „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek II od węzła „Załuski” (z węzłem) do węzła „Modlin” (bez węzła)”
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk - Czosnów, Odcinek III od węzła „Modlin” (z węzłem) do węzła „Czosnów” (bez węzła)”.

Przedmiot zamówienia zwany jest dalej „przedmiotem zamówienia” lub „Usługą”. Wykonawca zwany jest dalej „Wykonawcą” lub „Konsultantem”. Wykonawca w ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji realizowanego Projektu unijnego.

Kontrakt na roboty budowlane będzie realizowany w oparciu o „Warunki Kontraktu na Budowę dla Robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000; Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999./ Kontrakt na roboty budowlane będzie realizowany w oparciu o „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę”. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999”. Wykonawca w ramach Umowy będzie wykonywał czynności przypisane Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktu.

W pkt 19 SIWZ zostały przewidziane kryteria oceny ofert, tj.: Cena - 60%= 60 pkt, Jakość - 28%=28 pkt, Doświadczenie personelu Wykonawcy - 12% - 12 pkt

„19.1.2. Kryterium „Jakość”:

19.1.2.1. W ramach kryterium „Jakość” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 28 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2). Formularz 2.2 stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest

złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Jakość”.

19.1.2.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

1) Podkryterium 1.1. Wykonywanie cyklicznych zdjęć - ortofotoraport w postaci ortofotomapy oraz DSM (numeryczny model pokrycia terenu) wraz z przeglądarką www udostępnioną „on-line”.

Konsultant zastosuje bezpośredni i zdalny monitoring geodezyjny przy wykorzystaniu metod fotogrametrycznych z zastosowaniem bezzałogowych platform latających (UAV - Unmanned Aerial Vehicle) lub tradycyjnego nalotu lotniczego.

A) Zakres inwentaryzacji powinien obejmować teren zawarty w liniach rozgraniczających oraz pas terenu przyległego o szerokości min. 40 metrów wzdłuż linii rozgraniczających;

B) Inwentaryzacji podlegają również obszary tzw. czasowych zajęć oraz pas terenu przyległego o szerokości min. 40 metrów wokół tych obszarów.

Zamawiający dopuszcza wykonanie zdjęć przy jednym nalocie w przypadkach opisanych w pkt. A) i B);

Zdjęcia należy wykonywać w technice wielobarwnej (RGB). Oczekiwana wielkość piksela terenowego nie może być większa niżeli 2,5 cm. Pokrycie podłużne i poprzeczne zdjęć: minimum 60%;

Ortofotomapy dla całego zakresu opracowania winno zostać wykonane z rozdzielczością nie większą niż 3 cm piksel terenowy;

Obszar opracowania ortofoto musi zostać podzielony na pliki - gdzie jeden plik nie powinien być większy niżeli 100 MB. Format plików - tiff lub jpg. Do każdego pliku Wykonawca przekaże plik z georeferencją, a przekazywane ortofoto musi pozwalać na jego przeglądanie w programach typu CAD z podpiętym

referencyjnie projektem w wersji numerycznej;

Opracowanie należy wykonać w układzie odniesienia ustalonym z Zamawiającym na etapie realizacji (dotyczy układu XY, oraz Z modelu DSM i ortofotomapy);

Komplet zdjęć z nalołów (dane źródłowe, fotografie bez korekcji) oraz pozostałe dane zaimplementowane w trakcie realizacji usługi należy dodatkowo przekazać Zamawiającemu na przenośnym dysku zewnętrznym najpóźniej w dniu wystawienia Świadectwa Wykonania lub do dnia zakończenia świadczenia usługi, jeżeli następuje wcześniej niż wydanie Świadectwa Wykonania.

Opracowania skatalogowane oddzielnie dla każdej z sesji i z czytelnym podziałem zawartości.

