

WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie,
 - B. Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
 - C. TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od odwołującego ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica” (nr ref. O.R.Z.D-3.2410.1.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 081-191366. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 maja 2020 r. wykonawca ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm., dalej jako „k.c.”) oraz art. 484 § 2, art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na: ustaleniu zasad współpracy z wykonawcą, w sposób który nie odpowiada naturze stosunku prawnego, ryzyka wynagrodzenia, gdzie Zamawiający przerzuca wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w SIWZ i jej załącznikach w sposób wskazany przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Podkreślił, że z uwagi na znaczenie zapisów SIWZ kształtujących zakres odpowiedzialności kontraktowej przyszłego wykonawcy, Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, wyrażający się w dążeniu do zmiany SIWZ, treści umowy w tym wysokości kar umownych i zasad ich naliczania już na obecnym etapie postępowania. Pozostawienie skarżonych klauzul umownych w niezmienionym kształcie, stanowi realną przeszkodę dla obrony interesów wykonawcy realizującego kontrakt, zgoda na zawarcie umowy na warunkach ustalonych w SIWZ ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia dochodzenia roszczeń przed sądem w sytuacji powstania sporu dotyczącego zawartej umowy. Wskazał, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie zapisów SIWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa, co wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W punkcie A odwołania („Naruszenie zasady ekwiwalentności umów”) Odwołujący wskazał postanowienia wzoru umowy, które w jego ocenie naruszają przepisy wskazane w petitum odwołania.

Zarzut 1 - § 4 ust. 3 lit. c

Odwołujący wskazał, iż w świetle tego postanowienia nie jest w stanie oszacować wynagrodzenia personelu, w konsekwencji rzetelnie wycenić ceny oferty, a to w przyszłości może się przełożyć na procedurę wyjaśnienia ceny u wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty przetargowej. Pierwszą krytyczną niewiadomą jest treść dokumentu pod nazwą Karta Obmiaru Jakości pracy Konsultanta, gdyż brak jest takiego dokumentu jako składnika SIWZ. Po drugie Odwołujący wskazał na nieuzasadnione ograniczenia w zakresie wynagrodzenia Konsultanta za wykonaną przez niego uczciwie pracę. Odwołujący zauważył, że w dotychczasowych tego typu umowach przewiduje się, że Konsultant może wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z oferty dla płatności za pracę personelu z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń wynikających z niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Warunkiem tego zwrotu było zatwierdzenie Raportu Końcowego i realizowanie zadania zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o dodanie do przedmiotowego postanowienia zdania: „Po zakończeniu realizacji Kontraktu, tj. po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty.”

Zarzut 2 - § 4 ust. 3 lit. d

Odwołujący wskazał w tym zakresie na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 i art. 91 ust. 2d w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 58 KC, art. 353¹ KC i art. 354 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne obniżenie wysokości wynagrodzenia Konsultanta w toku realizacji umowy. Podniósł, iż Zamawiający kształtuje zależność wynagrodzenia od „niewywiązywania się Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych” - sama taka konstrukcja w Umowie w ocenie Odwołującego jest kuriozalna. Zamawiający nie może łączyć ze sobą wypłaty wynagrodzenia za świadczenie usług z oceną ofert. Zaproponowane rozwiązanie, to karanie wykonawcy przez Zamawiającego za to, że Zamawiający nienależycie najpierw sporządził SIWZ, a potem nienależycie ocenił ofertę - zorientował się na etapie realizacji umowy i chce za swój uprzedni brak profesjonalizmu na etapie sporządzenia SIWZ i badania ofert karać wykonawcę na etapie realizacji umowy.

Podstawowy błąd, jaki zdaniem Odwołującego popełnił Zamawiający, to przyjęcie hipotezy, że wykonawcy na etapie składania ofert składają jakieś „deklaracje”. Oferta w całości jest

oświadczeniem woli wykonawcy, a zatem takim oświadczeniem woli - a nie „deklaracją” - jest treść oferty w zakresie kryteriów pozacenowych. Zamawiający, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawcę. Odwołujący wskazał, iż nie ocenia, czy Zamawiający zrealizował ten obowiązek, czy też nie. Nie może jednak być tak, że Zamawiający traktuje treść oferty w tym zakresie jako „deklaracje” i od razu zakłada, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie między innymi tego kryterium, złożył nieprawdziwe oświadczenie woli w ofercie. Dodał, że etap oceny ofert, w tym także w zakresie kryteriów pozacenowych, kończy się przed zawarciem umowy. Tymczasem przedmiotowy zapis wskazuje, że Zamawiający właściwie nie ma nawet zamiaru oceniać ofert w zakresie kryterium pozacenowego lub też, że dopuszcza, że ocena ta będzie wadliwa - i na etapie realizacji umowy okaże się, że wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w ofercie. Odwołujący zauważył, że przedmiotowe postanowienie zawiera postanowienie: „Ilość punktów przyznanych w danym miesiącu za poszczególne podkryterium pozacenowe”, z czego wynika, że Zamawiający ma zamiar dokonywać jakieś bliżej nieokreślonej oceny oferty już po zawarciu umowy, na etapie jej realizacji. Odwołujący wskazał, że jeśli wolą Zamawiającego było stworzenie narzędzi mobilizujących wykonawców do realizowania ich obowiązków umownych (ale tylko umownych), to służy temu ewentualnie instytucja kary umownej. W żadnym jednak przypadku nie jest możliwe dokonywanie rzeczywistej oceny oferty dopiero na etapie realizacji umowy. Przepis art. 91 ust. 2d ustawy Pzp nakłada obowiązek takiego sformułowania kryteriów pozacenowych, aby ich jednoznaczna i rzeczywista ocena miała miejsce na etapie oceny ofert. Odwołujący zauważył, iż korekta finansowa liczona od całej wartości faktury spowoduje to, że za stałe elementy, których koszty wykonawca obligatoryjnie musi ponosić, np. wynajem biur i ich utrzymanie, zapewnienie samochodów, zapewnienie i pracę personelu pomocniczego i biurowego, wynagrodzenie wykonawcy nie będzie się należeć. Dlatego też, uwzględniając uzasadnione potrzeby Zamawiającego co do dyscyplinowania personelu wykonawcy, to kara umowna powinna być związana z danym zakresem odpowiedzialności. Zasadne więc byłoby odniesienie jej do wynagrodzenia jakie przysługiwałoby danemu ekspertowi lub od np. wynagrodzenia za pracę Personelu kluczowego, którego to kryterium dotyczy. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o wykreślenie w całości § 4 ust. 3 lit. d umowy.

Zarzut 3 - § 5 ust. 1 pkt 3 i 4

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż ocena z pkt 3 i 4, jest absolutnie uznaniowa i poza jakąkolwiek kontrolą. Jest też nieprzewidywalna, a nawet wprost uzależniona od

sympatii oceniającego do Konsultanta, jego humoru w danej chwili. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o skreślenie pkt 3 i 4.

Zarzut 4 - § 5 ust. 2

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż postanowienie to zawiera kryterium nieostre w zakresie sposobu, w jaki Konsultant ma udowodnić należyte wykonanie obowiązków ani nie jest określone, jakimi kryteriami oceniający będzie się kierował uznając że Konsultant udowodnił lub nie wykonanie obowiązków. Brak też jest doregulowania tej procedury nie tylko w obszarze dokumentów obu stron, ale także czasu, ile ta procedura może trwać. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o skreślenie ust. 2.

Zarzut 5 - § 5 ust. 8

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż jeżeli ww. regulacja z ust. 2 i 8 i 9 miałyby się

ostać, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „8. Konsultantowi przysługuje sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w KOJPK, który na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi zasadność sprzeciwu, należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 10 dni roboczych od daty otrzymania oceny”. Innymi słowy zarówno Konsultant jak i Zamawiający powinni mieć taki sam okres czasu na przygotowanie własnego stanowiska (względnie po 5 dni - § 5 ust. 9).

Zarzut 6 - § 5 ust. 9

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż jeżeli ww. regulacja miałaby się ostać, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „9. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie do 5 dni roboczych od dnia jego otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu, Dyrektor Oddziału GDDKiA poda pisemne uzasadnienie dla każdego nieuwzględnionego zarzutu/punktu.” Innymi słowy zarówno Konsultant jak i Zamawiający powinni mieć taki sam okres czasu na przygotowanie własnego stanowiska.

Zarzut 7 - § 6 ust. 9

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż proponuje modyfikację postanowienia poprzez nieuwzględnienie waloryzacji przy ustanawianiu % pułapu maksymalnej wysokości zobowiązania za usługi świadczone przez Konsultanta. Nie jest możliwe oszacowanie na etapie składania oferty zmiany wskaźników publikowanych przez Prezesa GUS, a Konsultant nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnych zmian kosztów w gospodarce narodowej.

Z uwagi na powyższą argumentację, zdaniem Odwołującego regulacja ta powinna mieć brzmienie: „9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji odzwierciedlać będzie faktyczne wzrosty wskaźników wynagrodzeń w sektorze przedsiębiorstw, publikowanych przez Prezesa GUS”.

Zarzut 8 - § 11 ust. 19

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż skoro zmiana eksperta jest z przyczyn niezależnych od Konsultanta a Zamawiający wymaga dwutygodniowego okresu zastępstwa i pracy dwóch ekspertów, wynagrodzenie powinna otrzymać każda osoba uczciwie wykonująca swoje obowiązki. Regulacja § 11 ust. 19 spowoduje tak nieporównywalność ofert (nie jest wiadomym w jaki sposób wszyscy wykonawcy mieliby przyjąć jednakową liczbę potencjalnych zastępstw i dublowania dniówek, aby złożone oferty były porównywalne), jak i nieporównywalność ewentualnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. W rezultacie doprowadzi do niejasnych i nieprzejrzystych kryteriów oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej, co wpłynie na wynik postępowania.

Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący proponuje, aby zdanie: „W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi tylko za nowo zatwierdzonego Eksperta Kluczowego”, zastąpić zdaniem: „W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi także za nowo zatwierdzonego Eksperta Kluczowego.”

Zarzut 9 - § 13 ust. 6

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie przewidział w ww. regulacji, iż pracownik ma prawo nie wyrazić zgody na przetwarzanie danych osobowych dla potrzeb tego kontraktu, co przy takim brzmieniu uniemożliwiłoby skierowanie go do realizacji zamówienia. A jeśli pracownik nie jest przydatny pracodawcy, jest zwalniany. Zamawiający nie może przymuszać pracowników wykonawcy do składania oświadczeń pod przymusem.

Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący proponuje aby zdanie: „W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.”, zastąpić zdaniem: „W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych lub złożyć oświadczenie, że od w/w osób nie uzyskał zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.” Konsekwentnie, wykreślone powinno zostać także ostatnie zdanie § 13 ust. 6 o treści „Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę”, gdyż w sposób nieuzasadniony zrównuje sytuację braku zatrudnienia przez Konsultanta osób na podstawie umowy o pracę z sytuacją zatrudnienia ich na tej podstawie, ale braku możliwości przedłożenia stosownych

dokumentów to potwierdzających (np. z powodu braku uzyskania zgody pracownika na przetwarzanie jego danych osobowych w tym celu). Alternatywnie, ostatnie zdanie § 13 ust. 6 powinno mieć brzmienie: „Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, chyba że nieprzedłożenie tych dokumentów jest następstwem okoliczności, za które Konsultant nie ponosi odpowiedzialności”.

Zarzut 10 - § 16 ust. 3

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w obecnym (nowym) brzmieniu tego postanowienia umownego, następuje przerzucenie na Konsultanta ryzyka sporu z Wykonawcą robót o rzetelność sporządzenia obmiarów robót, w oparciu, o które Wykonawca będzie występował o płatność. Wykonawca co do zasady występuje z roszczeniami także w obszarze obmiaru robót wykonanych przez Konsultanta.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie jak w dotychczasowych umowach w sprawie zamówienia publicznego, podpisywanych przez Zamawiającego: „3. Konsultant zobowiązany jest do faktycznego sprawdzenia w terenie nie mniej niż 30% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, mających charakter obmiaru wykonanych Robót, które staną się załącznikami do Wystąpień Wykonawców o Przejściowe Świadectwa Płatności.” Nadto, Odwołujący podniósł, że obecne (nowe) postanowienie, gdzie Zamawiający wymaga sporządzania przez Konsultanta obmiarów, nie pociągnęło za sobą konsekwentnej zmiany w ilość zespołów geodezyjnych - wraz z nowym obowiązkiem ilość ta powinna być wzrosnąć przynajmniej do 6.

Zarzut 11 - § 16 ust. 4

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie określił w jakiej ilości mają być wykonane pomiary kontrolne. Brak tej informacji powoduje, problem z porównaniem ofert, przejrzystość ich badania i jednoznaczny zrozumieniem zapisów SIWZ, na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający powinien podać ilość pomiarów kontrolnych w zakresie przewidzianym umową, tj. min. 30 % pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, na podstawie wcześniej podanych informacji przez Wykonawcę robót co do zakresu oraz ilości prac geodezyjnych. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „4. Konsultant zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych Robót wykazywanych w Przejściowych Świadectwach Płatności. Zamawiający wymaga 30 % pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, na podstawie wcześniej podanych informacji przez Wykonawcę robót co do zakresu oraz ilości prac geodezyjnych.”

Zarzut 12 - § 19A ust. 5

Odwołujący wskazał, iż w związku z zapisami dotyczącymi pracy wymienionych w przedmiotowym punkcie ekspertów istnieje konieczność uregulowania sposobu rozliczania pracy poszczególnych ekspertów. Osoby te będą musiały pracować w systemie trzy-zmianowym. O ile Inspektorów nadzoru robót tunelowych jest trzech w formularzu cenowym, tak geologów i geotechników jest dwóch. Nielogicznie więc Zamawiający zakłada, że z jednej pozycji np. specjalista ds. nadzoru geotechnicznego będzie rozliczał w danym miesiącu podwójną liczbę dniówek za pracę dwóch ekspertów. Dlatego też, zaistniała konieczność uzupełnienia ww. zapisów lub wprowadzenie w formularzu cenowym dodatkowych pozycji. Dotyczy to również specjalisty ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „5. Na etapie drażenia tunelu w ruchu ciągłym, Konsultant zobowiązany jest do zapewnienia pełnienia obowiązków Konsultanta w systemie 7/24 tj. 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu. Obowiązki, o których mowa dotyczą minimum geologa i geotechnika, inspektora nadzoru tunelu, ale z zastrzeżeniem trzy-zmianowego systemu pracy - po 8 godzin każda zmiana. Z zastrzeżeniem, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym niedopuszczalne jest, aby niezapewnienie odpowiedniej obsady personelu Konsultanta powodowało opóźnienia w drażeniu tunelu”.

Zarzut 13 - § 35 ust. 1 -3

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym punkcie nie znalazł się zapis dotyczący stanu epidemii. Z uwagi na sytuację np. związaną z COVID-19, nie ujęcie zapisów, że epidemia lub pandemia jest siłą wyższą, która przecież powoduje różnego rodzaju utrudnienia - począwszy od pracy administracji samorządowej i państwowej po transport, łańcuch dostaw,

pracę dostawców, usługodawców, pracowników wykonawcy - stanowi niedopatrzenie, które należy skorygować. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „5) klęski żywiołowe takie jak na przykład trzęsienia ziemi, huragan, tajfun, powódzie, stany epidemii i pandemii.”

Zarzut 14 - § 36 ust. 16

W uzasadnieniu Odwołujący zwrócił uwagę na §20 pkt 20 umowy. Zgodził się, że należy dokonać weryfikacji i sprawdzić zgodność dokumentów z PFU - ale pod warunkiem, że w przedmiotowej umowie byłoby odniesienie do kar umownych też dla wykonawcy, który złoży dokumenty z zapisami niezgodnymi z Warunkami Kontraktu i PFU. Zamawiający nie może przerzucać odpowiedzialności za poprawność dokumentów na zespół Konsultanta nie dając mu żadnych narzędzi do wyegzekwowania poprawnie sporządzonych dokumentów od wykonawcy.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie:

„16. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania obowiązku wskazanego w § 20 ust. 20 zdanie pierwsze, w wysokości 5 000,00 zł (pięć tysięcy złotych 00/100) za każdy STWiORB, w którym znajdują się postanowienia niezgodne z obowiązującymi Wykonawcą dokumentami SIWZ (w szczególności z WWiORB i PFU), oraz Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy). Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną, o której mowa w zdaniu poprzedzającym tylko w przypadku, w którym Wykonawca nie usunie, w terminie czternastu (14) dni niezgodności postanowień STWiORB z obowiązującymi Wykonawcą dokumentami SIWZ (w szczególności z WWiORB i PFU), oraz Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy)”.

Zarzut 15 - § 1

a) Dni robocze

Zdaniem Odwołującego definicja dni roboczych jest niesymetryczna - 6 pełnych dni od poniedziałku do soboty dla Konsultanta, przy 5 niepełnych dniach pracy Zamawiającego, uzależnionych od pracy Urzędu Zamawiającego. Powyższe może negatywnie wpływać na możliwość współpracy stron, w szczególności w zakresie obowiązków wymagających współdziałania. Pożądane byłoby niewprowadzanie rozróżnienia dni roboczych w nawiązaniu do strony umowy. Powyższa definicja uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty - albowiem skrócony czas pracy Zamawiającego może wpłynąć na wydłużenie czasu pracy Konsultanta. Z uwagi na powyższą argumentację, definicja ta powinna mieć brzmienie: „Dni robocze: przez dni robocze rozumie się dni i godziny pracy Urzędu Zamawiającego”.

b) Dniówka

Odwołujący wskazał, iż wedle definicji dniówka wynosi co najmniej 8h i jest zbyt dużym nawiązaniem do kodeksu pracy, w sytuacji, gdy faktycznie nie cały Personel Konsultanta jest zatrudniany na podstawie umów o pracę, a wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę stawianym przez Zamawiającego jest objęty tylko Personel Biurowy i Pomocniczy (§ 13 ust. 4). Ponadto zakładanie, że: „przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin

ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta” nie będzie odpowiadał częstokroć specyfice usług nadzoru nad prowadzonymi robotami budowlanymi. Pożądanym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie definicji „dniówki” jako jednej doby, w ciągu której poszczególne pracownicy/współpracownicy Konsultanta wykonają prace niezbędne do realizacji zamówienia bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie. Odwołujący wskazał, że umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane, której realizacja wymaga, iż roboty mogą być prowadzone całą dobę, stąd siłą rzeczy musi być do niej dostosowywana. Stąd przy kalkulacji ceny należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane. Odwołujący poprosił o modyfikację wzoru umowy w tym zakresie. Umowa winna być kształtowana z uwzględnieniem charakteru stosunków prawnych łączących Konsultanta z Personelem, w tym szczególności z Personelem Kluczowym, które co do zasady mają i mogą (co potwierdza umowa) mieć charakter cywilnoprawny. Z uwagi na powyższą argumentację, definicja ta powinna mieć brzmienie: „Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę

rozliczania Usługi zgodnie z Umową, oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególne członkowie Personelu Konsultanta wykonają czynności niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie, jednak nie mniej niż 4 godz. w ciągu doby.”

c) Półdniówka

Odwołujący wskazał, iż przedział czasowy dla półdniówki od 4 do 8 godzin sugeruje, iż

jedna dniówka to z założenia i z zasady czas pracy powyżej 8 godzin. Nie jest możliwe prawidłowe oszacowanie wynagrodzenia przy założeniu, że Konsultant będzie świadczył usługi albo poniżej 8 godzin (więcej niż 4) - za półdniówkę albo równe 8 godzin. Umowa w obecnym kształcie nie pozwala na dostosowanie wynagrodzenia za nadzór do

realizowanych robót budowlanych. Z uwagi na powyższą argumentację, definicja ta powinna mieć brzmienie: „Półdniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem półdniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie od 2 do 4 godzin.”

d) Polecenie

Zdaniem Odwołującego aktualna definicja jest bardzo szeroka, nieograniczona przede wszystkim co do zakresu jakiego mogą dotyczyć polecenia Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby. Istnieje spore ryzyko uznania „Polecenia” za rozszerzenie zakresu Umowy i usankcjonowanie go postanowieniami §26 ust. 9 i 10. Odwołujący rekomenduje sprecyzowanie poprzez enumeratywne wyliczenie zakresu polecenia lub odwrotnie, poprzez wskazanie zakresu realizacji umowy, do którego nie będzie mogło odnosić się polecenie.

Ponadto, polecenie nie powinno być wydawane ustnie, gdyż w sytuacjach spornych ciężko byłoby dowodzić, że dany zakres rzeczywiście został wykonany nie tylko na polecenie, lecz również zgodnie z tym poleceniem. Z uwagi na powyższą argumentację, definicja ta powinna mieć brzmienie: „Polecenie: pisemne, przekazane pocztą elektroniczną lub faksem oświadczenie, zawiadomienie, zatwierdzenie lub decyzja Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby, dotyczące realizacji Umowy Przy czym, polecenia nie może rozszerzać

zakresu Umowy, lecz jedynie go precyzować w zakresie np. sposobu wykonania”.

Zarzut 16 - § 3

a) § 3 ust 1

Zdaniem Odwołującego Konsultant powinien znać dokładny termin, w którym ma rozpocząć świadczenie usług, stąd sugerowane jest wprowadzenie maksymalnego terminu, do którego ta usługa się rozpocznie. Odwołujący wniósł pod rozwagę modyfikację wzoru umowy w tym zakresie, w duchu który odpowiadałby ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. że umowy zawierane są na czas oznaczony. Jednocześnie zwrócił uwagę, że w przypadku wydłużenia rozpoczęcia terminu prac przez Konsultanta, strony uprawnione byłyby do zmiany terminu realizacji oraz od zwiększenia wynagrodzenia Konsultanta - a nie tylko do zwrotu kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o czym mowa w § 4 ust. 9 Umowy. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „1. Data rozpoczęcia świadczenia Usługi zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu (Powiadomienie o dacie rozpoczęcia świadczenia Usługi), w terminie 14 dni od daty podpisania Umowy. Za zgodną wolą Stron mogą ustalić inny termin rozpoczęcia świadczenia Usługi. W przypadku wydłużenia rozpoczęcia terminu prac przez Konsultanta, strony uprawnione będą do zwrotu kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o czym mowa w § 4 ust. 9 Umowy oraz do zmiany terminu realizacji i od adekwatnego zwiększenia wynagrodzenia Konsultanta”.

b) § 3 ust. 2 pkt 2

Odwołujący zwrócił uwagę na brak wskazania w ust. 2 pkt 2 określonego czasu świadczenia usługi, tak jak to wskazano w ust. 2 pkt 1 oraz pkt 3, co będzie rodzić różne podejście wykonawców na etapie ofertowania, a to uniemożliwi porównanie ofert i rzetelne ich zbadania, w konsekwencji będzie miało wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „2. Konsultant z zastrzeżeniem § 4 ust.3 obowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym: 2) Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadczeniu Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu), tj. 85 miesięcy.”

c) § 3 ust. 3

Zdaniem Odwołującego tak duża rozpiętość w zakresie przyjętego czasu świadczenia usługi wprost urąga art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i z pewnością będzie rodzić różne podejście wykonawców na etapie ofertowania, a to uniemożliwi porównanie ofert i rzetelne ich zbadania, w konsekwencji będzie miało wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „3. Zamawiający określa, iż czas

świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust. 4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 85 miesięcy”.

d) § 3 ust. 5

Zdaniem Odwołującego tak duża rozpiętość w zakresie przyjętego czasu świadczenia usługi wprost urąga art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i z pewnością będzie rodzić różne podejście wykonawców na etapie ofertowania, a to uniemożliwi porównanie ofert i rzetelne ich zbadania, w konsekwencji będzie miało wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższą argumentację, wnioś o skreślenie ust. 5.

Zarzut 17 - § 4

a)

Odwołujący wskazał, iż konstrukcja § 4 projektu umowy, pomija postanowienia, na podstawie których Konsultant będzie uprawniony do wyrównania/uzupełnienia wynagrodzenia do pełnej wysokości po zakończeniu realizacji Kontraktu w przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony, zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego. Zapis powinien być zmieniony w ten sposób, by Zamawiający był zobligowany do wypłaty wynagrodzenia - przykład: „W przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w § 3 ust. 2 pkt 3), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji”. Przy takiej jak obecnie regulacji, nie jest wiadomym jaki zostaje przyjęty przez Zamawiającego na potrzeby badania ofert oraz na potrzeby porównywania ofert czas realizacji zamówienia, tj. czy jest to okres minimalnej ilości miesięcy, czy jest to okres maksymalnej ilości miesięcy, czy jeszcze inny okres. Przestrzeżenie przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp, jest jego obowiązkiem, zaś proponowana regulacja nie ma nic wspólnego z jednoznacznym określeniem opisu przedmiotu zamówienia, co przekłada się w praktyce na brak usystematyzowania i sprecyzowania dniówek podawanych w Formularzach Cenowych, w szczególności dla pracy Ekspertów Kluczowych, tak aby były one koherentne z przyjmowanym przez Zamawiającego kresem realizacji w Formularzu Cenowym, w tym o wskazanie sposobu w jaki Zamawiający przekłada dniówki na miesiące realizacji (ile dniówek mieści się w miesiącu). Na podstawie obserwacji SIWZ w ramach różnych postępowań przetargowych ogłaszanych przez GDDKiA na nadzór i zarządzanie kontraktem, Odwołujący zauważył różne praktyki czy też metodyki szacowania ilości dniówek na potrzeby Formularzy Cenowych. Niejednokrotnie ilość dniówek wskazywana w Formularzach Cenowym nie zbliża się nawet do szacowanej, minimalnej ilości miesięcy realizacji, co stanowi ryzyko składania ofert, które nie będą przystawać do rzeczywistych ram czasowych realizacji umowy. Wykonawcy składając ofertę powinni mieć szansę na uczciwe konkurowanie, a do tego kluczowym jest aby kierowali się jasnymi oraz klarownymi wymaganiami i formularzami, których wypełnienie pozwoli w maksymalnym stopniu oszacować realny czas trwania oraz koszty Usługi. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący proponuje dodać ust. 10 w brzmieniu: „10. Termin wskazany § 3 ust. 3 umowy oraz § 4 ust. 1 umowy, jest wiążący dla Zamawiającego”.

b) § 4 ust. 2

Odwołujący postuluje modyfikację postanowienia i nieuwzględnianie waloryzacji przy ustanawianiu % pułapu maksymalnej wysokości zobowiązania za usługi świadczone przez Konsultanta. Przyjęta przez Zamawiającego waloryzacja na poziomie 5 przez 10 lat, nie jest propozycją poważną. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „2. Wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć (słownie:), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.”

c) § 4 ust. 4

Odwołujący wskazał, iż przy kontraktach wieloletnich oraz z uwagi na dynamikę

procesów gospodarczych nie jest uzasadnione „zamrażanie” cen jednostkowych dniówek za pracę personelu, za pozycje „miesiąc”, za pozycje „ryczałt”, za pozycje „sztuka” na cały okres realizacji umowy, który to okres jest podawany jedynie szacunkowo i może ulec znacznemu wydłużeniu, w szczególności w uzależnieniu od przebiegu realizacji robót budowlanych i czynników na które Konsultant może nie mieć wpływu. Tytułem przykładu, w przypadku wyczerpania pułapu maksymalnej wartości zobowiązania i przystąpienia stron do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia, winny być ustalane na nowo ceny jednostkowe dniówek, jako niemożliwe do uwzględnienia wcześniej w ofercie. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „4. Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym: ceny jednostkowej Dniówki za pracę Personelu Konsultanta, ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc”, ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt” oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka” będą podlegały stosownym zmianom w stosunku do Formularza Cenowego, na podstawie porozumienia Stron i przy uwzględnieniu ustawy Pzp.”

d) § 4 ust. 9

Z racji tego, że koszty utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy są wysokie, Odwołujący wniósł o skrócenie okresu, od upływu którego przysługiwałby Konsultantowi zwrot kosztów na utrzymywanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Wniósł także o zawarcie obowiązku zwrotu kosztów od wcześniejszego terminu opóźnienia

terminu rozpoczęcia usługi, tj. począwszy od 8 dnia opóźnienia. Wskazał, iż takie stanowisko jest zgodne z aktualnym orzecznictwem sądowym.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „9.

W przypadku gdy rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie późniejszym niż 7 dni kalendarzowe liczone od daty podpisania Umowy, Konsultantowi przysługuje po 7 dniu kalendarzowym opóźnienia, do daty rozpoczęcia Usługi, zwrot faktycznie poniesionych i udokumentowanych kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zwrot nastąpi wraz z pierwszą płatnością na rzecz Konsultanta. Zamawiający zobowiązuje się do zwrotu kosztów od wcześniejszego terminu opóźnienia terminu rozpoczęcia usługi, tj. począwszy od 8 dnia opóźnienia”.

Zarzut 18 - § 5 ust. 2

Odwołujący wskazał na brak sprecyzowania obowiązku udowodnienia należytego wykonania obowiązków określonych, wbrew art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, powoduje że przy tak nieostrych postanowienia Konsultant może nigdy nie udowodnić Zamawiającemu należytego wykonania obowiązków, lub udowodnić dopiero w takim, terminie, że wysokość kar usatysfakcjonuje Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w tym zakresie wystarczające są przepisy Kodeksu cywilnego. Z uwagi na powyższą argumentację, wniósł o skreślenie tej regulacji.

Zarzut 19 - § 6 ust. 9 -11

Dla odwołującego nie jest zrozumiały mieszany mechanizm waloryzacji umownej przewidzianej w § 6 do waloryzacji ustawowej określonej w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp i § 38 ust. 5 Umowy. Zdaniem Odwołującego nie jest wiadomym kiedy i na jakich warunkach Zamawiający chce korzystać z waloryzacji na dwóch różnych podstawach umownych. Nie jest też wiadomym, czy maksymalna wartość zobowiązania przewidziana w § 4 ust. 2 umowy zawiera w sobie tylko waloryzację umowną czy także waloryzację ustawową. To oczywiście w pierwszej kolejności doprowadzi do nieporównywalności ofert, po drugie spowoduje że nie będzie możliwe sumienna ocena wyjaśnień wykonawcy co do treści oferty czy ceny, a to wprost prowadzi do wady postępowania. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o skreślenie tych regulacji.

