Sygn. akt: KIO 3306/20

WYROK

z dnia 12 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez **ZBM Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**, ul. Bernarda Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia

przy udziale wykonawcy **MGGP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących postanowień:

1)Rozdziału V pkt 1 ppkt 1.3 lit. A pkt 2 oraz pkt 1 ppkt 1.3 lit. B pkt 5 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia określających warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymogu doświadczenia w zakresie budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej i nakazuje dodanie w tych punktach po wyrazach: „konstrukcji stalowej" wyrazów: „lub stalowo-zespolonej";

2)Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 4 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 2 ostatni akapit oraz pkt 3 akapit 2 tiret 5 odnoszących się do wykonywania prac projektowych i nakazuje ich doprecyzowanie, poprzez określenie katalogu prac projektowych, warunków realizacji, w tym m.in. terminów realizacji prac projektowych, warunków odbioru, usuwania wad;

3)Wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 5 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

- § 1 ust. 2 i nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie postanowień umowy w powiązaniu ze zmianami wprowadzonymi w Opisie przedmiotu zamówienia stosownie do pkt 2 powyżej;

- § 1 ust. 4 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie sformułowania: „oraz w odpowiednich umowach na roboty, dostawy lub usługi"

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**, ul. Bernarda Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia w części 26,67% i Odwołującego **ZBM Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa w części 73,33%, i:

3.1.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,

3.2.zasądza od Zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**, ul. Bernarda Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia na rzecz Odwołującego **ZBM Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa kwotę 1 132 zł 56 gr (słownie: tysiąc sto trzydzieści dwa złote pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) 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 3306/20

U z a s a d n i e n i e

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni(dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawa Pzp" lub „PZP", w trybie przetargu nieograniczonego na: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część 2", numer referencyjny: ZP.371.41.2020.ASz. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2020 r. W tym samym dniu Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W terminie ustawowym ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniosła odwołanie wobec:

1)sformułowania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający przepisy Pzp, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;

2)sformułowania kryteriów oceny ofert w ramach Postępowania w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe INM" w sposób naruszający przepisy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;

3)sformułowania istotnych warunków umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego;

4)zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytej wyceny przedmiotu zamówienia i złożenia porównywalnych ofert oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Precyzując zakres czynności podlegających zaskarżeniu Odwołujący wskazał w Załącznikach nr 1, 2 i 3, w przedstawionych tam tabelach nr 1, 2 i 3, stanowiących integralną część odwołania postanowienia SIWZ, których sformułowanie, w ocenie Odwołującego, narusza zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i proporcjonalności oraz równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje, a także treść zarzutów oraz szczegółowe uzasadnienie dotyczące kwestionowanych postanowień wraz z żądaniem ich zmiany.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Tabeli 1 do odwołania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności;

2) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert wskazanych w Tabeli 1 do odwołania w ramach Postępowania w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe INM" w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp z zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy PZP W ZW. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu Zamówienia w zakresie opisanym w Tabeli nr 2 do odwołania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co narusza równowagę stron, w tym równowagę ekonomiczną oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia;

4)naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie istotnych postanowień Umowy wskazanych w Tabeli nr 3 w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób opisany w Załącznikach nr 1 - 3 - Tabelach nr 1 - 3. stanowiących integralną cześć odwołania:

2)przekazanie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany oraz nakazanie zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest zamieszczona;

3)nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;

4)dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert;

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem Odwołania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące treści IDW - naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i 3 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany treści wskazanych postanowień IDW, w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert, wskazując, że zmierza do zmiany wskazanych postanowień, w sposób respektujący zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz mając na uwadze respektowanie zasady proporcjonalności warunków. Zakres żądanej zmiany IDW wraz ze szczegółowym uzasadnieniem wskazał w zestawieniu tabelarycznym w Tabeli nr 1, zamieszczonej w Załączniku nr 1 do odwołania. Ustalone w powyższym zakresie warunki udziału, zdaniem Odwołującego, są nadmierne i nieuzasadnione potrzebą zapewnienia realizacji zamówienia przez doświadczonego Wykonawcę i doświadczoną kadrę (warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i kryterium „Doświadczenie zawodowe INM"). Powyższy

sposób ustalenia warunków udziału i kryterium oceny ofert pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Jak wyjaśniła Izba „Stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek takiego ich opisania, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu. Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia." (Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt 1500/19).

Jak wynika z powyższego, bezsprzecznym jest, iż zasadną i zgodną z przepisami z regułami ustawy Pzp jest ocena doświadczenia Wykonawcy i personelu dedykowanego do realizacji Zamówienia w zakresie związanym i odnoszącym się do gwarancji należytego wykonania Zamówienia. Wymóg wykazania sie doświadczeniem zdobytym przy wykonywaniu oznaczonych czynności, realizacji oznaczonych projektów ma pozwalać Zamawiającemu na ocenę poziomu gwarancji należytej realizacji usług. W niniejszym Postępowaniu wymóg wykazania sie doświadczeniem zdobytym w ramach inwestycji będącej drogowym obiektem mostowym wyłącznie o konstrukcji stalowej nie może być jednak uznany za stosowny miernik oceny umiejętności Wykonawcy i jego personelu, wyznacznik posiadanego doświadczenia, które będzie gwarantem należytej realizacji zamówienia. Co więcej w ostatnich 10 latach - a taki okres został przyjęty przez Zamawiającego do oceny - drogowe obiekty mostowe były realizowane głównie w technologii zespolonej. Nie były to obiekty wyłącznie stalowe, co oznacza, że ustalone w Postępowaniu ww. warunki udziału w praktyce powodują, iż krąg ewentualnych wykonawców spełniających warunki będzie bardzo ograniczony. Wystarczającym miernikiem oceny posiadanego doświadczenia powinno być wykazanie się obiektem mostowym o określonych parametrach granicznych (tj. klasa obciążenia, długość obiektu czy długość przęsła). Zamawiający natomiast zawęża warunek do wyłącznie obiektu mostowego konkretnego typu (konstrukcja stalowa), uznając tym samym, że inspektor nadzoru robót mostowych, posiadający doświadczenie przy realizacji obiektów mostowych o innej konstrukcji, np. zespolonej (stalowo-betonowej itp.) nie będzie zapewniał gwarancji należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wyklucza - bez żadnego uzasadnienia - osoby posiadające doświadczenie przy obiektach o innym rodzaju konstrukcji. Nadzór nad obiektem mostowym czy to o konstrukcji stalowej, czy zespolonej, czy jeszcze innej przedmiotowo się nie różni. Podobnie w przypadku funkcji Inżyniera Kontraktu - Inżynier wypełnia tożsame obowiązki czy to w przypadku obiektu o konstrukcji stalowej czy stalowo-zespolonej. Tym samym pozostawienie przedmiotowego wymogu uznać należy za nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego i stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji poprzez ustanowienie wymogu pozostającego bez wpływu na faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. W przypadku zadań znacznie skomplikowanych, tak jak w niniejszym postępowaniu, doświadczenie powinno być weryfikowane przy uwzględnieniu parametrów granicznych obiektu mostowego (tj. klasy obciążenia, długości obiektu czy długości przęsła).

„Przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający ma prawo swobodnie określić jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości." (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 2615/19).

„Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ww. przepis dotyczy wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, w tym również czynności opisu kryteriów oceny ofert. Kryteria są przy tym jednymi z najbardziej doniosłych czynników wpływających na zachowanie ww. określonych zasad, ponieważ w oparciu o nie zamawiający przyznaje ofertom punkty i ostatecznie dokonuje wyboru najkorzystniejszej spośród nich. Niedopuszczalne jest tym samym opisanie kryteriów oceny ofert w taki sposób, który bezpodstawnie faworyzuje określone produkty lub rozwiązania," (wyrok KIO z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2191/19).

„Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji" (wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt: 712/15).

W ocenie Odwołującego sposób ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, a tym samym stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty dotyczące treści istotnych postanowień Umowy oraz OPZ, tj.- naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 4) i pkt 16) Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4) i pkt 16) Pzp z zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego, Odwołujący wskazał m.in., że SIWZ jest

dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszę spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególny wymóg sporządzenia SIWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz - w przyszłości - niezakłóconej realizacji zamówienia. W szczególności ustawodawca zobowiązał zamawiających w treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp do konstruowania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastosowanie powyższej reguły ma również na celu zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Warto zwrócić uwagę na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06), który wskazał, iż z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Odwołujący podkreślił, iż jakkolwiek pozycja Zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany, to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz - w dalszej kolejności umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący podkreśla, iż jest świadomy, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne - w ocenie wykonawców - postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 4) i pkt 16) ustawy Pzp w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kodeksu cywilnego czy naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś Wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty.

Odwołujący podał, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego, lecz to, aby postępowanie zostało przeprowadzone a Zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. W ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353^1 oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego/ ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie." (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14). Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy. Zobowiązania zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia były wielokrotnie przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO. Warto zwrócić uwagę na treść niżej wskazanych orzeczeń jako istotnych do oceny przedmiotowej sprawy. W wyrokach KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16), z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16) wskazywano, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. W wyroku o sygn. KIO 1607/16 „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.

W kontekście podnoszonych w tym zakresie zarzutów Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe postępowanie dotyczy wykonania dokumentacji projektowej, a zatem jest to postępowanie, które ze swojej natury z uwagi na jego przedmiot narażone jest na trudność w zakresie precyzyjnego opisania oczekiwań Zamawiającego. Powyższe nie zwalnia jednak Zamawiającego ze stosowania przepisów i zasad Pzp, ale wręcz przeciwnie - powinno stanowić argument dla wzmożonej staranności, aby treść ostatecznie ukształtowanego stosunku prawnego nie generowała niepotrzebnych ryzyk po stronie wykonawcy. To na Zamawiającym ciąży więc przygotowanie i przekazanie wykonawcom takich informacji, które w sposób szczegółowy określą zakres prac do oszacowania przez wykonawcę. W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający nie przekazuje wykonawcom wszelkich niezbędnych informacji dla potrzeb wyceny poszczególnych elementów, jak również opisuje obowiązki wykonawców w sposób nieprecyzyjny, poszerzający skalę ryzyk związanych z postępowaniem, nie zapewniając jednocześnie mechanizmów, które pozwoliłby na minimalizowanie ryzyk i wdrażając mechanizmy zabezpieczające wyłącznie jego interesy.