Konsultant jest zobowiązany do wykonania opracowań z poniższą częstotliwością:

1. Pierwsze opracowanie ortofotomapy należy wykonać w okresie do 6 miesięcy od rozpoczęcia realizacji Usługi w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu. Opracowanie należy zintegrować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
2. Drugie opracowanie ortofotomapy należy wykonać w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu w celu zinventaryzowania stanu istniejącego nieruchomości przed planowanym terminem wydania decyzji ZRID.
3. Kolejne opracowania ortofotomapy należy wykonywać nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy. Każde opracowanie należy zintegrować (porównać) z mapą do celów projektowych oraz projektem. Konsultant jest zobowiązany dokonać analizy otrzymanych materiałów pod względem zgodności dokumentacji projektowej z terenem istniejącym.
4. Po zakończeniu robót budowlanych objętych umową z Wykonawcą Robót, Konsultant wykona ostatni nalot oraz końcowe opracowanie i zintegruje je z geodezyjnym pomiarem bezpośrednim powykonawczym (mapą powykonawczą). Konsultant jest zobowiązany dokonać analizę otrzymanych materiałów. Powyższe czynności oraz wnioski z nich płynące należy zawrzeć w Raporcie Końcowym.

Dokumentację z każdej czynności opisanej powyżej w punktach od 1 do 3 Konsultant będzie zobowiązany złożyć wraz z najbliższym Raportem miesięcznym.

Każdorazowo Konsultant zobowiązany jest dokonywać analizy danych otrzymanych z opracowania fotogrametrycznego pod względem zgodności z rzeczywistym postępem robót i dokumentacją projektową. Udokumentowanie analizy oraz wnioski z niej płynące Konsultant winien zawrzeć w najbliższym Raporcie Miesięcznym.

Konsultant zobowiązuje się do udostępniania opracowań, o których mowa powyżej, w przeglądarce WWW - z dostępem dla Zamawiającego na LOGIN i Hasło (min. dwa loginy). Web serwis musi zawierać możliwość przeglądania wspólnego i referencyjnego - raportu ortofoto, projektu, oraz mapy do celów projektowych. Przeglądarka musi posiadać taką funkcjonalność - żeby możliwym było pobranie ze strony ortofoto, modelu DSM, projektu oraz raportu z opracowania. W przeglądarce musi być możliwość wykonywania wydruków, z obrazu wyświetlanego.

Przez cały okres trwania kontraktu do momentu wydania Świadectwa Wykonania, lub do zakończenia świadczenia usługi, jeżeli następuje wcześniej niż wydanie Świadectwa Wykonania, przeglądarka winna funkcjonować na serwerach Konsultanta. Po zakończeniu kontraktu i przekazaniu całościowego opracowania - przeglądarka może zostać wyłączona.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „TAK” w Formularzu) Wykonawcy przyznane zostanie 12 punktów. W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „NIE” w Formularzu) lub nie wypełni Formularza 2.2 (brak deklaracji TAK i NIE) skutkować to będzie przyznaniem 0 punktów w podkryterium.

## 2) Podkryterium 1.2. Kontrola jakości.

Konsultant będzie uczestniczył w wykonywanych przez Wykonawcę Robót pomiarach, badaniach oraz czynnościach polegających na pobieraniu prób na

Placu Budowy w ilości o 20% większej niż przewidziana w Umowie (30%), tj. łącznie 50%. Konsultant jest zobowiązany potwierdzić fakt uczestnictwa w pomiarach, badaniach oraz przy pobieraniu prób zgodnie z Umową.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „TAK” w Formularzu) Wykonawcy przyznane zostanie 8 punktów. W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „NIE” w Formularzu) lub nie wypełni Formularza 2.2 (brak deklaracji TAK i NIE) skutkować to będzie przyznaniem 0 punktów w podkryterium.