Zarzut 20 - § 7 ust. 1

Odwołujący wskazał na brak jasnych oraz klarownych zasad rozliczania wynagrodzenia Konsultanta, mimo wprowadzenia zasady rozliczania wynagrodzenia w okresach miesięcznych - uzależnienie płatności od Harmonogramu Płatności stanowiącego element Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta, co prowadzi do utrudnienia rozliczania

wynagrodzenia w okresach miesięcznych, zaś obecnie do nieporównywalności ofert, co ma

wpływ na wynik postępowania. Brak jest również prawnych definicji/rozdzielenia Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) oraz Harmonogramu Płatności (HP).

O tym, że HP jest elementem HPPK dowiedzieć się można lakonicznie z § 11 ust. 4 umowy. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „1. Płatność wynagrodzenia za wykonywanie Usługi będzie następować w okresach miesięcznych, m.in. w oparciu o faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek przez Personel Konsultanta, uwzględniony w zatwierdzonym przez Kierownika Projektu Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta (HPPK), na podstawie prawidłowo wystawionych przez Konsultanta faktur VAT.”

Zarzut 21 - § 8 ust. 3 - 8

Zdaniem Odwołującego konieczne jest odstąpienie od warunku ustanawiania zabezpieczenia płatności zaliczkowej jako dodatkowego czynnika znacznie generującego koszty realizacji umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsultant i tak obowiązany jest do ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, i brak zwrotu odpowiedniej części zaliczki może być zaspokojony z tego zabezpieczenia, tym bardziej że interes Zamawiającego jest zabezpieczony bez ustanawiania dodatkowego zabezpieczenia płatności zaliczkowej poprzez mechanizm zwrotu zaliczki przewidziany w § 8 ust. 9 i 10 umowy, który przewiduje automatyzm przy okazji rozliczania wynagrodzenia Konsultanta (potrącenia), jak też natychmiastową wymagalność zwrotu zaliczki w przypadku przedterminowego zakończenia obowiązywania Umowy. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „3. Zamawiający dokona płatności zaliczkowej po otrzymaniu od Konsultanta pisemnego wniosku o płatność zaliczkową.”

Zarzut 22 - § 9

a) § 9 ust. 5

Odwołujący wskazał, iż pożądane jest uregulowanie zwrotu kosztów wydłużania/utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy ponad przewidziany umową okres, w szczególności, gdy termin wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności będzie przesuwany z przyczyn nie leżących po stronie Konsultanta. Rozliczenie kosztów wydłużenia zabezpieczenia jedynie w zależności od opóźnienia w realizacji usługi jest niewystarczające i nie uwzględnia ryzyko związanego z niemożliwym częstokroć do przewidzenia, niezależnym od Konsultanta, terminem realizacji robót na podstawie Kontraktu. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „5. Konsultant zobowiązany jest do przedłużania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy do czasu zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia. Zamawiający rozliczy z Konsultantem koszty wydłużenia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, jeżeli powstanie ono z przyczyn niezależnych od Konsultanta”.

b) § 9 ust. 6

Odwołujący podniósł, iż należy skrócić maksymalny okres - liczony od rozpoczęcia realizacji Usług - po którym zostanie zwrócone zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Uzależnienie zwrotu zabezpieczenia od możliwości wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, a więc dokumentu, którego wystawienie nie jest uzależnione jedynie od Inżyniera/Konsultanta (zależne od osoby trzeciej - nie będącego stroną umowy) jest nie uprawnione. Odwołujący zwrócił się o rozważenie i pozostawienie jedynie części zabezpieczenia (np. 20 %), w przypadku, gdy termin wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności będzie się wydłużał względem tego przewidzianego umową z Konsultantem. Przypomniał, że nad terminami w całości panuje Zamawiający i z wyprzedzeniem wie o ich upływie. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „6. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie zwrócone Konsultantowi w terminie 7 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia.”

Zarzut 23 - § 10 ust. 1 i 5

W ocenie Odwołującego należy wprowadzić jednoznaczny maksymalny termin do przekazania kopii dokumentów składających się na Kontrakt, jak również wszelkiej pozostałej dokumentacji, informacji, wskazówek - niezależnie od tego czy zostały utrwalone, a jeżeli tak, niezależnie od formy utrwalenia, które mogą mieć lub mają znaczenia dla realizacji Umowy - poprzez wskazanie terminu na przekazanie od wejścia w posiadanie dokumentu, informacji itp. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „1. Po

podpisaniu Kontraktu, Kierownik Projektu, w ciągu pięciu dni roboczych jest zobowiązany

przekazać Konsultantowi do wiadomości i stosowania kopie dokumentów składające się na Kontrakt. (...) 5. Zamawiający jest zobowiązany w ciągu pięciu dni roboczych jest zobowiązany przekazywać pozostałe dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego, a dotyczące realizacji Umowy i Kontraktu.”

Zarzut 24 - § 11

a) § 11 ust. 6

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie stanowi przyzwolenie na autorytarne kształtowania treści Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Zamawiającego, w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. W celu uniknięcia wątpliwości Odwołujący postuluje nadpisanie, że: (i) Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej przewidzianej umową może pozostać przy swoim stanowisku i złożyć / pozostawić w ramach dokumentacji kontraktowej zdanie odrębne, a dalsze Usługi będzie realizować w celu uniknięcia uszczerbku w realizacji umowy, (ii) HPPK zmieniony przez Kierownika Projektu wiąże jedynie w zakresie zgodnym z umową i/lub Kontraktem. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „7. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania

zmienionego HPPK wraz z pisemnym uzasadnieniem zmian do wniesienia do Dyrektora

Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku

decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaze ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna, a HPPK zmieniony przez Kierownika Projektu staje się wiążący. Konsultantowi w przypadku sporu i po wyczerpaniu drogi odwoławczej, przysługuje złożyć / pozostawić w ramach dokumentacji kontraktowej zdanie odrębne, z zastrzeżeniem że wówczas dalsze Usługi ma obowiązek zgodnie ze zmienionym HPPK przez Kierownika Projektu, który wiąże go jedynie w zakresie zgodnym z umową i/lub Kontraktem.”

b) § 11 ust. 12

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie stanowi zbyt daleko idące uprawnienie Kierownika Projektu, do dokonywania dowolnych, wiążących zmian osoby Inżyniera Kontraktu. Odwołujący postuluje wprowadzenie co najmniej procedury odwoławczej od decyzji Kierownika Projektu jak to miało miejsce w przypadku dokumentów: KOJPK, HPPK - procedura weryfikacji decyzji Kierownika Projektu. Postuluje ponadto wydłużenie terminu realizacji zmiany co najmniej do 60 dni oraz wprowadzenie enumeratywnego wyliczenia przypadków, w jakich Kierownik Projektu uprawniony jest do żądania zmiany osoby Inżyniera Kontraktu. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „12. Kierownik Projektu jest uprawniony do żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta, podając przyczynę oraz uzasadnienie wprowadzenia zmiany, wraz z określeniem terminu takiej zmiany. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaze ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona zmiany Inżyniera Kontraktu w terminie do 60 dni od daty przekazania żądania zmiany i w tym samym terminie, poinformuje Kierownika Projektu o danych personalnych osoby wchodzącej na miejsce osoby dotychczas wykonującej Usługę. W szczególności powodem żądania takiej zmiany może być to, że osoba ta nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy. Żądanie Kierownika Projektu jest dla Konsultanta wiążące.”

c) § 11 ust. 15 i 16

Z uwagi na automatyzm i autorytarność decyzji Kierownika Projektu, Odwołujący postuluje wprowadzenie co najmniej procedury odwoławczej od decyzji Kierownika Projektu w przypadku, gdy ten nie będzie zgadzał się na zmianę osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta - procedura weryfikacji odmownej decyzji Kierownika Projektu.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „15.

Konsultant nie może dokonywać zmiany osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Wykazie osób oraz Kryteriach pozacenowych, bez uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Kierownika Projektu. Wniosek o wprowadzenie zmian powinien być złożony nie później niż 14 dni przed terminem proponowanej zmiany, z zastrzeżeniem ust. 16. Kierownik Projektu zobowiązany jest rozpatrzyć wniosek w terminie do 7 dni od dnia jego otrzymania. Kierownik Projektu może na taką zmianę nie wyrazić zgody z podaniem uzasadnienia. Osoby proponowane w ramach zmiany Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Ofercie muszą spełniać wymagania podane w SIWZ, z uwzględnieniem poziomu Oferty Konsultanta (w zakresie Kryteriów pozacenowych). 17. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej: 3) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta; 4) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn. Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA prześle ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona zmiany osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Wykazie osób oraz Kryteriach pozacenowych”.

d) § 11 ust. 18

Odwołujący rekomenduje przywrócenie obowiązku zapłaty wynagrodzenia w przypadku zdublowania usług poszczególnych członków Personelu Konsultanta, a w szczególności, gdy

zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta, a nadto będzie to uzasadnione w związku z odpłatnym charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „18. Konsultant otrzymuje stosowne wynagrodzenie z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej, w sytuacji gdy zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta, a nadto będzie to uzasadnione w związku z odpłatnym charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego. 19. W przypadku zmiany Ekspertów Kluczowych (z wyjątkiem okoliczności opisanych w ust.16 pkt 1 niniejszego §) w trakcie realizacji Umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego Eksperta Kluczowego, sporządzenie szczegółowego raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz zdublowanie pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego. Celem powyższego będzie w szczególności płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego Eksperta Kluczowego poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych. W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi także za pracę nowo zatwierdzonego Eksperta Kluczowego, gdy zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta, a nadto będzie to uzasadnione w związku z odpłatnym charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zarzut 25 - § 14 ust. 1

Odwołujący wniósł, aby zakres obowiązków Konsultanta w zakresie weryfikacji dokumentacji był enumeratywnie wyliczony. Ponadto, rekomenduje odpowiednią modyfikację postanowienia: § 14 ust. 1 pkt 8) umowy (audyt BRD), gdyż wedle oceny Odwołującego audyt BRD wykonywany jest przez jednostkę upoważnioną do jego przeprowadzenia przez Zamawiającego oraz § 14 ust. 1 pkt 9) umowy (projekt stałej organizacji / organizacji ruchu), gdyż w ocenie Odwołującego za weryfikację i uzgodnienie oraz zatwierdzenie ww. projektów odpowiadają organy upoważnione na mocy prawa, a za wdrożenie w życie odpowiada wykonawca robót.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „1.

Konsultant jest zobowiązany do dokonywania na bieżąco, w miarę postępu prac projektowych, przeglądu lub zatwierdzania Dokumentów Wykonawcy zgodnie z Kontraktem, sporządzanych przez Wykonawcę Kontraktu, zgodnie z Umową, postanowieniami Klauzuli 5 Warunków Kontraktu, wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym oraz procedurami określonymi w Zarządzeniach wydanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, tj. do:

- 1) weryfikacji Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego pod względem ich zgodności z wymaganiami zawartymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, obowiązującymi przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi oraz wiedzą techniczną;
- 2) weryfikacji i nadzorowania prawidłowości zaprojektowania granic pasa drogowego w kontekście rozwiązań dla obsługi przyległego terenu, zajętości terenu oraz prawidłowości podziałów nieruchomości;
- 3) weryfikacji i nadzorowania przyjmowania optymalnych rozwiązań projektowych (w tym w zakresie konstrukcji i wyposażenia tunelu) z punktu widzenia technicznego i ekonomicznego oraz konserwacji i eksploatacji Robót;
- 4) weryfikacji i nadzorowania wykonywania badań podłoża, opracowania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych oraz - w zależności od potrzeb - uzupełniającej Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej (w formie załączników do dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym na Projekt i realizację inwestycji), w tym Projektu robót geologicznych, wraz z uzyskaniem Decyzji zatwierdzających;
- 5) weryfikacji i nadzorowania przeprowadzenia procedury sporządzenia raportu do ponownej oceny oddziaływania na środowisko;
- 6) weryfikacji i nadzorowania wykonania materiałów niezbędnych do wystąpień o uzgodnienia formalno-prawne, w tym m.in. Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach Decyzję o pozwoleniu wodno-prawnym, uzgodnienia z gestorami sieci, zarządcami dróg i sieci kolejowej, Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, Decyzję pozwolenia na budowę,
- 7) weryfikacji Planu Ruchu Zakładu Górniczego - w przypadku drążenia tunelu metodą górniczą;
- 8) skreśla się;
- 9) skreśla się;
- 10) weryfikacji Dokumentacji bezpieczeństwa tunelu drogowego, oraz bieżącej współpracy z wykonawcą i z Zamawiającym oraz Urzędnikiem zabezpieczenia tuneli w trakcie jego realizacji jak i podczas oceny próbnego użytkowania.
- 11) weryfikacji i nadzorowania procedury uzupełniania dokumentacji projektowej w toczących się postępowaniach o wydanie decyzji;
- 12) weryfikacji pozostałych Dokumentów Wykonawcy wymienionych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym w trakcie realizacji Kontraktu."

Zarzut 26 - § 15

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający który nie jest limitowany czasem na przygotowanie postępowania, w przeciwieństwie do wykonawcy, który jest limitowany czasem na przygotowanie oferty, powinien przed ogłoszeniem przetargu wypełnić wszystkie obowiązki jakie na niego nakłada art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca powinien więc mieć zgodnie z profesjonalnym rozeznaniami i potrzebami Zamawiającego, określony precyzyjnie zakres obowiązków Konsultanta z poszczególnych obszarów: ochrona środowiska, zieleni, archeologia. Nie są więc dopuszczalne kształtowanie otwartych zakresów lub niedookreślonych wyliczeń obowiązków Konsultanta, np.: § 15 ust. 1 pkt 3) - zapewnienia, w zależności od potrzeb, § 15 ust. 2 pkt 8) - w przypadku takiej konieczności, sprawowania nadzoru nad opracowaniem przez Wykonawcę niezbędnych materiałów ... § 15 ust. 4 pkt 5) - monitorowania postępu prac podczas wykonywania archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych, wykonywanych na zlecenie Zamawiającego, w szczególności: .. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o skreślenie sformułowań: „w zależności od potrzeb”, „w przypadku takiej konieczności”, „niezbędnych materiałów”, „w szczególności”.

Zarzut 27 - § 17 ust. 1

Z uwagi na autorytarne i jednostronne ukształtowanie Odwołujący wniosk o:

- a) ppkt 2) - wydłużenie terminu 2 dni roboczych, w jakim Konsultant ma udzielać wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień, jako zbyt krótkiego;
- b) ppkt 9) i 10) - wydłużenie terminu 3 dni roboczych, w jakich Konsultant ma przekazać protokoły z odpowiednich Rad;
- c) ppkt 14) i 15) -sprecyzowanie dokładnego zakresu (punktów krytycznych) kontroli w zakresie certyfikatów, polis ubezpieczeniowych i gwarancji - jako, że korespondencja kontraktowa na potrzeby uzgadniania poprawności ww. dokumentów może trwać wiele miesięcy, co nie jest celowe z punktu widzenia stron umowy oraz Kontraktu; Odwołujący rekomendował wprowadzanie do Kontraktu (z wykonawcą robót) obowiązku załączenia opinii brokera ubezpieczeniowego potwierdzającej spełnianie przez daną polisę warunków kontraktu, pod rygorem jej nie przyjęcia;
- d) ppkt 21 - wprowadzenie procedury odwoławczej od obowiązku wystawienia dokumentu wymaganego przez Zamawiającego, w przypadku innym niż wydanie Polecenia - zakres pojęcia: wystawianie wszelkich niezbędnych jest zbyt szeroki;
- e) ppkt 27 i 28 -sprecyzowanie obowiązku polegającego na identyfikowaniu ryzyka powstania potencjalnych i rzeczywistych roszczeń oraz o wydłużenie terminu na podstawie informacji w tym zakresie oraz sposobu zapobiegania tym roszczeniom. W szczególności w ocenie Odwołującego rekomendowane jest zaznaczenie i uwypuklenie różnicy między obowiązkami pożądanymi przez Zamawiającego na zasadzie ppkt 27 i 28 oraz wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie przez potencjalne ryzyka i za jaki moment, zdaniem Zamawiającego, można uznać powzięcie informacji o potencjalnym roszczeniu;
- f) ppkt 29 -odstąpienie od tego obowiązku w przypadku roszczeń przejściowych/ o odpowiednie dostosowanie tego obowiązku do roszczeń przejściowych, których procedowanie nie wymaga co do zasady aż tak dużego zaangażowania;

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie:

- 1). niezwłocznego, lecz nie później niż w terminie 5 dni roboczych, udzielania Wykonawcy wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień dotyczących danego Kontraktu;
- 9) . organizowania oraz przewodniczenia comiesięcznym naradom i objazdom terenu budowy z udziałem Zamawiającego dotyczącym postępu prac projektowych i Robót (Radom Budowy), w których udział biorą przedstawiciele wszystkich zaangażowanych w realizację Kontraktu stron (Wykonawca, Inżynier Kontraktu, Kierownik Projektu oraz inni oficjalni obserwatorzy) oraz sporządzania protokołów z tych narad i przekazywania ich Kierownikowi Projektu i Wykonawcy w terminie 7 dni roboczych od dnia, w którym odbyła się Rada Budowy;
- 10) . organizacji i przewodniczenia cotygodniowym Radom Technicznym z udziałem co najmniej Personelu Konsultanta i Wykonawcy, sporządzenia protokołów i przekazania ich w terminie 7 dni roboczych od dnia Rady Kierownikowi Projektu i Wykonawcy;
- 14) . sprawdzania i formułowania zaleceń dotyczących poprawności i autentyczności certyfikatów to jest....., polis ubezpieczeniowych to jest....., gwarancji wykonania to jest, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej to jest, tytułów własności sprzętu to jest, zabezpieczenie wykonania z tytułu rękojmi za Wady (Subklauzula 4.2). Dokumenty te Zamawiający zdefiniuje przy zawarciu umowy;
- 15) . prowadzenie monitoringu ww. dokumentów w formie uzgodnionej z Kierownikiem Projektu;
- 21). wystawiania wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z realizacją Kontraktu wymaganych przez Zamawiającego, w przypadku sporu o zakres dokumentów, Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wystawienia dokumentu do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA prześle ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona wystawienia dokumentu w terminie 10 dni roboczych;

27). analiza dla Kierownika Projektu zgłoszonych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich wraz z przedstawieniem propozycji i sposobów zapobiegania tym roszczeniom niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 10 dni roboczych od powzięcia informacji;

28) . niezwłocznego (nie później niż w ciągu 10 dni roboczych od otrzymania informacji) powiadomienia Kierownika Projektu o wszelkich roszczeniach Wykonawcy oraz rozbieżnościach między dokumentacją Zamawiającego a stanem faktycznym na Placu

budowy;

29) . rozpatrywania roszczeń oraz powiadomień o roszczeniach Wykonawców (z wyłączeniem roszczeń przejściowych) i przedstawienia merytorycznego stanowiska w odniesieniu do nich z pełną dokumentacją dotyczącą roszczenia na zasadach określonych w Kontrakcie”.

Zarzut 28 - § 19 ust. 1 pkt 1 i 4

Odwolujący wskazał, iż konieczne jest także sprecyzowanie obowiązków Konsultanta - mimo ich enumeratywnego wyciszczenia w tym paragrafie - poprzez unikanie ogólnikowych i nieostrych sformułowań np. pkt 1) identyfikowanie wszelkiego ryzyka i zagrożeń; dla pomyślnego przebiegu Kontraktu; pkt 4) wzywianie Wykonawcy do przedłożenia zaktualizowanego Programu uwzględniającego ponowne rozplanowanie, skoordynowanie czynności Podwykonawców Wykonawcy i zapewniającego ukończenie Robót w wyznaczonym terminie. - mogących prowadzić do nieuprawnionych i chybionych wniosków, że Konsultant przyjmuje na siebie i jest gwarantem pomyślnej i terminowej realizacji Kontraktu - a więc stosunku zobowiązaniowego, którego nie jest stroną.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie:
„1. Konsultant zobowiązany jest do: 1) bieżącej analizy sytuacji związanej z realizacją Kontraktu, zgłaszania zidentyfikowane ryzyka i zagrożenia dla należytego (w ramach założonego terminu i wynagrodzenia Wykonawcy) wykonania Kontraktu. W przypadku wykrycia problemów, Konsultant niezwłocznie podejmie zarządcze działania naprawcze w zakresie jego kompetencji lub sformułuje konkretne zalecenia i rekomendacje dla Zamawiającego odnośnie podjęcia określonych działań. W celu zapewnienia skuteczności przedmiotowych działań, Konsultant będzie prowadził monitoring zaangażowania sprzętowego i pracowników zatrudnionych do realizacji Kontraktu, poprzez kontrole na Placu Budowy wraz z oceną wystarczalności środków podjętych przez Wykonawcę, mających na celu terminową realizację Kontraktu; 4) sprawdzania postępu Robót zgodnie z Programem i jego aktualizacjami i w przypadku stwierdzenia opóźnień wezwania Wykonawcy do przedłożenia zaktualizowanego Programu uwzględniającego ponowne rozplanowanie, skoordynowanie czynności Podwykonawców Wykonawcy. Jeżeli opóźnienia nie zostaną nadrobione, a zaktualizowany Program nie będzie realizowany - Konsultant poinformuje pisemnie Kierownika Projektu o zaistniałej sytuacji oraz o środkach które należy podjąć w celu rozwiązania zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu. Program i kolejne jego aktualizacje stanowiąc będą podstawę monitorowania postępu Robót. W przypadku, gdyby postęp Robót nie jest właściwy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, do obowiązków Konsultanta będzie należało pisemne poinformowanie Kierownika Projektu o środkach, które można podjąć w celu zaradzenia zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu (lub zminimalizowania skutków nie wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu) z uwzględnieniem ryzyk dla Zamawiającego”.

Zarzut 29 - § 20 ust. 6 i 7

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie jest wykonany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego zachodzi konieczność usunięcia obowiązku dotyczącego zlecenia badań nieprzewidzianych Kontraktem, gdyż Kontrakt co do zasady nie przewiduje wykonywania innych badań niż te wymienione w Specyfikacjach Technicznych. Nadto zachodzi konieczność sprecyzowania/rozdzielenia badania dodatkowego oraz badania kontrolnego oraz wskazanie zasad ponoszenia/partycypacji w kosztach takich badań na podstawie umowy oraz Kontraktu (§ 20 ust. 13 stanowi o badaniach kontrolnych). Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „6. Forma, rodzaj zleczanych badań i sposób pobierania próbek zostaną uzgodnione z Zamawiającym. 7. W przypadku Materiałów lub Robót budzących wątpliwość co do ich jakości, Konsultant zobowiązany jest do: a) w przypadku badań możliwych do wykonania przez Laboratorium Zamawiającego - zlecenia wykonania badań, b) w przypadku badań niewykonywanych przez Laboratorium Zamawiającego, do wskazania Zamawiającemu rodzaju, zakresu i metod badań w celu umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonania tych badań jednostce zewnętrznej, na koszt Zamawiającego”.

Zarzut 30 - § 20 ust. 9 i 12

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie jest wykonany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż występuje zbyt szeroki i niedookreślony termin „szczególnie uzasadnionego przypadku” w którym próbkę może pobrać Konsultant, który zdaniem Odwołującego generuje ryzyko nadinterpretacji, a w powiązaniu z obowiązkiem wyrażonym w ust. 12: „Koszt pobrania, pakowania i transportu próbek do Laboratorium Zamawiającego ponosi pobierający próbkę” - może generować dodatkowe, niemożliwe do oszacowania koszty realizacji Usługi przez Konsultanta. To wprost przekłada się na nieporównywalność ofert, na brak rzetelnego zbadania ceny przez Zamawiającego, w rezultacie przełoży się na wynik postępowania. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „9. Pobranie próbek do badań i pomiarów kontrolnych i akceptacyjnych będzie dokonywane przez przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego lub przez Konsultanta przy udziale lub po poinformowaniu przedstawicieli Wykonawcy. 12. Koszt pobrania, pakowania, i transportu próbek do Laboratorium Zamawiającego ponosi Zamawiający.”

Zarzut 31 - § 25

a) ust. 1 pkt 3

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie jest wykonany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie sprecyzowano procedury weryfikacji ubezpieczenia Kontraktów - wprowadzenie dokładnego zakresu (punktów krytycznych) kontroli w zakresie ubezpieczenia. Rekomenduje wprowadzanie do Kontraktu (z wykonawcą robót) obowiązku załączenia opinii brokera ubezpieczeniowego potwierdzającej spełnianie przez daną polisę warunków kontraktu, pod rygorem jej nie przyjęcia - oraz wyłączenie obowiązku zapewnienie sprawdzenia polis przez brokera ubezpieczeniowego. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „3) sprawdzania i weryfikacji ubezpieczenia każdego z Kontraktów, przedstawianego przez Wykonawcę, pod względem zgodności z prawem polskim, Warunkami Kontraktu i wymaganiami Zamawiającego. Do weryfikacji ubezpieczeń przedstawionej przez Konsultanta Zamawiającemu zostanie dołączona również opinia i weryfikacja brokera ubezpieczeniowego. Konsultant będzie monitorował opłacanie rat składek Ubezpieczenia przez Wykonawcę” .

b) ust. 1 pkt 4

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie jest wykonany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie sprecyzowano obowiązku udziału w udostępnianiu informacji publicznej, jako że to Zamawiający na podstawie obowiązujących przepisów będzie ewentualnie zobowiązany do udzielenia takiej informacji. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o skreślenie pkt 4.

c) ust. 1 pkt 5

Odwołujący uważa, że ww. regulacja jest nieprecyzyjna z uwagi na różny poziom treści dokumentów oraz specjalistycznego języka zawodowego, dlatego konieczne jest zamiast takiej regulacji wprowadzenie kwotowego limitu tłumaczenia w danym miesiącu jaki obciąża Konsultanta oraz enumeratywne wymienienie dokumentów, które mogą podlegać tłumaczeniu (odstąpienie od sformułowania wszystkie). Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „5) zapewnienia, w razie potrzeby, tłumaczenia dokumentów obcojęzycznych związanych z Kontraktem po uzgodnieniu ich zakresu z Konsultantem. Tłumaczenia należy dokonać z wybranego języka urzędowego Unii Europejskiej na język polski. Zakres tłumaczeń w miesiącu kalendarzowym wynosi maksymalnie 2.000 złotych netto miesięcznie. Koszt tłumaczeń należy zawrzeć w kosztach administracyjnych.”

Zarzut 32 - § 32 ust. 1

Odwołujący podniósł konieczność odstąpienia od formułowania nieostrych oraz otwartych zakresów odpowiedzialności Konsultanta. Konsultant nie powinien przyjmować odpowiedzialności względem osób trzecich, a jego odpowiedzialność, jako odpowiedzialność co do zasady kontraktowa, winna wynikać z realizacji obowiązków umownych, względnie powinien mieć określony w umowie limit odpowiedzialności. Proponowane przez Zamawiającego rozwiązanie doprowadzi do nieporównywalności ofert, do braku możliwości ich zbadania pod względem rzetelności wyceny, w rezultacie wpływa wprost na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego pełne zabezpieczenie interesu Zamawiającego znajduje się w Kodeksie cywilnym. Z uwagi na powyższą argumentację, wniósł o skreślenie ust. 1.

Zarzut 33 - § 33

a) ust. 1-4

Powyższe zdaniem Odwołującego stanowi zbędne a kosztowne dla Wykonawcy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z uwagi na nadmierny jego zakres. Aktualnie paragraf 34 w różnych miejscach stanowi o ubezpieczeniu: a) odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu prowadzonej działalności - ust. 1; b) odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu posiadanego i użytkowanego mienia - ust. 1; c) szkód na osobie - ust. 2; d) szkód rzeczowych - ust. 2; e) strat finansowych - ust. 2; f) szkód poniesionych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Konsultanta - ust. 2; g) wszelkich działań i zaniechań Konsultanta - ust. 3; h) wszelkich działań i zaniechań Podwykonawców i innych podmiotów zaangażowanych przez Konsultanta - ust. 3. Dodatkowo, Zamawiający stawia warunek wyłączenia z umowy ubezpieczenia franszyzy redukcyjnej, integralnej, udziału własnego. Odwołujący wskazał, iż praktyka ubezpieczeniowa dowodzi, że uzyskanie ubezpieczenia o powyższych parametrach jest niezwykle trudne oraz bardzo kosztowne na rynku ubezpieczeń. Rekomendowane jest złagodzenie lub dokładne wskazanie ryzyk ubezpieczeniowych jakie ma obejmować ubezpieczenie. Z uwagi na powyższą argumentację, wniósł o skreślenie ust. 2.

b) ust. 8

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pominął obowiązek zwrotu na rzecz Konsultanta kosztów utrzymywania ubezpieczenia w wydłużonym okresie realizacji lub w przypadku gdy realizacja Usługi nie będzie mogła rozpocząć się w pierwotnie zaplanowanym terminie.

Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „8. Konsultant

zobowiązany jest do przedłużania umowy ubezpieczenia do czasu rzeczywistego zakończenia Umowy oraz do przedkładania kopii dokumentu ubezpieczenia wraz z dowodem zapłaty

składki Zamawiającemu bez wezwania, co najmniej na 7 dni przed upływem okresu na jaki

zawarta była umowa poprzednia, pod rygorem naliczenia przez Zamawiającego kary

umownej. Zamawiający w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta kopii dokumentu

ubezpieczenia zwróci koszty utrzymywania ubezpieczenia ponoszone w wydłużonym okresie realizacji lub w przypadku gdy realizacja Usługi nie będzie mogła rozpocząć się w pierwotnie zaplanowanym terminie.”