W treści Załącznika nr 2 i 3 do niniejszego pisma - Tabeli nr 2 i 3 Odwołujący wskazuje kwestionowane

postanowienia Umowy oraz OPZ wraz z uzasadnieniem dot. każdego z nich oraz żądaniem zmiany treść SIWZ. Celem uniknięcia wątpliwości Odwołujący ponownie oświadcza, iż Załącznik nr 2 i 3 stanowi integralną treść niniejszego Odwołania. Względem wszystkich zamieszczonych w Tabeli nr 1 postanowień Umowy kieruje zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), pkt 4) i pkt 16) Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), pkt 4) i pkt 16) Pzp z zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego - tak co do kwestionowanych postanowień czytanych łącznie, które kształtują pozycję Zamawiającego jako strony stosunku zobowiązaniowego jako znacznie korzystniejszą (w sposób nieuzasadniony), jak i co do każdego z postanowień indywidualnie naruszającego wskazane normy.

Pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Zamawiający podał m.in., iż Odwołujący zmierza do wprowadzenia takiej redakcji treści postanowień, jakie są w jego odczuciu właściwsze. Proponowane zmiany brzmienia warunki mają dostosować brzmienie warunku do posiadanego przez Odwołującego portfolio pracowników czy współpracowników oraz ich doświadczenia, a nie do zasad określania treści warunku i jego opisu, określonych przez ustawę Pzp. Z przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że to zamawiającemu przysługuje prawo ustalenia brzmienia i skonkretyzowania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest to prawo nieograniczone, ale to nie rolą wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest próba modyfikacja treści postanowień SIWZ. Lektura treści formułowanych w odwołaniu postulatów, pozwala dojść do wniosku, że Odwołujący nie dostrzega istoty warunków udziału w postępowaniu i chce doprowadzić do przedefiniowania przez Zamawiającego przepisów, tak aby Wykonawca spełniał stawiane wymogi, podczas gdy z natury rzeczy określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia i bynajmniej celem, jaki powinien przyświecać zamawiającemu na etapie formułowania treści SIWZ, nie jest umożliwienie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu gronu Wykonawców. Zamawiający nie jest obowiązany do wyczerpującego opisania wszystkich możliwych, nazwijmy to roboczo - „konfiguracji podmiotowo - przedmiotowych" odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do tego, nie sposób oczekiwać, że zamawiający w SIWZ w sposób zupełny ujmie wszelkie teoretycznie dopuszczalne wymogi udziału w postępowaniu, tak aby nikt, mówiąc kolokwialnie, nie „poczuł się pokrzywdzony". Jak już wskazano, zamawiający ma swobodę, nie absolutną, ale nadal swobodę, kształtowania warunków udziału w postępowaniu, wobec czego do jego uznaniowości należy określenie treści stawianych Wykonawcom wymogów udziału w postępowaniu.

Przedmiotem postępowania są m.in. kompleksowe usługi Inżyniera Kontraktu w rozumieniu FIDIC (zmodyfikowanego w SWK) przy określonej robocie budowlanej o wartości kilkuset milionów złotych, opisanej w tytule postępowania. Istotnym elementem tej roboty jest budowa mostu o konstrukcji stalowej nad Rzeką Elbląg, o konstrukcji stalowej (bezsporne), o wartości kilkudziesięciu milionów. Zatem wymaganie posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie nadzorowania (w okresie ostatnich 10 lat) budowy jednego mostu o konstrukcji stalowej jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Nie jest również nadmierne (wartość obiektu referencyjnego, zarówno przed zmianą treści warunku, jak i po zmianie jest znacząco niższa, jak obiektu będącego przedmiotem umowy).

Zamawiający zauważył, że Odwołujący twierdzi, że nadzór nad obiektem mostowym czy to o konstrukcji stalowej, czy zespolonej, czy też jeszcze innej przedmiotowo się nie różni (str. 3 tabeli). Ten wniosek Odwołujący wywodzi z tej okoliczności, że Inżynier wypełnia tożsame obowiązki czy to w przypadku obiektu o konstrukcji stalowej, czy stalowo zespolonej. Jak słusznie wskazuje ustawa Pzp, warunki udziału w postępowaniu mają umożliwić wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Aby dawać rękojmię należytego wykonania umowy w zakresie dotyczącym mostu zaprojektowanego i wykonanego w określonego technologii, należy posiadać nabyć doświadczenie przy wykonywaniu nadzoru nad takim właśnie obiektem. Technologie stalowe, stalowo-zespolone, żelbetowe itp. są to po prostu inne technologie, wymagające innego zespołu cech wiedzy i doświadczenia. Budowa mostu to nie składanie klocków Lego, a skomplikowany zespół czynności zaczynających się już od doboru właściwej stali, prefabrykacji sekcji, budowy przyczółków, zaawansowanych technik spawania i łączenia elementów itp. Przy wszystkich tych czynnościach wymagany jest specjalistyczny nadzór wykonawcy i jego personelu posiadającego doświadczenie w tej konkretnej technologii. Na marginesie wywodu Zamawiający wskazuje, że takie brzmienie warunku miało, miejsce podczas wyboru Inżyniera Kontraktu dla pierwszej części budowanej drogi wodnej, w konsekwencji czego w SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia na usługi: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - część I", zawarto analogiczne postanowienia. Tak samo w przypadku warunku doświadczenia Inżyniera nadzoru robót w branży inżynieryjnej. Analogiczną retorykę Odwołujący stosuje wobec kryterium oceny ofert „Kryterium: Doświadczenie zawodowe INM", wskazując, że nieuzasadnione jest pozbawienie Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia możliwości dodatkowych punktów za obiekty mostowe o konstrukcji innej niż stalowa, nie dostrzegając, że pod pojęciem „Doświadczenie zawodowe INM" SIWZ nakazuje rozumieć „doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę w Wykazie osób do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót w branży mostowej, na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych, przez cały okres ich realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub na każdej przez okres minimum 12 miesięcy, każda o wartości minimum 10 min (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto", a więc mowa w tym przypadku jest ogólnie o drogowych obiektach mostowych. Wskazane kryterium oceny ma wpływ na jakość wykonania przedmiotu zamówienia, wobec czego całkowicie racjonalne jest umieszczenie zapisu o tej treści, który również w identycznym brzmieniu znalazł się w SIWZ dot. postępowania na usługę: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - część I". (Dowód: wyciąg z SIWZ projektu pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - część I")

Odnosząc się do sugerowanego przez Odwołującego, braku rozeznania znaczenia pojęcia rozpoczęcia robót, Zamawiający wskazał, na wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2015 roku, w sprawie o sygn. KIO 2739/15, zgodnie z którym: „Brak zdefiniowania w treści SIWZ określonych pojęć przez zamawiającego wymaga odwołania się do powszechnego rozumienia danego pojęcia w branży, przy uwzględnieniu całokształtu zapisów SIWZ. Odejście zaś od powszechnego rozumienia musi być uzasadnione obiektywnymi przyczynami, nie zaś subiektywnym dążeniem do uzyskania zamówienia za wszelką cenę.''. Jeśli odwołujący się Wykonawca, jak sam wskazuje, jest doświadczonym profesjonalistą, to formułowanie takich wątpliwości wydaje się nie na miejscu. Pzp nie wymaga definiowania wszystkich pojęć, a dla każdego profesjonalisty określenie rozpoczęcia robót budowanych nie powinno nastręczać trudności. W

razie wątpliwości należy zadać pytanie w oparciu o art. 38 ust. 1 SIWZ, a nie wnosić odwołanie do KIO.

W odniesieniu do członka personelu - Inspektora nadzoru robót mostowych (INM) Zamawiający wymaga, aby osoba ta posiadała doświadczenie w zakresie nadzoru nad obiektem mostowym o konstrukcji stalowej. Jest to warunek minimalny. Jednocześnie Zamawiający punktuje dodatkowe doświadczenie tej osoby w zakresie drogowych obiektów mostowych dowolnej konstrukcji. O ile bowiem dla umożliwienia wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy niezbędne jest posiadanie doświadczenia w zakresie obiektów mostowych o konstrukcji stalowej, to niewątpliwie duże doświadczenie w nadzorze nad budową lub w kierowaniu budową dużej ilości obiektów mostowych wpływa pozytywnie na jakość wykonywanej usługi. Praca personelu Inżyniera Kontaktu jest w głównej mierze usługą intelektualną, a co za tym idzie, pomijając indywidualne predyspozycje danej osoby, wzrost doświadczenia jest tu prostą funkcją ilości budów.