### 3) Podkryterium 1.3. „Help Desk”.

Konsultant uruchomi w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy „system” działający na zasadach „Help Desk”, umożliwiający sprawne zarządzanie

zgłoszeniami/zapytaniami kierowanymi do Konsultanta od upoważnionych pracowników Zamawiającego. Zapytania/odpowiedzi kierowane/udzielane mogą być m.in. z wykorzystaniem adresów poczty e-mail Zamawiającego. Konsultant w ramach „Help Desk” zapewni sprawną i skuteczną komunikację pomiędzy Konsultantem i Zamawiającym, kategoryzację zapytań/informacji oraz ich przydział do poszczególnych pracowników z zespołu Konsultanta. Konsultant niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie 1 dnia roboczego, udzieli Zamawiającemu wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień dotyczących nadzorowanego Kontraktu, chyba że w umowie przypisane im zostały inne terminy.

Konsultant zapewni funkcjonowanie „Help Desk” w dni robocze, w godz. od 8 do 16. System będzie działał aż do momentu wydania Świadczenia Wykonania, lub do zakończenia świadczenia usługi, jeżeli następuje wcześniej niż wydanie Świadczenia Wykonania.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „TAK” w Formularzu) Wykonawcy przyznane zostanie 2 punkty. W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „NIE” w Formularzu) lub nie wypełni Formularza 2.2 (brak deklaracji TAK i NIE) skutkować to będzie przyznaniem 0 punktów w podkryterium.

### 4) Podkryterium 1.4. Niezmiennność personelu Konsultanta.

W przypadku zmiany ekspertów kluczowych w trakcie realizacji umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego zatrudnionego eksperta, sporządzenie szczegółowego Raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego eksperta w ramach Kontraktu oraz zdublowanie pracy ekspertów w okresie 2 tygodni. Raport ten będzie miał za zadanie płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego eksperta poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego z Kontraktu eksperta, oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „TAK” w Formularzu) Wykonawcy przyznane zostanie 2 punkty. W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „NIE” w Formularzu) lub nie wypełni Formularza 2.2 (brak deklaracji TAK i NIE) skutkować to będzie przyznaniem 0 punktów w podkryterium.

### 5) Podkryterium 1.5. Szkolenia.

Konsultant zorganizuje 2 szkolenia dla Ekspertów Kluczowych i Innych Ekspertów z zakresu znajomości warunków umowy na nadzór i Kontraktu na roboty budowlane, a także:

- Programu Funkcjonalno-Użytkowego (szkolenie pierwsze)
- WIORB (szkolenie pierwsze)

- projektu budowlanego i wykonawczego (szkolenie drugie)
- specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (szkolenie drugie)

Szkolenia winny odbyć się nie później niż 60 dni od daty zawarcia umowy z Wykonawcą robót - dla okresu projektowania oraz nie później niż 30 dni od daty przekazania terenu budowy Wykonawcy Robót Budowlanych - dla okresu realizacji Robót Budowlanych. Konsultant umożliwi udział przedstawiciela Zamawiającego w szkoleniach w charakterze obserwatora.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje realizację zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „TAK” w Formularzu) Wykonawcy przyznane zostanie 4 punkty. W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia w ramach tego podkryterium zgodnie z powyższym opisem (deklaracja „NIE” w Formularzu) lub nie wypełni Formularza 2.2 (brak deklaracji TAK i NIE) skutkować to będzie przyznaniem 0 punktów w podkryterium.

19.1.2.3. Oferta zawarta w Formularzu „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Jakość” stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą, wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec Zamawiającego za realizację zamówienia zgodnie z zaoferowanym zakresem.

19.1.2.4. Łączna uzyskana liczba punktów w podkryterium „Jakość” stanowić będzie sumę przyznanych punktów w ramach poszczególnych podkryteriów wymienionych w pkt 19.1.2.2. powyżej.”