Zarzut 34 - § 35 ust. 7

Zdaniem Odwołującego omawiane wymaganie jest nadmierne, dlatego też wnosi o skrócenie okresu trwania siły wyższej (180 dni) jako uprawniającego do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 30 - dniowego okresu wypowiedzenia (180 dni + 30 dni = razem 7

miesiący). Zwracamy uwagę, że w toku „normalnego” wypowiedzenia należy zachować 6 - miesięczny okres wypowiedzenia - zob. § 41 ust. 1 Umowy. Powyższe postanowienie może być ponadto traktowane jako ograniczenie prawa strony do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów - którego to uprawnienia nie można się zrzec. Z uwagi na powyższą argumentację, regulacja ta powinna mieć brzmienie: „7. W przypadku zaistnienia okoliczności Siły wyższej i ich trwania przez okres 60 dni, niezależnie od jakiegokolwiek wydłużenia okresu realizacji, jakie może zostać przyznane Konsultantowi z wyżej wymienionej przyczyny, każda ze Stron jest uprawniona do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia.”

Zarzut 35 - § 36 ust. 2

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, pomimo miesięcy poprzedzających przygotowanie postępowania, nie wywiązał się z obowiązku nałożonego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie sprecyzował konkretnych obowiązków, których niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie będzie rodziło odpowiedzialność w postaci obowiązku zapłaty kary umownej w wysokości 20.000 złotych - powoływanie się ogólnie na obowiązki wynikające z Umowy jest nieprawidłowe. Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o skreślenie ust. 2.

Zarzut 36 - § 36 ust. 3 -10, ust. 15 oraz ust. 18

Zdaniem Odwołującego wysokość kar umowny jest rażąco wygórowana. W sytuacji walki konkurencyjnej o kontrakt, więc przy minimalnych marżach, tak uregulowana wysokość kar spowoduje rażącą stratę po stronie wykonawcy, co może uniemożliwić osiągnięcie celu

postępowania. Nadto postanowieniom dotyczącym kar umownych za wypowiedzenie umowy, trudno przypisać cechę jednoznaczności o której mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp tj.: i) czy karą umowną objęte jest wypowiedzenie umowy w trybie zwykłym, przepisany umową - § 41 ust. 1 umowy - wypowiedzenie w tym trybie nie powinno być sankcjonowane; ii) Zamawiający nie powinien dysponować uprawnieniem do naliczenia kary umownej za wypowiedzenie umowy z ważnych powodów które są obiektywne lub nie leżą po stronie Konsultanta; iii) Zamawiający nie uszanował zasady równości stron kontraktu i zaniechał sprecyzowania symetryczności uprawnień i zastrzeżenie kar umownych jak w ust. 9 i 10 od wynagrodzenia, pomniejszonego o wypłaconą sumę wynagrodzenia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o wprowadzenie limitu kar umownych w łącznej wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w § 4 ust. 1 umowy. Nadto, w zakresie ust. 7, wniósł o jego skreślenie, ewentualnie wprowadzenie kary w określonej kwocie pieniężnej, nie wyższej niż 5.000 złotych za zawinione nieprzedłożenie kopii ubezpieczenia itp. a nie sankcjonowanie dni zwłoki w przedłożeniu takiej kopii. Co do ust. 9 i 10, Odwołujący zaproponował brzmienie: „9. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Konsultanta bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1. 10. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia niewykonania obowiązku wskazanego w §11 ust. 19 tj. niesporządzenia raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego lub niezapewnienia zdublowania pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego, w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każde takie zdarzenie. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku każdego stwierdzenia niewykonania obowiązku umownego w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każde takie zdarzenie”

Zarzut 37 - § 40 ust. 7

Odwołujący wskazał, iż w przypadku zawieszenie usługi Konsultant ponosi koszty stałe i nie tylko administracyjne wymienione w ust. 6. Paragraf 40 nie limituje tego okresu. To uniemożliwia rzetelną kalkulację ofert przetargowych i ich profesjonalne zbadanie. Nie jest uzasadnione zrzeczenie się jakichkolwiek roszczeń na przyszłość w związku z zawieszeniem umowy. Zdaniem Odwołującego powinny w tym względzie obowiązywać regulacje kodeksu cywilnego. Z uwagi na powyższe wniósł o skreślenie ust. 7.

Zarzut 38 - § 41 ust. 3

Z uwagi na autorytarne i jednostronne oraz nieprecyzyjne sformułowanie treści Umowy, Odwołujący wniósł o sformułowanie katalogu ważnych powodów uprawniających Zamawiającego do natychmiastowego rozwiązania umowy w sposób enumeratywny. Odwołujący wniósł o dodanie w § 41 ust. 3 in principio sformułowania np.: „Za ważne powody wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego należy rozumieć sytuacje zawinione lub powstałe z winy Konsultanta”. Wniósł także, aby uprawnienie do natychmiastowego wypowiedzenia umowy powstawało w okolicznościach wymienionych w ust. 3 umowy, każdorazowo, po co najmniej jednokrotnym wezwaniu Konsultanta do zmiany sposobu realizacji Umowy/poprawy działania/usunięcia naruszenia w określonym terminie, tak jak uczyniono to np. w § 41 ust. 3 pkt 2) umowy.

W części B odwołania wskazano, iż wynagrodzenie musi być adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów wykonawcy. Analiza wskazanych postanowień projektu umowy, wskazuje na rażąco nieekwiwalentność świadczenia, wykonawca w obecnej sytuacji jest wręcz skazany na dochodzenie wynagrodzenia w sądzie. Zatem nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, zagraża trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy. Odwołujący wskazał, iż postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie może być utożsamiany z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku, to przecież nie powinno być intencją Zamawiającego otrzymanie oferty, gdzie będą zawyżone koszty o ryzyka, które mogą się nie ziścić. Zdaniem Odwołującego to prowadzi do marnotrawienia środków publicznych,

a z drugiej strony może prowadzić do nieporównywalności ofert. Jeżeli tylko jest to możliwe zamawiający winien uczynić wszystko aby oferty były porównywalne ze sobą i rzetelnie skalkulowane.

W części C odwołania wskazano, iż w orzecznictwie tak Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w prawie zamówień publicznych ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO z 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). Wskazuje się na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010r., sygn. akt KIO 1698/10). Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość. W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11.2016r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Odwołujący zauważył jednakże, że w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Wskazał na wyrok KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, gdzie 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 k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c. (tak też: wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu

reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych

świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16 Izba

podkreśliła, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych

zaniedbań i działań. Odwołujący wskazał, iż jest świadomy, że na gruncie ustawy Pzp nie ma

równowagi stron, oraz że Zamawiający, jako podmiot wydatkujący środki publiczne,

uprawniony jest do stawiania siebie w uprzywilejowanej pozycji, jednakże, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, również i uprzywilejowana pozycja Zamawiającego winna nie przekraczać granic określonych dyspozycją normy zawartej w art. 5 kodeksu cywilnego.

Odwołujący powołał się ponadto na wyrok z dnia 23 czerwca 2017r., sygn. akt KIO 1117/17 odnoszący się do kwestii kar umownych, wyrok KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15 wskazujący, 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 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC, wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17, wyrok z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Mając na uwadze, że postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, niniejszym Odwołujący wniósł o szeroką kontrolę wskazanych powyżej regulacji umownych.

W części D odwołania wskazano, iż Zamawiający także naruszył dobre obyczaje i zasady współzycia społecznego przy kształtowaniu kwestionowanych postanowień SIWZ i projektu umowy. Zwrócił uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r. (II CSK 528/10), gdzie został wyrażony pogląd, że w ramach wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, która może się wyrażać nieekwiwalentnością ich wzajemnej sytuacji prawnej. Nieekwiwalentność ta stanowiąc wyraz woli stron nie wymaga, co do zasady, wystąpienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały. Jednakże obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący doszło wskutek świadomego lub tylko spowodowanego niedbalstwem, wykorzystaniu przez

drugą stroną silniejszej pozycji. Odwołujący odwołał się także do zadania Prezesa UZP w zakresie dbania o prawidłowe wzorów umów i propagowanie dobrych praktyk oraz iż należy zadbać o zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez określenie zasad kształtowania umów, czy wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych. Odwołujący przypomniał, iż zgodnie z motywem pierwszym dyrektywy klasycznej udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne jest kształtowanie praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Każda umowa zawarta w kraju cywilizacji zachodniej powinna przewidywać proporcjonalne podejście do praw i obowiązków stron, a więc nie powinno być akceptowane kształtowanie umów w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerywać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie wspominając o generowaniu dodatkowych ryzyk dla wykonawcy, jak to ma miejsce w tym przypadku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ukształtował treści umowy, w sposób który rażąco narusza interesy wykonawców, w sposób nie uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie kształtuje postanowienia umowy rażąco naruszające interesy wykonawców. W świetle powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, w celu zachowania ekwiwalentności świadczenia oraz dla zachowania proporcjonalności postanowień, w ten sposób, aby Zamawiający doprecyzował w ramach wzoru umowy kwestie sporne.

W dniu 4 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt 484/18. wskazał, iż wykonawcy często uciekają się do kreowania w odwołaniach na treść SIWZ pewnych hipotetycznych ryzyk, wskazując że kwestionowane przez nich postanowienia wzoru umowy albo ich nie przewidują, albo obarczają nimi w całości podmiot, który realizować będzie dane zamówienie publiczne. Przywołał treść stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19 odnoszącego się do powoływania jako zarzutu art. 353¹ k.c., dodając, że decyzja o złożeniu oferty jest samodzielną decyzją wykonawcy. Zauważył, iż dominująca

pozycja Zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób i nie mają swobody wyboru kontrahenta - strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu (wskazał na wyrok KIO z 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2311/19). Podniósł, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może jednak składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia SIWZ oraz postanowień umownych, o które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić (wskazał na wyrok KIO z 27 marca 2017 r., sygn. akt KIO 387/17).

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący złożył wniosek o wyjaśnienia treści SIWZ tożsamej z treścią odwołania. Przedmiotowy wniosek wpłynął do Zamawiającego jednak już po złożeniu odwołania. Dla Zamawiającego działania Odwołującego są niezrozumiałe - w odwołaniu kwestionuje prawidłowość danych postanowień umownych, by następnie złożyć wniosek o wyjaśnienia ich treści. Ponadto Zamawiający zauważył, że Odwołujący często nie precyzuje swoich żądań i nie przedstawia właściwego - jego zdaniem - brzmienia postanowień umownych, co uniemożliwia jednoznaczne odniesienie się do treści zarzutu lub jego uwzględnienie. Odwołujący, uzasadniając konieczność danej zmiany, często ogranicza się do stwierdzeń, że ich treść została ukształtowana w sposób jednostronny. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że taka jest specyfika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz umów zawieranych między Zamawiającym a Wykonawcą. Zamawiający podniósł także, iż część żądań przedstawionych w odwołaniu stała się bezprzedmiotowa, Zamawiający dokonał bowiem zmian w dokumentacji postępowania. Niektóre z kwestionowanych postanowień umownych są natomiast elementem umów już realizowanych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Zamawiający podkreślił także, że aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje szczególną pozycję Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie nie zasługuje także stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający otrzyma oferty, gdzie cena zawyżona będzie o koszty ryzyk, które mogą się nie ziścić. Wykonawca jako profesjonalny uczestnik obrotu

gospodarczego zobowiązany jest uwzględnić wszelkie ryzyka mogące mieć wpływ na realizację zamówienia publicznego. Okoliczność, że nie wszystkie z nich mogą się ziścić nie świadczy o tym, że Zamawiający - w postanowieniach umownych - a Wykonawca - w cenie oferty — nie powinien ich uwzględnić. Ponadto Odwołujący, mimo obowiązku wykazania, iż to Zamawiający nie przekazał wykonawcom informacji koniecznych do przygotowanie oferty czy oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ponownie ogranicza się jedynie do przedstawienia ogólnikowych twierdzeń. Podkreślił, iż postanowienia umowy są identyczne dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia i o ile nie zostanie wykazane, że sposób ich ukształtowania niezasadnie preferuje tych spośród wykonawców, którzy - przykładowo - są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe, od innych, zarzut naruszenia przepisu art. 353¹ k.c. nie zasługuje na pozytywną ocenę (wskazał na wyrok KIO z 17 marca 2017 r., sygn. akt 409/17).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie kar umownych, Zamawiający zauważył, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej, jak i jej wysokości, zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej (wskazał na wyrok KIO z 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2085/18). W przedmiotowej sytuacji jest możliwe prawidłowe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części, za którą została ustalona kara umowna. Wskazał także, iż postanowienia umowne opracowane przez Zamawiającego nie służą obarczeniu Wykonawcy konsekwencjami działań i zaniedbań Zamawiającego, tylko zabezpieczeniu instrumentów służących prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Podkreślił rodzaj i stopień skomplikowania zamówienia publicznego, jego znaczenie dla Zamawiającego oraz rodzaj i rozmiar ewentualnych negatywnych następstw, które mogą dotknąć Zamawiającego na skutek naruszenia obowiązków Wykonawcy. Zamawiający dodał, że Odwołujący nie precyzuje także z jakimi zasadami współżycia społecznego czy z jakimi dobrymi obyczajami niezgodne są opracowane przez Zamawiającego postanowienia umowne. Zamawiający podał także przykłady postępowań, których przedmiotem było pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktami, w których obowiązki Wykonawcy były skonstruowane w sposób zbliżony do obowiązków wynikających z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a w których Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty. Podkreślił, że w przywołanych postępowaniach postanowienia umowne dotyczące m. in. mechanizmu obliczania wynagrodzenia należnego Wykonawcy były tożsame z tymi określonymi w przedmiotowym postępowaniu. Liczba złożonych ofert oraz brak odwołań na treść SIWZ świadczą natomiast o tym, że Wykonawcy, również ci biorący udział w niniejszym postępowaniu odwoławczym, byli w stanie zaakceptować postanowienia umowne w brzmieniu tożsamym jak te w przedmiotowym postępowaniu, a stawianych im wymagań i określonych obowiązków nie uważali za wygórowane. Wykonawcy nie kwestionowali także prawidłowości postanowień umownych w obecnie trwających postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktami, których Zamawiający również wskazał przykłady.

Odnosząc się do konkretnych postanowień umowy Zamawiający wskazał, co

następuje:

Zarzut 1 - § 4 ust. 3 lit. c

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z postanowieniem § 1 umowy, Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta („KOJPK”), to dokument opracowany przez Zamawiającego obejmujący obowiązki wynikające z umowy oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, które zaferował Konsultant, stanowiący podstawę oceny jakości świadczonej usługi w okresach rozliczeniowych i ustalenia płatności przejściowej. Liczba KOJPK zależy od liczby nadzorowanych Kontraktów. Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 2 umowy, KOJPK jest załącznikiem nr 2 do umowy i stanowi integralną część umowy, w związku z powyższym niezrozumiałe i nieuprawnione jest stawianie tezy o braku takiego dokumentu jako części składowej SIWZ, a przez to niemożności zapoznania się z nim oraz obowiązkami z niego wynikającymi. Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta, jako załącznik nr 2 do umowy, została udostępniona wraz z pozostałą dokumentacją postępowania. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący jako samodzielny podmiot lub jako członek konsorcjum, od ponad 5 lat dla samego tylko Oddziału GDDKiA w Rzeszowie świadczy określone usługi i poddany jest ocenie w oparciu o analogiczne KOJPK na podobnych zasadach jak w postępowaniu. Odwołujący posiada więc wiedzę o celach i zasadach funkcjonowania oceny jakości pracy Konsultanta w oparciu o przedmiotowe narzędzie. Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta obejmuje jedynie obowiązki wynikające z umowy oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert. Wykonawca za wykonanie przez niego obowiązków określonych w umowie i uwzględnionych w KOJPK otrzymuje w comiesięcznym rozliczeniu pełne wynagrodzenie. W przypadku niespełnienia w danym miesiącu któregoś z obowiązków wynikających z umowy (występujących w danym

miesiącu) wynagrodzenie zostaje stosownie pomniejszone, proporcjonalnie do ilości niewykonanych obowiązków, zgodnie z mechanizmem opisanym w umowie, w szczególności w postanowieniach § 4, § 5, § 7 umowy. W związku z powyższym Wykonawca za wypełnienie obowiązków określonych w umowie, zgodnie z treścią złożonej oferty, otrzymuje pełne wynagrodzenie miesięczne. Zdaniem Zamawiającego zaproponowane przez Odwołującego brzmienie przedmiotowego postanowienia umowy może prowadzić do powstania po stronie Wykonawcy roszczenia o zapłatę pełnego wynagrodzenia, pomimo, iż nie wypełnił on w trakcie realizacji umowy wszystkich obowiązków wynikających z umowy. Niewłaściwe wykonywanie obowiązków umownych przez Konsultanta może i powinno - na zasadach wynikających z przepisów prawa cywilnego - przełożyć się również na jakość nadzorowanych prac realizowanych przez Wykonawcę Robót.

Zarzut 2 - § 4 ust. 3 lit. d

Zamawiający przywołał kryteria oceny ofert przewidziane w SIWZ. Wskazał, iż zachowując należytą staranność i dbając o prawidłowość prowadzonego postępowania oraz dążąc do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego poprzez niedopuszczenie do składania w ofercie deklaracji, których wykonawcy nie będą w stanie zrealizować, wprowadził postanowieniami § 4 ust. 3 lit. d) umowy instytucję ciągłego obniżania wynagrodzenia Wykonawcy w czasie realizacji umowy. W przypadku, gdy Wykonawca nie wypełnia obowiązków wynikających z kryteriów pozacenowych, a które to kryteria pozwoliły Wykonawcy uzyskać zamówienie w ramach prowadzonego postępowania, Zamawiający będzie mógł skorzystać z przywołanego mechanizmu. Zamawiający wskazał, iż kryteria pozacenowe odnoszą się do ponoszonych kosztów administracyjnych i kosztów związanych z Personelem Wykonawcy. Uwzględniając uzasadnione potrzeby Zamawiającego oraz dążenie do dyscyplinowania Wykonawcy, korekta odnosi się stosownie do całej płatności przewidzianej w danym miesiącu, a nie tylko, jak proponuje Odwołujący, do wynagrodzenia, jakie przysługiwałoby danemu ekspertowi lub - przykładowo - do wynagrodzenia za pracę personelu kluczowego, którego to kryterium dotyczy. Usunięcie § 4 ust. 3 lit. d) umowy, zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego, może doprowadzić do składania przez oferentów oświadczeń i deklaracji, których następnie Zamawiający nie będzie mógł wyegzekwować na etapie realizacji umowy, a zmierzających do uzyskania jak największej liczby punktów z tytułu wypełnienia kryteriów pozacenowych. W przypadku niewypełnienia obowiązków wynikających z kryteriów pozacenowych w trakcie realizacji umowy, korekta wynagrodzenia ma na celu dostosowanie wynagrodzenia należnego Wykonawcy do wynagrodzenia odpowiadającemu stopniu niezrealizowanych, a zadeklarowanych kryteriów pozacenowych. Dla ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy odpowiadającego stopniowi wypełnienia zobowiązań wynikających ze złożonej oferty w zakresie wypełnienia wymogów wynikających z kryteriów pozacenowych, Zamawiający przyjął tożsame wskaźniki jak te przyjęte na etapie oceny ofert. W ocenie Zamawiającego powyższe rozwiązanie jasno i precyzyjnie określają sposób ustalenia należnego wynagrodzenia. Zdaniem Zamawiającego powyższe nie powinno budzić wątpliwości, w szczególności w sytuacji gdy umowa jest realizowana przez profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Zarzut 3 - § 5 ust. 1 pkt 3 i 4

W ocenie Zamawiającego uregulowania zawarte w postanowieniu § 5 umowy, a odnoszące się do oceny poziomu świadczenia usług przez wykonawcę nie mogą być analizowane wybiórczo, lecz całościowo. Postanowienia § 5 ust. 1 pkt 3 i 4 umowy odnoszą się od obowiązków i zarazem uprawnień Kierownika Projektu. Podkreślił, że stosownie do uregulowań wynikających z postanowienia § 5 ust. 5 umowy, Kierownik, wypełniając Kartę Oceny Jakości Pracy Konsultanta, może zakwestionować należyte wypełnianie przez Konsultanta obowiązków wynikających z umowy lub prawidłowość przyjętego sposobu wypełnienia obowiązków wynikających z oferty w ramach kryteriów pozacenowych. Kierownik

Projektu jest zobowiązany każdorazowo pisemnie uzasadnić podjętą decyzję. Tym samym, nie można podzielić twierdzeń Odwołującego, iż ocena pracy dokonywana przez Kierownika Projektu jest „uznaniowa i poza jakąkolwiek kontrolą, a nawet wprost uzależniona od sympatii oceniającego do Konsultanta”. Zamawiający wskazał ponadto, że obserwacja pracy Konsultanta stanowi podstawowe i bezpośrednie źródło wiedzy o jakości wykonywanej przez niego pracy. Zazaczył, że już w 2014 r. w umowach zawieranych przez Zamawiającego został wprowadzony mechanizm procedury odwoławczej od decyzji Kierownika Projektu, który został szczegółowo opisany w postanowieniu § 5 ust. 1 pkt 8 i 9 umowy. Przedmiotowe postanowienia funkcjonują także w umowach zawieranych przez Zamawiającego z Odwołującym, np. Umowa nr 2814/117/2014 zawarta w dniu 18 sierpnia 2014 r. oraz Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 4 - § 5 ust. 2

Zdaniem Zamawiającego postanowienie jest jednoznaczne. To na wykonawcy oraz w jego interesie - spoczywa obowiązek udowodnienia należytego wykonania obowiązków określonych w Karcie Jakości Pracy Konsultanta i wynikających z zawartej umowy. Umowa w obecnym brzmieniu dopuszcza dowolną formę wykazywania się przez wykonawcę z wypełniania obowiązków wynikających z umowy (przy zachowaniu uregulowań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa), umożliwiając złożenie wraz z Raportem Miesięcznym m. in. kopii dokumentów świadczących o właściwym wypełnianiu obowiązków. Zamawiający zaznaczył, że postanowienia § 5 ust. 2 umowy również funkcjonują od 2014 r. w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym.

Zarzut 5 i 6 - § 5 ust. 8 i 9

Zamawiający dokonał zmiany dokumentacji postępowania w tym zakresie (zmiana nr 3 i 4).

Zarzut 7 - § 6 ust. 9 (dot. także zarzutu 19)

Zamawiający dokonał zmiany postanowienia (zmiana nr 22). Wskazał, iż przedmiotowe postanowienie stanowi waloryzację umowną. Nie jest to waloryzacja uregulowana przepisami ustawy Pzp. Podkreślił, że Raport Zamknięcia kończy realizację umowy. Zamawiający - dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego - musi znać zarówno okres stosowania regulacji dotyczących waloryzacji, ale także jej wartość. Zamawiający, mając na celu również prawidłową współpracę z Wykonawcą, dokonał określenia czasu i prognozy wartości w treści umowy. Wskazał, iż powyższa konkluzja jest także dodatkowo determinowana zasadami finansów publicznych, zgodnie z którymi Zamawiający nie może zaciągać zobowiązań majątkowych bez zdefiniowanej wartości.

Zarzut 8 - § 11 ust. 19

Zamawiający dokonał zmiany przedmiotowego postanowienia (zmiana nr 5)

Zarzut 9 - § 13 ust. 6

Zamawiający wyjaśnił, iż kontrola zatrudnienia przez Wykonawcę określonych osób na podstawie umowy o pracę jest zarówno obowiązkiem, jak i prawem Zamawiającego. Prawidłowe dokonywanie tej kontroli wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, informacje dotyczące m. in. imienia i nazwiska, podstawy zatrudnienia, czy zakresu wykonywanych czynności przy realizacji zamówienia są informacjami niezbędnymi do realizacji przez Zamawiającego przedmiotowego uprawnienia. Dążenie do przetwarzania takich danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych, w tym do posiadania zgody pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych, jest działaniem prawidłowym i uzasadnionym. W czasie trwania stosunku pracy pracodawca niejednokrotnie zmuszony jest udostępnić dane pracowników innym podmiotom. W każdej takiej sytuacji pracodawca musi mieć podstawę prawną do udostępnienia danych pracownika. Ponadto zdaniem Zamawiającego trudno wskazać, w jaki sposób Odwołujący planuje realizować zamówienie bez zgody pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych w związku z wykonywaniem przez nich obowiązków nałożonych umową na Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dokonał zmiany w przedmiotowym postanowieniu (zmiana nr 15).

Zarzut 10 - § 16 ust. 3

Zamawiający dokonał zmiany przedmiotowego postanowienia (zmiana nr 6)

Zarzut 11 - § 16 ust. 4

Zamawiający podkreślił, że przedmiotowe postanowienie funkcjonuje od 2014 r. w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa nr 2814/117/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r. Niezależnie od powyższego, Zamawiający dokonał zmiany dokumentacji w przedmiotowym zakresie, jak w zarzucie 10.

Zarzut 12 - § 19A ust. 5

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wymaganiami SMWZ, liczba Ekspertów kluczowych jest równa liczbie wymaganych osób na konkretne stanowiska. Oferent wycenia koszt

pełnienia usługi przez poszczególne osoby przewidziane na konkretne stanowiska Ekspertów kluczowych. Natomiast liczba Innych ekspertów, może nie być równa liczbie wymaganych osób na dane stanowisko. Oferent wycenia koszt pełnienia usługi przez Innych ekspertów określonego rodzaju bez względu na liczbę osób. Liczba osób będzie wynikać z faktycznego zapotrzebowania, które będzie określone na podstawie harmonogramu sporządzanego przez Konsultanta (HPPK) i zatwierdzonego przez Kierownika Projektu w trakcie realizacji usługi, zgodnie z umową. Biorąc pod uwagę powyższe dla Zamawiającego niezrozumiałe jest stwierdzenie użyte w odwołaniu przez Odwołującego: „Nielogicznie więc Zamawiający zakłada, że z jednej pozycji np. specjalista ds. nadzoru geotechnicznego będzie rozliczał w danym miesiącu podwójną liczbę dniówek za pracę dwóch ekspertów.”. Powyższe stwierdzenie dodatkowo może świadczyć o braku doświadczenia w realizacji zadań w zakresie drążenia tunelu i rozumienia funkcji, jaką na budowie tunelu ma pełnić Inspektor Nadzoru robót tunelowych, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) oraz postanowieniami umowy. Inspektor Nadzoru odbiera i nadzoruje bezpośrednio roboty budowlane realizowane przez Wykonawcę Robót w zakresie tunelu przez cały okres realizacji zadania, zarówno podczas samego drążenia, jak i jego wykonywania (drążenie jednej nawy, w tym samym czasie wykonywanie drugiej), Odrębne funkcje związane z drążeniem tunelu pełni natomiast geolog i geotechnik, na których określone obowiązki nakłada umowa. W związku z dużym nakładem obowiązków Inspektora Nadzoru (dwie nawy tunelu) w pozycji 2.2 Formularza Cenowego - Inni Eksperti nadzoru, zostały wskazane 2 etaty, a nie jak pisze Odwołujący 3. W pozycji 2.2 Formularza Cenowego - Inni Eksperti został wskazany jeden specjalista ds. nadzoru geotechnicznego i jeden specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych. Zamawiający wyjaśnił, iż liczba ww. osób, zgodnie z postanowieniami SIWZ, będzie wynikać z faktycznego zapotrzebowania, które będzie określone na podstawie harmonogramu sporządzanego przez Konsultanta (HPPK) i zatwierdzonego przez Kierownika Projektu, w trakcie realizacji usługi, zgodnie z umową i w dostosowaniu do technologii i sposobu wykonania przyjętego przez Wykonawcę, które nie są dzisiaj znane Zamawiającemu. Dodał, że przyjęty w przedmiotowym postanowieniu sposób rozliczania obowiązywał już w 2014 r., między innymi w umowie zawartej z Odwołującym (Umowa nr 2814/117/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r.).

Zarzut 13 - § 35 ust. 1 -3

Zamawiający dokonał zmiany postanowienia (zmiana nr 7).

Zarzut 14 - § 36 ust. 16

Zamawiający wskazał, iż w postanowieniu § 20 umowy został określony jeden z podstawowych, istotnych obowiązków weryfikacji i zatwierdzenia przez Konsultanta Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, który to bezpośrednio przekłada się na właściwą realizację Kontraktu zawartego z Wykonawcą Robót. Zatwierdzenie przez Konsultanta Specyfikacji Technicznych niezgodnych z dokumentami obowiązującymi Wykonawcę Robót, może prowadzić do bardzo dużych szkód po stronie Zamawiającego. Konsultant posiada narzędzia do wyegzekwowania poprawnie sporządzonych dokumentów, narzędzia takowe między innymi zostały opisane w Subklauzuli 5.2 Warunków Kontraktu. tj.: „Jeżeli w Wymaganiach Zamawiającego nie podano inaczej, to żaden okres przeglądu nie przekroczy 28 dni, licząc od dnia, kiedy Inżynier otrzyma dany Dokument Wykonawcy i powiadomienie Wykonawcy. Powiadomienie to będzie stwierdzać, że dany Dokument Wykonawcy jest uważany za gotowy zarówno do przeglądu (i zatwierdzenia, jeśli tak wyspecyfikowano) zgodnie z niniejszą Subklauzulą, jak i do użycia. Powiadomienie będzie także stwierdzać, że dany Dokument Wykonawcy odpowiada Kontraktowi, lub podawać zakres, w jakim Kontraktowi nie odpowiada.” Ponadto, zgodnie z Warunkami Kontraktu, Inżynier może w ciągu okresu przeglądu dać Wykonawcy powiadomienie, że dany Dokument Wykonawcy nie odpowiada (w podanym zakresie) Kontraktowi. Jeśli dany Dokument Wykonawcy, w taki sposób nie odpowiada Kontraktowi, to Dokument ten będzie poprawiony, ponownie przedłożony i poddany przeglądowi (i, jeśli tak wyspecyfikowano, zatwierdzeniu) na koszt Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż dokonał zmiany przedmiotowego postanowienia (zmiana nr 16).