Przedstawiając stanowisko w zakresie zarzutów dotyczących treści OPZ i postanowień wzoru umowy, Zamawiający wskazał na wzajemnie tożsamy charakter treściowy, zarzucający Zamawiającemu sformułowanie OPZ i wzoru umowy w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, uprzywilejowujący swoją pozycję, a tym samym naruszający równowagę kontraktową stron. Odwołujący, choć sygnalizuję specyfikę pozycji zamawiającego i wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to niedostatecznie dobrze ją uchwytuje. Najbardziej transparentną różnicą w stosunkach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego a „klasycznym" stosunkiem umownym jest brak równorzędności podmiotów. W konsekwencji czego wyrażona w art. 353^1 k.c. zasada swobody umów doznaje swoistych ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych. Wskazuje się w orzecznictwie, że ograniczenia te mają trojaki charakter: „(...) po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami" (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 47/18). Powyższe nie oznacza absolutnej swobody zamawiającego, a swoistymi „punktami granicznymi" jest wskazana zasada swobody umów, a także regulacja art. 5 kc, stanowiąca o nadużyciu prawa podmiotowego. Idąc dalej za przywołanym wyrokiem: „Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353^1 k.c., co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika expressis verbis z przepisów Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające żart. 353^1 k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia lub zmian wynagrodzenia, rozszerzenie zasad odpowiedzialności wykonawcy realizującego kontrakt. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze." Specyfiką inwestycji publicznych i jednocześnie główna cecha odróżniająca od inwestycji prywatnych w odniesieniu do funkcji Inżyniera Kontraktu, jest to, że o ile inwestor prywatny nie ma żadnych problemów z pozbyciem się Inżyniera, który nienależycie wykonuje obowiązki (następnego dnia po odstąpieniu od umowy może wprowadzić kolejnego), to inwestor publiczny takiego komfortu, ani takiej możliwości nie ma. Inwestor publiczny po odstąpieniu od umowy musi zorganizować kolejny przetarg, co zajmuje w realiach polskich minimum kilka miesięcy w trakcie których budowa stoi (bo nie ma kto jej nadzorować i rozliczać). Roszczenia wykonawcy robót budowlanych, czy skutki przerwania budowy są dla inwestora publicznego tak daleko idące, że w praktyce nie zostaje mu nic innego, jak kontynuować budowę z Inżynierem Kontraktu, którego każdy prywatny inwestor z budowy dawno by wyrzucił. Okoliczność ta dodatkowo uzasadniana zwiększony rygoryzm umów z inżynierami kontraktu zawieranymi przez podmioty publiczne. Jednoznacznie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przesądza również treść art. 29 ustawy Pzp, traktującego o opisie przedmiotu zamówienia, a którego naruszenie przez Zamawiającego wskazuje Odwołujący. I tak jak uwypukla się w innych fragmentach popełnionych tutaj rozważań, tak też i w odniesieniu do tego przepisu wskazuje się, że: „Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której realizacji przedmiotu zamówienia nie może podjąć się dany wykonawca z branży, z uwagi na to, że nie dysponuje odpowiednimi zasobami niezbędnymi przy wykonywaniu danego zamówienia lub zasoby te posiada, lecz są one zaangażowane przy realizacji innych zamówień tego rodzaju" (wyrok KIO z dnia 19 października 2020 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 2041/20, 2073/20, 2077/20.) Po trzecie, przed dokonaniem oceny poszczególnych zarzutów szczegółowych należy mieć na względzie przedmiot umowy. Są nim usługi Inżyniera Kontraktu nad wykonaniem określonego obiektu budowlanego (tutaj raczej zespołu

obiektów). Ponadto dodatkowo zakres przedmiotu umowy rozszerzono o usługi projektowe (odrębnie płatne i wyceniane). Zamówienia publiczne przewidziane są dla profesjonalistów i profesjonalistom nie trzeba szczegółowo opisywać tego, co się na danej budowie może wydarzyć. Budowa może toczyć się bezproblemowo, a może być dokładnie odwrotnie (np. z powodu dużej ilości roszczeń). Każdy z tych scenariuszy musi być i jest zakładany w cenie oferty; jest to normalne ryzyko rynkowe każdej budowy. Opis nadzorowanych robót budowlanych znajduje się w OPZ, nadto całość dokumentacji jest dostępna w równolegle toczącym się postępowaniu na wybór wykonawcy robót. W przypadku usługi Inżyniera Kontraktu Zamawiający nabywa po prostu czas pracy określonego zespołu doświadczonego personelu. Jest to usługa o charakterze ciągłym, a nie umowa rezultatu, przez co zasadniczym składnikiem cenowym są koszty pracy personelu. Udział pozostałych kosztów (np. koszty ubezpieczenia, koszty finansowe, koszty logistyki czy informatyki) w relacji do kosztów pracy jest niewielki. Usługa Inżyniera ma charakter kompleksowy i obejmuje wszystkie czynności związane z szeroko rozumianym zarządzaniem budową. Profesjonalny wykonawca bez trudu jest w stanie oszacować zakres prac i ryzyka związane z realizacją danej budowy. Konkretyzacja i wycena danej pracy projektowej następuje na etapie realizacji zamówienia, przez co mechanizm ten wyklucza narzucenie wykonawcy realizacji projektowania poniżej kosztów (w umowie nie ma mechanizmu nakazującego wykonawcy wykonanie danej pracy projektowej poniżej wyceny wykonawcy.

Nadto Zamawiający zauważył m.in., że Odwołujący domaga się obligatoryjnej zgody Zamawiającego, jeżeli zmiana składu Personelu wynika z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, wskazując również na zagrożenie karami umownymi i podniósł, że bez przedmiotowego zapisu oczywiste jest, że po stronie wykonawcy wystąpi dowolność w zmianie składu personelu (brak zawinienia wykonawcy jest całkowicie niesprawdzalny, a Zamawiający nie będzie przecież przeprowadzał dochodzenia w tym zakresie), co jest okolicznością wysoce negatywnie wpływającą na tok robót. Tymczasem § 2 ust. 2 umowy należy czytać całościowo - określa on przypadki obligatoryjnej wymiany członków personelu (m.in. z powodu przyczyn niezależnych od Wykonawcy). Uprzednia zgoda Zamawiającego oznacza, że Zamawiający musi zweryfikować doświadczenie danej osoby i jest postanowieniem dość oczywistym. Zamawiający dąży to tego, aby wykonawca ustanowił trwały i niezmienny przez czas budowy zespół specjalistów, a sytuacje zmiany jego składu mają następować w zdecydowanie wyjątkowych sytuacjach. Zamawiający podobnie jak każdy racjonalnie działający inwestor wymaga uzgodnień w zakresie urlopów. Budowa nie może czekać, bo nie ma osoby zastępującej z powodu nieobecności danego członka personelu. Uzgadniane urlopu nie stanowią problemu - skoro zostaną uzgodnione, to jest możliwa właściwa koordynacja budowy. Odwołujący oczekuje również wykreślenia zapisu o możliwości żądania zmiany osoby z powodu jej zaangażowania w inne projekty. Żądanie to jest niezrozumiałe, bo jest to klasyczny i najczęstszy w praktyce powód nienależytego wykonywania usług. Dostrzegł to nawet ustawodawca unijny wprost ustanawiając możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z tego powodu. Wykonawca domaga się również pisemnego wezwania do poprawy i zakreślenia terminu. Takie żądanie jest wyrazem nieuprawnionej chęci kształtowania treści stosunku umownego, do czego wykonawca nie jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w procedurze otwartej uprawniony. Zamawiający rozumie niezadowolenie spowodowane rygoryzmem zastosowanego rozwiązania, tym niemniej jak wskazano wcześniej, to Zamawiający określa warunki umowne, na jakich chce zatrudnić wykonawcę, a wykonawca decyduje, czy te - czasem rygorystyczne warunki umowne - akceptuje i chce złożyć ofertę. Doświadczenia praktyczne wskazują, że żądanie zmiany członka personelu jest ostatecznością i jest zawsze poprzedzone wieloma nieformalnymi uwagami, konsultacjami i rozmowami mającymi doprowadzić do zmiany nienależytego sposobu wykonywania umowy. Zamawiający stosuje tego rodzaju zapisu w umowach od kilkunastu lat i jeszcze się nie zdarzyło, aby musiał je stosować - sama obecność takiego zapisu dyscyplinuje wystarczająco członków personelu Inżyniera. Całkowicie niezrozumiałe dla Zamawiającego jest żądanie swobodnego brania urlopów na czas krótszy niż 5 dni roboczych. Jest to tak irracjonalne, że trudno się w ogóle do tego ustosunkować. Załóżmy kluczową, istotną naradę planowaną z wyprzedzeniem, z obecnością kluczowego personelu wykonawcy. Kształtowanie warunków umowy należy do Zamawiającego, a nie do Wykonawcy, a kwestionowany zapis jest standardem w tego rodzaju umowach tak na rynku publicznym, jak i prywatnym.

Zamawiający odniósł się negatywnie także do żądania wykreślenia zapisu § 3 ust. 2 wskazującego na obowiązek takiego świadczenia usługi przez Inżyniera Kontraktu, aby nie dopuścić do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zgłaszania roszczeń z odstąpieniem włącznie i aby osiągnięty został cel określony w SIWZ, wskazując, że zapis ten ma charakter dyrektywny (nie jest usankcjonowany w żaden sposób) i oddaje istotę pracy Inżyniera, którego celem jest takie nadzorowanie robót, aby obiekt powstał w terminie i w budżecie. Wbrew treści uzasadnienia zarzutu, nie sposób w zapisie tym znaleźć niczego więcej, jak obowiązku starannego działania. Zamawiający oczekuje planowania i reagowania z wyprzedzeniem, dzięki czemu problemy mogące generować roszczenia wykonawcy są rozwiązywane „w zarodku".

W zakresie kontroli Zamawiający stwierdził, że Odwołujący chciałby, aby był uprzedzany o kontroli instytucji kontrolnych z 7-mio dniowym wyprzedzeniem, a sama kontrola przeprowadzana miałaby być nie częściej, jak raz na pół roku. Zamawiający również chciałby mieć taki komfort pracy, niestety nie ma, a współpraca Inżyniera w toku kontroli jest kluczowa dla jej pomyślnego wyniku. Kwestionowany zapis umowy dotyczy zapewnienia wglądu do dokumentów, co trudno nazwać żądaniem nadmiernym nawet w przypadku częstych kontroli.