Stosownie do ww. formularza 2.2. w odniesieniu do kryterium „Jakość” w odniesieniu do każdego z podkryteriów wykonawcy wypełniali kolumnę: „Deklaracja Wykonawcy” TAK/NIE\*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w odniesieniu do zarzutu oznaczonego w jego uzasadnieniu numerem 9 zasługuje na uwzględnienie, natomiast podlega oddaleniu w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 4, 5 i 7 w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Zarzut nr 9 dotyczy naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie niejednoznacznego określenia liczby wymaganego personelu, na co wskazują postanowienia § 11 ust. 3 wzoru umowy oraz OPZ pkt 2.1.1-2.1.2.

Stosownie do art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Jak zauważył Odwołujący, stosownie do przywołanego powyżej § 11 ust. 3 umowy Konsultant zobowiązany jest do przekazania w terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia usługi, Kierownikowi Projektu pierwszego Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK), określającego planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia usług oraz uwzględniającego terminy mobilizacji zasobów administracyjnych oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych. Przepis ten zobowiązuje zatem do określenia w podziale na każdy miesiąc realizacji usługi dostępności i zaangażowania personelu. Oznacza to obowiązek skalkulowania personelu z uwzględnieniem czasu jego zaangażowania, w sytuacji, gdy nie jest znany ani wykonawca robót budowlanych, ani jego program robót. Ponadto w umowie został przewidziany wymóg zapewnienia pracy ekspertów w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Konsultanta wynikających z umowy w celu realizacji Kontraktu zgodnie z HPPK, przy czym czas pracy Konsultanta ma być dostosowany do czasu pracy Wykonawcy, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót. Tymczasem, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, wykonawcy nie mogą czerpać wiedzy w tym zakresie z dokumentacji dotyczącej postępowań na roboty budowlane, które są prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj, zaś nadzór ma być pełniony zarówno nad zaprojektowaniem, jak i nad wybudowaniem, bowiem postępowania te nadal trwają. Są to trzy odrębne postępowania i w związku z tym będą zawarte trzy odrębne kontrakty.

W ocenie lzby należy podzielić stanowisko Odwołującego, iż brak minimalnych ilości personelu oraz minimalnego czasu jego pracy wprowadza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert. W sytuacji gdy wykonawcy nie mają takich samych informacji w tym zakresie mogą w różny sposób dokonać kalkulacji oferty, przez co oferty będą nieporównywalne. Jest to tym bardziej istotne, że jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, a czemu nie zaprzeczył Zamawiający, około 80% wynagrodzenia umownego stanowi wynagrodzenie personelu, przy czym budżet na zamówienie wynosi około 20-30 mln, natomiast wartość robót to około 1 mld zł. Nadto skoro Zamawiający wszczął postępowania na roboty budowlane, to należy przyjąć, iż jest w stanie ocenić potrzeby w zakresie ilości personelu i czasu, jakie ten powinien poświęcić na wykonanie zamówienia objętego analizowanym postępowaniem. Podanie w SIWZ, w opisie warunków udziału w postępowaniu, minimalnych wielkości personelu w odniesieniu do kluczowego personelu należy uznać w tym zakresie za niewystarczające.

Dla sprostania wymogom określonym w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp za uzasadnione należy uznać podanie minimalnej liczby i minimalnego czasu pracy w czasie realizacji umowy także personelu wymienionego w OPZ pkt 2.1.2 Inni Eksperti. Wykonawcy, na równych zasadach, powinni dysponować udostępnionymi przez Zamawiającego w SIWZ wielkościami po to, aby mogli rzetelnie skalkulować cenę oferty i złożyć porównywalne oferty, przy czym w ocenie lzby powinny to być wielkości odpowiadające przedmiotowi zamówienia, z uwzględnieniem jego specyfiki, pozwalające na jego rzetelną realizację. Nie ma przy tym przeszkód, aby opis w tym zakresie uwzględniał również podnoszoną przez Zamawiającego możliwość łączenia przez daną osobę różnych specjalizacji. Brak takich danych może skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż jedni wykonawcy mogą np. przewidzieć jeden zespół na wszystkie 3 odcinki objęte przedmiotem zamówienia, natomiast inni wykonawcy mogą przewidzieć trzy zespoły po jednym na każdy odcinek, a Zamawiający wymagając podania jedynie ceny nie będzie mógł zweryfikować oferty pod względem rażąco niskiej ceny.