Zarzut 15 - § 1

Zamawiający wskazał, iż definicja Dni roboczych jest jednoznaczna i została doprecyzowana już na etapie przygotowywania postępowania, aby nie było wątpliwości w tym zakresie na etapie realizacji umowy. Ponadto podkreślił, że umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane, której realizacja wymaga prowadzenia robót przez 6 dni w tygodniu. Przy formułowaniu obowiązków Konsultanta i jego czasu pracy, należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane, które muszą być właściwie nadzorowane. Zgodnie z postanowieniami § 27 umowy, Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę Personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców (w tym

system pracy Wykonawcy przy drażeniu tunelu) w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu. Z uwagi, że liczba dni roboczych w tygodniu dla poszczególnych stron różni się, definicja dni roboczych dostosowana została zarówno do trybu pracy Konsultanta przewidzianego w umowie, jak i dostosowana do pracy Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż formułując obowiązki Konsultanta i jego czasu pracy oraz wymagania w zakresie pracy Personelu Wykonawcy, należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane, które muszą być właściwie nadzorowane i kontrolowane w sposób ciągły. Proponowane przez Odwołującego zmiany w umowie prowadzą do tego, aby roboty budowlane były nadzorowane w ciągu dnia przez 4 godziny, a wynagrodzenie było płacone jak za 8 godzin. Przedmiotowe postanowienie może ewentualnie pozwolić Zamawiającemu na uzyskanie w składanych ofertach niższych cen, lecz finalnie może prowadzić do niezapewnienia przez Konsultanta pełnego składu Personelu gwarantującego prawidłowe wykonanie umowy, przy uwzględnieniu specyfiki wykonywania robót przez Wykonawcę Robót.

Zamawiający podniósł, iż definicja Polecenia wynika ze specyfiki pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Podobnie uwzględnienie w definicji możliwości wydawania ustnych poleceń uwarunkowane jest koniecznością zagwarantowania płynnej realizacji obowiązków i unikania nadmiernie sformalizowanego obiegu dokumentacji, szczególnie w sytuacjach konieczności pilnego, a wręcz natychmiastowego działania. Ponadto należy zauważyć, że postanowienie § 26 ust. 8 reguluje procedurę potwierdzania poleceń ustnych. Zgodnie z przedmiotowym postanowieniem, polecenie wydane ustnie powinno zostać w ciągu 2 dni roboczych potwierdzone na piśmie. Zaznaczył także, że wydanie polecenia w formie ustnej dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych.

Zarzut 16 - § 3

Zamawiający dokonał zmiany postanowienia (zmiana nr 8). Jednocześnie wskazał, że zgodnie z posiadaną wiedzą dotyczącą kontraktu na roboty budowlane, które mają być nadzorowane przez Wykonawcę wyłonionego w ramach postępowania, określił termin realizacji zadania, podając minimalny oraz maksymalny termin. Podkreślił, że zadanie, które ma być nadzorowane nie jest zadaniem standardowym i obejmuje swoim zakresem budowę 10 kilometrowego odcinka drogi S-19 w ramach którego ma zostać zrealizowany ponad dwukilometrowy tunel (jeden z najdłuższych tuneli w Polsce). Ponadto zaznaczył, że umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane, której realizacja dopuszcza przedłużenie Kontraktu z uwagi na różne sytuacje konieczne do uwzględnienia ale ewentualne, a opisane w Warunkach Kontraktu zawartego pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Robót, stąd siłą rzeczy musi być do niej dostosowywana. Przy formułowaniu obowiązków Konsultanta i czasu trwania umowy, należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane, które muszą być właściwie nadzorowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i zawartą umową. Nadzór nad wykonanymi robotami budowlanymi nie może zostać przerwany bez zakończenia głównego przedmiotu umowy.

Zamawiający zaznaczył ponadto, że przyjęto kosztorysowy sposób rozliczenia wynagrodzenia, w oparciu o wskazane ceny jednostkowe i w formularzu cenowym zostaje

wyceniona usługa miesięczna Wykonawcy wyłonionego w ramach prowadzonego postępowania. Druga z propozycji Odwołującego, tj. wskazanie 85 miesięcy, nie jest możliwa do zrealizowania, ponieważ czas minimalny określony w umowie wynosiłby $21 + 85 + 15 = 121$ miesięcy i w żaden sposób nie odzwierciedlałby terminów umownych zawartych w umowie z Wykonawcą Robót który wynosi 85 miesięcy i nie pozwoliłaby osiągnąć zamierzonego celu umowy. Wskazał także, że wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej usługi, a maksymalna wartość zobowiązania z uwzględnieniem waloryzacji nie może przekroczyć 150 % szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto, co Odwołujący pomija w swoim odwołaniu. Maksymalny czas świadczenia usługi został dostosowany do maksymalnej wartości zobowiązania. Dodał, że przedmiotowe postanowienia funkcjonują od 2014 r. w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa nr 2814/117/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 17 - § 4

W zakresie żądania przez Odwołującego dodania poniższego postanowienia: „Termin wskazany § 3 ust. 3 umowy oraz § 4 ust. 1 umowy, jest wiążący dla Zamawiającego” Zamawiający wskazał, że w postanowieniu § 4 ust. 1 umowy nie został wskazany termin, natomiast termin określony w postanowieniu § 3 ust. 3 umowy jest wiążący dla stron z uwzględnieniem czasookresów, w których poszczególni eksperci będą niezbędni do prawidłowej realizacji usługi, zgodnie z umową i OPZ. Profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie nadzorowania tego typu

zadań powinien być w stanie uwzględnić powyższe w przygotowywanej ofercie. W ocenie Zamawiającego brak jest konsekwencji Odwołującego w odniesieniu do proponowanych postanowień umownych. Odwołujący oczekuje od Zamawiającego maksymalnego skrócenia czasu realizacji umowy i zwiększenia kwoty maksymalnego zobowiązania poprzez usunięcie z niej kosztów waloryzacji, jednocześnie oczekując negocjacji poszczególnych kwot wraz z upływem czasu, nie podając jakiegokolwiek mechanizmu ich dokonywania. Dla odzwierciedlenia inflacji i zmiany kosztów, w poszczególnych latach realizacji umowy, Zamawiający w postanowieniach § 6 umowy przewidział waloryzację wynagrodzenia. Ponadto zgodnie z postanowieniami § 38 umowy, jej zmiana może nastąpić w przypadku zaistnienia min. następujących okoliczności, tj. wykorzystania maksymalnej wartości zobowiązania, o której mowa w postanowieniu § 4 ust. 2 umowy z tytułu wydłużenia czasu świadczenia usługi. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż 4 czerwca 2020 r. w postanowieniu § 38 ust. 4 umowy dodano pkt 10, a w postanowieniu § 4 ust. 4 umowy dodano zastrzeżenie (zmiana nr 23 i 24). Ponadto Zamawiający usunął postanowienie § 4 ust. 9 umowy (zmiana nr 17). Zgodnie ze zmianą przedstawioną w odniesieniu do zarzutu 16, usunięte postanowienie nie znalazłoby zastosowania, gdyż zawarcie umowy z Wykonawcą Robót planowane jest na lipiec 2020 r.
Zarzut 18 - § 5 ust. 2

Zamawiający zauważył, że wskazane postanowienie umowne było już przedmiotem analizy w odpowiedzi na zarzut 4 odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut 19 - § 6 ust. 9 -11

Zamawiający wyjaśnił, że wskazane postanowienie umowne było już przedmiotem analizy w odpowiedzi na zarzut 7 odwołania.

Zarzut 20 - § 7 ust. 1

Zamawiający wskazał, iż zasady dotyczące ustalania wynagrodzenia zostały opisane szczegółowo w postanowieniach § 4 umowy. Pozycje ryczałtowe, zgodnie z postanowieniami OPZ, mają zostać wykonane jednorazowo w odpowiednich okresach:

1. Materiały filmowe — OPZ pkt 2.5-4. - W okresie pomiędzy wystawieniem ostatniego Świadczenia Przejęcia do Ostatecznego Świadczenia Płatności, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, jednorazowo wykona dla Kontraktu jeden materiał filmowy w formacie do emisji w Internecie (o długości od minimum 60 sekund do maksymalnie 120 sekund, w jakości minimum Full HD).
2. Zdjęcia „wykonywane z poziomu ziemi” — OPZ pkt. 2.5-3 ppkt 1 - W okresie pomiędzy wystawieniem Świadczenia Przejęcia do Ostatecznego Świadczenia Płatności, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, Konsultant jednorazowo wykona co najmniej 10 różnych zdjęć „z poziomu ziemi” (minimum 300dpi).
3. Zdjęcia „wykonywane z powietrza” - OPZ pkt. 2.5-3 ppkt 3 -W okresie pomiędzy wystawieniem Ostatniego Świadczenia Przejęcia do Ostatecznego Świadczenia Płatności, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, Konsultant wykona jednorazowo co najmniej 50 różnych zdjęć (obejmujących cały odcinek inwestycji) „z powietrza (tzw. lotniczych, minimum 300dpi)”.
4. Strona internetowa (aktualizowana) — OPZ pkt. 2.5.2.- W okresie pomiędzy wystawieniem ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności co najmniej jeden raz - w okresie ustalonym z Zamawiającym.

Zamawiający wskazał, iż wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich, o których mowa w postanowieniu § 34 ust. 1 umowy, w kwocie wskazanej w Formularzu Cenowym, wypłacone zostanie w terminie 14 dni od dnia wystawienia przez Konsultanta Ostatecznego Świadczenia Płatności. W przypadku braku możliwości wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, wynagrodzenie zostanie wypłacone po uzgodnieniu z Kierownikiem Projektu dokonanym nie później niż 30 dni od terminu określonego w postanowieniu S 34 ust. 5 umowy, na podstawie przekazanej przez Konsultanta faktury VAT.

Zarzut 21 - § 8 ust. 3 - 8

Zamawiający zauważył, że ustawa PZP gwarantuje wykonawcom konkurencję i ich równe traktowanie, ale nie w sposób bezwzględny. Konkurencja ma być uczciwa, co nie oznacza, że obowiązuje tylko wobec wykonawców, ale również wobec Zamawiającego, który przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego reprezentuje swoje interesy (zob. wyrok KIO z 13 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1664/18). Wykonawca nie ma obowiązku występowania o płatność zaliczkową. Dokonanie płatności zaliczkowej odbywa się

na wniosek Wykonawcy. W przypadku wystąpienia o płatność zaliczkową, Zamawiający żąda zabezpieczenia zwrotu płatności zaliczkowej. Prawo do żądania takiego zabezpieczenia wynika z przepisu art. 151a ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż nie należy łączyć zabezpieczenia zwrotu płatności zaliczkowej z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Zgodnie z przepisem art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Dodał, że przedmiotowe postanowienia umowy funkcjonuje w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 22 - § 9

Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy - Wzory Raportów, Konsultant przedłoży Zamawiającemu „Raport Zamknięcia” zawierający aktualizację „Raportu Końcowego”, do 10 dni po wystawieniu Świadcstwa Wykonania lub Ostatecznego Świadcstwa Płatności. W przypadku przerwania realizacji Kontraktu lub konieczności zakończenia przez Zamawiającego realizacji umowy z Konsultantem, obowiązki dotyczące Raportu Zamknięcia stosuje się odpowiednio. W takim wypadku, Raport Zamknięcia Konsultant zobowiązany jest przekazać najpóźniej w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu. Ponownie podkreślił, że umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane. Przy formułowaniu obowiązków Konsultanta i czasu trwania umowy, należało mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane, które muszą być właściwie nadzorowane na każdym etapie. Zgodnie z Subkluzulą 1.1.3-7 (a), okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu” jest okresem rozpoczynającym się od daty wskazanej w Świadcstwie Przejęcia wystawionym na podstawie Subkluzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] do daty wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, obejmujący swym zakresem zobowiązania Wykonawcy według Kontraktu, lecz nie dłużej niż 15 miesięcy, z zastrzeżeniem możliwości przedłużenia zgodnie z Subkluzulą 11.3. Zgodnie natomiast z postanowieniem § 3 ust. 3 umowy minimalny czas świadczenia usługi wynosić będzie 85 miesięcy, a maksymalny czas świadczenia usługi to 125 miesięcy. Na minimalny okres świadczenia usługi składa się okres projektowania, okres realizacji, okres przeglądów i rozliczenia Kontraktu. Zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 5 umowy, minimalny czas realizacji usługi może ulec zmianie w zależności od rzeczywistego czasu realizacji umowy przez Konsultanta. Koszty uzyskania i utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy Wykonawca powinien proporcjonalnie ująć w kosztach administracyjnych wycenianych w Formularzu Cenowym. W przypadku zmiany czasu realizacji usługi, w każdej miesięcznej płatności za koszty administracyjne, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że termin zwrotu należytego zabezpieczenia wykonania umowy określa przepis art. 151 ustawy Pzp. Przedmiotowy termin 30-dniowy funkcjonuje także w dotychczasowych umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15.06.2018 roku

Zarzut 23 - § 10 ust. 1 i 5

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przedstawił praktycznie uzasadnienia dla proponowanej zmiany umowy. Wskazał jedynie na konieczność określenia terminu maksymalnego. Zdaniem Zamawiającego postanowienie nie narusza równowagi pomiędzy stronami. Wskazanie „bez zbędnej zwłoki” podkreśla potrzebę jak najszybszego przekazania dokumentów, a takie działanie leży w interesie Zamawiającego i na pewno nie będzie w sposób celowy opóźniane. Dodatkowo większość dokumentów wskazanych w pkt 1.5 OPZ (Istniejąca Dokumentacja projektowa, Program Funkcjonalno-Użytkowy, wzór umowy, zmiany i wyjaśnienia do SIWZ z etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) jest dostępna na platformie zakupowej GDDKiA pod adresem: . Dodał, że przedmiotowe postanowienia funkcjonują w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r., jak i Umowa nr 2814/117/2014 zawarta w dniu 18 sierpnia 2014 r.

Zarzut 24 - § 11

a) § 11 ust. 6

W ocenie Zamawiającego bezzasadnym jest twierdzenie, że Kierownik Projektu może autorytarnie kształtować treść HPPK. Umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane i przy formułowaniu obowiązków Konsultanta i jego personelu, należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane, które muszą być właściwie nadzorowane na każdym etapie. Umowa w postanowieniu § 11 ust. 10 określa zasady żądania wprowadzenia zmian do HPPK. Kierownik Projektu zobowiązany jest do pisemnego uzasadnienia wprowadzonych w HPPK zmian, a Wykonawca ma prawo wniesienia sprzeciwu wraz z uzasadnieniem. Takie postanowienia zapobiegają ewentualnemu

nadmiernemu, nieuzasadnionemu wydatkowaniu o środków publicznych poprzez utrzymywanie nieadekwatnego do zakresu robót personelu Konsultanta. Zamawiający wskazał, że usunięcie tego postanowienia może doprowadzić do wnioskowania przez Konsultanta o zatrudnienie personelu, którego nie ma potrzeby zatrudnienia w danym momencie z uwagi na zakres prac wykonywanych na budowie. Ponadto zmiana, do której dąży Odwołujący, nie pozwala na jednoznaczne określenie statusu zdania odrębnego Konsultanta i w konsekwencji jego skutków. Zdanie odrębne nie może prowadzić do eliminacji określonych elementów umowy.

b) i c) § 11 ust. 12, 15 i 16

Zamawiający dokonał zmiany postanowienia S 11 ust. 12 umowy. Wskazał, iż z uwagi na wagę inwestycji, która będzie realizowana nie jest możliwa zmiana terminu na 60 dni. Brak osoby Inżyniera Kontraktu w okresie 2 miesięcy generuje wysokie ryzyko wystąpienia nieprawidłowości przy realizacji zamówienia publicznego. Jednocześnie podkreślił, że decyzja Kierownika Projektu dotyczy akceptacji Personelu Konsultanta, w ocenie DPZ i DPR nie ma konieczności wprowadzania postępowania odwoławczego od decyzji Kierownika Projektu w zakresie zmiany Personelu Konsultanta. Zastępstwo będzie dokonywane z istniejących zasobów Konsultanta.

d) § 11 ust. 18

Zdaniem Zamawiającego propozycja Odwołującego nie jest zasadna. Tymczasowe wykonywania obowiązków własnych i osoby zastępowanej ma na celu zapewnienie płynnej realizacji zamówienia, a ryzyko związane z ewentualnymi zmianami w składzie personelu Wykonawcy winien skalkulować w cenie oferty. Ponadto propozycja zmienionego postanowienia jest niejasna. Odwołujący nie precyzuje w jaki sposób ustalone byłoby należne Wykonawcy stosowne wynagrodzenie i w konsekwencji proponując niejednoznaczne postanowienia - co nie jest aprobowane przez Zamawiającego.

Zarzut 25 - § 14 ust. 1

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z § 14 umowy, Konsultant jest zobowiązany do weryfikacji i nadzorowania wykonanych przez Wykonawcę, w czasie realizacji umowy, Dokumentów Wykonawcy Robót oraz do koordynowania i nadzorowania jego prac projektowych. Jednym z elementów umowy, zawartej pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą Robót jest także wykonanie audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego oraz wykonanie Projektów stałej organizacji ruchu Projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i tras objazdów w przypadku zamknięcia tunelu na czas prowadzenia robót. W związku z powyższym Zamawiający wymaga weryfikacji i nadzorowania wyżej wymienionych czynności. Wskazał, iż należy odróżnić weryfikację od zatwierdzenia. Zamawiający oczekuje prawidłowego nadzorowania prac projektowych i weryfikacji opracowywanych dokumentów, a nie ich zatwierdzenia, jeżeli nie wymaga tego umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Robót. Poprawna weryfikacja oraz prowadzony stały nadzór nad pracami projektowymi przyczynią się do szybszego uzgadniania i zatwierdzania przedmiotowych dokumentów przez poszczególne organy odpowiedzialne za ich zatwierdzenie. Kolejnym elementem jest weryfikacja i nadzorowanie realizowanych przez Wykonawcę Robót, zaleceń audytu BRD oraz wprowadzanie projektów organizacji ruchu. Podkreślił, że umowa na nadzór jest odzwierciedleniem umowy na roboty budowlane, a weryfikacja i koordynacja prac projektowych jest podstawowym elementem realizacji inwestycji.

Zarzut 26 - § 15

Zamawiający dokonał zmiany postanowień § 15 (zmiana nr 9 i 10)

Zarzut 27 - § 17 ust. 1

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący nie przedstawił właściwego uzasadnienia dla proponowanej zmiany. Wskazał jedynie, że zostało ukształtowane w sposób autorytarny i jednostronny. Przedmiotowe postanowienia w zakresie obowiązków Konsultanta dot. zarządzania kontraktem i podnoszone przez Odwołującego terminy funkcjonują od kilku lat w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, m.in. np. Umowa nr 2814/117/2014 zawarta w dniu 18 sierpnia 2014 r., jak i Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r. Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe terminy pozwalają na sprawne i bieżące prowadzenie i nadzorowanie Kontraktu i są dostosowane do postanowień kontraktowych dot. robót budowlanych, np. termin przekazania do uzgodnienia Wykonawcy protokołu z Rady Technicznej i Rady Budowy. W związku z powyższym terminy te nie mogą zostać zmienione. Propozycje wydają się być nielogiczne, i oderwane od nadzorowanego

kontraktu na roboty budowlane, przykładowo: wydłużenie terminu z 3 dni roboczych do 7 dni roboczych na sporządzenie protokołu z cotygodniowych Rad Technicznych, spowoduje brak możliwości realizowania ustaleń podjętych na radach technicznych, gdyż protokół powstanie po kolejnej radzie cotygodniowej. Z kolei propozycja nierozpatrywania na bieżąco roszczeń przejściowych spowoduje duże trudności w analizie roszczenia ostatecznego i doprowadzi do stanu, w którym Konsultant i Zamawiający nie będą mogli monitorować z należytą starannością zagrożeń, mających wpływ na realizację umowy, m.in. wydłużenia terminu oraz kosztów, które ewentualnie muszą zostać poniesione przez Zamawiającego.

Zarzut 28 - § 19 ust. 1 pkt 1 i 4

Zamawiający dokonał zmiany postanowień (zmiana nr 13 i 14)

Zarzut 29 - § 20 ust. 6 i 7

Zamawiający dokonał zmiany postanowień. Dodał, iż forma i rodzaj zalecanych badań oraz sposób pobierania próbek w sytuacji, w której aspekty te są regulowane, muszą być zgodne z normami i specyfikacjami technicznymi. Dopiero brak takich uregulowań uzasadnia uzgadnianie form i rodzajów badań i sposobu pobierania próbek z Zamawiającym

Zarzut 30 - § 20 ust. 9 i 12

Zamawiający podkreślił, że przedmiotowe postanowienie zakłada, że pobieranie próbek do badań oraz pomiarów kontrolnych i akceptacyjnych będzie wykonywane zgodnie z postanowieniami umowy przez przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego, a jedynie w wyjątkowych sytuacjach przez Konsultanta. Koszty generowane z tego tytułu, w zakresie zadania będą stosunkowo niewielkie, w związku z niewielką odległością Inwestycji od Laboratorium Zamawiającego, co przekłada się na niskie koszty transportu i nie ma większego wpływu na kształtowanie oferty. Należy zaznaczyć, że Odwołujący nie podaje jakiegokolwiek sposobu, w jaki Zamawiający miałby zapłacić mu za koszty pobrania, pakowania i transportu próbek. Ponadto doświadczony Konsultant, który na etapie przetargu ma obowiązek wykazać się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w zakresie nadzorowania tego typu Inwestycji, jest w stanie, na podstawie dotychczas prowadzonych kontraktów, oszacować, co znaczy w szczególnie uzasadnionych przypadkach i zawrzeć koszt liczby dostarczenia próbek w miesiącu w cenie oferty. Zamawiający dodał, że przedmiotowe postanowienia funkcjonują od 2014 roku w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa nr 2814/117/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 31 - § 25

Zamawiający wskazał, iż postanowienie § 25 ust. 1 pkt 3 umowy jednoznacznie

precyzuje oczekiwania Zamawiającego, a profesjonalny Wykonawca, który ma obowiązek wykazania się wiedzą i doświadczeniem w nadzorowaniu tego typu inwestycji, jest w stanie oszacować koszty sprawdzenia polis przez brokera ubezpieczeniowego. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, podkreślił, że na tym etapie nie ma możliwości wprowadzenia, dla przedmiotowej inwestycji, określonych postanowień do Kontraktu pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą Robót, ponieważ oferty zostały złożone w dniu 04 lutego 2020 r., o czym profesjonalny i rzetelny Wykonawca, zapoznając się z przedmiotem zamówienia publicznego, który chce nadzorować, powinien wiedzieć.

Zdaniem Zamawiającego postanowienie § 25 ust. 1 pkt 4 umowy również jest jednoznaczne. Zamawiający nie oczekuje o przejmowania przez Wykonawcę obowiązków Zamawiającego w zakresie udzielania odpowiedzi na wnioski o udostępnianie informacji publicznej, a jedynie udziału/wsparcia, na wniosek Zamawiającego, w przygotowaniu odpowiedzi, np. poprzez podanie konkretnych i niezbędnych informacji. Postanowienie § 25 ust. 1 pkt 5 umowy, w ocenie Zamawiającego także zostało sformułowane w sposób jednoznaczny. Specyfika Kontraktu wprost wskazuje, że należy wycenić tłumaczenie 20 000 wyrazów technicznego tekstu specjalistycznego, o dużym poziomie trudności i takie koszty należy ująć w cenie oferty. Dodał, że przedmiotowe postanowienia dot. obowiązków Konsultanta od dłuższego czasu funkcjonują w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 32 - § 32 ust. 1

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotowe postanowienie jest powszechnie stosowanym

przez Zamawiających i ma na celu ograniczenie ryzyk związanych z niewłaściwą realizacją zamówienia publicznego. Uregulowania zawarte w postanowieniu § 32 ust. 1 umowy odnoszą

się do odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej i deliktowej. Znajdują uzasadnienie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa i zmierzają do należytego zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Przepis art. 443 Kodeksu cywilnego stanowi, że okoliczność, że działanie lub zaniechanie, z którego szkoda wynika, stanowiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie istniejącego uprzednio zobowiązania, nie wyłącza roszczenia o naprawienie szkody z tytułu czynu niedozwolonego, chyba że z treści istniejącego uprzednio zobowiązania wynika co innego. Warto także zauważyć, postanowienia umowne w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania umowy mogą przewidywać nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za jego zawinione działania czy zaniechania, ale nawet odwoływać się do zasady ryzyka (zob. wyrok KIO z 13 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2416/19). W ocenie Zamawiającego przedmiotowe postanowienie nie ma wpływu na różne podejście do oceny ryzyka związanego z realizacją umowy i tym samym na porównywalność ofert. Ponadto sam Odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym ta nieporównywalność ofert ma polegać, ograniczając się do ogólnych sformułowań. Zamawiający dodał, że ryzyko związane z ciężką na Wykonawcach odpowiedzialnością odszkodowawczą minimalizuje obowiązek posiadania stosownych umów ubezpieczenia, w ramach których zakłady ubezpieczeń udzielają ochrony ubezpieczeniowej wykonawcom.

Zarzut 33 - § 33

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie przedstawił właściwego uzasadnienia przedmiotowej zmiany i nie sprecyzował swoich żądań w zakresie złagodzenia/wskazania ryzyk ubezpieczeniowych. Koszty związane z uzyskaniem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, uwzględniającego specyfikę zadań i usług wykonywanych w ramach umowy, należy zawrzeć w złożonej ofercie, w rozbiciu na poszczególne miesiące, z uwagi na trudność realizacji przedmiotowego Kontraktu oraz jego skomplikowaną specyfikę. Koszty uzyskania i utrzymywania ubezpieczenia Wykonawca powinien proporcjonalnie ująć w kosztach administracyjnych wycenianych w Formularzu Cenowym. W przypadku zmiany czasu realizacji usługi, zgodnie z umową, w każdej miesięcznej płatności za koszty administracyjne, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za koszty ubezpieczenia. Utrzymanie ochrony ubezpieczeniowej leży również w interesie Wykonawcy, a ponoszone składki z tego tytułu są wliczone w wynagrodzenie. Wykonawca samodzielnie lub za pośrednictwem brokera - może dokonać rozeznania rynku przed złożeniem ofert.

Zarzut 34 - § 35 ust. 7

Zamawiający zauważył, że Wykonawca nie uzasadnił wnioskowanej zmiany, wskazując jedynie na nadmierność wymagania. Z uwagi na ważny interes społeczny oraz specyfikę i zakres zadania oraz koszty, jakie Zamawiający mógłby ponieść z tytułu roszczeń Wykonawcy Robót, w związku z brakiem właściwego nadzoru, nad tak trudnym zadaniem, jakim jest budowa ponad 2-kilometrowego tunelu, wymagania nie jest nadmierne, ale

właściwie dostosowane. Zapewnienie należytej jakości realizowanych robót jest podstawową determinantą uzyskania poziomu bezpieczeństwa użytkowników drogi. Zaznaczył, że postanowienia § 35 ust. 7 umowy funkcjonują od 2014 r., również w umowach zawieranych przez Zamawiającego z Odwołującym, np. Umowa nr 2814/117/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zarzut 35 - § 36 ust. 2

Zamawiający dokonał zmiany postanowień (zmiana nr 20).

Zarzut 36 - § 36 ust. 3 -10, ust. 15 oraz ust. 18

Zamawiający powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane w wyroku z 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2085/18, wskazując, iż samo ustalenie wysokości kary umownej na wysokim poziomie nie stanowi samo w sobie o tym, że kara jest rażąco wygórowana. Zauważył także, że Zamawiający posiada legitymację nie tylko w zakresie tworzenia katalogu przypadków, za które może być naliczana kara umowna, ale również ustawodawca daje mu swobodę co do kryterium wysokości ich naliczania. Dodał, że w umowie enumeratywnie wyliczono przypadki, w których Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kar umownych. Zarówno postanowienia dotyczące kar umownych jak i wypowiedzenia umowy są sformułowane w sposób jednoznaczny. Zamawiający wskazał co rozumie pod pojęciem ważnych powodów. Odwołującemu - w razie wątpliwości - przysługiwało prawo złożenia wniosków o wyjaśnienia treści SIWZ. Zgodnie natomiast z postanowieniami § 36 ust 8 i 9 umowy, Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną

w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Konsultanta bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w S 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.

Zarzut 37 - § 40 ust. 7

Zamawiający dokonał zmiany treści umowy w tym zakresie (zmiana nr 19).

Zarzut 38 - § 41 ust. 3

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2017 roku, sygn. akt KIO 409/17, z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez

Zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Enumeratywne wskazanie ważnych powodów uzasadniających wypowiedzenie umowy uniemożliwi natomiast elastyczną i szybką reakcję na zmieniające się okoliczności związane z realizacją umowy. Ponadto wezwanie do usunięcia naruszenia w określonym terminie związane jest ze zbyt dużym ryzykiem dla prawidłowości wykonywania zamówienia publicznego. Podniósł także, że przedmiotowe postanowienia funkcjonują w umowach zawieranych przez Zamawiającego, również z Odwołującym, np. Umowa Nr 2410.1.2017 zawarta w dniu 15 czerwca 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia wykonawcy Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie, Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wszyscy trzej wykonawcy zgłosili swój udział w postępowaniu po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania. Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2020 r. żaden z ww. wykonawców (prawidłowo zawiadomionych) się nie stawił.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści SIWZ, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty. Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż sposób ukształtowania warunków realizacji umowy może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym

Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Izba włączyła w akta sprawy odwoławczej dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz dokonane zmiany treści SIWZ. Skład orzekający Izby

wziął pod uwagę również stanowiska Stron złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 czerwca 2020 roku. Izba dopuściła także złożone przez Zamawiającego dowody w postaci umowy nr 2814/117/2014 dnia 16 sierpnia 2014 r. oraz umowy nr 2410.1.2017 z 15 czerwca 2018 r. na okoliczność wykazania, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowne funkcjonowały już

w poprzednich umowach zawartych z Odwołującym i konsorcjum, w skład którego wchodził Odwołujący i nie budziły zastrzeżeń.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 081-191366 oraz, że w tym samym dniu Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Zgodnie z pkt 5.1. SIWZ - TOM I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) przedmiotem

zamówienia jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica. Usługa obejmuje pełnienie przez Konsultanta obowiązków zgodnie z Umową, w oparciu o Warunki Kontraktu zadania inwestycyjnego.

Szczegółowy przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II - IV SIWZ (pkt 5.3. IDW). Tom II SIWZ zawiera projekt umowy wraz z załącznikami.