Odnośnie zarzutów odnoszących się do ryczałtowego modelu wynagrodzenia, Zamawiający podniósł, że Odwołujący domaga się wykreślenia ryczałtu jako niezmiennego i obowiązującego do końca realizacji umowy. Tymczasem taka właśnie jest istota ryczałtu. Zarzut jest wyrazem nieuprawnionego dążenia Odwołującego do kształtowania postanowień wzoru umowy w sposób komfortowy dla Wykonawcy. Odwołujący domaga się również, aby część wynagrodzenia uzależniona od postępu robót płatna była na również proporcjonalnie do wartości robót odebranych przez Zamawiającego, a nie tylko zafakturowanych przez Wykonawcę. Pomijając nieadekwatność propozycji do przedmiotu umowy oraz do FIDIC (Zamawiający nie odbiera żadnych robót - jeżeli już, to odbiera je Inżynier), to kluczowe znaczenie tak dla Zamawiającego, jak i wykonawcy robót, jest postęp rzeczowo- finansowy. Co z tego, że wykonawca buduje, ale Inżynier nie wyrabia się z rozliczaniem (powszechna sytuacja) - uniemożliwiając wykonawcy sprzedaż robót. Historia nie zna przypadku, aby wykonawca robót budowlanych nie chciał wystawiać faktury i otrzymywać zapłaty za wykonane roboty, więc sposób płatności wynagrodzenia, motywujący Inżyniera do szybkiego wystawiania Przejściowych Świadectw Płatności, jest celowy oraz mieści się w pełni w ramach uprawnienia Zamawiającego do swobodnego kształtowania treści umowy z wykonawcą.

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący w ramach zarzutu domaga się również, aby zatwierdzenie danego raportu przez Zamawiającego było jednocześnie potwierdzeniem należytego wykonania usługi i stwierdził, że nie podziela tego postulatu i jedynie tak można ustosunkować się do tak sformułowanego zarzutu. Kwestionowane postanowienie nie

narusza żadnego przepisu, a zarzut Odwołującego jest w istocie postulatem o zmianę wzoru umowy.

Następnie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący domaga się wykreślenia wymogu zgody Zamawiającego na dokonywanie potrąceń i stwierdził, że nie wyraża zgody na taki postulat. Możliwość zastrzeżenia w umowie zakazu potrąceń jest dopuszczalna w ramach swobody kontraktowania. Klauzula taka jest wykluczona wyłącznie w umowach z konsumentem. Również kolejne postulaty dotyczą wykreślenia z § 6 ust. 14 robót dodatkowych i zmiany technologii jako nie stanowiącej podstawy do zmiany wynagrodzenia. W tym zakresie Zamawiający odwołał się do wcześniejszych uwag dotyczących kompleksowości usług Inżyniera. Roboty dodatkowe i zamienne w tak złożonej inwestycji z pewnością wystąpią i Inżynier ma obowiązek świadczyć usługi również w takim przypadku. Odwołujący domaga się również dopisania treści, że w razie niewykonania części przedmiotu umowy tylko z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wynagrodzenie nie należy się, jak również domaga się płatności wynagrodzenia za gotowość. Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na taki zapis, gdyż poza komfortem wykonawcy nie bardzo wiadomo, dlaczego miałby się znaleźć w umowie. W przypadku umowy o świadczenie usług ciągłych, jeżeli część umowy nie została wykonana, to dlaczego Zamawiający miałby płacić wynagrodzenie za niewykonaną usługę. Przedmiotowy zapis nie wyklucza natomiast roszczeń odszkodowawczych Inżyniera np. w razie nieuprawnionego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

Dalej Zamawiający zauważył, że Odwołujący w pkt Lp. 6 domaga się waloryzacji wynagrodzenia. Jest to postulat, a nie zarzut. Zamawiający nie stosuje waloryzacji i nie uwzględnia postulatu wykonawcy. W zarzucie Lp. 7 dot. § 7 ust. 1 umowy Odwołujący zarzuca natomiast naruszenie interesów wykonawcy w odniesieniu do przeniesienia autorskich praw majątkowych. Zarzut jest niezrozumiały, gdyż wszelkie dokumenty wytworzone przez Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji usługi (a także nabyte, jak np. ekspertyzy zewnętrzne) są związane z robotami i służą ich realizacji i Zamawiający musi nabyć pełne autorskie prawa majątkowe do tych dokumentów. Stosownie do treści § 6 ust. 1 umowy, wynagrodzenie obejmuje również autorskie prawa majątkowe, zatem nie jest możliwa sytuacja, w której nabycie tych praw nastąpi nieodpłatnie. W zarzucie Lp. 8 (§ 8 ust. 1-4 umowy) Odwołujący kwestionuje zapisy dotyczące kar umownych. Żadne kary umowne nie podobają się żadnemu wykonawcy, tym niemniej Zamawiający jest uprawniony do ich określenia. Wbrew stanowisku Odwołującego, kary nie są nadmierne oraz pozostają całkowicie adekwatne do negatywnych skutków, jakie nienależyte wykonywanie umowy przez Inżyniera może przynieść Zamawiającemu w odniesieniu do realizacji robót budowlanych, w tym roszczeń wykonawcy tych robót. Dodatkowo Wykonawca domaga się zapłaty kary umownej na jego rzecz. Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie postulatu Wykonawcy. Wprowadzenie kary umownej zastrzeżonej tylko dla jednej strony jest powszechnie spotykane w obrocie, nie godzi w naturę stosunku. Żaden przepis prawa nie wymaga wprowadzenia takiej kary „w obie strony". W zarzucie Lp. 9 (§ 9 ust. 11 umowy) Odwołujący kwestionuje wymóg uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę podwykonawcy w trakcie realizacji umowy. Zarzut ten w ocenie Zamawiającego jest nieuzasadniony. Podobnie jak we wcześniejszym fragmencie dotyczącym zmiany personelu wykonawcy - brak wymaganej zgody Zamawiającego naraża na dowolność zmian podwykonawców, wobec czego postanowienie nakładającego obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na zmianę o tym kształcie jest jak najbardziej racjonalny. W zarzutach Lp. 10 (§10 umowy) i Lp. 11 (§llust. 2, 5-8 umowy) Odwołujący podnosi kwestie dotyczące wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy a także jej zmiany. Oba te niezasadne zarzuty odnoszą się do swobody kontraktowania, a bardziej przyznanego zamawiającemu przez prawo zamówień publicznych uprawnienia do kształtowania treści postanowień przyszłej umowy. Znakomita część zawartych przez Odwołującego twierdzeń w tej części jest pokłosiem jego wcześniejszych opinii, wobec czego zbędne jest powielanie uprzednich rozważań, tym niemniej wskazać trzeba na istotę, wskazanych przez momentem, swobód zamawiającego i występującej na gruncie prawa zamówień publicznych swoistej asymetrii stron. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 sierpnia 2020 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 1716/20: „Nie jest uzasadnione dążenie i oczekiwanie wykonawcy do uzyskania pełnej symetrii stron w umowie w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 3531 k.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego. Nie ma zatem obowiązku każdorazowego zapewnienia symetrii zobowiązań i uprawnień obu stron, ponieważ realizują one inne zadania, w szczególności wykonawcy nie wykonują zadań publicznych." Zastanawiać tez może zdziwienie Odwołującego co do zapisu wskazującego na „możliwość" zmiany umowy, gdyż oczywistym jest, że zmiany postanowień umownych są z zasady czymś nieoczekiwanym i dążeniem zamawiających jest zachowanie tożsamości treściowej pierwotnej umowy, a co więcej, generalną regułą stosowaną w prawie zamówień publicznych jest niezmienność poza sytuacjami wyjątkowymi, treści umowy. Możliwość nie oznacza obligatoryjności - zmiana umowy wymaga uzgodnienia obu stron umowy w drodze negocjacji i żadna nie powinna móc przymuszać drugiej strony do zawarcia aneksu. Błędny jest zarzut niezgodności § 10 ust. 1 pkt 7 umowy z art. 83 Prawo upadłościowe. Treść art. 83 ustawy Prawo upadłościowe: Postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne. W § 10 ust. 1 pkt 7 umowy jako przesłankę do odstąpienia od umowy wskazano natomiast postępowanie likwidacyjne, a nie upadłościowe. Odwołujący myli zatem pojęcia likwidacji z kodeksu spółek handlowych z upadłością z ustawy Prawo upadłościowe. Podstawy odstąpienia od umowy zostały określone rygorystycznie, jednakże pod względem prawnym prawidłowo (tzw. lex commisoria). W zarzucie Lp. 12 (§12 ust. 7 umowy) Odwołujący domaga się ograniczenia solidarnej odpowiedzialności członków Konsorcjum za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców, kosztów wykonania zastępczego lub zastępczego zatrudnienia członków personelu. Zdaniem Odwołującego powyższa odpowiedzialność członka Konsorcjum winna być uzależniona od świadomości w przedmiocie zawarcia umowy z danym podwykonawcą. Jest to dość osobliwy postulat, będący w kontrze do natury konsorcjum, które ze swej istoty bazuje na wspólnym ryzyku i wspólnej odpowiedzialności jej członków i właśnie w tym celu jest zawierane, wobec czego, po raz kolejny - Zamawiający z tak sformułowanym postulatem się nie zgadza. Zamawiający - poza dwoma przypadkami - nie określa stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą, a członkami jego personelu (może to być umowa o pracę, ale i umowa cywilnoprawna, czyli podwykonawstwo). O ile zapłata wynagrodzenia ze stosunku pracy podlega daleko idącej ochronie (w tym karnoprawnej), to już takiej ochrony brak w odniesieniu do „zwykłych" umów cywilnoprawnych. Z kolei wieloletnie doświadczenia Zamawiającego wskazują, że terminowość wypłaty wynagrodzenia członkom personelu (również tym funkcjonującym na zasadzie podwykonawstwa) ma kluczowe znaczenie dla jakości ich pracy (i dla pracy w ogóle). Stąd też Zamawiający rozbudował postanowienia umowne dotyczące podwykonawstwa, zgłaszania umów podwykonawczych, możliwości bezpośredniej zapłaty podwykonawcom przez Zamawiającego itp. Zamawiający w ramach swoich uprawnień do kształtowania umowy ma zatem pełne prawo wymagania solidarnej odpowiedzialności wszystkich członków konsorcjum za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, tak, aby w tych wyjątkowych wypadkach,