Lzba nie podziela stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, iż za sprawą żądania dotyczącego zmiany SIWZ w zakresie wskazania ilości personelu i ilości dniówek / czasu jego pracy, Odwołujący próbuje przerzucić ryzyko wykonania umowy na Zamawiającego. Z § 11 ust. 11 wzoru umowy wynika, że Kierownik Projektu jest uprawniony do żądania wprowadzenia zmian w HPPK, w szczególności: zintensyfikowania albo spowolnienia tempa robót wykonywanych przez Wykonawcę, zwiększenia albo zmniejszenia liczby Podwykonawców Wykonawcy, składania częściej niż raz w miesiącu wniosków Wykonawcy o wydanie Przejściowych Świadectw Płatności, niewpisania w HPPK personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji Usługi na danym etapie realizacji Umowy. Wskazuje to na obciążenie wykonawcy określonym ryzykiem, natomiast brak jest w SIWZ informacji, które pozwoliłyby na skalkulowanie takiego ryzyka.

Z tych względów zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie pkt 9 uzasadnienia potwierdził się i odwołanie w tej części zostało uwzględnione.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 58 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 354 k.c. w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez obniżenie wysokości wynagrodzenia Konsultanta w toku realizacji umowy oraz poprzez dokonywanie oceny oferty na etapie realizacji umowy (zarzuty nr 4 i 5 uzasadnienia odwołania), a także zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp przedstawiony w pkt 7 uzasadnienia odwołania) w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego i podtrzymanym przez Odwołującego tj. w zakresie żądania wykreślenia § 4 ust. 4 lit. f wzoru umowy.

Zarzuty te dotyczą sposobu określania wynagrodzenia Konsultanta w toku realizacji umowy. Są one powiązane ze sobą, dotyczą bowiem zastosowanej przez Zamawiającego konstrukcji, służącej obniżeniu wynagrodzenia w trakcie realizacji umowy w związku z treścią oferty wykonawcy, w części odnoszącej się do jego oświadczenia w zakresie zobowiązań punktowych w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Odwołujący kwestionuje § 4 ust. 4 lit. f wzoru umowy i żąda jego wykreślenia w całości (zarzut nr 4 i 7) oraz żąda wykreślenia § 7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy, który wskazuje Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK) jako jeden z dokumentów niezbędnych do wystawienia faktury przez Konsultanta (zarzut nr 4), a także żąda zmiany definicji KOJPK i zmiany § 5 ust. 4-10 regulujących kwestie procedury związanej z oceną wypełniania przez Konsultanta obowiązków wynikających z umowy oraz wypełniania KOJP.