W umowie zawarte zostały m.in. następujące postanowienia:

Dni robocze: przez dni robocze rozumie się dni od poniedziałku do soboty. Z tym że w przypadku czynności podejmowanych przez Zamawiającego dni robocze oznaczają dni i godziny pracy Urzędu Zamawiającego”.

Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta”.

Półdniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem półdniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie od 4 ale poniżej 8 godzin. W każdym przypadku wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje za przepracowane pełne 4 godziny bez względu na rzeczywistą liczbę przepracowanych godzin. Wynagrodzenie za półdniówkę przysługuje w wysokości połowy wynagrodzenia za odpowiednią Dniówkę wskazaną w Formularzu Cenowym.”

Polecenie: pisemne, ustne, przekazane pocztą elektroniczną lub faksem oświadczenie, zawiadomienie, zatwierdzenie lub decyzja Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby, dotyczące realizacji Umowy”.

§ 3 ust. 1, 2, 3 i 5

„1. Data rozpoczęcia świadczenia Usługi zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu (Powiadomienie o dacie rozpoczęcia świadczenia Usługi), z zastrzeżeniem, iż: rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi nie wcześniej niż w terminie 14 dni od daty podpisania Umowy. Za zgodną wolą Stron rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie wcześniejszym.

2. Konsultant z zastrzeżeniem § 4 ust.3 obowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym: 1) Okres projektowania, który trwa od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi do dnia uzyskania przez Wykonawcę Robót decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, tj. 21 miesięcy; 2) Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu). 3) Okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, który trwa od daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia, do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, tj. 15 miesięcy.

3. Zamawiający określa, iż minimalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust. 4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 85 miesięcy, a maksymalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 40 Umowy, będzie wynosił 125 miesięcy.

5. Minimalny czas świadczenia Usługi może ulec zmianie w zależności od rzeczywistego czasu realizacji umowy przez Konsultanta."

§ 4 ust. 2

„2. Wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć (słownie:), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto."

§ 4 ust. 3 lit. c)

„Za faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek przez Personel Konsultanta zatwierdzony przez Kierownika Projektu w Raporcie, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi 50% wynagrodzenia - obliczone jako suma iloczynów:

- ceny jednostkowej jednej Dniówki określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy i ilości faktycznie przepracowanych Dniówek i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta oraz
- połowy ceny jednostkowej jednej Dniówki określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy i ilości faktycznie przepracowanych Półdniówek w danym miesiącu i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta.

Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru: $W_k = (ZP_j / ZP_{jmax}) * 0,5$ gdzie:

W_k - współczynnik wyliczony na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, zaokrąglony do czterech miejsc po przecinku.

$£P_j$ - Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta $£P_{jmax}$ - Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta".

§ 4 ust. 3 lit. d)

„W przypadku niewywiązywania się Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych (kiedy $£P_{pr}$ jest mniejsza od S_{maxPk}), do wnioskowanej kwoty wynagrodzenia w danym miesiącu kalendarzowym zostanie zastosowany współczynnik korygujący K obliczony wg wzoru z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku:

$$K = \frac{C + £S_{pr}}{P}$$

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

S_{Pk} - Ilość punktów przyznanych w danym miesiącu za poszczególne podkryterium pozacenowe. W przypadku braku konieczności wypełnienia, w danym miesiącu Podkryterium wtedy do obliczeń należy przyjąć $[S_{Pk}] = [S_{maxPk}]$,

$£S_{pr}$ - suma punktów przyznanych za poszczególne kryteria pozacenowe w danym miesiącu, S_{maxPk} - ilości punktów możliwych maksymalnie do przyznania za poszczególne podkryterium, P - liczba stanowiąca sumę punktów przyznanych w ramach każdego z kryteriów oceny Oferty."

§ 4 ust. 4 i 9

„4. Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym: ceny jednostkowej Dniówki za pracę Personelu Konsultanta, ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc", ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt" oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka" nie będą podlegały zmianom w stosunku

do Formularza Cenowego.

9. W przypadku gdy rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie późniejszym niż 42

dni kalendarzowe liczone od daty podpisania Umowy, Konsultantowi przysługuje po 42 dniu kalendarzowym opóźnienia, do daty rozpoczęcia Usługi, zwrot faktycznie poniesionych i udokumentowanych kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zwrot nastąpi wraz z pierwszą płatnością na rzecz Konsultanta.”

§ 5 ust. 1, 2, 8 i 9

„1. Kierownik Projektu dokona oceny jakości pracy Konsultanta, w terminie do 21 dni, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego, poprzez wypełnienie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK), stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy. Kierownik Projektu wypełnia

KOJPK na podstawie:

- 1) wiedzy o Kontrakcie, w tym uzyskanej na podstawie Raportów;
- 2) oświadczenia Konsultanta zawierającego opis udziału wszystkich zasobów PUZ Konsultanta w trakcie realizacji Umowy w minionym okresie rozliczeniowym, zgodnego z dowodami złożonymi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3) obserwacji pracy Konsultanta;
- 4) oceny efektów pracy Konsultanta

1. Konsultant zobowiązany jest udowodnić należyte wykonanie obowiązków określonych w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta.

8. Konsultantowi przysługuje sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w KOJPK, który na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi zasadność sprzeciwu, należy wnieść do Dyrektora Oddziału

GDDKiA w terminie 5 dni roboczych od daty otrzymania oceny.

9. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie do 10 dni roboczych od dnia jego otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu, Dyrektor Oddziału GDDKiA poda pisemne uzasadnienie dla każdego nieuwzględnionego zarzutu/punktu.”

§ 6 ust. 9 - 11

„9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 5 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy.

10. Przez łączną wartość korekt, o której mowa w ust. 9 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Konsultanta wynikającą z waloryzacji.

11. Postanowienia umowne w zakresie waloryzacji stosuje się do zakończenia niniejszej Umowy poprzez zatwierdzenie przez Kierownika Projektu Raportu Zamknięcia.”

§ 7 ust. 1

„1. Płatność wynagrodzenia za wykonywanie Usługi będzie następowała w okresach miesięcznych, m.in. w oparciu o faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek przez Personel Konsultanta, uwzględniony w zatwierdzonym przez Kierownika Projektu Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu kalendarzowym, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Konsultanta faktur VAT.”

§ 8 ust. 3-8

„3. Zamawiający dokona płatności zaliczkowej po otrzymaniu od Konsultanta pisemnego wniosku o płatność zaliczkową wraz z zabezpieczeniem zwrotu płatności zaliczkowej.

4. Konsultant wniesie zabezpieczenie płatności zaliczkowej w wysokości wnioskowanej płatności zaliczkowej w jednej lub kilku formach określonych w art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W trakcie realizacji Umowy, Konsultant uprawniony jest do zmiany formy zabezpieczenia płatności zaliczkowej.

5. Gwarancje bankowe lub ubezpieczeniowe przekazane na poczet zabezpieczenia płatności zaliczkowej będą bezwarunkowe, nieodwołalne i płatne na pierwsze żądanie Zamawiającego.

Konsultant zapewni, że gwarancja będzie ważna i skuteczna, aż do zwrotu płatności zaliczkowej. Treść wniesionej gwarancji będzie uprzednio zatwierdzona przez Zamawiającego.

6. Wysokość zabezpieczenia płatności zaliczkowej może być stopniowo redukowana o kwoty płatności zaliczkowej zwracane przez Konsultanta.

7. Jeśli warunki zabezpieczenia płatności zaliczkowej podają termin jego wygaśnięcia, a płatność zaliczkowa nie została zwrócona Zamawiającemu na 30 dni przed upływem tego terminu, to Konsultant będzie przedłużał ważność tego zabezpieczenia, aż do chwili zwrotu płatności zaliczkowej.

8. Jeżeli Konsultant nie przedłuży ważności zabezpieczenia płatności zaliczkowej na 30 dni przed upływem ważności zabezpieczenia, wówczas Zamawiający jest uprawniony do dokonania wypłaty kwot z zabezpieczenia płatności zaliczkowej lub Zamawiający potrąci płatność zaliczkową z najbliższych faktur VAT za Usługi Konsultanta. Uzyskana kwota zostanie zatrzymana tytułem przedłużonego zabezpieczenia płatności zaliczkowej lub zatrzymana tytułem zwrotu płatności zaliczkowej.”

§ 9 ust. 5 i 6

„5. Konsultant zobowiązany jest do przedłużania zabezpieczenia należytego wykonania

Umowy do czasu zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia.”

6. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie zwrócone Konsultantowi w terminie 30 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia.”

§ 10 ust. 1 i 5

„1. Po podpisaniu Kontraktu, Kierownik Projektu, bez zbędnej zwłoki, jest zobowiązany przekazać Konsultantowi do wiadomości i stosowania kopie dokumentów składające się na Kontrakt. (...)

5. Zamawiający jest zobowiązany sukcesywnie przekazywać pozostałe dokumenty będące w posiadaniu Zamawiającego, a dotyczące realizacji Umowy i Kontraktu.”

§ 11 ust. 6, 7, 12, 15, 18, 19

„6. Kierownik Projektu w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta HPPK jest uprawniony do zatwierdzenia HPPK bez uwag lub do wprowadzenia w nim zmian. W przypadku wprowadzenia zmian Kierownik Projektu obowiązany jest podać pisemne uzasadnienie. Konsultant po zapoznaniu się z uzasadnieniem zmian, może zaakceptować zmieniony HPPK i wtedy staje się on wiążący.

7. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania zmienionego HPPK wraz z pisemnym uzasadnieniem zmian do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA prześle ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna, a HPPK zmieniony przez Kierownika Projektu staje się wiążący.

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

15. Konsultant nie może dokonywać zmiany osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Wykazie osób oraz Kryteriach pozacenowych, bez uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Kierownika Projektu. Wniosek o wprowadzenie zmian powinien być złożony nie później niż 14 dni przed terminem proponowanej zmiany, z zastrzeżeniem ust. 16. Kierownik Projektu zobowiązany jest rozpatrzyć wniosek w terminie do 7 dni od dnia jego otrzymania. Kierownik Projektu może na taką zmianę nie wyrazić zgody z podaniem uzasadnienia. Osoby proponowane w ramach zmiany Personelu Kluczowego

Konsultanta wskazanego w Ofercie muszą spełniać wymagania podane w SIWZ, z uwzględnieniem poziomu Oferty Konsultanta (w zakresie Kryteriów pozacenowych).

16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej: 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta; 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn. Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą.

18. Konsultant nie otrzymuje wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej.

19. W przypadku zmiany Ekspertów Kluczowych (z wyjątkiem okoliczności opisanych w ust. 16 pkt 1 niniejszego §) w trakcie realizacji Umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego Eksperta Kluczowego, sporządzenie szczegółowego raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz zdublowanie pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego. Celem powyższego będzie w szczególności płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego Eksperta Kluczowego poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych. W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi tylko za nowo zatwierzonego Eksperta Kluczowego."

§ 13 ust. 6

„6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Każdorazowo na żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie krótszym niż 7 dni, Konsultant zobowiązuje się przedstawić do wglądu oryginały umów o pracę wraz z aneksami i przekazanie kopii umów o pracę potwierdzonych za zgodność z oryginałem wraz z aneksami zawartymi z tymi osobami. W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych. W razie dalszych wątpliwości

Zamawiający może wymagać od Konsultanta w uzgodnionym przez strony terminie przedłożenia oryginalnych dokumentów wydanych przez ZUS potwierdzających odprowadzanie składek na rzecz danego pracownika za żądany przez Zamawiającego okres. Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę.”

§ 14 ust. 1

„1. Konsultant jest zobowiązany do dokonywania na bieżąco, w miarę postępu prac projektowych, przeglądu lub zatwierdzania Dokumentów Wykonawcy zgodnie z Kontraktem, sporządzanych przez Wykonawcę Kontraktu, zgodnie z Umową, postanowieniami Klauzuli 5 Warunków Kontraktu, wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym oraz procedurami określonymi w Zarządzeniach wydanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, a w szczególności do:

- 1) weryfikacji Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego pod względem ich zgodności z wymaganiami zawartymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, obowiązującymi przepisami prawa, decyzjami administracyjnymi oraz wiedzą techniczną;
- 2) weryfikacji i nadzorowania prawidłowości zaprojektowania granic pasa drogowego w kontekście rozwiązań dla obsługi przyległego terenu, zajętości terenu oraz prawidłowości podziałów nieruchomości;
- 3) weryfikacji i nadzorowania przyjmowania optymalnych rozwiązań projektowych (w tym w zakresie konstrukcji i wyposażenia tunelu) z punktu widzenia technicznego i ekonomicznego oraz konserwacji i eksploatacji Robót;

- 4) weryfikacji i nadzorowania wykonywania badań podłoża, opracowania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych oraz - w zależności od potrzeb - uzupełniającej Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej (w formie załączników do dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym na Projekt i realizację inwestycji), w tym Projektu robót geologicznych, wraz z uzyskaniem Decyzji zatwierdzających;
- 5) weryfikacji i nadzorowania przeprowadzenia procedury sporządzenia raportu do ponownej oceny oddziaływania na środowisko;
- 6) weryfikacji i nadzorowania wykonania materiałów niezbędnych do wystąpień o uzgodnienia formalno-prawne, w tym m.in. Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach Decyzję o pozwoleniu wodno-prawnym, uzgodnienia z gestorami sieci, zarządcami dróg i sieci kolejowej, Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, Decyzję pozwolenia na budowę,
- 7) weryfikacji Planu Ruchu Zakładu Górniczego - w przypadku drażenia tunelu metodą górnictw;
- 8) weryfikacji i nadzorowania wykonania Audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego;
- 9) weryfikacji i nadzorowania wykonania Projektów stałej organizacji ruchu oraz Projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i tras objazdów w przypadku zamknięcia tunelu na czas prowadzenia Robót i ich opiniowanie;
- 10) weryfikacji Dokumentacji bezpieczeństwa tunelu drogowego, oraz bieżącej współpracy z wykonawcą i z Zamawiającym oraz Urzędnikiem zabezpieczenia tuneli w trakcie jego realizacji jak i podczas oceny próbnego użytkowania.
- 11) weryfikacji i nadzorowania procedury uzupełniania dokumentacji projektowej w toczących się postępowaniach o wydanie decyzji;
- 12) weryfikacji pozostałych Dokumentów Wykonawcy wymienionych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym w trakcie realizacji Kontraktu."

§ 16 ust. 3 i 4

„3. Obmiar gotowych Robót należy przeprowadzać z częstotliwością nie rzadszą niż wymaganą do dokonania miesięcznych płatności na rzecz Wykonawcy lub w innym czasie określonym w Kontrakcie. Obmiary wykonanych Robót staną się załącznikami do Wystąpień Wykonawcy o Przejściowe Świadczenia Płatności.

4. Konsultant zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych Robót wykazywanych w Przejściowych Świadczeniach Płatności."

§ 19 ust. 1 pkt 1 i 4

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

1) bieżącej analizy sytuacji związanej z realizacją Kontraktu, identyfikowania wszelkiego ryzyka i zagrożeń dla pomyślnego (w ramach założonego terminu i wynagrodzenia Wykonawcy) przebiegu Kontraktu. W przypadku wykrycia problemów, Konsultant niezwłocznie podejmie zarządcze działanie naprawcze w zakresie jego kompetencji lub sformułuje konkretne zalecenia i rekomendacje dla Zamawiającego odnośnie podjęcia określonych działań. W celu zapewnienia skuteczności przedmiotowych działań, Konsultant będzie prowadził monitoring zaangażowania sprzętowego i pracowników zatrudnionych do realizacji Kontraktu, w tym poprzez kontrole na Placu Budowy wraz z oceną wystarczalności środków podjętych przez Wykonawcę, mających na celu terminową realizację Kontraktu;

4) sprawdzania postępu Robót zgodnie z Programem i jego aktualizacjami i w przypadku stwierdzenia opóźnień wzywania Wykonawcy do przedłożenia zaktualizowanego Programu uwzględniającego ponowne rozplanowanie, skoordynowanie czynności Podwykonawców

Wykonawcy i zapewniającego ukończenie Robót w wyznaczonym terminie. Jeżeli opóźnienia nie zostaną nadrobione, a zaktualizowany Program nie będzie realizowany - Konsultant poinformuje pisemnie Kierownika Projektu o zaistniałej sytuacji oraz wszystkich środkach które

należy podjąć w celu rozwiązania zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu. Program i kolejne jego aktualizacje stanowiąc będą podstawę monitorowania postępu Robót. W przypadku, gdyby postęp Robót nie był zadawalający z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, do obowiązków Konsultanta będzie należało pisemne poinformowanie Kierownika Projektu o wszystkich środkach, które należy podjąć w celu zaradzenia zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu z uwzględnieniem potencjalnych ryzyk dla Zamawiającego.”

§ 19A ust. 5

„5. Na etapie drążenia tunelu w ruchu ciągłym, Konsultant zobowiązany jest do zapewnienia pełnienia obowiązków Konsultanta w systemie 7/24 tj. 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu. Obowiązki, o których mowa dotyczą minimum geologa i geotechnika, inspektora nadzoru tunelu. Niedopuszczalne jest aby niezapewnienie odpowiedniej obsady personelu Konsultanta powodowało opóźnienia w drążeniu tunelu.”

§ 20 ust. 6, 7, 9, 12 i 20

„6. Forma, rodzaj zlecanych badań i sposób pobierania próbek będą zgodne z normami badawczymi przywołanymi w poszczególnych Specyfikacjach Technicznych. W przypadku braku odpowiednich postanowień w Specyfikacjach Technicznych, forma, rodzaj zlecanych badań i sposób pobierania próbek zostaną uzgodnione z Zamawiającym.

7. W przypadku Materiałów lub Robót budzących wątpliwość co do ich jakości, Konsultant zobowiązany jest do: a) w przypadku badań możliwych do wykonania przez Laboratorium Zamawiającego - zlecenia wykonania badań, b) w przypadku badań niewykonywanych przez Laboratorium Zamawiającego, w szczególności badania geosyntetyków, badania stali - do wskazania Zamawiającemu rodzaju, zakresu i metod badań w celu umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonania tych badań jednostce zewnętrznej.

9. Pobranie próbek do badań i pomiarów kontrolnych i akceptacyjnych będzie dokonywane przez przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach przez Konsultanta przy udziale lub po poinformowaniu przedstawicieli Wykonawcy.

12. Koszt pobrania, pakowania, i transportu próbek do Laboratorium Zamawiającego ponosi pobierający próbkę.

20. Konsultant ma obowiązek zweryfikować STWiORB pod względem zgodności z obowiązującymi Wykonawcę dokumentami SIWZ (w szczególności z WWiORB i PFU) oraz

Projektem budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy), uwzględniając Warunki Kontraktu. Jednocześnie Inżynier Kontraktu przed ostatecznym zatwierdzeniem STWiORB, po własnej weryfikacji, ma obowiązek zaopiniować te dokumenty u Zamawiającego. Inżynier Kontraktu w ramach obowiązujących terminów opiniowania dokumentów STWiORB, ma obowiązek tak zaplanować swoją pracę, aby w terminach tych wykonana została weryfikacja Konsultanta, a następnie również zaopiniowanie przez Zamawiającego. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany umożliwić Zamawiającemu możliwość opiniowania STWiORB w terminie co najmniej 5 dni roboczych.”

§ 25 ust. 1 pkt 3-5

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

3) sprawdzania i weryfikacji ubezpieczenia każdego z Kontraktów, przedstawianego przez Wykonawcę, pod względem zgodności z prawem polskim, Warunkami Kontraktu i wymaganiami Zamawiającego. Do weryfikacji ubezpieczeń przedstawionej przez Konsultanta Zamawiającemu zostanie dołączona również opinia i weryfikacja brokera ubezpieczeniowego. Sprawdzenie polis przez brokera ubezpieczeniowego odbędzie się na koszt Konsultanta. Konsultant będzie monitorował opłacanie rat składek Ubezpieczenia przez Wykonawcę.

4) udziału na wniosek Zamawiającego w udostępnianiu informacji publicznej związanej z realizacją Kontraktów w zakresie i terminie wskazanym przez Zamawiającego;”

5) zapewnienia, w razie potrzeby, tłumaczenia wszelkich dokumentów obcojęzycznych związanych z Kontraktem. Tłumaczenia należy dokonać z wybranego języka urzędowego Unii Europejskiej na język polski. Zakres tłumaczeń w miesiącu kalendarzowym wynosi

maksymalnie 20000 wyrazów. Koszt tłumaczeń należy zawrzeć w kosztach administracyjnych.”

§ 26 ust. 7 - 10

„7. Polecenia wydawane przez Kierownika Projektu lub inną upoważnioną osobę będą wydane zgodnie z Umową, sporządzone w formie papierowej oraz przekazane niezwłocznie Konsultantowi, z zastrzeżeniem ust. 8 niniejszego §.

8. W wyjątkowych sytuacjach Polecenie może być wydane przez Kierownika projektu lub inną upoważnioną osobę ustnie lub pocztą elektroniczną. Wszystkie takie Polecenia co do zasady są wiążące dla Konsultanta i powinny być niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 2 dni roboczych, potwierdzone na piśmie.

9. Konsultant jest zobowiązany stosować się do Poleceń wydanych przez Kierownika Projektu lub inną upoważnioną osobę. Jeżeli w opinii Konsultanta wydane Polecenie wykracza poza zakres uprawnień Kierownika Projektu lub poza zakres Umowy, Konsultant w terminie 2 dni roboczych od otrzymania takiego Polecenia, powiadomi pisemnie wraz z uzasadnieniem o tym fakcie Zamawiającego oraz przekaże informację o powiadomieniu Zamawiającego do wiadomości Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby.

10. Niepodjęcie przez Zamawiającego, w terminie 3 dni roboczych od otrzymania powiadomienia Konsultanta, decyzji o zmianie lub wycofaniu Polecenia Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby oznacza potwierdzenie tego Polecenia. Do czasu potwierdzenia lub zmiany Polecenia przez Zamawiającego, albo upływu terminu 3 dni roboczych, Polecenie nie jest wiążące, z tym że Polecenie związane z ochroną zdrowia lub życia ludzkiego Konsultant zobowiązany jest wykonać niezwłocznie”.

§ 32 ust. 1

„1. Konsultant jest zobowiązany zwrócić Zamawiającemu wszelkie koszty, jakie Zamawiający poniesie z tytułu szkód wynikłych z jakiegokolwiek niewywiązania się lub nienależytego wywiązania się Konsultanta z jego zobowiązań wynikających w szczególności z Umowy lub przepisów prawa oraz poniesie z tego tytułu pełną odpowiedzialność odszkodowawczą względem Zamawiającego lub osób trzecich, z zastrzeżeniem ust. 2 niniejszego §.”

§ 33 ust. 1-4 i 8

1. Konsultant zobowiązany jest do zawarcia i utrzymywania przez cały czas wykonywania Umowy - ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu prowadzonej działalności oraz posiadanego i użytkowanego mienia z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 15% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, na jeden wypadek i na wszystkie wypadki w każdym rocznym okresie ubezpieczenia. Ochroną powinny być objęte zdarzenia zaistniałe w okresie ubezpieczenia, zgłoszone do ubezpieczyciela przed upływem terminu przedawnienia roszczenia objętego ww. ubezpieczeniem.

2. Zakres ubezpieczenia, o którym mowa w ust. 1 będzie uwzględniał specyfikę zadań i usług wykonywanych w ramach Umowy. Zakres ubezpieczenia obejmie szkody na osobie, szkody rzeczowe, straty finansowe oraz szkody poniesione z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Konsultanta.

3. Ubezpieczenie, które Konsultant jest zobowiązany zapewnić zgodnie z warunkami niniejszej Umowy, obejmie wszelkie działania i zaniechania Konsultanta, Podwykonawców Konsultanta i innych podmiotów zaangażowanych przez Konsultanta lub działających w jego imieniu lub na jego rzecz w związku z realizacją Umowy.

4. W umowie ubezpieczenia Konsultanta nie będzie miała zastosowania franszyza redukcyjna, franszyza integralna oraz udział własny.

8. Konsultant zobowiązany jest do przedłużania umowy ubezpieczenia do czasu rzeczywistego zakończenia Umowy oraz do przedkładania kopii dokumentu ubezpieczenia wraz z dowodem zapłaty składki Zamawiającemu bez wezwania, co najmniej na 7 dni przed upływem okresu na jaki zawarta była umowa poprzednia, pod rygorem naliczenia przez Zamawiającego kary umownej.”

§ 35 ust. 1-3

„1. Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie

zobowiązań wynikających z Umowy, jeżeli wykonanie zobowiązań będzie uniemożliwione przez jakiegokolwiek okoliczności Siły wyższej, powstałe po dacie podpisania Umowy.

2. W niniejszej Umowie termin „Siła wyższa” oznacza zdarzenie zewnętrzne wobec łączącej Strony więzi prawnej: 1) o charakterze niezależnym od Stron, 2) którego Strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem Umowy, 3) którego nie można uniknąć ani któremu Strony nie mogły zapobiec przy zachowaniu należytej staranności.

3. Siła wyższa może być wynikiem zaistnienia wyjątkowych wydarzeń lub okoliczności, które bezpośrednio wpływają na możliwość wypełnienia zobowiązań wynikających z Umowy, pod warunkiem wystąpienia dodatkowych przesłanek określonych w ust. 2 pkt 1-3 niniejszego §. Przykładowo, siła wyższa może powstać na skutek takich okoliczności lub wydarzeń, jak: 1) wojna, działania wojenne, inwazja, działania wrogów zewnętrznych; 2) terroryzm, rewolucja, wojna domowa, powstanie, przewrót wojskowy lub cywilny, 3) bunt, niepokoje, zamieszki, strajki, spowodowane przez osoby inne, niż Personel Konsultanta lub inni pracownicy Konsultanta i Podwykonawcy Konsultanta; 4) awarii wywołanej działaniem amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, promieniowania jonizującego lub skażenia radioaktywnego z wyjątkiem tych, które mogą być przypisane użyciu przez Konsultanta takiej amunicji, materiałów wybuchowych, promieniowania, radioaktywności; 5) klęski żywiołowe takie jak na przykład trzęsienia ziemi, huragan, tajfun, powódzie.”

§ 35 ust. 7

„7. W przypadku zaistnienia okoliczności Siły wyższej i ich trwania przez okres 180 dni, niezależnie od jakiegokolwiek wydłużenia okresu realizacji, jakie może zostać przyznane Konsultantowi z wyżej wymienionej przyczyny, każda ze Stron jest uprawniona do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia.”

§ 36 ust. 2, 16 i 18

„2. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za każde z następujących naruszeń:

- 1) podjęcie zobowiązania lub czynności w imieniu Zamawiającego bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy Umowa przewiduje taką konieczność - w szczególności w przypadkach wskazanych w § 13 ust. 15 Umowy;
- 2) podjęcie decyzji zwiększającej zobowiązania lub zmniejszającej uprawnienia

Zamawiającego wobec Wykonawcy, w szczególności poprzez nieprawidłowe potwierdzenie przez Konsultanta obmiaru lub innego dokumentu stanowiącego podstawę płatności dla Wykonawcy (wynikające z § 21 lub 22), które skutkowało dokonaniem przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy nienależnej wypłaty wynagrodzenia.

16. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania obowiązku wskazanego w § 20 ust. 20, w wysokości 5 000,00 zł (pięć tysięcy złotych 00/100) za każdy STWiORB, w którym znajdują się postanowienia niezgodne z obowiązującymi Wykonawcę dokumentami SIWZ (w szczególności z WWiORB i PFU), oraz Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy).

18. Łączna wysokość kar umownych należnych Zamawiającemu nie przekroczy 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1.”

§ 38 ust. 4

„Zmiana Umowy może nastąpić w przypadku zaistnienia następujących okoliczności: 1) Siły wyższej, o której mowa § 35 Umowy; 2) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na świadczenie Usługi lub świadczenia Stron; 3) powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej postanowień przez Strony; 4) powstania nowych obowiązków wynikających z wytycznych wdrażania funduszy unijnych, z których Kontrakt lub Umowa będzie finansowana; 5) konieczności wydłużenia maksymalnego czasu świadczenia Usługi w następstwie zmian Czasu na Ukończenie Kontraktu; 6) wykorzystania maksymalnej wartości zobowiązania, o której mowa w §4 ust. 2 z tytułu wydłużenia czasu świadczenia Usługi; 7) konieczności skrócenia czasu świadczenia Usługi w następstwie zawarcia Kontraktu z Wykonawcą na krótszy czas realizacji niż wymagany przez Zamawiającego; w następstwie

skrócenia minimalnego czasu świadczenia Usługi odpowiednio ulega skróceniu maksymalny czas świadczenia Usługi; 8) konieczności wprowadzenia zmian innych niż zmiana czasu świadczenia Usługi w następstwie zmian wprowadzonych w Kontrakcie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Robót (z wyjątkiem tych zmian o których mowa w § 17 ust. 16,

17, 18, 19); 9) konieczności wprowadzenia zmian w następstwie ewentualnego rozwiązania Kontraktu pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed ukończeniem prac projektowych lub Robót i wynikającą z tego faktu koniecznością dostosowania Umowy na nadzór do zaistniałej sytuacji, w tym zastąpienie dotychczasowego Wykonawcy nowym Wykonawcą, konieczności kontynuowania zadania przez więcej niż jednego Wykonawcę.”

§ 40 ust. 7

„7. W przypadku zawieszenia Usługi, Konsultantowi, z zastrzeżeniem ust. 6 nie przysługuje roszczenie o dodatkowe płatności.”

§ 41 ust. 3

„3. Za ważne powody wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego należy rozumieć w szczególności sytuacje, w których:

- 1) Konsultant nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań wynikających z § 13 - 26 Umowy;
- 2) Konsultant nie zastosuje się w terminie 21 dni kalendarzowych od dnia otrzymania żądania zawartego w powiadomieniu przekazanym przez Kierownika Projektu, wymagającego, aby Konsultant naprawił zaniedbanie lub brak wywiązania się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy, które mają wpływ na właściwe i terminowe wykonanie Usługi;
- 3) Konsultant podzleca wykonanie Usługi bez pisemnej zgody Zamawiającego;
- 4) Konsultant nie dostarczył dokumentu przedłużenia umowy ubezpieczenia, w tym dowodów opłacania składek;
- 5) Konsultant odmawia lub nieterminowo wykonuje polecenia wydawane przez Kierownika Projektu;
- 6) Konsultant nie wniósł pełnej kwoty Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy do połowy okresu realizacji zamówienia.”