w których będzie zmuszony do zastępczej płatności, móc żądać refundacji od całego konsorcjum.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia natury stosunku prawnego i zasad współżycia społecznego, jako powtarzanego przez Odwołującego w każdym przypadku, Zamawiający podniósł, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przesądza, że: „Nie jest uzasadnionym powoływanie się na art. 353^1 k.c. w celu doprowadzenia do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla wykonawcy. Nie jest bowiem tak, że postanowienia umowy przez sam fakt, że z różnych względów nie są korzystne w ocenie wykonawców, są sprzeczne z naturą stosunku lub zasadami współżycia społecznego, czy też naruszają równowagę stron. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących warunków realizacji przedmiotu zamówienia." (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2019 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 51/19)". W podobnym tonie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 6 kwietnia 2018 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 484/18, w którym to skonstatowano, że: „14/ przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego". Akcentuje się także to, że kształtowanie przez zamawiającego treści umowy jest wyłącznie korzystaniem z przysługującego mu uprawnienia i treściom tych postanowień, będących w odczuciu wykonawcy niewłaściwymi, nie można machinalnie przypisywać charakteru zaburzającego naturę stosunku prawnego i naruszającego zasady współżycia społecznego - „Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego."(wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 1836/20). Dokładnie taka sytuacja występuje w niniejszej sprawie. Odwołujący, uznając, że jakieś postanowienia są dla niego niekorzystne, automatycznie podnosi, że jest to sprzeczne z naturą stosunku prawnego, narusza równowagę stron i jest w opozycji do zasad współżycia społecznego. Wykazano natomiast, że gros tych postanowień wynika ze specyfiki usługi Inżyniera Kontraktu, będącej przedmiotem umowy w postępowaniu oraz z potrzeb Zamawiającego uzasadnionych doniosłością funkcji Inżyniera Kontraktu oraz rozmiarem grożących skutków finansowych nienależytego wykonywania przez niego usługi. Abstrahując od powyższego, dodać należy, że niewystarczającym jest samo powoływanie się na owe naruszenia, gdyż jak stwierdzono w wyroku KIO z dnia 29 września 2017 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 1902/17: „Do stwierdzenia naruszenia normy art. 353^1 k.c. konieczne jest wykazanie przez odwołującego, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współżycia społecznego.", wobec czego formułowanie przez Odwołującego tego typu zarzutów bez pokrycia należy traktować jako gołosłowne.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że każdy ze stawianych przez Odwołującego zarzutów pozostaje w związku z omawianym niżej przepisem. Przepis ten kształtuje naczelną zasadę, którą powinno rządzić się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powoływanie się na naruszenie tego przepisu musi mieć mocne podstawy faktyczne i prawne. Jak wskazuje orzecznictwo: „Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Zamawiający nie ma więc prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. Stąd obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób." (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 marca 2019 r., I GSK 1056/18). Z przywołanego orzeczenia płynie dość jednoznaczny wniosek - z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 PZP mamy do czynienia, gdy zamawiający stosuje jakieś kryteria dyskryminujące wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale w znaczeniu, że różnicuje sytuację podmiotową wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, np. poprzez stosowanie jakichś pozaumownych kryteriów w stosunku tylko do niektórych dopuszczonych do postępowania wykonawców. Tymczasem w odniesieniu tak do warunków udziału, jak i postanowień OPZ i wzoru umowy, wszyscy wykonawcy są traktowani równo.

Zamawiający podał, że stosuje tego rodzaju zapisy OPZ czy wzoru umowy od lat, w wieku postępowaniach, m.in. w postępowaniu dotyczącym pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla części pierwszej robót budowlanych dotyczących kanału żeglugowego (tj. samego kanału przez Mierzeję Wiślaną, sztucznej wyspy i portu od strony Zatoki Gdańskiej (dowód: wyciąg z SIWZ projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - część I"; informacja z otwarcia ofert z dnia 30 grudnia 2019 roku, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji do Suplementu do DzUUE z dnia 23 grudnia 2020 roku).

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody załączone do złożonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci opracowań sporządzonych na zlecenie Ministra Infrastruktury dotyczących drogowych obiektów mostowych po 2008 r., a także złożonej przez Zamawiającego umowy w ramach części pierwszej postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wyrażającą się w utracie możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu, jednak ukształtowanie warunków udziału i kryteriów oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp istotnie utrudnia, a wręcz uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty.

Zachowanie aktualnej treści SIWZ stanowi zatem dla Odwołującego ryzyko pozbawienia go szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą Pzp, którego głównym i nadrzędnym celem jest umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania. Opis przedmiotu zamówienia i warunków umowy nie pozwala Odwołującemu rzetelnie przygotować oferty i skalkulować ceny, skoro Odwołujący w istocie nie jest w stanie ocenić zakresu rzeczowego zamówienia ani nie zna szczegółowych warunków realizacji części zamówienia polegającego na pracach projektowych. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego reguł rynku Pzp, warunki realizacji Zamówienia ustalone w SIWZ kształtują odpowiedzialność przyszłego wykonawcy, podział ryzyk pomiędzy stronami przyszłej umowy na realizację Zamówienia w sposób naruszający równowagę kontraktową stron, co uzasadnia interes Odwołującego w złożeniu odwołania. W opinii Odwołującego, bezsprzecznym jest fakt, iż zmiana SIWZ w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mająca na celu ustalenie warunków udziału, kryteriów oceny ofert oraz warunków realizacji Zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Zachowując wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się jego uczestnikiem.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wybór Inżyniera Kontraktu w ramach ww. projektu, który, jak wskazał Zamawiający pełni zasadnicze funkcje w postaci: pełnienia funkcji inspektorów nadzoru budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zarządzania budową w imieniu Zamawiającego, w tym akceptacja materiałów, dokonywania odbiorów i rozliczania budowy oraz rozpatrywania roszczeń wykonawcy.

Zarzuty odwołania zostały pogrupowane w poniższy sposób:

1)Zarzuty odnoszące się do postanowień SIWZ, określających warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. warunku pkt 1 ppkt 1.3 lit. A pkt 2 oraz warunku pkt 1 ppkt 1.3 lit. B pkt 5 SIWZ – zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;

2)Zarzut odnoszący się do postanowienia SIWZ, określającego kryterium oceny ofert, tj. kryterium „Doświadczenie zawodowe INM" – zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;

3)Zarzuty dotyczące sposobu sformułowania opisu przedmiotu zamówienia (OPZzałącznik nr 4 do SIWZ) – zarzuty naruszenia:

a)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.,

b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

4)Zarzuty odnoszące się do treści postanowień wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), w tym dotyczące:

a)§1 regulującego przedmiot Umowy - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c. oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 k.c.;

b)§2 regulującego personel Wykonawcy - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 k.c oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 k.c.;

c)§3 regulującego terminy - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

d)§ 4 regulującego zobowiązania Wykonawcy - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c. oraz naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, 4 i 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

e)§6 regulującego wynagrodzenie i warunki płatności - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c oraz naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

f)§7 regulującego prawa autorskie dotyczące dokumentów - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3, 4 i 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

g)§8 regulującego kary umowne - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c. oraz naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, 4 i 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

h)§9 regulującego podwykonawstwo - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

i)§10 regulującego wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c. oraz naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

j)§11 regulującego zmiany umowy - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c oraz naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.;

k)§ 12 regulującego solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 PZP w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353^1 k.c.

Poszczególne zarzuty, w tym żądania odwołania, z uwagi na sposób sporządzenia odwołania (tabelaryczne ujęcie zarzutów w załącznikach do odwołania) zostały w części przytoczone w ww. pismach stron, oraz w dalszej części uzasadnienia.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 roku zmienił brzmienie ww. warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.3 lit. A w następujący sposób:

Zamiast: Lit. A. Wykonał w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi (każda pełniona przez cały okres realizacji danej inwestycji lub przez okres minimum 12 miesięcy, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego), których przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w ramach zakończonych inwestycji, polegających na wykonaniu: Pkt 2) budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto

Powinno być: Lit. A. Wykonał w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi (każda pełniona przez cały okres realizacji danej inwestycji lub przez okres minimum 12 miesięcy, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego), których przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w ramach zakończonych inwestycji, polegających na wykonaniu: 2) dwóch drogowych obiektów mostowych (wykonanych w ramach jednej lub odrębnych inwestycji) o łącznej wartości nie mniejszej niż 15 min (słownie: piętnaście milionów) PLN brutto, w tym co najmniej jeden z tych obiektów o konstrukcji stalowej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty (cztery z ww. piętnastu):

Ad. rozdział V pkt 1 ppkt 1.3 lit. A pkt 2 oraz pkt 1 ppkt 1.3 lit. B pkt 5 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia określających warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymogu doświadczenia w zakresie budowy drogowego obiektu mostowego o konstrukcji stalowej.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wprowadzona przez Zamawiającego zmiana warunku udziału w postępowaniu nie wpływa na treść postawionych w odwołaniu zarzutów, w tym związanych z nimi żądań. W związku z tym odwołanie w tym zakresie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Stosownie do art. 22 ust. 1a ustawy Pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawcy środki dowodowe w sposób. Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności.*

Jak słusznie zauważył Zamawiający w swoim piśmie złożonym w dniu 8 stycznia 2020 r. zasada proporcjonalności oznacza m.in., że opisane warunki udziału w postępowaniu mają być adekwatne do osiągnięcia celu, tj. wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy, a obowiązkiem zamawiającego w tym zakresie jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też do sytuacji rynkowej.

Przedmiotem zamówienia są kompleksowe usługi Inżyniera Kontraktu w rozumieniu FIDIC, przy określonej robocie budowlanej, w skład której wchodzi min. budowa mostu o konstrukcji stalowej. Zamawiający nie wykazał, że okoliczność, iż ma być wybudowany most o konstrukcji stalowej, wymusza legitymowanie się przez Inżyniera Kontraktu czy Inspektora nadzoru robót w branży inżynieryjnej mostowej doświadczeniem w pełnieniu tej funkcji wyłącznie w zakresie obiektu mostowego o konstrukcji stalowej, nie wykazał, że legitymowanie się doświadczeniem odnoszącym się do obiektu mostowego o konstrukcji stalowo-zespolonej będzie niewystarczające do należytego wykonania umowy.