Jak wynika z treści odwołania i stanowiska zaprezentowanego na rozprawie,

podstawowe zastrzeżenia Odwołującego w tym zakresie sprowadzają się do kwestionowania zastosowanej przez Zamawiającego konstrukcji obniżenia wynagrodzenia, z uwagi na to, iż, jak twierdzi, nie zna jej Kodeks cywilny, oraz kwestionowania, iż decyzja Zamawiającego w przedmiocie sprzeciwu od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta jest ostateczna. Ponadto Odwołujący z pierwszego zdania ww. § 4 ust. 4 lit. f wzoru umowy, gdzie jest mowa o deklaracji złożonej w ramach kryteriów pozacenowych, wywodzi, iż Zamawiający przynosi ocenę ofert z etapu jej badania i oceny na etap realizacji umowy, pomimo, iż przyznał w tych kryteriach punkty. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający dopuszcza, iż wykonawca nie będzie realizował oświadczenia złożonego w ofercie dotyczącego kryteriów oceny ofert, jak również, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonuje w umowie podziału na ww. deklaracje złożone w ramach kryteriów pozacenowych, podczas gdy chodzi o oświadczenia wykonawcy w tym zakresie oraz na obowiązki wynikające z umowy. Natomiast to, co jest w ofercie w zakresie kryteriów oceny ofert, jest takim samym zobowiązaniem jak każde inne określone w umowie. Pokazuje to, zdaniem Odwołującego, iż pomimo obowiązku weryfikowania spełnienia przez wykonawców kryteriów oceny ofert na etapie oceny tych ofert, Zamawiający dopuszcza, że będzie i robił na etapie realizacji umowy. Odwołujący nie zakwestionował tego, że Zamawiającemu przysługuje prawo dyscyplinowania wykonawców, ale wskazał, że temu służą instytucje przewidziane w Kodeksie cywilnym, natomiast wynagrodzenie powinno być obliczone tak, jak wynika to z oferty, nawet, gdyby na skutek naliczonej kary umownej, miało dojść do potrącenia wzajemnych wierzycelności i miało zostać wypłacone pomniejszone wynagrodzenie. Kodeks cywilny w przypadku nienależytego wykonywania umowy w określonych sytuacjach przewiduje możliwość jej wypowiedzenia, odstąpienia od niej, naprawy szkody czy zastosowania kary umownej, ale nie przewiduje sytuacji, że zlecający nie zapłaci wynagrodzenia gdy nienależyce oceni jakość usługi i zastosuje wybrany przez siebie współczynnik zmniejszenia wynagrodzenia czyniąc to autorytarnie.

W ocenie Izby okoliczności analizowanej sprawy wskazują, iż nie można podzielić stanowiska Odwołującego w ww. zakresie. Jakkolwiek zgodzić się należy, iż zastosowana w umowie konstrukcja nie jest wprost nazwana w Kodeksie cywilnym, to jednak nie jest też w nim zakazana.

Stosownie do art. 353<sup>1</sup> k.c. 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.

W ocenie Izby zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie mieści się w ww. granicach, nie sprzeciwia się bowiem naturze stosunku, ustawie jak też zasadom współżycia społecznego. Po pierwsze, zastrzeżenia wymaga, iż treść umowy wskazuje, że wynagrodzenie za jej wykonanie pozostaje w ścisłym związku z wykonanymi zadaniami i przysługuje za wykonany zakres usług. Po drugie, od wykonawcy zależy, czy będzie wykonywał należycie obowiązki wynikające z umowy, w tym te, do których się zobowiązał w ofercie w ramach kryteriów pozacenowych, w efekcie czego otrzymał punkty, co mogło mieć wpływ na wybór jego oferty, nawet jeśli cena jego oferty była wyższa niż cena oferty wykonawcy, który w ofercie nie złożył żadnych oświadczeń punktowanych w kryterium pozacenowym.

Z tych względów, za uzasadnione należy uznać przyjęcie na etapie realizacji umowy rozwiązania, które pozwala na skorygowanie wynagrodzenia, jeśli zobowiązanie zawarte w ofercie nie będzie dotrzymywane, pomimo, iż skutkowało zwiększeniem punktacji oferty tego wykonawcy. Zgodzić się bowiem należy z Zamawiającym, że musi mieć narzędzie służące weryfikacji realizacji obowiązków przyjętych w ofercie w zakresie kryteriów pozacenowych. Nie może być bowiem tak, że wykonawca, pomimo iż nie zrealizuje tych obowiązków, miałby otrzymać wynagrodzenie w pełnej wysokości, które może być wyższe niż wynagrodzenie w ofercie wykonawcy, który nie podjął się takiego zobowiązania.