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2020 r. dokonał następujących zmian postanowień umowy:

Zmiana nr 3 - § 5 ust. 8 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Konsultantowi przysługuje sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w KOJPK, który na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi zasadność sprzeciwu, należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania oceny.

Zmiana nr 4 - § 5 ust. 9 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie do 7 dni roboczych od dnia jego otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu, Dyrektor Oddziału GDDKiA poda pisemne uzasadnienie dla każdego nieuwzględnionego zarzutu/punktu.

Zmiana nr 5 - § 11 ust. 19 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

W przypadku zmiany Ekspertów Kluczowych (z wyjątkiem okoliczności opisanych w ust. 16 pkt 1 niniejszego §) w trakcie realizacji Umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego Eksperta Kluczowego, sporządzenie szczegółowego raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz zdublowanie pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego. Celem powyższego będzie w szczególności płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego Eksperta Kluczowego poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezakończonych. W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi także za nowo zatwierdzonego Eksperta Kluczowego.

Zmiana nr 6 - § 16 ust. 3 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Konsultant zobowiązany jest do faktycznego sprawdzenia w terenie nie mniej niż 30% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, mających charakter obmiaru wykonanych Robót, które staną się załącznikami do wystąpień Wykonawcy o Przejściowe Świadectwa Płatności.

Zmiana nr 7 - § 35 ust. 3 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Siła wyższa może być wynikiem zaistnienia wyjątkowych wydarzeń lub okoliczności, które bezpośrednio wpływają na możliwość wypełnienia zobowiązań wynikających z Umowy, pod warunkiem wystąpienia dodatkowych przesłanek określonych w ust. 2 pkt 1-3 niniejszego §. Przykładowo, siła wyższa może powstać na skutek takich okoliczności lub wydarzeń, jak: 1) wojna, działania wojenne, inwazja, działania wrogów zewnętrznych; 2) terroryzm, rewolucja, wojna domowa, powstanie, przewrót wojskowy lub cywilny; 3) bunt, niepokoje, zamieszki, strajki, spowodowane przez osoby inne, niż Personel Konsultanta lub inni pracownicy Konsultanta i Podwykonawcy Konsultanta; 4) awarii wywołanej działaniem amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, promieniowania jonizującego lub skażenia radioaktywnego z wyjątkiem tych, które mogą być przypisane użyciu przez Konsultanta takiej amunicji, materiałów wybuchowych, promieniowania, radioaktywności; 5) 5) klęski żywiołowe takie jak na przykład trzęsienia ziemi, huragan, tajfun, powódzie; 6) 6) stan epidemii i pandemii.

Zmiana nr 8 - § 3 ust. 1 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Data rozpoczęcia świadczenia Usługi zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu (Powiadomienie o dacie rozpoczęcia świadczenia Usługi), z zastrzeżeniem, iż: rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie 7 dni od daty podpisania Umowy. Za zgodną wolą Stron rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie wcześniejszym.

Zmiana nr 9 - § 15 ust. 1 pkt 3 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:
zapewnienia konsultacji z ekspertami w szczególności takimi jak: akustyk, hydrolog, meliorant, geolog;

Zmiana nr 10 - § 15 ust. 2 pkt 8 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:
sprawowania nadzoru nad opracowaniem przez Wykonawcę materiałów do uzyskania zgody na odstąpienie od zakazów obowiązujących w stosunku do gatunków chronionych (np.: zniszczenie, przeniesienie, przetrzymywanie) - decyzje derogacyjne zgodnie z art. 56 ustawy o ochronie przyrody; przekazania do Zamawiającego w celu uzgodnienia kompletu materiałów potrzebnych do złożenia wniosku o decyzje derogacyjne

Zamawiający w dniu 3 czerwca 2020 r. dokonał następujących zmian postanowień umowy:

Zmiana nr 11 - § 15 ust. 4 pkt 5 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:
monitorowania postępu prac podczas wykonywania archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych, wykonywanych na zlecenie Zamawiającego:

- a) udziału w odbiorach prac terenowych na stanowiskach archeologicznych oraz udziału w przekazywaniu Wykonawcy tych stanowisk,
- b) dokonywania analizy postępu prac wykopaliskowych i ich zgodności z harmonogramem prac wykopaliskowych w terenie,
- c) przekazywania Wykonawcy informacji na temat stanu zaawansowania archeologicznych badań wykopaliskowych, wykonywanych na zlecenie Zamawiającego.

Zmiana nr 12 - § 11 ust. 12 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Kierownik Projektu jest uprawniony do żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta, podając przyczynę oraz uzasadnienie wprowadzenia zmiany, wraz z określeniem terminu takiej zmiany. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaże ją pisemnie wraz z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona zmiany Inżyniera Kontraktu w terminie do 30 dni od daty otrzymania ostatecznej decyzji Dyrektora Oddziału GDDKiA i w tym samym

terminie, poinformuje Kierownika Projektu o danych personalnych osoby wchodzącej na miejsce osoby dotychczas wykonującej Usługę. W szczególności powodem żądania takiej zmiany może być to, że osoba ta nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy.

Zmiana nr 13 - § 19 ust. 1 pkt 1 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

1) bieżącej analizy sytuacji związanej z realizacją Kontraktu, zgłaszania zidentyfikowanego wszelkiego ryzyka i zagrożeń dla należytego pomyślnego (w ramach założonego terminu

i wynagrodzenia Wykonawcy) wykonania przebiegu Kontraktu. W przypadku wykrycia problemów, Konsultant niezwłocznie podejmie zarządcze działania naprawcze w zakresie jego kompetencji lub sformułuje konkretne zalecenia i rekomendacje dla Zamawiającego odnośnie podjęcia określonych działań. W celu zapewnienia skuteczności przedmiotowych działań, Konsultant będzie prowadził monitoring zaangażowania sprzętowego i pracowników zatrudnionych do realizacji Kontraktu, poprzez kontrole Dokumentacji Kontraktowej, Dokumentów Wykonawcy oraz Placu Budowy wraz z oceną wystarczalności środków podjętych przez Wykonawcę, mających na celu terminową realizację Kontraktu.

Zmiana nr 14 - § 19 ust. 1 pkt 4 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

4) sprawdzania postępu Robót zgodnie z Programem i jego aktualizacjami i w przypadku stwierdzenia opóźnień wezwania Wykonawcy do przedłożenia zaktualizowanego Programu uwzględniającego ponowne rozplanowanie, skoordynowanie czynności Podwykonawców Wykonawcy i zapewniającego ukończenie Robót w wyznaczonym terminie. Jeżeli opóźnienia nie zostaną nadrobione, a zaktualizowany Program nie będzie realizowany - Konsultant poinformuje pisemnie Kierownika Projektu o zaistniałej sytuacji oraz środkach, które należy podjąć w celu rozwiązania zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu. Program i kolejne jego aktualizacje stanowiąc będą podstawę monitorowania postępu Robót. W przypadku, gdyby postęp Robót nie był właściwy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, do obowiązków Konsultanta będzie należało pisemne poinformowanie Kierownika Projektu o środkach, które należy podjąć w celu zaradzenia zaistniałej sytuacji oraz wypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu (lub zminimalizowania skutków niewypełnienia zobowiązań wynikających z Kontraktu) z uwzględnieniem ryzyk dla Zamawiającego;

Zmiana nr 15 - § 13 ust. 6 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Każdorazowo na żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie krótszym niż 7 dni, Konsultant zobowiązuje się przedstawić do wglądu oryginały umów o pracę wraz z aneksami i przekazać kopii umów o pracę potwierdzonych za zgodność z oryginałem wraz z aneksami zawartymi z tymi osobami, które będą zawierały informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika. W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych. W razie dalszych wątpliwości Zamawiający może wymagać od Konsultanta w uzgodnionym przez strony terminie przedłożenia oryginalnych dokumentów wydanych przez ZUS potwierdzających odprowadzanie składek na rzecz danego pracownika za żądany przez Zamawiającego okres. Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę.

Zmiana nr 16 - § 36 ust. 16 istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania obowiązku wskazanego w § 20 ust. 20, w wysokości 5 000,00 zł (pięć tysięcy złotych 00/100) za każdy zatwierdzony przez Konsultanta STWiORB, w którym znajdują się postanowienia niezgodne z obowiązującymi Wykonawcę dokumentami SMZ (w szczególności z WWiORB i PFU), oraz Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy).

Zmiana nr 17 - § 4 ust. 9 - usunięto przedmiotowe postanowienie.

Zmiana nr 18 - § 20 ust. 7 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

W przypadku Materiałów lub Robót budzących wątpliwość co do ich jakości, Konsultant

zobowiązany jest do: a) w przypadku badań możliwych do wykonania przez Laboratorium Zamawiającego - zlecenia wykonania badań, b) w przypadku badań niewykonywanych przez Laboratorium Zamawiającego, do wskazania Zamawiającemu rodzaju, zakresu i metod badań w celu umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonania tych badań jednostce zewnętrznej. Zmiana nr 19 - § 40 ust. 7 - usunięto przedmiotowe postanowienie.

Zmiana nr 20 - § 36 ust. 2 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną za naruszenie polegające na:

- 1) podjęciu zobowiązania finansowego w imieniu Zamawiającego bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy Umowa przewiduje taką konieczność - w wysokości 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za każde naruszenie;
- 2) podjęciu decyzji zwiększającej zobowiązania lub zmniejszającej uprawnienia Zamawiającego wobec Wykonawcy, które skutkowało dokonaniem przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy nienależnej wypłaty wynagrodzenia - w wysokości 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za każde naruszenie. W przypadku naliczenia niniejszej kary nie nalicza się kary umownej, o której mowa w pkt 1 za to samo naruszenie;
- 3) podjęciu czynności bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy Umowa przewiduje taką konieczność - w wysokości 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100) za każde naruszenie,

Zamawiający w dniu 4 czerwca 2020 r. dokonał m.in. następujących zmian postanowień

umowy:

Zmiana nr 22 - § 6 ust. 9 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 7 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w S 4 ust. 1 Umowy.

Zmiana nr 23 - § 38 ust. 4 - na końcu ust. 4 dodano pkt 10) w brzmieniu:

10) konieczności skrócenia czasu świadczenia Usługi w następstwie skrócenia okresu Przeglądów i Rozliczeń określonego w S 3 ust. 2 pkt 3); Konsultant będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia wynikającego z pozycji „miesiąc” i pozycji „ryczałt” w zakresie faktycznie poniesionych i udokumentowanych kosztów.

Zmiana nr 24 - § 4 ust. 4 - istniejące postanowienie zastąpiono poniższym:

Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym: ceny jednostkowej Dniówki za pracę Personelu Konsultanta, ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc”, ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt” oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka” nie będą podlegały zmianom w stosunku do Formularza Cenowego, z zastrzeżeniem S 38 ust. 4 pkt 10).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 353¹, art. 484 § 2, art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 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. W art. 14 ust. 1 ustawy Pzp znalazło się odesłanie wskazujące, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Odesłanie do

przepisów k.c. przewidziane zostało także w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 484 § 2 stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to

samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wedle zaś art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący, w stosunku do żadnego z zarzutów, nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, że określone warunki realizacji umowy naruszać miały ww. przepisy, w szczególności aby Zamawiający wykorzystywać miał swoją uprzywilejowaną pozycję kształtując zasady współpracy w sposób nieodpowiadający naturze stosunku prawnego i przerzucając na wykonawcę wszystkie ryzyka kontraktowe.

Przed przejściem do szczegółowego omówienia zarzutów, należy zwrócić uwagę na kilka kwestii mających decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Po pierwsze zwrócić należy uwagę na sam sposób sformułowania zarzutów przez Odwołującego. Zarówno z przepisów prawa, jak i z orzecnictwa Izby i sądów powszechnych jednoznacznie wynika, że zarzut musi być skonkretyzowany. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W myśl zaś ust. 3 ww. przepisu odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12 „Z jednej strony zostało zatem wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.” Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. W orzecnictwie Izby ugruntowany jest pogląd, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2684/17). Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na

ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący. (por m.in. wyrok Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1613/18). Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że umożliwia zamawiającemu i uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności czy zaniechań Zamawiającego.

W konsekwencji podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, kwestionując postanowienia projektu umowy o zamówienie publiczne, powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dane postanowienie umowne narusza przepisy prawa lub wskazywane przez Odwołującego dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego. Zdecydowanie za niewystarczające uznać należy poprzestanie na przywołaniu przepisów prawa w petitum odwołania z ogólnym wskazaniem na uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, a następnie dodanie na końcu odwołania (lit. B-D) kilku stron ogólnych wywodów z przytoczeniem orzecnictwa odnoszących się do kwestii nieekwiwalentności świadczeń, sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, czy instytucji kar umownych. Wywody te nie referują w ogóle do stanu faktycznego sprawy i niewątpliwie posłużyć mogą na potrzeby niejednego odwołania, w którym kwestionowane są warunki kontraktowe. Poczyniona przez

Odwołującego w odniesieniu do znacznej części zarzutów argumentacja, jest ogólna i nie referuje do kwestii potencjalnego naruszenia przepisów ustawy Pzp czy k.c. Spośród 38 zarzutów może w przypadku kilku Odwołujący przedstawił przynajmniej szcążkowe uzasadnienie, w którym odniósł się do naruszenia przepisów w związku z przewidywaniem we wzorze umowy danego postanowienia. W zdecydowanej większości zarzutów Odwołujący nie przedstawił jednak żadnego konstruktywnego uzasadnienia. Uzasadnienie przeważnie sprowadzało się do lakonicznego, ogólnego stanowiska i wskazania propozycji zamiennego postanowienia umownego.

Izba zwróciła także uwagę na sposób skonstruowania żądań przez Odwołującego - w treści odwołania można odnaleźć bowiem głównie postulaty, rekomendacje, propozycje czy prośby. Powyższe stanowi zapewne konsekwencję tego, że uzasadnienie podnoszonych zarzutów jest zbieżne z treścią pytań zadanych Zamawiającemu do postanowień SIWZ - przygotowane pytania zostały przez Odwołującego przeniesione do odwołania nawet bez zmodyfikowania zwrotów charakterystycznych dla pytań, takich jak „rekomendujemy” czy „postulujemy wprowadzenie zmian”. Problemem jest to, że Odwołujący nie pokusił się o wzbogacenie uzasadnienia przygotowanego na potrzeby pytań do treści SIWZ o merytoryczną argumentację mającą wykazać naruszenie przepisów prawa. Tymczasem instytucji wyjaśnień treści SIWZ oraz środkom ochrony prawnej przysługują odmienne cele -

wyjaśnienia mają rozwiązać potencjalne wątpliwości pojawiające się u wykonawców podczas analizy postanowień SIWZ, wyeliminować możliwe nieścisłości w dokumentacji, doprecyzować niejednoznaczną treść. Środki ochrony prawnej służą zaś konwalidacji działań lub zaniechań zamawiającego, które są niezgodne z ustawą Pzp. To właśnie wykazanie okoliczności, że ukształtowanie treści SIWZ w określony sposób może naruszać przepisy ustawy Pzp i stawać wykonawcom na drodze do uzyskania zamówienia, jest kluczowe dla możliwości uwzględnienia odwołania i na tym Odwołujący powinien był się skoncentrować w swoim odwołaniu.

Drugą, równie istotną kwestią, która legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby, jest okoliczność, iż rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawców ani negocjacje postanowień umownych mające na celu osiągnięcie porozumienia co do kształtu umowy przez strony. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, iż wykonawca, który poddaje w wątpliwość postanowienie przyszłej umowy, nie może pod pretekstem rzekomych naruszeń przepisów, negocjować w postępowaniu odwoławczym ich treści, zmierzając do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny. Jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w zdaniu końcowym, przedmiotowe odwołanie stanowiło nic innego jak właśnie próbę negocjacji postanowień przyszłej umowy, z propozycjami wprowadzenia zmian, które byłyby dogodne dla wykonawcy. Nawet gdyby uznać, że faktycznie - jak twierdził Odwołujący na rozprawie - propozycje te miały służyć usprawnieniu realizacji umowy i stanowić swego rodzaju kompromisowe rozwiązanie, to w ocenie Izby pozostaje to bez znaczenia z perspektywy ciężącego na Odwołującym obowiązku wykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby w odniesieniu do żadnego z zarzutów Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił potencjalnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co przesądzało o oddaleniu odwołania. Odwołujący nie pokusił się także o złożenie jakichkolwiek dowodów mających potwierdzać jego stanowisko, podczas gdy przedstawienie takich dowodów, chociażby w aspekcie odnoszącym się do wysokości kar umownych, było obiektywnie możliwe. Co znamienne - w ramach wypowiedzi na rozprawie Odwołujący nie odniósł się nawet do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie wykazał, aby takie ukształtowanie postanowień umowy prowadzić miało do nieporównywalności ofert, było sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego, czy naruszać miało dobre obyczaje, zasady współżycia społecznego. Kwestionowane wymagania, owszem mogły przekładać się na określenie nakładu sił i środków podczas realizacji zamówienia,

a w konsekwencji na wynagrodzenie wykonawców, ale Odwołujący nie wykazał, aby ocena wiążących się z tym kosztów nie była możliwa. Samo odwołanie się zaś do klauzul generalnych wskazanych w art. 5 k.c. czy w art. 353¹ k.c., bez wskazania konkretnej argumentacji odnoszącej się do stanu faktycznego sprawy i poszczególnych postanowień umownych, bez odniesienia do innych norm czy standardów wynikających z natury danego stosunku prawnego, należy uznać za niewystarczające. Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony we wspomnianym już wyroku z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, iż „W kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się na ich

wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca, mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy, może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.”

W ocenie Izby Odwołujący niestusznie i wbrew celom przedmiotowego zamówienia oczekuje od Zamawiającego takiego sformułowania postanowień umownych, które zapewni mu komfort realizacji zamówienia i zminimalizuje ryzyka towarzyszące wykonaniu ww. kontraktu. Zdaniem składu orzekającego, na podstawie argumentacji Odwołującego można wywieść wniosek, iż żądania odwołania zmierzają wyłącznie do udogodnienia Odwołującemu warunków realizacji zamówienia według jego potrzeb. Działanie Odwołującego nie było motywowane koniecznością eliminacji postanowień mogących naruszać przepisy prawa, lecz stanowiło próbę minimalizacji przyszłych ryzyk kontraktowych w przypadku zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Tymczasem mieć należy na względzie, iż bardziej dogodnie dla Odwołującego warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Okoliczność, że określone postanowienia umowne mogą w ocenie wykonawców nie być dla nich korzystne, nie powoduje automatycznie, że naruszają one równowagę stron umowy, są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego czy naturą stosunku prawnego. Powoływanie się w takim wypadku na klauzule generalne wskazane w art. 5 k.c. czy art. 353¹ k.c. w celu doprowadzenia do zmiany warunków realizacji zamówienia w sposób względniejszy dla wykonawców, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Ponadto pojawiające się na gruncie postanowień SIWZ ewentualne ryzyka ekonomiczne po stronie wykonawców nie pozbawiają ich możliwości sporządzenia oferty i skalkulowania ceny w taki sposób, który pokryje obiektywnie uzasadnione koszty i ryzyka oraz pozwole na osiągnięcie zysku. Dopóki Odwołujący nie wykaże, że poszczególne warunki kontraktu

naruszają normy prawne wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów, tudzież zasady współżycia społecznego czy dobre obyczaje w ściśle określonym aspekcie, dopóty zachowania Zamawiającego, polegające na ustaleniu treści określonych postanowień umownych, nie sposób uznać za niezgodne z ustawą Pzp, nawet jeśli ukształtowanie tych postanowień w sposób wskazany w odwołaniu byłoby dla jednej lub wszystkich stron obiektywnie korzystniejszej czy bardziej uzasadnione. W takiej sytuacji zmiana kwestionowanych postanowień umownych leży w wyłącznej gestii Zamawiającego.

Pozostając przy możliwości dokonania zmian SIWZ przez Zamawiającego, Izba wskazuje, iż rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, miała także na względzie okoliczność, iż w dniach 1-4 czerwca 2020 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, w sposób który miał wpływ na ocenę części zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania a przed zamknięciem rozprawy, składają się na stan rzeczy stanowiący podstawę faktyczną wyroku. Wobec tego zmiany treści SIWZ dokonane przez Zamawiającego nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia. Modyfikacje te spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą części postawionych zarzutów i żądań, co czyniło je w całości lub w części bezprzedmiotowymi. Na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu w dniach 1-4 czerwca 2020 r. zmian treści SIWZ Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

Powyższe okoliczności przesądziły o oddaleniu odwołania w całości.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzut 5 - § 5 ust. 8, Zarzut 6 - § 5 ust. 9, Zarzut 8 - § 11 ust. 19, Zarzut 10 - § 16 ust. 3,

Zarzut 13 - § 35 ust. 1 -3, Zarzut 26 - § 15, Zarzut 28 - § 19 ust. 1 pkt 1 i 4, Zarzut 37 - § 40

ust. 7

Ww. postanowienia umowne były przedmiotem zmian dokonanych przez Zamawiającego w dniach 1-4 czerwca 2020 r. Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie do protokołu, Odwołujący wprowadzone zmiany uznał za

satysfakcjonujące i nie wnosił do nich zastrzeżeń. Izba ustaliła, iż zostały one w zdecydowanej

większości wprowadzone zgodnie z propozycjami zmian przedstawionymi w odwołaniu. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby, w świetle wprowadzonych zmian treści SIWZ powołujących, że na moment zamknięcia rozprawy stan faktyczny stanowiący podstawę zarzutu uległ istotnej zmianie, jak również wobec stanowiska Odwołującego, który na rozprawie nie popierał przedmiotowych zarzutów a dokonane zmiany uznał za spełniające jego oczekiwania, zarzuty te stały się bezprzedmiotowe i jako takie podlegały oddaleniu.

Zarzut 1 - § 4 ust. 3 lit. c

Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na brzmienie § 4 ust. 3 lit. c umowy nie jest w stanie oszacować wynagrodzenia personelu i rzetelnie wycenić oferty, przy czym nie wyjaśnił w ogóle dlaczego nie jest w stanie tego zrobić. Powołanie się na okoliczność, iż nie jest mu znany dokument o nazwie „Karta Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta” jest argumentem bezpodstawnym, gdyż oczywistym jest, że ww. postanowienie umowne referuje w istocie do Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta, stanowiącej załącznik nr 2 do umowy, której definicja zawarta została w § 1 umowy i do której szerzej odnosi się § 5 umowy. Użycie przez Zamawiającego w § 4 ust. 3 lit. c umowy słowa „obmiar” zamiast „ocena” to nic innego jak omyłka, którą w świetle całokształtu postanowień umownych uznać należy za oczywistą. Odwołujący dysponował zatem dokumentem stanowiącym podstawę dokonywanej oceny i do jego treści się nie odniósł.

Z kolei drugi z podnoszonych przez Odwołującego argumentów wskazuje na nieuzasadnione ograniczenia w zakresie wynagrodzenia Konsultanta za jego pracę, co nie ma związku z postulowanym brakiem możliwości oszacowania tego wynagrodzenia. Również wniosek o dodanie do omawianej regulacji zdania, iż po zatwierdzeniu Raportu Końcowego Konsultant może wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z oferty, nie koreluje ze stanowiskiem o braku możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty. Wniosek taki zmierza wyłącznie do wprowadzenia do umowy postanowień dogodniejszych z perspektywy wykonawcy, a nie wyeliminowania ewentualnych niejednoznaczności mających wskazywać na brak możliwości oszacowania wynagrodzenia. Sama okoliczność, że postanowienia przyszłej umowy mogą być mniej korzystne dla wykonawców niż postanowienia umów dotychczasowych, w żadnej mierze nie świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie tłumaczy nawet dlaczego ewentualne wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wskazanej w ofercie miałyby być zasadne. W przypadku należytego wykonania obowiązków umownych podlegających ocenie w KOJPK Konsultant otrzyma pełne wynagrodzenie. Do obniżenia wynagrodzenia dojdzie wyłącznie w sytuacji niewykonania czy nienależytego wykonywania obowiązków umownych, co czyni postulat Odwołującego o wyrównanie wynagrodzenia dyskusyjnym.

Zarzut 2 - § 4 ust. 3 lit. d

Przedmiotowy zarzut nie został przez Odwołującego wykazany. W ocenie Izby Odwołujący myli kwestię oceny ofert, dokonywanej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, z mechanizmami egzekwowania na etapie realizacji zamówienia obowiązków wykonawców wynikających z oświadczeń złożonych na potrzeby oceny ofert. Wykonawca, który oświadcza na potrzeby oceny ofert w kryteriach pozacenowych, że dysponuje personelem posiadającym ściśle określone doświadczenie, który zrealizuje zamówienie, zobowiązany jest dopełnić tego obowiązku na etapie wykonywania zamówienia. Wprowadzenie przez zamawiających w umowach o zamówienie publiczne instrumentów kontroli wywiązywania się przez wykonawców z deklaracji złożonych na potrzeby oceny ofert jest nie tylko uzasadnione, ale wręcz pożądane.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż mechanizm przewidziany w § 4 ust. 3 lit d umowy stanowić miałby „karanie wykonawcy za to, że Zamawiający nienależycie sporządził SIWZ i ocenił ofertę, a na etapie realizacji zamówienia zorientował się o swoim błędzie.” Wręcz przeciwnie - jest to instrument dyscyplinujący wykonawcę, aby na etapie realizacji umowy dotrzymał własnych oświadczeń składanych na potrzeby oceny ofert w ustalonych kryteriach pozacenowych. Zamawiający, wbrew stanowisku Odwołującego, nie zamierza dokonywać oceny ofert dopiero na etapie realizacji zamówienia, a jedynie kontrolować spełnienie obowiązków ciążących w tym zakresie na wykonawcy. Stanowisko, jakoby Zamawiający z góry miał zakładać, że wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie woli w ofercie, nie jest niczym uzasadnione. Sam Odwołujący zauważył, że wola Zamawiającego mogło być stworzenie narzędzi mobilizujących wykonawców do realizowania obowiązków umownych, przy czym podnosi że służyć temu powinna instytucja kary umownej i postuluje odniesienie wysokości tej kary do wynagrodzenia danego członka personelu Konsultanta. Odwołujący zgadza się zatem z koniecznością wprowadzenia instrumentów

dyscyplinujących wykonawcę, nie przedstawia jednak konstruktywnej argumentacji dlaczego takim instrumentem nie może być mechanizm określony w § 4 ust. 3 lit d umowy.

Zarzut 3 - § 5 ust. 1 pkt 3 i 4

W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby ocena pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu w KOJPK miała być „absolutnie uznaniowa i poza jakąkolwiek kontrolą, nieprzewidywalna, a nawet wprost uzależniona od sympatii oceniającego do Konsultanta, jego humoru w danej chwili”. Powyższe stanowisko zakłada brak profesjonalizmu i obiektywizmu po stronie Kierownika Projektu i stanowi niczym nie poparte, podnoszone na wyrost, hipotezy. Kierownik Projektu zobowiązany jest dokonać oceny pracy Konsultanta z uwzględnieniem wszystkich aspektów wskazanych w załączniku nr 2 do umowy

(KOJPK). W KOJPK szczegółowo wskazano, które obowiązki podlegać będą ocenie, gdzie w umowie obowiązki te zostały przewidziane, podano wartość maksymalną możliwych do przyznania punktów oraz, że punkty te przyznane zostaną za wykonanie obowiązków zgodnie z umową. Ocena uzależniona jest zatem od wypełnienia obowiązków umownych, a nie samopoczucia Kierownika Projektu. Ponadto nie można mówić o tym, aby ocena pracy Konsultanta dokonana przez Kierownika Projektu pozostawała poza jakąkolwiek kontrolą, skoro Kierownik Projektu kwestionując należyte wypełnianie obowiązków przez Konsultanta jest zobowiązany każdorazowo swoją ocenę uzasadnić na piśmie, zaś w § 5 ust. 8 i 9 przewidziano procedurę wniesienia sprzeciwu od dokonanej oceny i jego rozpatrzenia przez Dyrektora Oddziału GDDKiA.

Zarzut 4 i zarzut 18 - § 5 ust. 2

Izba za niezasadne uznała zarzuty nr 4 i 18 odwołania (zarzuty te są zbieżne w swojej treści, powielają się). Odwołujący nie wykazał, aby nałożenie na Konsultanta obowiązku udowodnienia należytego wykonania obowiązków określonych w KOJPK, w jakikolwiek sposób przesądzać miałyby o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Twierdzenia o tym, jakoby istniała możliwość, że Konsultant nigdy nie udowodni Zamawiającemu należytego wykonania obowiązków, są niczym nie popartymi hipotezami. Zamawiający pozostawił Konsultantowi swobodę w doborze środków dowodowych, jak również dał możliwość kwestionowania oceny dokonanej przez Kierownika Projektu w KOJPK. W ocenie Izby żądanie wykreślenia § 5 ust. 2 umowy ma na celu nic innego jak wzmocnienie pozycji Konsultanta w przypadku powstania ewentualnych sporów na tle oceny wykonywania przez niego obowiązków umownych, a jako takie nie służy konwalidacji niezgodnych z przepisami działań lub zaniechań Zamawiającego. Dodać należy, że Odwołujący na wypadek, gdyby § 5 ust. 2 nie został wykreślony, postulował zmiany terminów wskazanych w § 5 ust. 8 i 9 - ten właśnie postulat został przez Zamawiającego uwzględniony w sposób, który satysfakcjonował Odwołującego i wprowadzał równoważne terminy podjęcia działań da obu Stron.

Zarzut 7 - § 6 ust. 9 oraz zarzut 19 - § 6 ust. 9 -11

Zarzuty odwołania odnoszące się do kwestii waloryzacji wynagrodzenia Izba uznała za nieudowodnione. Po pierwsze Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji mającej wskazywać na okoliczność, że poziom waloryzacji wynagrodzenia został ustanowiony przez Zamawiającego na poziomie, który naruszałby przepisy ustawy Pzp, zasady współzycia społecznego, dobre obyczaje czy też był sprzeczny z naturą przedmiotowego stosunku prawnego. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów mających potwierdzać wyrażane na rozprawie stanowisko o tym, że ustanowiony próg jest skrajnie niski, a wskazany limit zostanie wyczerpany w okresie dwóch lat, tym bardziej, że poziom waloryzacji został przez Zamawiającego podwyższony w ramach zmiany nr 22 z dnia 4 czerwca 2020 r.