W ocenie Izby sama okoliczność, iż Inżynier Kontraktu będzie wykonywał swoje obowiązki przy budowie, w skład której wchodzi m.in. budowa mostu o konstrukcji stalowej nie wystarcza do stwierdzenia, iż mając doświadczenie w pełnieniu tej funkcji przy budowie, w ramach której następowało wykonanie obiektu mostowego o konstrukcji stalowo-zespolonej, nie będzie w stanie należycie wykonać swoich obowiązków w analizowanym postępowaniu.

Jak wskazał Odwołujący, konstrukcje stalowe na obiektach mostowych są stosunkowo proste, nie wymagają specjalistycznej wiedzy inżynierskiej, a wiedza Inżyniera Kontraktu o obu materiałach tj. stal i beton gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że obiekt stalowy mostowy jest obiektem nieskomplikowanym, stwierdzając, że skomplikowanie wiąże się z tym, że obiekt jest ruchomy. Warunek udziału w postępowaniu nie zawiera jednak wymogu odnoszącego się do obiektu otwieranego.

Zauważenia również wymaga, że kryterium Doświadczenie zawodowe INM (Inspektora nadzoru robót w branży mostowej) nie ma takiego zawężenia doświadczenia, lecz jest wskazanie na doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów, których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych. Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie zaznaczył, że kryterium to ma wpływ na jakość wykonania przedmiotu zamówienia i dlatego jego umieszczenie w SIWZ jest racjonalne. Praca Inżyniera Kontraktu jest w głównej mierze usługą intelektualną, a co za tym idzie wzrost doświadczenia jest prostą funkcją ilości budów.

Skoro dla zapewnienia odpowiedniej jakości wykonania przedmiotu zamówienia jest odpowiednie doświadczenie odnoszące się ogólnie do drogowych obiektów mostowych, i ich referencyjna ilość decyduje o ilości możliwych do uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, to za nieuzasadnione należy uznać zawężenie ww. warunków udziału w postępowaniu do obiektów mostowych wyłącznie o konstrukcji stalowej.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że w okresie ostatnich 10 lat, tj. w okresie, z którego ma pochodzić doświadczenie, były wykonywane bardzo nieliczne obiekty mostowe konstrukcji stalowej.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że do niego należy prawo określenia warunków udziału w postępowaniu. Prawo to musi być jednak wykonywane z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa, w tym z ww. przepisem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, tj. w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności. Skoro za uzasadnione i mające wpływ na jakość usług Inżyniera Kontraktu Zamawiający uznaje doświadczenie odnoszące się ogólnie do obiektów mostowych, to nie można uznać, iż minimalny poziom zdolności ma się odnosić do ściśle określonego, nielicznie występującego, obiektu mostowego o konstrukcji stalowej.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, powołując się wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO 1988/20: W art. 22 ust. 1a p.z.p. wskazano sposób określenia proporcjonalności, tj. że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia, a warunek ma być tak postawiony, by umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub sposobem realizacji. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

W związku z tym należy uznać, że zasadnym jest dopuszczenie legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem także przy obiekcie mostowym o konstrukcji stalowo-zespolonej. Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie zmian w SIWZ poprzez dodanie w ww. punktach po wyrazach: „konstrukcji stalowej" wyrazów: „lub stalowo-zespolonej".

Ad. Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ostatni akapit oraz pkt 3 akapit 2 tiret 5 odnoszących się do wykonywania prac projektowych poprzez ich doprecyzowanie, w tym określenie warunków realizacji tych prac, m.in. terminów realizacji prac projektowych, warunków odbioru prac, usuwania wad.

Skoro Zamawiający wymaga aby na jego żądanie Inżynier Kontraktu wykonywał także prace projektowe za podaną przez wykonawcę stawkę godzinową, to dla umożliwienia racjonalnego oszacowania przez wykonawców tej stawki powinien określić także tę część zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi: *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*.

W związku tym Izba nakazała doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez określenie katalogu prac projektowych, warunków realizacji, w tym m.in. terminów realizacji prac projektowych, warunków odbioru, usuwania wad.

Ad. Wzór umowy stanowiącej załącznik nr 5 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia

- § 1 ust. 2

Przepis ten pozostaje w związku z ww. punktami OPZ odnoszącymi się do prac projektowych, które wymagają doprecyzowania po to, aby umożliwić wykonawcom skalkulowanie oferty w zakresie stawki godzinowej za prace projektowe i umożliwić złożenie rzetelnie skalkulowanych i porównywalnych ofert w tym zakresie.

Wbrew stanowisku Zamawiającego zawartemu w odpowiedzi na odwołanie, postanowienia § 4 ust. 23, który przewiduje, że Zamawiający zwraca się o przedstawienie wyceny pracy projektowej (ilość godzin pracy wg stawki określonej w ofercie Wykonawcy), co wykonawca powinien uczynić w terminie 2 dni roboczych o wezwania, określając jednocześnie termin wykonania, a Zamawiający pisemnie akceptuje wykonanie prac wg wyceny Wykonawcy lub wyceny zmienionej w wyniku przeprowadzenia negocjacji, a Wykonawca przystępuje do wykonywania prac, nie są wystarczające. Skoro umowa zawiera zobowiązanie wykonawcy do wykonania prac projektowych na żądanie Zamawiającego, a z § 4 ust. 23 wynika, że Zamawiający na etapie realizacji umowy określa dopiero zakres prac, do których wykonania Wykonawca jest zobowiązany, a jednocześnie nie określa m.in., co się dzieje w sytuacji, gdy strony nie dojdą do porozumienia, co do ilości potrzebnych godzin na wykonanie prac, których kalkulacja powinna nastąpić na podstawie prawidłowo przedstawionego OPZ, to nie można uznać, że kwestia nałożonego na wykonawcę zobowiązania jest prawidłowo uregulowana.

Wykonawcy, celem prawidłowego skalkulowania ofert, powinni mieć przedstawione przez Zamawiającego informacje, które to umożliwiają. W związku z tym umowa wymaga odpowiedniego doprecyzowania w zakresie tej części, która dotyczy wykonywania przez Wykonawcę prac projektowych.

§ 1 ust. 4

Obowiązki, w tym sposób ich wykonania, nakładane przez Zamawiającego powinny być znane Wykonawcom na równych zasadach, aby było możliwe dokonanie przez nich rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Skoro Zamawiający przeprowadza procedury na wybór wykonawców na roboty, dostawy czy usługi, to ma wiedzę, jakie obowiązki przewiduje w umowach z tymi wykonawcami dla Inżyniera Kontraktu i jakiego sposobu ich realizacji oczekuje. W związku z tym jako strona umowy z Inżynierem Kontraktu, powinien je określić w umowie z tym wykonawcą, a nie oczekiwać, że wykonawca ten będzie sam, przed sporządzeniem oferty, poszukiwał umów zawartych lub planowanych do zawarcia z ww. wykonawcami, po to aby dokonać kalkulacji ceny oferty.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązekopisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nałożenie obowiązku wykonania robót, dostaw lub usług w sposób określony w umowach na roboty, dostawy lub usługi jedynie z zaznaczeniem, że chodzi o odpowiednie umowy, nie wskazuje na zastosowanie się do tego przepisu. Inżynier Kontraktu nie jest stroną tych umów.

W związku z tym ogólne wskazanie na takie umowy nie jest opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób wymagany ww. przepisem. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie: „oraz w odpowiednich umowach na roboty, dostawy lub usługi".

Izba uznała, że pozostałe zarzuty odwołania nie podlegają uwzględnieniu. W zasadniczym zakresie, w tym w odniesieniu do nieuwzględnionych przez Izbę zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, taka ocena wynika z tego, iż nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby kwestionowane przez niego postanowienia naruszały wskazane przez niego przepisy prawa.

W szczególności wskazania wymaga, iż Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego odnośnie zmiany warunków udziału w postępowaniu w pozostałym, nieuwzględnionym przez Izbę zakresie, w tym wprowadzenia w warunku odniesienia do podanych w odwołaniu długości przęseł, uznając, iż wskazuje to na dążenie Odwołującego do zaostrzenia warunku, co jest niezasadne. Odwołujący nie wykazał, dlaczego taki wymóg jest niezbędny dla wykazania się doświadczeniem pozwalającym na ocenę, że tylko takie obiekty referencyjne pozwalają na stwierdzenie zdolności do należytego wykonania zamówienia. Ponadto nie zostało wykazane, że taki wymóg nie będzie w sposób nieuzasadniony ograniczał konkurencji w postępowaniu. Nie zostało także wykazane, dlaczego miałoby nastąpić skreślenie sformułowania: „(od rozpoczęcia do zakończenia)" skoro nie jest kwestionowany wymóg doświadczenia przez cały okres realizacji wskazanej roboty budowlanej.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego rozdziału XIII pkt 2 tabela Specyfikacji istotnych warunków zamówienia określających kryterium: „Doświadczenie zawodowe INM". Jak wyżej, odnośnie pierwszego z uwzględnionych zarzutów, zostało przedstawione kryterium Doświadczenie zawodowe INM (Inspektora nadzoru robót w branży mostowej) nie zawiera zawężenia doświadczenia do obiektów mostowych o konstrukcji stalowej, lecz jest wskazanie w nim na doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów, których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych, a zatem szerzej, niż wskazuje Odwołujący. Nadto również w tym przypadku nie została wykazana zasadność żądania zawężenia warunku do wykonania obiektów mostowych o podanych w odwołaniu długości przęseł.

Odnośnie nieuwzględnionych zarzutów dotyczących postanowień wzoru umowy, na wstępie wskazania wymaga, iż szereg z zakwestionowanych postanowień umowy i argumentacja przedstawiona przez Odwołującego wskazują, iż nie chodzi o doprowadzenie zakwestionowanych postanowień do zgodności z prawem, lecz o wprowadzenie rozwiązań bardziej korzystnych dla tego wykonawcy, bez wykazania, że wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia są sprzeczne z konkretnymi przepisami prawa. Odwołujący nie wykazał także, że aktualne postanowienia nie są uzasadnione z punktu widzenia celu ich wprowadzenia.