Zauważenia przy tym wymaga, iż zastosowany przez Zamawiającego mechanizm wskazuje, że ocena w zakresie realizacji zobowiązań przyjętych w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert jest oceną zerojedynkową, tj. za wykonanie zobowiązania w pełnym zakresie np. gdy wykonawca będzie uczestniczył w robotach pomiarowych w danym miesiącu to zostanie mu wypłacone wynagrodzenie w pełnej wysokości, a gdy nie będzie uczestniczył to otrzyma wynagrodzenie pomniejszone z zastosowaniem wzoru podanego w ww. § 4 ust. 4 lit. f umowy, z którego wynika, iż współczynnik zmniejszenia wynagrodzenia pozostaje w związku m.in. z sumą punktów przyznanych za poszczególne kryteria pozacenowe. Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołującego, że odnośne postanowienia umowy są wyrazem autorytaryzmu Zamawiającego. To wykonawca decyduje o wykonaniu określonych zadań, wskazanych przez siebie w ofercie na potrzeby uzyskania punktów w kryterium oceny ofert i związku z tym musi się liczyć z tym, że jeśli ich nie wykona to otrzyma odpowiednio pomniejszone wynagrodzenie. Natomiast jeśli wykonawca nie zadeklaruje żadnych zobowiązań w ramach kryteriów oceny ofert, to § 4 ust. 4 lit. f umowy nie będzie miał do niego

zastosowania. W takiej sytuacji można przyjąć, iż wykonawca zastosował niższą cenę i to pozwoliło mu wygrać. Wbrew stanowisku Odwołującego nie występuje zatem nierównomierne, a tym bardziej rażąco nierówne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i w związku z tym nie występuje przekroczenie granic swobody umów. Zważywszy na rolę jaką odgrywają w postępowaniu kryteria pozacenowe oceny ofert, to, iż oświadczeniu wykonawcy w tym zakresie towarzyszy świadomość, że będzie ono egzekwowane na etapie realizacji umowy z konsekwencjami finansowymi w razie niewywiązania się z przyjętego zobowiązania, nie wskazuje na nierówne obciążenie ryzykiem kontraktowym Wykonawcy, lecz w okolicznościach analizowanej sprawy wskazuje na zmniejszenie ryzyka kontraktowego Zamawiającego, który mógłby wybrać droższą ofertę z uwagi na punktowane oświadczenia wykonawcy w pozacenowym kryterium oceny ofert, a w razie niewywiązania się z tych oświadczeń nie miałby narzędzia służącego do dyscyplinowania wykonawcy, a gdy ten cel zawiedzie, niwelującego negatywne skutki wyboru droższej oferty. Nie występuje zatem wskazywane przez Odwołującego nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, lecz zniwelowanie ryzyka jego pokrzywdzenia.

Zauważenia wymaga, iż Odwołujący nie zakwestionował tego, że Zamawiającemu przysługuje prawo dyscyplinowania wykonawców, ale wskazał, że temu służą instytucje przewidziane w Kodeksie cywilnym, natomiast wynagrodzenie powinno być obliczone tak, jak wynika to z oferty. W ocenie Izby kwestionowany przez Odwołującego sposób określenia wynagrodzenia uwzględnia to, co wynika z oferty, tj. zapłatę wynagrodzenia za wykonany zakres zadań, do wykonania których wykonawca zobowiązał się w ofercie. Jak słusznie stwierdził Odwołujący nie chodzi jedynie o deklarację wykonania zadań punktowanych w pozacenowym kryterium oceny ofert, lecz o oświadczenie wykonawcy, a zatem wykonawca zobowiązuje się do większego zakresu zadań niż ten, który takiego oświadczenia nie składa, lecz np. oferuje niższą cenę. Tym samym przyjęte w umowie rozwiązanie niweczy ewentualne negatywne skutki sytuacji, w której wykonawca, wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, złożyłby takie oświadczenie, uzyskał punkty, co przełożyłoby się na uzyskanie najwyższej liczby punktów i mimo wyższej ceny, niż podana w ofercie wykonawcy, który takiego oświadczenia nie złoży, uzyskałby zamówienie a następnie realizował jedynie jego podstawowy zakres.