Odwołujący nie przedstawił żadnych analiz mających potwierdzać stawianą tezę o tym, że przyjęty poziom waloryzacji nie jest realny, podczas gdy w ocenie Izby zobrazowanie tych danych poprzez złożenie dowodów, czy chociażby własnych zestawień, było obiektywnie możliwe. Odwołujący nie odniósł się także do stanowiska Zamawiającego, który wskazywał, że wprowadzenie waloryzacji umownej pozwala mu na określenie globalnego poziomu wynagrodzenia, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasad finansów publicznych. Odwołujący nie wykazał, aby przewidziany przez Zamawiającego mechanizm dostosowywania warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych był nieadekwatny.

Ponadto za niezrozumiałe Izba uznała stanowisko Odwołującego, jakoby miał on nie wiedzieć, kiedy Zamawiający stosował będzie waloryzację umowną, a kiedy ustawową. W ocenie Izby umowa w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisuje w § 6 mechanizm waloryzacji umownej (na co wskazuje chociażby już sam tytuł § 6), a postanowienia zawarte

w tym paragrafie, w tym limit korekt wynikających z waloryzacji (ust. 9) dotyczą właśnie waloryzacji umownej. Postanowienia § 6 nie stoją w sprzeczności z obowiązkową waloryzacją ustawową, której podstawę stanowi art. 142 ust. 5. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stanowi przepis bezwzględnie obowiązujący, nakazujący zamawiającym przewidzenie w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach wskazanych w pkt 1- 4 tego przepisu, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający przewidział możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w takich sytuacjach w § 38 ust. 5 umowy, jako jeden z dopuszczalnych przypadków dokonania zmian w umowie. Postanowienia umowy w powyższym zakresie Izba uznała za nie budzące wątpliwości.

Odwołujący nie wyjaśnił również dlaczego w jego ocenie należałoby skreślić § 6 ust. 11 wskazujący, że postanowienia umowne w zakresie waloryzacji umownej stosuje się do zakończenia umowy poprzez zatwierdzenie Raportu Zamknięcia. W treści odwołania brak jest jakiegokolwiek odniesienia się do tej kwestii, wobec czego brak jest możliwości merytorycznego odniesienia się przez Izbę do ww. wniosku Odwołującego.

Zarzut 9 - § 13 ust. 6

Zarzut nie potwierdził się. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do lakonicznego stwierdzenia, że pracownik ma prawo nie wyrazić zgody na przetwarzanie danych osobowych dla potrzeb realizacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia mającego wykazać, że żądanie uzyskania przez Konsultanta zgody zatrudnionych na umowę o pracę osób na przetwarzanie ich danych osobowych, miałoby naruszać przepisy prawa, w tym na przykład ustawy o ochronie danych osobowych.

Zamawiający wyjaśnił, w jakim celu dane osobowe pracowników są niezbędne na potrzeby realizacji zamówienia, wskazując na obowiązek kontroli zatrudnienia przez wykonawcę określonych osób na podstawie umowy o pracę, co siłą rzeczy wiąże się z koniecznością przetwarzania ich danych osobowych takich jak imię czy nazwisko. Powyższa okoliczność wynika wprost z § 13 ust. 6, gdzie wskazano, iż dane osobowe są wymagane na potrzeby weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, czyli weryfikacji wypełnienia przez Konsultanta nałożonych na niego obowiązków. Zamawiający prawidłowo dąży zatem do zapewnienia przez Konsultanta zgody pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych w tym celu, a wymogu tego nie sposób uznać za nadmierny czy nieuzasadniony. Takie działanie służy zagwarantowaniu, że Zamawiający realizując umowę nie naruszy przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Słusznie zauważył także Zamawiający, że sam Konsultant co do zasady powinien posiadać zgodę swoich pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą i realizacją przedmiotowej umowy. Niewątpliwie praktyką rynkową jest zastrzeżenie w tym celu adekwatnych klauzul w umowach z pracownikami, a Odwołujący jako profesjonalista posiada stosowną wiedzę i mechanizmy gwarantujące uzyskanie zgody pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej. Izba miała na względzie ponadto, iż w ramach zmiany nr 15 Zamawiający doprecyzował treść § 13 ust. 6 umowy, wyjaśniając jakich informacji w szczególności będzie oczekiwał od Konsultanta (imię i nazwisko, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków). Wyżej wskazane dane trudno uznać za nieadekwatne dla celów realizacji obowiązku weryfikacji zatrudnienia przez wykonawcę określonych pracowników na podstawie umowy o pracę, Odwołujący na takie okoliczności nie wskazywał.

Zarzut 11 - § 16 ust. 4

Argumentacja odwołania w zakresie zarzutu 11 sprowadzała się do twierdzenia, iż Zamawiający nie określił, w jakiej ilości mają zostać wykonane pomiary kontrolne przez geodetów wykonawcy. Odwołujący wskazywał na konieczność podania ilości pomiarów kontrolnych w wymiarze min. 30% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów wykonawcy. Zarzut ten był w powyższym zakresie zbieżny w treści z zarzutem 10 dotyczącym § 16 ust. 3 umowy, a Zamawiający zmianą nr 6 zmodyfikował brzmienie § 16 ust. 3 umowy w sposób zgodny z żądaniem Odwołującego określając ilość pomiarów kontrolnych na min. 30% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów wykonawcy. Tym samym stanowisko Odwołującego prezentowane w odniesieniu do § 16 ust. 4 umowy, w świetle powyższej zmiany, straciło na aktualności, w konsekwencji czego omawiany zarzut stał się bezprzedmiotowy. Sam Odwołujący na rozprawie zarzut ten zresztą pominął.

Zarzut 12 - § 19A ust. 5

Izba ustaliła, iż § 19A umowy odnosi się do specjalistycznego etapu inwestycji głównej, jakim jest etap drążenia tunelu, w ramach którego Zamawiający wymaga od Konsultanta

zapewnienia pełnienia obowiązków w systemie 7/24 (tj. 24 godziny przez 7 dni w tygodniu). Odwołujący nie wykazał, aby taki obowiązek miał być równoznaczny z obowiązkiem pracy w systemie trzyzmianowym i aby istniała konieczność dodatkowego uregulowania sposobu rozliczania pracy przez poszczególnych ekspertów, tym bardziej, że Zamawiający nie wymaga zatrudnienia osób wymienionych w § 19A ust. 5 na umowę o pracę. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż argumentacja Odwołującego wynika z niezrozumienia postanowień SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że liczba osób Personelu Konsultanta będzie zależna od faktycznego zapotrzebowania określanego na podstawie harmonogramu sporządzanego przez Konsultanta. Potwierdza to § 11 ust. 5 umowy, w którym wskazano, iż HPPK (z zastrzeżeniem § 13 ust. 5 odnoszącego się do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w stosunku do których wymagany jest pełen etat) określa planowaną liczbę Personelu Konsultanta w każdym miesiącu świadczenia usług. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, iż oferent powinien wycenić koszt pełnienia usługi przez tzw. Innych ekspertów (a takim jest zarówno Inspektor nadzoru specjalności inżynierskiej tunelowej - pkt. 2.2.14, jak i specjalista ds. nadzoru geotechnicznego - pkt. 2.2.37 oraz specjalista ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych - pkt 2.2.38) bez względu na liczbę osób. Wyceny takiej dokonuje się wedle liczby dniówek i etatów wskazanych w Formularzu cenowym, natomiast liczba osób niezbędna na etapie realizacji umowy wynikać będzie z faktycznego zapotrzebowania i zostanie dostosowana przez wykonawcę do sposobu realizacji zamówienia. Zamawiający nie wskazał w SIWZ wymaganej liczby tzw. Innych ekspertów, o których mowa w pkt 2.2. Formularza cenowego. Liczba ta będzie planowana przez Konsultanta w HPPK na każdy miesiąc świadczenia usługi, co wprost wynika z treści umowy. Odwołujący nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, że przyjęty w umowie sposób rozliczeń jest niejednoznaczny, nieadekwatny czy w inny sposób narusza przepisy ustawy Pzp.

Zarzut 14 - § 36 ust. 16

Izba uznała przedmiotowy zarzut za całkowicie niezasadny. Dokonanie weryfikacji STWIORB pod kątem jego zgodności z dokumentami SIWZ, projektem budowlanym i projektem wykonawczym jest jednym z podstawowych obowiązków Konsultanta przewidzianych umową i wynika wprost z § 20 ust. 20 umowy. Nie budzi wątpliwości Izby, że w przypadku, gdy Konsultant wykryje nieprawidłowości i stwierdzi niezgodność postanowień STWIORB z obowiązującymi wykonawcą robót budowlanych dokumentami, to nie powinien zatwierdzać STWIORB, lecz przekazać poczynione podczas weryfikacji zastrzeżenia

Zamawiającemu. Zgodnie bowiem z § 20 ust. 20 umowy przed zatwierdzeniem STWIORB Konsultant ma zaopiniować ten dokument u Zamawiającego. Obowiązkiem Konsultanta jest przede wszystkim zweryfikowanie prawidłowości STWIORB, a nie jego każdorazowe zatwierdzenie. Z tego względu domaganie się przez Odwołującego zagwarantowania Konsultantowi narzędzi do wyegzekwowania poprawnie sporządzonych dokumentów od wykonawcy robót budowlanych jest z perspektywy oceny przedmiotowego postanowienia nieistotne. Zresztą, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w Warunkach Kontraktu przewidziano instrumenty dające Inżynierowi możliwość powiadomienia wykonawcy robót budowlanych o tym, że dany dokument nie odpowiada Kontraktowi. Stanowiska tego Odwołujący nie kwestionował.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż zatwierdzenie przez Konsultanta STWIORB, który nie będzie zgodny z wymaganą dokumentacją, stanowić będzie naruszenie postanowień umowy, które może nieść daleko idące konsekwencje dla wykonywanych na podstawie takiego STWIORB robót budowlanych. Już chociażby z tego względu sankcjonowane naruszenia przez Konsultanta obowiązku wynikającego z § 20 ust. 20 karą umowną można uznać za uzasadnione. Zamawiający - wbrew stanowisku Odwołującemu - nie karze Konsultanta za błędy wykonawcy, lecz za błędy Konsultanta polegające na zatwierdzeniu STWIORB, który był niezgodny z dokumentacją Kontraktu. W tym miejscu należy dodać, iż w dniu 3 czerwca 2020 r. Zamawiający doprecyzował treść § 36 ust. 16 umowy o wskazanie, że kara umowna będzie mogła być naliczona tylko za zatwierdzone przez Konsultanta STWIORB, w którym znajdują się postanowienia niezgodne z obowiązującymi wykonawcą dokumentami SIWZ, projektem budowlanym i projektem wykonawczym, potwierdzając wprost, że chodzi tu o sankcjonowanie tych przypadków niezgodności STWIORB z wymaganą dokumentacją, w których dojdzie do nieprawidłowego zatwierdzenia STWIORB przez Konsultanta.

Zarzut 15 - § 1

W odniesieniu do zarzutu 15 po pierwsze podkreślić należy, że Odwołujący kwestionuje definicje przyjęte przez Zamawiającego w umowie, nie wskazując jakiegokolwiek argumentacji mającej na celu wykazanie, że sposób ukształtowania tych definicji świadczy o naruszeniu przepisów wskazanych w petitum odwołania. Odwołujący, podobnie jak w przypadku każdego z podnoszonych zarzutów, pod pretekstem rzekomych, w żaden sposób nawet nie

uprawdopodobnionych, naruszeń prawa, podejmuje próby negocjacji postanowień umownych, w celu doprowadzenia do takiego ich kształtu, który dla niego byłby korzystniejszy podczas realizacji umowy, w przypadku udzielenia mu zamówienia. Odwołujący przy tym przeważnie zapomina, czy też świadomie pomija, okoliczność, że przedmiotowe zamówienie jest ściśle skorelowane z kontraktem głównym na roboty budowlane, których dotyczyć ma nadzór, co siłą rzeczy oddziaływać musi na treść postanowień umowy na nadzór. Stanowczo wskazać należy,

że nie temu służy postępowanie odwoławcze, aby rozważać rekomendacje zmian postanowień umownych, w stosunku do których nawet nie podjęto próby wykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Argumentacja Odwołującego o niesymetryczności definicji Dni roboczych w stosunku do Konsultanta i Zamawiającego nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w realiach przedmiotowej inwestycji. Odwołujący nie wyjaśnia dlaczego czas pracy Urzędu Zamawiającego miałby rzekomo wpływać na wydłużenie czasu pracy Konsultanta, a wręcz uniemożliwiać prawidłowe skalkulowanie oferty. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż definicja Dni roboczych zawarta w § 1 umowy jest dostosowana do ról, jakie pełnią poszczególne podmioty podczas realizacji umowy. Uwzględnia ona okoliczność, że zadaniem Konsultanta jest nadzór nad prawidłową realizacją kontraktu głównego, tj. robót budowlanych, których realizacja wymaga prowadzenia prac przez sześć dni w tygodniu. Odwołujący - jak wskazano powyżej - pomija, że specyfiką umowy na nadzór jest konieczność dostosowania jej postanowień do wymagań kontraktu, który temu nadzorowi podlega. Tylko w takim przypadku możliwe jest zapewnienie prawidłowej realizacji robót budowlanych.

Z kolei kwestionowane definicji Dniówki i Półdniówki sprowadza się w istocie do stwierdzenia, że definicje te stanowią „zbyt duże nawiązanie do kodeksu pracy, podczas gdy nie cały Personel Konsultanta jest zatrudniany na podstawie umowy o pracę”. Na rozprawie Odwołujący wskazał na swoje obawy, że w takiej sytuacji Personel będzie uznawał, że pracuje na umowy o pracę i będzie wnosił pozwy. W czym jednak należy upatrywać naruszenia prawa poprzez skonstruowanie takiej definicji Dniówki i Półdniówki Odwołujący nie wytłumaczył. Lakoniczne stwierdzenie, że „umowa w obecnym kształcie nie pozwala na dostosowanie wynagrodzenia za nadzór do realizowanych robót budowlanych” niczego nie wyjaśnia i nic nie wnosi. Kwestia oceny cech danego stosunku prawnego pod kątem ustalenia czy ma on charakter umowy o pracę jest domeną przepisów prawa pracy, a Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność kształtowania stosunków cywilnoprawnych z Personelem Konsultanta (za wyjątkiem personelu biurowego). Jedynym oczekiwaniem Zamawiającego jest zapewnienie właściwego nadzoru i kontroli wykonywania robót w sposób ciągły, co zagwarantować ma przyjęta definicja Dniówki i Półdniówki. Propozycje zmian definicji wskazywane przez Odwołującego zmierzają w praktyce do zmniejszenia wymiaru czasu wykonywania zadań przez Personel Konsultanta, w efekcie czego mogą powodować ryzyko niezapewnienia dostatecznej kontroli wykonywanych robót budowlanych.

Argumentacja Odwołującego odnosząca się do definicji Polecenia jest całkowicie chybiona. Odwołujący przyjmuje nieuzasadnione założenie, że Polecenia zmierzają będą do rozszerzenia zakresu umowy, co nie powinno jednak co do zasady mieć miejsca, zgodnie bowiem z § 26 ust. 7 Polecenia mają być wydawane zgodnie z Umową oraz co do zasady być

sporządzane w formie papierowej. Ponadto na wypadek ewentualnych wątpliwości umowa gwarantuje Odwołującemu w takiej sytuacji możliwość reakcji zgodnie z § 26 ust. 9 umowy, w celu ochrony jego interesów. Z kolei kwestionując możliwość ustnego wydawania Poleceń Odwołujący oparł się wyłącznie na okoliczności potencjalnych trudności dowodowych w sytuacjach spornych. Jak słusznie jednak zwrócił uwagę Zamawiający, Polecenia ustne mają być wydawane jedynie w drodze wyjątku. Potwierdza to § 26 ust. 8 umowy, w którym wprost wskazano, że Polecenie może być wydane ustnie lub pocztą elektroniczną jedynie w wyjątkowych sytuacjach. W umowie dodano jednocześnie, że wszystkie takie Polecenia powinny być niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 2 dni roboczych, potwierdzone na piśmie. W świetle postanowień umownych argumentacja Odwołującego o ewentualnych trudnościach dowodowych i problemach z odtworzeniem treści Polecenia, nie znajduje zatem żadnego oparcia. Zmiana definicji Polecenia w sposób proponowany przez Odwołującego prowadzić może w ocenie Izby do faktycznego utrudnienia realizacji umowy i uniemożliwienia Zamawiającemu niezwłocznej reakcji w sytuacjach tego wymagających, w których ze względów bezpieczeństwa trzeba działać szybko.

Zarzut 16 - § 3 ust. 1, ust. 2 pkt 2, ust. 3 i ust. 5

Izba ustaliła, iż § 3 ust. 1 umowy został przez Zamawiającego zmieniony w dniu 1 czerwca 2020 r. (zmiana nr 8), poprzez wskazanie, iż rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi w terminie 7 dni od podpisania Umowy (za zgodną wolą stron w terminie wcześniejszym). Oznacza to, że podstawa faktyczna zarzutu 16 lit. a) na moment zamknięcia

rozprawy uległa zmianie, co czyni jego rozpoznanie bezprzedmiotowym, jako że Zamawiający ustalili datę rozpoczęcia świadczenia usług oraz usunął wcześniej funkcjonujący zwrot „nie wcześniej niż,” mogący wskazywać na niedookreślenie tego terminu. Izba nie jest uprawniona do oceny zmienionej treści postanowienia umownego, ponieważ w tym zakresie Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej. Jedyne więc na marginesie Izba wskazuje, iż przedstawiony w odwołaniu postulat zmiany postanowień umownych „w duchu, który odpowiadałby ustawie Pzp” jest o tyle chybiony, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, aby aktualne brzmienie postanowień umownych duchowi ustawy Pzp nie odpowiadało. Z kolei rekomendacje zmian, o jakie wnioskował Odwołujący w ogóle nie korelowały z rzekomą koniecznością wskazania konkretnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług, lecz zmierzały do wprowadzenia rozwiązań mających na celu zwrot części kosztów i zwiększenie wynagrodzenia, których zasadności Odwołujący jednak nie wytłumaczył.

Odwołujący nie przedstawił także merytorycznej argumentacji mającej potwierdzać, że sposób określenia okresu świadczenia usługi wskazany w § 3 ust. 2 pkt 2 oraz § 3 ust. 3 umowy prowadzić będzie do nieporównywalności ofert. Odwołujący poprzestał na lakonicznym

stwierdzeniu, że „będzie to rodzić różne podejście wykonawców na etapie ofertowania” i „urąga art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”. Odwołujący nie wykazał, aby wobec ustalenia przez Zamawiającego minimalnego i maksymalnego okresu świadczenia usługi, wykonawcy nie byli w stanie prawidłowo skalkulować oferty. Takie określenie okresu świadczenia usługi znajduje aprobatę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. wyrok z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13), gdyż określa wykonawcom konkretne i jednoznaczne ramy czasowe. W przedmiotowym przypadku, mając na względzie specyfikę przedmiotowego zamówienia i uwarunkowanie takiego rozwiązania wtórnym charakterem usługi nadzoru w stosunku do będących przedmiotem nadzoru robót budowlanych, takie działanie uznać należy za dopuszczalne i zgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W umowie na nadzór Zamawiający musi określić odpowiednie mechanizmy, które zagwarantują mu, że nadzór nad robotami budowlanymi nie zostanie przerwany w trakcie realizacji tych robót. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń, które chociażby uprawdopodobniłyby brak możliwości rzetelnego i porównywalnego oszacowania wynagrodzenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przy tak skonstruowanych postanowieniach umownych. Stanowisko Odwołującego o zbyt dużej rozpiętości okresu minimalnego i maksymalnego nie zostało poparte żadną argumentacją. Jak zaś wykazał Zamawiający za pomocą złożonych dowodów w postaci umów z 2014 i 2018 r., taki sposób definiowania okresu realizacji usług nadzoru jest praktyką opartą na doświadczeniu Zamawiającego i nie powodował dotychczas po stronie wykonawców problemów w oszacowaniu wynagrodzenia.

W odniesieniu do postulatu skreślenia § 3 ust. 5 umowy, z którego wynika, że minimalny czas świadczenia Usługi może ulec zmianie w zależności od rzeczywistego czasu realizacji umowy (zarzut 16 lit. d) Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego, poza jednozdaniowym powołaniem się jak w przypadku § 3 ust. 3, na dużą rozpiętość przyjętego czasu świadczenia usługi, co jednak nie zostało poparte żadną konstruktywną argumentacją. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania zarzutu za zasadny.

Zarzut 17 - § 4

Stanowisko Odwołującego wskazane pod lit. a) zarzutu, odnoszące się do konieczności wprowadzenia do umowy postanowień o wyrównaniu wynagrodzenia do pełnej wysokości w przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się wcześniej, nie zostało wyjaśnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów mających uzasadnić wprowadzenie takiego uprawnienia. Ponadto, w ramach zmiany nr 23 z dnia 4 czerwca 2020 r., Zamawiający wprowadził w umowie § 38 ust. 4 pkt 10 umożliwiający dokonanie zmiany umowy w przypadku konieczności skrócenia czasu świadczenia usługi w następstwie skrócenia Okresu Przeglądów i Rozliczeń określonego w § 3 ust. 2 pkt 3. W postanowieniu

tym wskazano także, że Konsultant będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za pozycje „miesiąc” i „ryczałt” w zakresie faktycznych i dokumentowanych kosztów. Powyższa zmiana czyni rozpoznanie omawianego zarzutu bezprzedmiotowym. Dalsza argumentacja przedstawiona przez Odwołującego pod lit. a) jest w ocenie Izby nielogiczna w kontekście postawionych żądań. Odwołujący z jednej strony powołuje się na rzekomy brak możliwości ustalenia, jaki okres realizacji usługi należy przyjąć na potrzeby ofert (minimalną czy maksymalną liczbę miesięcy), a z drugiej strony postuluje wprowadzenie do umowy postanowienia, zgodnie z którym „termin wskazany § 3 ust. 3 i § 4 ust. 1 umowy jest wiążący dla Zamawiającego,” podczas gdy § 3 ust. 3 odnosi się właśnie do minimalnego i maksymalnego okresu świadczenia usługi, który notabene jest dla Stron wiążący. Z kolei w § 4 ust. 1 umowy brak jest odniesienia do jakiegokolwiek terminu, stanowisko Odwołującego

jest zatem niezrozumiałe.

Propozycja Odwołującego o nieuwzględnieniu waloryzacji przy ustanowieniu procentowego pułapu maksymalnej wartości zobowiązania za wykonywanie czynności będących przedmiotem umowy wskazanego w § 4 ust. 2 (lit. b zarzutu) nie została w żaden sposób uzasadniona, co uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie przedmiotowego zarzutu w tym zakresie przez Izbę.

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego wskazane pod lit. c) zarzutu odnoszące się do § 4 ust. 4 umowy i kwestii „zamrożenia” cen w przypadku wydłużenia okresu realizacji umowy czy wyczerpania maksymalnej wartości zobowiązania. Postanowienia § 4 ust. 4 umowy odnoszą się do wysokości cen określonych w Formularzu cenowym, których oszacowania dokonuje się w oparciu o wskazany w § 3 ust. 3 okres realizacji usługi. Natomiast w przypadku konieczności wydłużenia maksymalnego czasu świadczenia usługi w następstwie zmian Czasu na Ukończenie Kontraktu, jak i w przypadku wykorzystania maksymalnej wartości zobowiązania, o której mowa w § 4 ust. 2 z tytułu wydłużenia czasu świadczenia usługi, na które powołuje się Odwołujący, Zamawiający w § 38 ust. 4 pkt 5 i 6 umowy przewidział możliwość zmian umowy.

Zarzut odnoszący się do propozycji zmian w § 4 ust. 9 umowy (lit. d) okazał się bezprzedmiotowy, ponieważ w dniu 3 czerwca 2020 r. Zamawiający w ramach zmiany nr 17 do treści SIWZ usunął postanowienie będące przedmiotem sporu, wyjaśniając, że z uwagi na planowany termin zawarcia umowy z wykonawcą robót nie miały on zastosowania. Na moment zamknięcia rozprawy, podstawa faktyczna zarzutu uległa zatem istotnej zmianie, gdyż kwestionowane postanowienie zostało z umowy wykreślone. W konsekwencji brak jest możliwości dokonania obecnie przez Izbę oceny treści postanowienia, którego nie ma już w umowie. Na przedmiotową czynność Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

Zarzut 20 - § 7 ust. 1

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w żaden sposób nie koreluje z postawionym żądaniem. Żądanie to sprowadza się do wykreślenia z § 7 ust. 1 odniesienia do rozliczenia pozycji ryczałtowych, podczas gdy przywołane podstawy faktyczne zarzutu pozycji ryczałtowych w ogóle nie dotyczą. Podkreślenia wymagają, iż w przypadku odwołań na treść postanowień SIWZ ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Pomiędzy stawianymi żądaniami a argumentacją mającą uzasadniać ich spełnienie musi zachodzić spójność, a tej spójności brak jest w przypadku zarzutu 20. Odwołujący odnosi się do kwestii uzależnienia płatności od Harmonogramu Płatności, który stanowi element HPPK, co ma prowadzić do utrudniania rozliczania wynagrodzenia w okresach miesięcznych, przy czym nie postuluje jakiegokolwiek zmiany w zakresie, w jakim postanowienia umowy referują do HPPK. Odwołujący nie wyjaśnia także dlaczego istniejąca regulacja miałaby utrudniać rozliczanie wynagrodzenia, a wręcz prowadzić do nieporównywalności ofert. Tak sformułowany zarzut nie może podlegać uwzględnieniu.

Zarzut 21 - § 8 ust. 3 - 8

Przedmiotowy zarzut Izba uznała za chybiony. Odwołujący domagał się odstąpienia przez Zamawiającego od warunku ustanawiania zabezpieczenia płatności zaliczkowej, powołując się na dodatkowe koszty, które takie zabezpieczenie generuje oraz konieczność ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący nie wyjaśnił jednakże, dlaczego warunkowanie dokonania płatności zaliczkowej od wniesienia zabezpieczenia zwrotu tej płatności miałyby naruszać przepisy prawa. Stanowisko takie należy uznać za całkowicie nieuzasadnione, sama ustawa Pzp daje bowiem zamawiającym możliwość żądania od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 (zob. art. 151a ust. 5 ustawy Pzp), a w przypadku gdy przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy nakłada na zamawiających obowiązek żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki (art. 151a ust 6 ustawy Pzp). Słusznie także zwrócił uwagę Zamawiający, iż wykonawca nie ma obowiązku występowania o płatność zaliczkową, jest ona dokonywana na wniosek wykonawcy. Odwołujący nie podniósł także, aby w umowie nie określono form zabezpieczenia zaliczki, wysokości zabezpieczenia, sposobu jego wniesienia i zwrotu, czy też nie spełniono innych wymagań wynikających z art. 151a ustawy Pzp. Ponadto nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż zabezpieczenie to „dubluje się” z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Odwołujący nieprawidłowo utożsamia te dwa instrumenty ochrony interesów Zamawiającego, podczas gdy ustawa Pzp mechanizmy te rozróżnia i umożliwia zamawiającym ich stosowanie, także kumulatywnie. Zabezpieczenie należytego wykonania

umowy, jak sama nazwa wskazuje, służy ochronie interesów Zamawiającego w sytuacji nienależytego wykonania umowy, co potwierdza art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Z kolei zabezpieczenie zaliczki ma na celu jedynie ochronę prawidłowego wykorzystania środków finansowych przekazanych wykonawcom w formie zaliczki.

Zarzut 22 - § 9 ust. 5 i 6

Przedmiotowy zarzut Izba uznała za nieuzasadniony. Odwołujący wskazując na to, że pożądanym byłoby uregulowanie zwrotu kosztów utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ponad przewidziany umową okres (lit. a) omawianego zarzutu), w zasadzie nie przedstawił uzasadnienia, poza jednozdaniowym odwołaniem się do braku możliwości przewidzenia terminu realizacji robót na podstawie Kontraktu. W ocenie Izby należy mieć jednak na względzie okoliczność, że umowa na nadzór ma charakter wtórny w stosunku do umowy na roboty budowlane, a obowiązki Konsultanta są ściśle skorelowane z przedmiotem robót budowlanych i od nich zależne. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, aby dokonanie wyceny kosztów wiążących się z utrzymaniem zabezpieczenia było niemożliwe czy utrudnione. Jak zaś zauważył Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, koszt uzyskania i utrzymania zabezpieczenia powinien zostać uwzględniony przez Konsultanta w kosztach administracyjnych, co spowoduje, że również w przypadku przedłużenia czasu trwania umowy, w ramach comiesięcznego wynagrodzenia za koszty administracyjne, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za koszty utrzymania zabezpieczenia. Ponadto w przypadku konieczności wydłużenia maksymalnego czasu świadczenia usługi w następstwie zmian Czasu na Ukończenie Kontraktu, Zamawiający w § 38 ust. 4 pkt 5 umowy przewidział możliwość zmiany umowy.