Tytułem ogólnej uwagi zauważenia również wymaga, iż przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie jest ogólnikowe, nie koncentruje się na wykazaniu każdego ze stawianych zarzutów, lecz zawiera ogólne stwierdzenia, którym trudno odmówić słuszności, jednak nie zostały przedstawione konkretne ich przełożenia na poszczególne postanowienia umowy i wykazanie ich sprzeczności z prawem. Izba nie jest pośrednikiem w negocjacji umów o zamówienie publiczne, lecz ocenia ich zgodność z przepisami ustawy. Jeśli zatem Odwołujący stawia zarzuty naruszenia wskazanych przepisów prawa przez Zamawiającego, to powinien to wykazać. Nie wystarczy samo wskazanie przepisów.

Ad § 1 ust. 5. Doprecyzowanie postanowień OPZ i umowy zminimalizuje ryzyko wykonania zadania przez Inżyniera Kontraktu w zakresie, który nie mógł być przewidziany na etapie sporządzania oferty. W związku z tym wprowadzenie zmiany umożliwiającej wykonawcy żądanie zwiększenia ryczałtowego wynagrodzenia umownego, należy uznać za nieuzasadnione. Nie zostało wykazane, aby brak takiego uprawnienia naruszał wskazane przez Odwołującego przepisy prawa, a jak zauważył Zamawiający, nabywa on usługę kompleksową, obejmującą wszystkie sytuacje, które mogą się wydarzyć w toku realizacji umowy.

Ad. § 2 ust. 2,5,6. W ocenie Izby:

- Wymiana Kluczowych Specjalistów może następować za zgodą Zamawiającego, a wskazanie okoliczności, w jakich wykonawca będzie zobowiązany do zaproponowania kluczowych specjalistów, zawiera m.in. okoliczności niezależne od wykonawcy;

- Zamawiający może żądać zmiany Kluczowego Specjalisty w sytuacji gdy jego zaangażowanie w inne projekty wpływa negatywnie na świadczenie usług w ramach umowy, Tym bardziej, że Odwołujący nie kwestionuje żądania wymiany Kluczowego Specjalisty, jeżeli zostanie uznane, że nie wykonuje on swoich obowiązków wynikających z umowy lub wykonuje je w sposób nienależyty. Nie zostało wykazane, aby brak wnioskowanego przez Odwołującego wezwania do poprawy z zakreśleniem 14 dniowego terminu do poprawy, naruszał wskazane w odwołaniu przepisy prawa. Wykonawca podejmując się wykonania zamówienia publicznego przez cały czas realizacji zamówienia powinien dbać o jego należyte wykonanie;

- Terminy urlopów są co do zasady planowane i uzgadniane. Nie zostało wykazane, aby zatwierdzanie terminów urlopów Kluczowych Specjalistów w czasie realizacji zamówienia przez Zamawiającego naruszało obowiązujące przepisy prawa i nie było możliwości uniknięcia zapłaty kary umownej.

Ad. § 3 ust 2. W ocenie Izby brak jest uzasadnienia dla wykreślenia zapisu dotyczącego określonego nadzorowania wykonywania robót, dostaw lub usług tak, aby nie dopuścić do przedłużenia terminów ich realizacji, czy roszczeń ze strony wykonawców. Postanowienie to wskazuje na wymóg działania Inżyniera Kontraktu z należytą starannością, co jest zrozumiałe.

Ad. § 4 ust.19 Izba stwierdziła brak wykazania przez Odwołującego wystarczającego uzasadnienia dla wprowadzenia limitu czy uprzedzenia o kontroli. Jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, on także jest kontrolowany, a współpraca Inżyniera Kontraktu jest kluczowa dla pomyślnego wyniku takich kontroli. Nadto kwestionowane postanowienie dotyczy wglądu do dokumentów, co nie jest wymogiem nadmiernym, nawet w przypadku częstych kontroli.

Ad. § 6.

- ust. 1. W ocenie Izby skoro w umowie zostało przewidziane wynagrodzenie ryczałtowe, to nie można uznać

zasadności zarzutu dotyczącego wskazania, że chodzi o wynagrodzenie stałe, niezmienne i obowiązujące do końca realizacji umowy;

- ust. 2 pkt 2. Co do zasady fakturowanie robót następuje na podstawie dokonanego ich odbioru, nie ma zatem w związku z tym potrzeby dodawania wnioskowanego sformułowania: „odebranych przez Zamawiającego lub" przed wyrazem „zafakturowanych". Jak zauważył Zamawiający propozycja ta jest nieadekwatna do przedmiotu umowy oraz FIDIC (Zamawiający nie odbiera żadnych robót, lecz czyni to Inżynier). Ponadto dla Zamawiającego kluczowy jest postęp rzeczowo-finansowy. Oznacza to, że nie jest wystarczające samo wykonanie robót, lecz także ich rozliczenie, co należy do Inżyniera Kontraktu i co wpływa na możliwość sprzedaży robót przez wykonawcę. W związku z tym postanowienie to motywuje Inżyniera Kontraktu do sprawnego działania przy wystawianiu Przejściowych Świadectw Płatności. W ocenie Izby nie można uznać za wykazane przez Odwołującego, aby kwestionowane postanowienie, naruszało wskazane przepisy prawa.

- ust. 4. Nie zostało wykazane, aby postanowienie, z którego wynika, że czas dojazdu na narady i spotkania nie jest płatny ponad należne wynagrodzenie za wykonanie prac projektowych, było sprzeczne z wskazanymi przez Odwołującego przepisami prawa. Nadto w sytuacji, gdy, jak zauważył Zamawiający, każda praca jest wyceniana oddzielnie, gdy znany jest jej zakres, w tym ilość i częstotliwość ewentualnych narad i spotkań, żądanie Odwołującego należy także uznać za niewykazane okolicznościami analizowanego postępowania.

- ust. 6. Nie zostało wykazane, aby prawo wniesienia uwag do co do prawidłowości świadczenia usług przez Wykonawcę, nie mogło następować w całym okresie realizacji umowy oraz w okresie rękojmi. Stąd brak uzasadnienia żądania zmiany tego postanowienia, poprzez wykreślenie takiego uprawnienia Zamawiającego.

- ust. 13. Odwołujący w odwołaniu żąda wykreślenia postanowienia dotyczącego zgody Zamawiającego na dokonywanie potrąceń przez Wykonawcę, nie wykazuje przy tym okoliczności wskazujących na istnienie ewentualnych wierzytelności wykonawcy, co do których byłby zainteresowany potrąceniem, a kwestionowane postanowienie mu to utrudnia.

- ust. 14. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu, a nie wykonanie robót budowlanych. W związku tym zmiana technologii robót, czy wprowadzenie robót dodatkowych lub zamiennych wykonywanych przez innych wykonawców, nie musi stanowić podstawy do zmiany wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu. Tym bardziej, że postanowienie odnosi się do zmiany wynagrodzenia, a zatem uwzględnia zarówno jego podwyższenie, jak też obniżenie. Odwołujący nie wykazał, że w okolicznościach analizowanego postępowania, jest to konieczne. Nie zostało wykazane, aby podnoszona ewentualna potrzeba zaangażowania określonego specjalisty, zważywszy na specyfikę zamówienia, nie mogła być uwzględniona przy kalkulowaniu ceny oferty. Nie wykazał, że musi zaistnieć potrzeba wprowadzenia kolejnego specjalisty, a nie np. zmniejszenie zakresu zaangażowania przewidzianego do realizacji zamówienia specjalisty. Jak natomiast wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, do Inżyniera Kontraktu należy pełnienie funkcji inspektorów nadzoru budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zarządzanie budową w imieniu Zamawiającego, w tym akceptacja materiałów, dokonywanie odbiorów i rozliczanie budowy oraz rozpatrywanie roszczeń wykonawcy. Inżynier ma zatem objąć swoją usługą całość zdarzeń, jakie mogą zdarzyć się na budowie, w tym roboty dodatkowe czy zamienne. W konsekwencji należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał, że aktualne brzmienie umowy narusza obowiązujące przepisy prawa.

- ust. 15 i 16. Zarzut zawiera błędnie przytoczone postanowienie umowy. Brak jest wykazania uzasadnienia dla wprowadzenia wnioskowanych zmian. Zauważenia wymaga, że wynagrodzenie jest należne za wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z tym w razie, gdy nie nastąpi wykonanie w całości umowy, trudno uznać za sprzeczne z wskazanymi przez Odwołującego przepisami, postanowień przewidujących odpowiednie zmniejszenie wynagrodzenia. Zauważenia wymaga, iż ust. 15 zgodnie z jego brzmieniem znajduje zastosowanie w szczególności w razie upływu terminu obowiązywania umowy bez dokonania rozliczenia nadzorowanych kontraktów i umów i odnosi się do wynagrodzenia określonego w § 6.2.3) dotyczącego płatności 5% wynagrodzenia określonego w ust. 1 po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Ostatecznego z wykonania umowy. Podobnie za niepotwierdzony należy uznać zarzut odnoszący się do ust. 16, który przewiduje, że w razie upływu terminu realizacji umowy i niezrealizowania robót budowlanych w tym okresie, skutkującego brakiem płatności lub niewyczerpaniem części wynagrodzenia określonego w § 6.2.3) Umowy, o ile nie zostanie przedłużony termin realizacji Umowy, Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wypłatę tej niewypłaconej części. Odwołujący nie wykazał zasadności pozostawienia dla Inżyniera Kontraktu wynagrodzenia, jeśli pozostawał w gotowości, a niezrealizowanie robót miało miejsce z przyczyn leżących po stronie wykonawców robót lub zamawiającego. Jak wyżej wskazano wynagrodzenie należy się za wykonanie usług. Nadto, jak zauważył Zamawiający, model wynagrodzenia określony w umowie, przewidujący, że część wynagrodzenia jest płacona w równych częściach, a część w zależności od postępu robót, jest wyważony i zapewnia Wykonawcy wynagrodzenie w znacznej części niezależnie od sytuacji na budowie.

Ad. żądanie dodania § 6a. dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia

Żądnie to zostało uzasadnione m.in. koniecznością przewidzenia nieznanych kosztów i ryzyk w czasie 33 miesięcy obowiązywania umowy. Taka argumentacja z uwagi na ww. nakaz doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień OPZ i SIWZ traci na aktualności. Nie zostało wykazane, aby brak wprowadzenia zawnioskowanych postanowień naruszał wskazane w odwołaniu przepisy prawa.

Ad. § 7. Na wstępie zauważenia wymaga, iż przeniesienie autorskich praw majątkowych odnosi się do utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W związku z tym interpretacja tego postanowienia musi się odbywać z uwzględnieniem tych przepisów, jak również z uwzględnieniem § 6 ust. 1 umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie obejmuje także przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji. Nie zostało wykazane naruszenie prawa przez Zamawiającego na skutek ww. postanowienia umowy.

Ad. § 8 dotyczący kar umownych

- ust. 1 pkt 1 i 2. Odwołujący nie wykazał zasadności ich wykreślenia. Po pierwsze, jak wyżej zaznaczono, OPZ i umowa winny zostać doprecyzowane. Po drugie, nie zostało wykazane, że obecnie zastrzeżone kary są zbyt represyjne i nie pozwalają na wykonanie zamówienia bez ich zapłaty. Po trzecie, Odwołujący nie wykazał, dlaczego jedynym rozwiązaniem jest wykreślenie ust. 1 pkt 1 i 2, a nie ich doprecyzowanie, jeśli obecne brzmienie np. uznaje za przekroczenie granic motywacji Wykonawcy;

- ust. 1 pkt 4,5,8,11,13,16. Odwołujący nie wykazał dlaczego aktualna wysokość przewidzianych tam kar umownych narusza wskazane przepisy, a zaproponowana przez niego wysokość będzie z nimi zgodna;

- ust. 1 pkt 6. Skoro jest uzasadnienie dla uzgodnienia z Zamawiającym terminów urlopów Kluczowych Specjalistów to może być przewidziana kara umowna za brak wykonania takiego obowiązku. Żądanie wykreślenia postanowienia nie zostało zatem wykazane.

- ust. 1 pkt 9. Odwołujący nie wykazał zasadności żądania wykreślenia postanowienia dotyczącego kary umownej za brak przedłożenia do wiadomości Zamawiającego poświadczonego za zgodność z oryginałem odpisu umowy podpisanej z podwykonawcą, nie wykazał sprzeczności takiej kary z wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa.

- ust. 1 pkt 10. Kara dotyczy barku przygotowania w terminie informacji dotyczących projektów niezbędnych dla udzielenia odpowiedzi na pytania mediów czy innych podmiotów np. kontrolnych, gdzie, jak wskazał na rozprawie Zamawiający, termin odgrywa bardzo dużą rolę. Odwołujący nie wykazał natomiast, aby zastrzeżona w tym zakresie kara umowna stanowiła nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie jego pozycji.

- ust. 1 pkt 12. Kara dotyczy braku udostępnienia on-line bazy korespondencji i dokumentacji budowy. Odwołujący nie wykazał, aby zastrzeżona w tym zakresie kara umowna stanowiła nieuzasadnione potrzebami zamawiającego uprzywilejowanie jego pozycji.

- ust. 1 pkt 14 i 15. Zauważenia wymaga brak przytoczenia przez Odwołującego prawidłowego brzmienia postanowień umowy. Postanowienia te wskazują na zastosowanie kar umownych za naruszenie obowiązków wymienionych w konkretnych postanowieniach umowy, odpowiednio § 4.13 lub § 4.14 oraz § 2.5. Brak jest także uzasadnienia dla ich wykreślenia, jak też wykazania ich sprzeczności z wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa.

- ust. 2, 3, 4, 5. Odwołujący nie wykazał, aby postanowienia te stanowiły nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uprzywilejowanie jego pozycji, lub naruszało wskazane w odwołaniu przepisy prawa. Nadto nie wykazano, dlaczego np. limit kar czy wysokość odszkodowania powinny zostać określone na poziomie zaproponowanym przez Odwołującego, czy powinien zostać określony wskazany przez Odwołującego termin dla Zamawiającego na ustosunkowanie się do złożonych przez niego wyjaśnień, jak też uzasadnienie dla obciążenia Zamawiającego karami umownymi za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, leżących po stronie Zamawiającego. Uzasadnienie Odwołującego w tym zakresie jest lakoniczne.

Ad. § 9 ust. 11 dotyczący zmiany podwykonawcy w trakcie realizacji umowy wyłącznie za zgodą Zamawiającego.

Jak zauważył Zamawiający, podobnie jak w odniesieniu do zmian kluczowego personelu wykonawcy, brak wymagania zgody na zmianę podwykonawcy naraża go na dowolność takich zmian, co pozostaje w sprzeczności z jego celem utrzymania trwałości i niezmienności po stronie wykonawstwa. Odwołujący nie wykazał, aby za sprawą tego postanowienia doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Ad. § 10 dotyczący wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy

- ust. 1 pkt 1. Odstąpienie od umowy w przypadku zwłoki w wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy dotyczy zwłoki ponad 21 dni, a więc na tyle długiego okresu, w ciągu którego wykonawca, który jest obowiązany do starannego działania, samodzielnie może podjąć kroki likwidujące stan zwłoki. Brak zatem wnioskowanego uprzedniego wezwania wykonawcy do poprawy, z zakreśleniem w tym celu 14 dniowego terminu, nie wskazuje na naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów prawa. Nie jest także możliwie uwzględnienie żądania zawężenia do istotnych obowiązków, skoro Odwołujący nie wskazuje, o jakie istotne obowiązki konkretnie chodzi;

- ust. 1 pkt 4. Nie zostało wykazane, aby okoliczność wszczęcia postępowania egzekucyjnego wobec wykonawcy była wykluczona przez wskazane w odwołaniu przepisy, jako podstawa do odstąpienia od umowy. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, dlaczego jedynym rozwiązaniem jest wykreślenie postanowienia, a nie jego zmodyfikowanie;

- ust. 1 pkt 5. Odwołujący, poza ogólnikowymi stwierdzeniami odnoszącymi się do analizowanego paragrafu umowy, nie przedstawił uzasadnienia dla wnioskowanej zmiany postanowień;

- ust. 1 pkt 6. Brak jest uzasadnienia Odwołującego dla wykreślenia tego postanowienia. Odwołujący wskazuje wprawdzie na niedookreślenie zakresu przedmiotowego poleceń, o których mowa w tym przepisie, jednak nie wskazuje, jakie postanowienie w tym zakresie byłoby właściwe, lecz wnosi o jego wykreślenie;

- ust. 1 pkt 7. W uzasadnieniu dla skreślenia sformułowania odnoszącego się do wszczęcia postępowania likwidacyjnego Odwołujący wskazuje na przepis art. 83 Prawa upadłościowego. Nie zostało natomiast wykazane, że w postanowieniu tym chodzi o postępowanie upadłościowe, a nie postępowanie likwidacyjne, o którym mowa w Kodeksie spółek handlowych;

- ust. 2. Brak jest uzasadnienia Odwołującego dla wykreślenia części zapisu odnoszącego się do terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia do odstąpienia od umowy;

- ust. 6. Brak jest uzasadnienia Odwołującego dla wykreślenia części zapisu odnoszącego się do prawa Wykonawcy do wypowiedzenia umowy i zastąpienia tego uprawnienia odstąpieniem od umowy we wskazanych przez Odwołującego przypadkach. Odwołujący ogólnikowo z jednej strony wskazuje, że obecne postanowienia tego paragrafu są sprzeczne z zasadą trwałości stosunku prawnego, a w konsekwencji z właściwością stosunku zobowiązaniowego, a z drugiej żąda zastąpienia uprawnienia wykonawcy do wypowiedzenia umowy uprawnieniem do odstąpienia od umowy na wskazanych podstawach, nie wykazując, dlaczego istniejące postanowienie narusza wskazane w odwołaniu przepisy prawa, a proponowane postanowienie będzie z nimi zgodne.

Ad. § 11 ust. 2, 5-8. Brak uzasadnienia Odwołującego dla wykreślenia wyrazu „możliwość" (ust. 2), czy dodania w ust. 2 pkt 1 „lub sposobu realizacji umowy", a także dodania postanowień w ust. 1 pkt 1 ozn. lit c-i) rozszerzających katalog przewidzianych zmian umowy, w tym odnoszących się do stworzenia podstawy dla dodatkowego wynagrodzenia. Jak wyżej wskazano, wynagrodzenie jest ryczałtowe, które na etapie oceny i porównania ofert jest brane pod uwagę przy porównywaniu cen złożonych ofert. Nie zostało wykazane, aby obecne postanowienie naruszało wskazane w odwołaniu przepisy prawa, a wprowadzenie postulowanych zmian i umożliwienia wypłaty wynagrodzenia wyższego niż w ofercie, stanowiło doprowadzenie umowy do zgodności z tymi przepisami.

Ad. § 12 ust. 7. Brak jest uzasadnienia dla wnioskowanego przez Odwołującego ograniczenia solidarnej odpowiedzialności członków Konsorcjum względem Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców do sytuacji, gdy pozostali członkowie Konsorcjum wyrażą zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej lub umowa podwykonawcza została zawarta przez lidera na podstawie pełnomocnictwa.

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 wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" (Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI). Zatem użyty w art 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku" należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z 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. 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. Identyczny pogląd wyrażono 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).

W niniejszej sprawie Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Przyjmując przedstawione powyżej w ustaleniach Izby zestawienie piętnastu zarzutów, kosztami postępowania w 73,33% obciążono Odwołującego i w 26,67 % obciążono Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego na podstawie złożonych rachunków w wysokości 3.600,00 zł i koszt dojazdu na rozprawę w wysokości 311,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł tytułem wpisu (rachunek na wynagrodzenie pełnomocnika nie został złożony), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 13 867,44 zł (73,33 % z 18 911,00 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 132,56 zł (15.000,00 – 13 867,44 = 1.132,56 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrówz 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).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……