W ocenie Izby nie została wykazana także bezprawność umowy stosownie do art. 58 k.c.. Zgodnie z tym przepisem: § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. Odwołujący nie wskazał który z ww. przypadków jego zdaniem występuje za sprawą przyjętego w umowie mechanizmu obliczenia wynagrodzenia. Nie wskazał przepisu ustawy jak również określonych zasad współżycia społecznego, z którymi odnośnie postanowienia umowy miałyby pozostawać w sprzeczności, jak również nie wykazał dlaczego cała umowa miałaby być dotknięta nieważnością.

Odwołujący nie wykazał również na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego w omawianym zakresie przepisu art. 354 k.c. zgodnie z którym: § 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Nie zostało również wykazane przez Odwołującego na czym miałyby polegać naruszenie ww. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp za sprawą ww. konstrukcji obliczenia wynagrodzenia i procedury związanej z uruchamianiem płatności.

W ocenie Izby SIWZ zawiera jednoznaczne uregulowania korespondujące z treścią oferty, która zostanie złożona i w zależności od tego, czy wykonawca zaoferuje do wykonania określone zadania punktowane w pozacenowym kryterium ofert, czy nie, postanowienia te będą, albo nie będą miały do niego zastosowania. Nadto w ocenie Izby konstrukcja zastosowana w § 4 ust. 4 lit. f umowy służy uczciwej konkurencji w postępowaniu, a nie ją utrudnia.

Powyższe wskazuje, że argumentacja Odwołującego, z której wynika, iż kodeks cywilny w przypadku nienależytego wykonywania umowy w określonych sytuacjach przewiduje możliwość jej wypowiedzenia, odstąpienia od niej, naprawy szkody czy zastosowania kary umownej, nie przeczy możliwości zastosowania, na zasadzie swobody umów, konstrukcji przewidzianej przez Zamawiającego w analizowanym postępowaniu.

Należy mieć na uwadze, że umowa ma być zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Do jej zawarcia dochodzi zatem w wyniku konkurencyjnego, przeprowadzonego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców postępowania. Przyjmowane przez wykonawców w ofertach zobowiązania, winny mieć przełożenie na etap realizacji umowy. W związku z tym zgodzić się należy z Zamawiającym, iż zastosowana przez niego konstrukcja nie oznacza, że dopiero na etapie realizacji zamówienia Zamawiający dokonuje badania i oceny oświadczenia wykonawcy złożonego w ofercie, lecz pozwala na dokonywanie w czasie wykonywania umowy oceny czy wykonawca wywiązuje się z tego oświadczenia i na stosowne zmniejszenie wynagrodzenia w przypadku braku wywiązania się wykonawcy z przyjętych zobowiązań, za które wcześniej zostały przyznane punkty i co być może przesądziło o wyborze oferty tego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Taki sam pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga

na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

Stosownie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

W niniejszej sprawie Izba częściowo oddaliła, częściowo uwzględniła odwołanie, a częściowo umorzyła postępowanie wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania. Kosztami postępowania po połowie obciążono Zamawiającego i Odwołującego, ponieważ zarzuty nr 4, 5 i 7 dotyczyły w istocie jednego zagadnienia merytorycznego, które zostało potraktowane przez Izbę jako całość. Tym samym Izba w zakresie jednego zagadnienia merytorycznego (zarzuty 4, 5 i 7) oddaliła odwołanie, w zakresie zaś drugiego (zarzut nr 9) - uwzględniła je.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszt pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz koszt pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co łącznie daje kwotę w wysokości 22.200,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł (wpis + wynagrodzenie pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100,00 zł (22.100,00 zł : 2 = 11.100,00).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł (18.600,00 - 11.100,00 = 7.500,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....

Członkowie