Z kolei w kwestii postulowanej zmiany wskazanego w ust. 6 terminu dokonania zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (lit. b) omawianego zarzutu), Odwołujący ograniczył argumentację do lakonicznego stwierdzenia, że należy skrócić ten okres. Tymczasem wskazany w umowie okres 30 dni jest zgodny z treścią art. 151 ust. 1 ustawy Pzp, trudno więc mówić w tym wypadku, aby ustalenie terminu zwrotu zabezpieczenia na taki okres miało naruszać przepisy wskazane w petitum odwołania. Dalsza argumentacja wskazana w lit. b) zarzutu do terminu zwrotu zabezpieczenia w ogóle się nie odnosi. Odwołujący wskazał na uzależnienie zwrotu zabezpieczenia od możliwości wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, przy czym nie postawił żadnych żądań co do zmian umowy w tym zakresie. Jak wynika zaś z ust. 6 termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy rozpoczyna swój bieg od zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia, który to Raport - jak wyjaśniał Zamawiający na rozprawie - porządkuje realizację i pozwala ocenić kwestię należytego wykonania umowy. Odwołujący był niespójny w swojej argumentacji, gdyż na

rozprawie w replice sam wskazywał, że to właśnie Raport Zamknięcia powinien być podstawą zwrotu zabezpieczenia, podczas gdy w świetle postanowień umowy tak w istocie jest. Z kolei wniosek o pozostawienie jedynie części zabezpieczenia w sytuacji, gdyby termin wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności przedłużałby się, stanowił jedynie luźną rekomendację, nie zawierającą żadnego uzasadnienia. Powyższy przykład pokazuje, że Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy formułowaniu zarzutów odwołania, poprzestając na stanowisku przygotowanym na potrzeby zadania pytań do treści SIWZ i nie dodając do niego jakiegokolwiek argumentacji faktycznej i prawnej celem wykazania wskazanych w odwołaniu naruszeń. Tak skonstruowany zarzut nie mógł podlegać uwzględnieniu przez Izbę.

Zarzut 23 - § 10 ust. 1 i 5

Przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla postulatu, aby wprowadzić maksymalny termin przekazania kopii dokumentacji przez Zamawiającego. Odwołujący nie pokusił się ani o wskazanie ryzyk, jakie mogłyby wiązać się z nieprzekazaniem dokumentów dotyczących umowy i Kontraktu we wskazanym przez Odwołującego terminie, ani o wyjaśnienie dlaczego taki właśnie termin ryzyka te by zminimalizował. Odwołujący ponownie nie przedstawił też jakiegokolwiek argumentacji mającej wskazywać na naruszenie przepisów prawa wskazanych w petitum odwołania, co samo w sobie przesądzało o bezzasadności zarzutu. Jedynie uzupełniając należy zauważyć, że stosowanie pojęć takich jak „niezwłocznie” czy „bez zbędnej zwłoki” jest szeroko spotykane w stosunkach cywilnoprawnych i niejednokrotnie było przedmiotem oceny Sądu Najwyższego. Dla przykładu wskazać należy na wyrok Izby Cywilnej SN z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06, gdzie wyjaśniono, iż termin „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c. Użycie w § 10 sformułowania „bez zbędnej zwłoki” wskazuje zatem na potrzebę przekazania dokumentów tak szybko, jak to możliwe w okolicznościach danego stanu faktycznego, z jednoczesnym obowiązkiem działania zgodnie z treścią zobowiązania i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia

społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 k.c.), ale również z obowiązkiem dochowania należytej staranności określonej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby taki sposób określenia obowiązków Zamawiającego w przekazaniu dokumentacji miał świadczyć o działaniu niezgodnym z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut 24 - § 11 ust. 6, 7, 12, 15, 19

Przedmiotowy zarzut w zakresie odnoszącym się do ust. 6 i 7 (lit. a) nie zawiera merytorycznego uzasadnienia. Odwołujący ograniczył swoje stanowisko do lakonicznego

stwierdzenia, że § 11 ust. 6 i 7 stanowi przyzwolenie na autorytarne kształtowanie treści Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Zamawiającego w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący - w oparciu o bliżej nieustalone powody - z góry zakłada, że Zamawiający miałby kształtować treść Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta w kontrze do opisu przedmiotu zamówienia, co jest założeniem błędnym. Ponadto Odwołujący pomija, że to Konsultant tworzy HPPK, a Zamawiający jedynie go zatwierdza i wnioskuje o wprowadzenie ewentualnych zmian, przy czym w § 11 ust. 10 wskazano katalog przykładowych okoliczności, w których Zamawiający może o takie zmiany wnioskować. Ponadto wniosek taki Zamawiający musi uzasadnić, a Konsultantowi zapewniono możliwość wniesienia w takiej sytuacji sprzeciwu do Dyrektora Oddziału GDDKiA. W konsekwencji twierdzenia o autorytarnym kształtowaniu treści HPPK przez Zamawiającego są nieuzasadnione na gruncie postanowień umownych. Ponadto Odwołujący nie wyjaśnił, jakie znaczenie miałyby mieć złożenie przez Konsultanta „zdania odrębnego” do decyzji Dyrektora Oddziału GDDKiA, skoro stanowisko Konsultanta byłoby już wyrażone w treści sprzeciwu. W odwołaniu brak jest także jakiegokolwiek wyjaśnienia dlaczego omawiane postanowienie umowne miałyby świadczyć o naruszeniu przepisów prawa wskazanych w petitum odwołania.

W odniesieniu do § 11 ust. 12 umowy (lit. b) Zamawiający dokonał w dniu 3 czerwca 2020 r. zmiany (zmiana nr 12) wprowadzając procedurę odwoławczą, o którą wnioskował Odwołujący. W świetle wprowadzonej zmiany treści SIWZ powodującej, że na moment zamknięcia rozprawy stan faktyczny stanowiący podstawę zarzutu w tym zakresie uległ istotnej zmianie, jak również wobec stanowiska Odwołującego, który na rozprawie nie popierał przedmiotowego zarzutu, jego ocena stała się bezprzedmiotowa. Z kolei zawarty w odniesieniu do ust. 12 postulat w zakresie wydłużenia terminu realizacji zmiany do 60 dni oraz wprowadzenia enumeratywnego katalogu przypadków, w których Zamawiający może żądać zmiany osoby Inżyniera Kontraktu, nie został w ogóle uzasadniony.

W odniesieniu do § 11 ust. 15 i 16 (lit. c) Odwołujący również nie przedstawił jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dla postulowanego wniosku o wprowadzenie procedury odwoławczej od decyzji Kierownika Projektu, których dotyczą ww. regulacje. Odwołujący nie wykazał aby takie ukształtowanie postanowień umowy w jakikolwiek sposób naruszało przepisy prawa, było sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego czy dobrymi obyczajami, zasadami współżycia społecznego. Nawet jeśli zmiany takie prowadzić miałyby do przyjęcia rozwiązań usprawniających realizację zamówienia czy pozwalających zminimalizować ryzyko ewentualnych sporów kontraktowych, to postępowanie odwoławcze nie jest miejscem na prowadzenie negocjacji w tym zakresie, służy ono bowiem eliminacji niezgodnych z ustawą Pzp działań lub zaniechań Zamawiającego, a takowych Odwołujący nawet nie próbował wykazać.

Jeśli zaś chodzi o § 11 ust. 19 umowy (lit. d), to stwierdzić należy, że przedmiotowe postanowienie umowne było już kwestionowane w ramach zarzutu oznaczonego nr 8. Zamawiający dokonał zmiany tego postanowienia zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Odwołujący na rozprawie - wypowiadając się w zakresie zarzutu 8 - oświadczył, że zmiana taka go satysfakcjonuje. Tym samym ocena zarzutu nr 24 d) stała się bezprzedmiotowa.

Zarzut 25 - § 14 ust. 1

Zarzut 25 Izba uznała za chybiony. Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla postulatu, aby zakres obowiązków Konsultanta w zakresie weryfikacji dokumentacji miał być enumeratywnie wyliczony. Odwołujący nie pokusił się o wskazanie jakichkolwiek ryzyk, jakie mogłyby wiązać się z otwartym katalogiem obowiązków wiążących się z przeglądem i zatwierdzaniem Dokumentów Wykonawcy. Ponadto Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji mającej wskazywać na potencjalne naruszenie przepisów prawa. Tak postawiony zarzut w praktyce nie nadawał się do merytorycznego rozpoznania.

Również w odniesieniu do obowiązków wymienionych w § 14 ust. 1 pkt 8 i 9 umowy Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego ich ustalenie miałyby przeczyć naturze stosunku prawnego czy w jakikolwiek sposób naruszać przepisy prawa. Izba uznała ponadto za przekonujące

stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, dlaczego na wykonawcę nałożone zostały obowiązki w zakresie weryfikacji i nadzorowania wykonania Audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego, Projektów stałej organizacji ruchu oraz Projektów organizacji ruchu na czas prowadzenia robót i ich opiniowania, podkreślając, że umowa na nadzór jest odzwierciedleniem umowy o roboty budowlane, a weryfikacja i koordynacja prac projektowych jest podstawowym elementem realizacji inwestycji. Odwołujący stanowiska tego nie zakwestionował, wobec czego brak jest podstaw do odmówienia twierdzeniom Zamawiającego wiarygodności.

Zarzut 27 - § 17 ust. 1

Przedmiotowy zarzut de facto nie zawiera merytorycznego uzasadnienia. Odwołujący ograniczył swoje stanowisko do wskazania propozycji zmian z uwagi na „autorytarne i jednostronne ukształtowanie” omawianego postanowienia, a rekomendacje tłumaczył zbyt szerokim zakresem użytych pojęć i koniecznością wyjaśnienia, co Zamawiający przez nie rozumie. Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania dlaczego omawiane postanowienie umowne miałyby świadczyć o naruszeniu przepisów prawa wskazanych w petitum odwołania. Odwołujący nawet nie odniósł się do tego, jakie skutki dla wykonawców może mieć tak ukształtowana treść postanowień umownych, czy to pod kątem kalkulacji oferty czy potencjalnej realizacji zamówienia. Stanowisko Odwołującego zawiera wyłącznie rekomendacje co do doprecyzowania warunków realizacji zamówienia czy ich modyfikacji

w sposób, który będzie bardziej optymalny dla Odwołującego, co samo w sobie przesądza o bezzasadności zarzutu. Okoliczność, że Odwołujący zmierza do ukształtowania postanowień umownych w sposób dla siebie dogodny potwierdza fakt, że przedstawione propozycje zmian, w szczególności w zakresie terminów na sporządzenie protokołów spotkań czy nierozpatrywania na bieżąco rozszczeń przejściowych, są oderwane od nadzorowanego kontraktu na roboty budowlane, co wykazał Zamawiający. Tymczasem, jak podkreślano już powyżej, postępowanie odwoławcze nie służy negocjacji warunków kontraktowych, lecz konwalidacji sprzecznych z ustawą działań lub zaniechań Zamawiającego.

Zarzut 29 - § 20 ust. 6 i 7

Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny. Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego opis przedmiotu zamówienia miałby być wykonany niezgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. Odwołujący nie wskazuje, aby brzmienie § 20 ust. 6-7 umowy było niejednoznaczne czy niezrozumiałe, a jedynie domaga się wykreślenia obowiązku dotyczącego zlecenia badań nieprzewidzianych w Specyfikacjach Technicznych. Jest to o tyle niezrozumiałe, że § 20 ust. 6 odnosi się do zgodności formy, rodzaju zlecanych badań i sposobu pobierania próbek z normami wskazanymi w Specyfikacjach Technicznych, a nie do zlecenia badań nieprzewidzianych w Kontrakcie. Sporne postanowienie wskazuje jedynie, że gdyby norm takich nie było w Specyfikacjach Technicznych, to forma, rodzaj badań, sposób pobierania próbek będzie uzgadniany z Zamawiającym. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego tak ukształtowane postanowienie w jakikolwiek sposób mogłoby naruszać przepisy ustawy Pzp.

Z kolei domaganie się przez Odwołującego wskazania zasad partycypacji w kosztach badań kontrolnych i dodatkowych nie znajduje żadnego uzasadnienia, jako że postanowienia umowy regulują kwestię ponoszenia kosztów przeprowadzenia badań. § 20 ust. 13 umowy odnosi się do kosztów badań i pomiarów kontrolnych i akceptacyjnych zleconych przez Konsultanta do Laboratorium Zamawiającego lub laboratorium wskazanego przez Zamawiającego, wskazując wprost, że koszty tych badań i pomiarów ponosi Zamawiający. Z kolei do badań dodatkowych, na które wskazywał Odwołujący, odnosi się § 20 ust. 14 umowy, z którego wynika, że Konsultant nie ponosi kosztów badań pomiarów wykonywanych przez specjalistyczne, niezależne laboratoria, a jedynie przygotowuje procedurę zlecenia tych badań. Umowa w żadnym miejscu nie wskazuje, aby koszty badań i pomiarów wykonywanych czy to przez laboratoria Zamawiającego, laboratoria wskazane przez Zamawiającego czy niezależne, specjalistyczne laboratorium uzgodnione przez Strony, miałyby ponosić Konsultant. Powyższe stanowisko potwierdził Zamawiający na rozprawie.

Zarzut 30 - § 20 ust. 9 i 12

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby sposób ukształtowania treści § 20 ust. 9 i 12 umowy miał prowadzić do braku możliwości oszacowania kosztów związanych z pobieraniem, pakowaniem i transportem próbek do laboratorium Zamawiającego w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy próbkę pobierałby Konsultant. Stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż zgodnie z postanowieniami

umowy co do zasady pobieranie próbek będzie miało miejsce przez przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego, a jedynie w wyjątkowych przypadkach przez Konsultanta, znajduje potwierdzenie w § 20 ust. 9 umowy. Izba uznała za wiarygodne stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że koszty generowane z tego tytułu będą stosunkowo niewielkie, w związku z niewielką odległością inwestycji od Laboratorium Zamawiającego i nie mają większego wpływu na kształtowanie ofert. Odwołujący powyższych twierdzeń nie zakwestionował, wobec czego brak było podstaw do odmówienia im wiarygodności. Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, iż Konsultant ubiegający się o udzielenie zamówienia, będący wszak profesjonalistą legitymującym się dużym doświadczeniem (czego wymaga warunek udziału w postępowaniu), jest w stanie oszacować możliwość wystąpienia szczególnie uzasadnionych przypadków, kiedy to on (jego pracownicy), a nie pracownicy Laboratorium Zamawiającego będą pobierać próbkę, oszacować wiążące się z tym potencjalne koszty i uwzględnić je w cenie oferty. W ocenie Izby eliminacja z treści § 20 ust. 9 umowy sformułowania „w szczególnie uzasadnionych przypadkach”, mimo jego pewnej niedookreśloności, prowadzić mogłoby wręcz do utrudnienia realizacji umowy, chociażby w sytuacjach kiedy wystąpiłaby konieczność niezwłocznego, pilnego pobrania próbki przy braku obecności przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego na terenie budowy.

Zarzut 31 - § 25 ust. 1 pkt 3, 4 i 5

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Odwołujący w zakresie żadnego z aspektów objętych lit. a) - c) zarzutu, nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji mającej wskazywać na potencjalne naruszenie przepisów wskazanych w petitum odwołania. Odwołujący nie odniósł się także do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, a na rozprawie pominął przedmiotowy zarzut. Tym samym Izba nie miała podstaw do poddania w wątpliwość argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, w tym w zakresie lit. a) co do możliwości oszacowania kosztów sprawdzenia polis przez brokera ubezpieczeniowego i ich uwzględnienia w cenie oferty. Za niezrozumiałe i niekorelujące z postawionym żądaniem Izba uznała twierdzenia Odwołującego o braku sprecyzowania procedury weryfikacji ubezpieczenia Kontraktów, Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej szerszej argumentacji, a proponowana zmiana treści SIWZ do powyższej kwestii się nie odnosiła.

Również w zakresie obowiązku udziału w udostępnieniu informacji publicznej (lit. b) zarzutu) Odwołujący nie skorelował swojego stanowiska z wysuwany żądaniem, z jednej strony wskazywał bowiem na brak sprecyzowania tego obowiązku (czyli nie kwestionował samego obowiązku, lecz jego niedookreślenie), a z drugiej strony domagał się wykreślenia tego obowiązku z umowy, a nie jego sprecyzowania. Izba zgodziła się także z Zamawiającym, iż z przedmiotowego postanowienia umownego nie wynika obowiązek zastępowania Zamawiającego w udzielaniu informacji publicznej, lecz obowiązek, aby Konsultant - jako podmiot posiadający szczególną wiedzę i informacje związane z realizacją inwestycji - na wniosek Zamawiającego, udzielił mu wsparcia w przygotowaniu odpowiedzi. Nie sposób uznać, aby tak ukształtowane postanowienia umowne w jakikolwiek sposób naruszać miały przepisy ustawy Pzp, w tym wskazywany art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował zresztą stanowiska Zamawiającego i nie przedstawił argumentacji, aby oszacowanie wynagrodzenia wiążącego się z koniecznością realizacji takiego obowiązku nie było możliwe.

Za niezasadne uznać należy także stanowisko Odwołującego odnoszące się do § 25 ust. 1 pkt 5 umowy (lit. c) zarzutu). W ocenie Izby brak jest podstaw do kwestionowania precyzyjności czy jednoznaczności ww. postanowienia. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako profesjonalści w branży, której dotyczy zamówienie, powinni oceniać treść nakładanych na nich obowiązków umownych z uwzględnieniem zawodowego charakteru ich działalności i specyfiki tej działalności. Nie budzi wątpliwości Izby, iż Odwołujący jako profesjonalista, jest świadomy jakiego rodzaju dokumenty, o jakiej specyfice i poziomie skomplikowania, mogą być przedmiotem tłumaczenia w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający określił w umowie konkretny zakres tłumaczeń poprzez wskazanie maksymalnej miesięcznej liczby wyrazów. Nie sposób uznać, aby przy tak ukształtowanej treści § 25 wykonawcy nie byli w stanie określić wiążących się z tłumaczeniami kosztów i zawrzeć ich w kosztach administracyjnych. Odwołujący powyższej okoliczności nie wykazał, a jednocześnie nie kwestionował także stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, tym samym nie sposób przyznać racji jego twierdzeniom.

Zarzut 32 - § 32 ust. 1

Izba uznała przedmiotowy zarzut za niewykazany. Odwołujący nie pokusił się nawet o wyjaśnienie, dlaczego w jego ocenie uregulowanie odpowiedzialności Konsultanta wskazane w § 32 ust. 1 umowy stanowi zmianę zakresu odpowiedzialności względem zasad określonych w kodeksie cywilnym, do których odwołania się domagał. Odwołujący wskazał

jedynie, że jego odpowiedzialność powinna wynikać z realizacji obowiązków umownych, a przecież do tego właśnie odnosi się § 32 ust. 1 - jest w nim mowa o szkodach wynikłych z niewywiązania się lub nienależytego wywiązania się Konsultanta z jego zobowiązań. Z kolei

powoływanie się na okoliczność, że Konsultant powinien mieć w umowie określony limit odpowiedzialności za szkodę jest niespójne z jego postulatem uregulowania odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, skoro kodeks cywilny wprowadza odpowiedzialność za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika, do pełnej wysokości szkody, z uwzględnieniem strat oraz utraconych korzyści (por. art. 361 § 1 k.c.). Limity odpowiedzialności mogą być uzasadnione w przypadku określania wysokości ewentualnych zobowiązań z tytułu kar umownych i taki limit Zamawiający określił w § 36 ust. 18 umowy. Natomiast nawet kodeks cywilny, w ramach zasady swobody umów, daje stronom umowy w takim wypadku możliwość zastrzeżenia w umowie uprawnienia do żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary do wysokości poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Słusznie zauważył także Zamawiający, że uregulowania wskazane w § 32 ust. 1 umowy odnoszą się zarówno do odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej, odpowiedzialność kontraktowa co do zasady nie wyłącza bowiem odpowiedzialności deliktowej za wyrządzoną szkodę (art. 443 k.c.). Ponadto w § 32 ust. 2 umowy Zamawiający wprost wyłączył odpowiedzialność Konsultanta w przypadkach, kiedy roszczenia, straty czy szkody powstały z wyłącznej winy Zamawiającego lub zostały spowodowane przypadkami siły wyższej. W świetle powyższego trudno uznać, aby zakres odpowiedzialności wskazany w § 32 umowy miał naruszać jakiegokolwiek obowiązujące przepisy czy zasady współżycia społecznego, czy też być sprzeczny z naturą przedmiotowego stosunku prawnego. W ocenie Izby Odwoławczej nawet nie uprawdopodobnił, aby sposób ukształtowania odpowiedzialności za szkodę przedstawiony w § 32 ust. 1 umowy miał prowadzić do nadmiernego, nieuzasadnionego określenia jego odpowiedzialności za szkody powstałe z niewywiązania się lub nienależytego wywiązania się Konsultanta z jego zobowiązań. Nie wyjaśnił także w żaden sposób, jak takie uregulowanie odpowiedzialności miałyby przekładać się na brak możliwości oceny ryzyka i nieporównywalność ofert.

Zarzut 33 - § 33 ust. 1-4 i 8

Przedmiotowy zarzut nie został przez Odwoławczego udowodniony. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu sprowadzała się jedynie do wskazania, że wymóg posiadania przez okres realizacji umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) jest zbędny i kosztowny. Odwoławczy nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które uwiarygadniałyby jego stanowisko, w tym chociażby wycień co do kosztów, jakie wiązać się będą z wykupieniem ubezpieczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Ponadto sam fakt, że zawarcie umowy ubezpieczenia OC może być kosztowne, w żaden sposób nie świadczy o tym, że wymaganie posiadania takiego ubezpieczenia nie jest uzasadnione czy jest nadmierne, koszty utrzymania takiego ubezpieczenia wykonawca powinien wliczyć w cenę oferty. Podnoszona na rozprawie możliwość wzrostu kosztów składki w okresie trwania umowy, której nie da się

przewidzieć, nie została wskazana w treści odwołania, wobec czego stanowi argumentację spóźnioną. Odwoławczy nie wyjaśnił także w ogóle dlaczego zakres ubezpieczenia wskazany w ust. 1-4 miałby powodować trudności w uzyskaniu ubezpieczenia o takich parametrach, nie przedstawił także jakichkolwiek dowodów mających tę okoliczność wykazać. Odwoławczy nie wskazał także, określenie jakiego zakresu ubezpieczenia OC pozwoliłoby wyeliminować te trudności, a byłoby adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie zaproponował stosownej zmiany tego zakresu, która złagodziłaby postawiony wymóg. Przedstawione w odwołaniu żądanie wykreślenia § 33 ust. 2 jest żądaniem nieakceptowalnym, ponieważ jego uwzględnienie spowodowałoby, iż zakres wymaganego ubezpieczenia nie zostałby precyzyjnie określony, co z kolei rodziłoby dowolność po stronie wykonawców, a ryzyko dla interesów Zamawiającego.

Z kolei postulat wprowadzenia do ust. 8 mechanizmu zwrotu przez Zamawiającego na rzecz Konsultanta kosztów utrzymania ubezpieczenia w wydłużonym okresie realizacji lub w przypadku, gdy realizacja umowy nie będzie mogła rozpocząć się w pierwotnie zaplanowanym terminie, nie został przez Odwoławczego w ogóle uzasadniony. Odwoławczy jedynie wskazał, że Zamawiający pominął obowiązek zwrotu kosztów na rzecz Konsultanta, nie wyjaśnił jednak w żaden sposób dlaczego taki obowiązek powinien znaleźć się w umowie. Izba nie może domniemywać treści, których w odwołaniu nie wskazano i za Odwoławczego wskazywać należyłą argumentację. Słusznie także zauważył Zamawiający, iż wykonawca uwzględniając koszt uzyskania i utrzymania zabezpieczenia w kosztach administracyjnych, również w przypadku przedłużenia czasu trwania umowy otrzyma comiesięczne wynagrodzenie za koszty administracyjne, a więc także za koszty utrzymania ubezpieczenia. Odwoławczy do powyższych twierdzeń się nie odniósł.

Zarzut 34 - § 35 ust. 7

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Również w tym przypadku Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, dlaczego przedmiotowe postanowienie umowne należy uznać za naruszające wskazane w petitum przepisy prawa. Odwołujący poprzestał na wskazaniu, że wymaganie „jest nadmierne” i „może ograniczać prawo strony do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów.” Nie wyjaśnił dlaczego wskazany okres trwania siły wyższej uprawniającej do wypowiedzenia umowy miałby być nadmierny ani dlaczego nadmierna miałaby być długość okresu wypowiedzenia w takim przypadku, nie wskazał jakichkolwiek ryzyk dla wykonawcy, z którymi mogłaby się wiązać taka sytuacja. Z kolei Zamawiający wyjaśnił, że taka długość ww. okresów uzasadniona jest ważnym interesem społecznym, specyfiką i zakresem zadań oraz wysokością kosztów, jakie Zamawiający mogłby ponieść z uwagi na roszczenia związane z brakiem właściwego nadzoru nad tak trudnym zadaniem, jak budowa ponad 2-kilometrowego tunelu. Odwołujący do powyższego stanowiska

się nie odniósł, wobec czego brak jest podstaw, aby twierdzeniom Zamawiającego odmówić wiarygodności. Również stanowisko Odwołującego, że ww. postanowienie umowne miałoby ograniczać możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów nie zostało poparte jakąkolwiek argumentacją, co czyni je nieuzasadnionym.

Zarzut 35 i 36 - § 36 ust. 2, ust. 3 -10, ust. 15 oraz ust. 18

W odniesieniu do kary umownej określonej w § 36 ust. 2 umowy (zarzut 35) Izba miała na względzie, że Zamawiający zmodyfikował przedmiotowe postanowienie, w sposób który miał wpływ na ocenę omawianego zarzutu. Zamawiający w dniu 3 czerwca 2020 r. wprowadził zmiany w § 36 ust. 2, w ramach których doprecyzował sytuacje, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie, może rodzić odpowiedzialność Konsultanta z tytułu kar umownych (m.in. poprzez usunięcie sformułowań „w szczególności”). Zmiany te nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia, spowodowały one bowiem, iż w dacie orzekania istotnej zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą omawianego zarzutu. Okolicznością, na której Odwołujący oparł zarzut był brak sprecyzowania katalogu przypadków, w których Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia od Konsultanta zapłaty kary umownej, tymczasem dokonane zmiany precyzują te przypadki. Na czynność Zamawiającego polegającą na zmianie § 36 ust. 2 umowy Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej, wobec czego Izba nie jest uprawniona do dokonywania jego oceny.

Uzupełniająco należy wskazać, że również w tym przypadku Odwołujący nie przedstawił merytorycznej argumentacji mającej świadczyć o zasadności zarzucanego naruszenia, a postawione żądanie wykreślenia przedmiotowego postanowienia nie korelowało z argumentacją o braku sprecyzowania obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie, może rodzić odpowiedzialność z tytułu kar umownych (Odwołujący nie domagał się ich sprecyzowania). Natomiast za nieuzasadnione uznać należy prezentowane przez Odwołującego na rozprawie stanowisko jakoby Zamawiający dodać miał nową, bardzo wysoką karę. W istocie jest wręcz przeciwnie - Zamawiający wprowadzoną zmianą zmniejszył wysokość kary umownej z 20 000 zł do 5 000 zł w przypadku wskazanym aktualnie w § 36 ust. 2 pkt 3 umowy, tj. w przypadku podjęcia czynności bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy umowa przewiduje taką konieczność. Pierwotnie ustalony § 36 ust. 2 pkt 1 umowy obejmował bowiem zarówno sytuacje podjęcia bez zatwierdzenia zobowiązań (w tym finansowych, o których stanowi § 36 ust. 2 pkt 1 umowy w zmienionym brzmieniu), jak i czynności (których obecnie dotyczy § 36 ust. 2 pkt 3 umowy).

Odnosząc się do argumentacji wskazanej w zarzucie 36, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby wysokość kar umownych określonych w ust. 3-10 i 15 miała być rażąco wygórowana. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń, które miałyby uzasadniać twierdzenia o możliwości zaistnienia rażącej straty po stronie wykonawcy czy

wskazywać na nieproporcjonalność tych kar w stosunku do wagi ewentualnego naruszenia obowiązków umownych. Odwołujący nie odniósł się nawet do poszczególnych kar wymienionych w § 36, poprzestając na ogólnym i głośliwym stwierdzeniu o ich rażącym wygórowaniu. W odwołaniu nie przedstawiono także propozycji wartości, do jakich wysokość kar umownych miałaby zostać obniżona, a jedynie propozycję obniżenia łącznego limitu kar umownych wskazanego w ust. 18 z 20% wartości wynagrodzenia brutto do 20% wartości wynagrodzenia netto, która to wartość i tak, w ocenie Izby, ustalona została przez Zamawiającego na racjonalnym poziomie. Odwołujący nie uzasadnił również w żaden sposób przedstawionych propozycji zmian w treści ust. § 36 ust. 7, 9 i 10, wobec czego brak jest możliwości merytorycznego odniesienia się przez Izbę do tej kwestii. O braku dochowania należytej staranności przez Odwołującego świadczy również fakt, że postulował on wprowadzenie w ust. 9 obowiązku zapłaty przez Zamawiającego kary umownej na rzecz Konsultanta w przypadku wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1, podczas gdy takie właśnie postanowienie zostało przewidziane w § 36 ust. 8 umowy.

Zarzut 38 - § 41 ust. 3

Przedmiotowy zarzut nie zawiera żadnego uzasadnienia poza wskazaniem na „autorytarne i jednostronne oraz nieprecyzyjne sformułowanie treści umowy”. Odwołujący nie wskazuje dlaczego katalog ważnych powodów wypowiedzenia umowy powinien mieć charakter enumeratywny, nie mówiąc już o podjęciu jakiejkolwiek próby wykazania dlaczego omawiane postanowienie umowne miałyby świadczyć o naruszeniu przepisów prawa wskazanych w petitum odwołania. Przedstawione przez Odwołującego propozycje uzupełnienia § 41 ust. 3 nie zostały w żaden sposób umotywowane. Konstrukcja zarzutu sprowadza się do przywołania dotychczasowego brzmienia § 41 ust. 3 umowy i propozycji jego zmiany, bez przedstawienia jakichkolwiek merytorycznych i konstruktywnych argumentów. W tym stanie rzeczy - wobec braku uzasadnienia - nie ma możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutu. Izba nie może domniemywać, co Odwołujący miał na myśli kwestionując dane postanowienie umowne i za niego formułować stanowiska. Ponadto ponownie wskazać należy, że postępowanie odwoławcze nie służy negocjacji warunków kontraktowych. Skoro Odwołujący wiązał sposób ukształtowania treści § 41 ust. 3 umowy z naruszeniem przepisów prawa, to powinien wyjaśnić z czego to naruszenie prawa wywodzi. Sama okoliczność, że postanowienia umowne prowadzą do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego względem wykonawcy o naruszeniu prawa jeszcze nie świadczy.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: