

WYROK
z dnia 5 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez wykonawcę **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **SAFEGE S.A.S., Rue du Port, Parc se l'Île 15/27, F 92000 Nanterre** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **TPF sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- E. wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, B.51 BC/36, 03-215 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

1

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2038/15

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. dolnośląskiego - Czempień” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempień” realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF).”.

Zmieniona treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 9 września 2015 roku.

Dnia 18 września 2015 roku Polski Związek Pracodawców Budownictwa (organizacja wpisana na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i ogłoszoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, dnia 22 lipca 2005 r., decyzją nr LO/2963/05), ul. Żelazna 59A/26; 00-848 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353 (1) k.c.

w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

- a) niedookreślenia terminu realizacji przedmiotu umowy, w tym brak wskazania w s.i.w.z. daty, do której zamawiający może wydać polecenie rozpoczęcia świadczenia usługi względem danego Kontraktu dla Etapu 1 i 2 oraz maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie 1 i Etapie 2 (§ 3 ust. 1 WU), w sytuacji, gdy jednocześnie zamawiający wyłącza prawo wykonawcy usługi do otrzymania wynagrodzenia za usługi wykonywane poza szacunkowym czasem trwania Etapu I oraz okresu podstawowego i okresu przedłużonego w ramach Etapu 2 (§ 4 ust. 3 WU),
- b) przyznania zamawiającemu pełnej swobody w skracaniu i wydłużaniu okresu podstawowego i okresu przedłużonego w ramach Etapu 2 (§ 3 ust. 2 WU) w sytuacji, gdy wykonawcy usługi przysługuje wynagrodzenie w różnych wysokościach w obu tych okresach, a po ich upływie wykonawca nie ma prawa do dodatkowego wynagrodzenia ze strony zamawiającego,

3

- c) niedookreślenia zakresu robót budowlanych, nad którymi nadzór ma sprawować wykonawca usługi poprzez objęcie przedmiotem jego zamówienia nadzoru nad zadaniami dodatkowymi obejmującymi zamówienia dodatkowe w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp (pkt 4.1.1.19 OPZ),
- d) ograniczenie możliwości podejmowania przez Personel Inżyniera jakichkolwiek dodatkowych zajęć, jeśli nie jest zapewnione zaangażowanie członków Personelu Inżyniera w realizację przedmiotu zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy, w sytuacji, gdy wymóg taki nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego (§ 9 ust. 7 i 8 WU w zw. z pkt 3.1. ppkt 5 OPZ),
- e) ograniczenie możliwości zastępowania członków Personelu na czas ich urlopu lub innej uzasadnionej nieobecności (§ 9 ust. 11 WU) przez pozostałych członków Personelu mających odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz uprawnienia,
- f) niedookreślenie ilości minimalnej biur wymaganych przez zamawiającego, ewentualnie tej ilości w sposób nie potrzebami określenie uzasadniony zamawiającego i nakierowany na ograniczenie konkurencji (pkt 3.2. ppkt 1 OPZ),
- g) niedookreślenie wymagań stawianych wykonawcy usługi w związku z prowadzeniem Listy obecności personelu w sytuacji, gdy jednocześnie zamawiający przewiduje w § 13 ust. 1 WU kary umowne z tytułu nie spełnienia tych wymogów,
- h) ustalenie wartości ubezpieczenia (§ 18 WU) w wysokości nieadekwatnej do wartości

zawieranej umowy oraz wysokości szkód, jakie mogą powstać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy usługi w związku z realizacją tej umowy,

- i) nieprzekazanie wykonawcom ubiegającym się o zamówienie Warunków Szczególnych Kontraktu (SWK) w sytuacji, gdy dokumenty te determinują zakres obowiązków spoczywających na Personelu Inżyniera i terminy ich realizacji, przez co są niezbędne do wyceny przedmiotu zamówienia,

co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedookreśleniem przez zamawiającego czasu realizacji projektu objętego przedmiotem zamówienia oraz zmianami w zakresie usług objętych przedmiotem umowy, a wynikających m.in. z przedłużenia się okresu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmierzającego do wyboru wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych, ze zmiany wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych, ze zmiany zakresu zleconych mu robót, czy konieczności udzielenia mu zamówień dodatkowych lub uzupełniających,

co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i zapisów wzoru umowy ograniczających prawo wykonawcy do uzyskania w pewnych sytuacjach wynagrodzenia za wykonane usługi

4

i ograniczonej możliwości zmiany umowy.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do złożenia w niniejszym postępowaniu nieporównywalnych ofert.

- II. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 139 ust 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 353 (1) k.c. i art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością, w szczególności z tytułu kar umownych, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, które z mocy przepisów oraz postanowień umów o roboty budowlane nie obciążają wykonawcy, oraz określenie okoliczności faktycznych, które skutkują nałożeniem kary umownych w sposób nieprecyzyjny, co może skutkować kumulatywnym nakładaniem kar umownych za te same zdarzenia, poprzez co może dojść do obciążania wykonawcy karami umownymi nieadekwatnymi do zawinienia wykonawcy czy wartości świadczenia, z którym kara jest związana,

- III. naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że dodatkowym kryterium oceny ofert będzie zadeklarowany przez wykonawcę zakres zadań dodatkowych, nad którymi wykonawca podejmie się nadzoru, gdy wprowadzenie takiego kryterium prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert w kryterium „Cena”, tj. do sytuacji, gdy zaoferowana „Cena” będzie odnosiła się do różnego zakresu rzeczowego umowy,

- IV. naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez postawienie wymogu posiadania przez osoby przewidziane do pełnienia danego stanowiska doświadczenia zdobytego w ciągu „ostatnich” lat, co prowadzi do sytuacji, że opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- a) określenie daty (kalendarzowej lub określonej poprzez wskazanie konkretnej liczby miesięcy liczonych od daty zawarcia umowy), do której zamawiający może wydać polecenie rozpoczęcia świadczenia usługi względem danego Kontraktu (dla Etapu 1 i Etapu 2) oraz maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie 1 i Etapie 2,

5

-
- b) określenie zamkniętego katalogu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do skrócenia i wydłużania okresu podstawowego i okresu przedłużonego w ramach Etapu 2

z jednoczesną gwarancją, iż skrócenie okresu podstawowego i okresu przedłużonego w ramach Etapu 2 nie może prowadzić do wydłużenia okresu wykonywania usług, za które wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie lub wynagrodzenie to będzie niższe kosztem długości okresu, za który wykonawca może uzyskać wynagrodzenie wyższe,

- c) wyłączenie z zakresu zamówienia zarządzania i nadzoru nad zamówieniami dodatkowymi wykonawcy robót budowlanych wraz z usunięciem kryterium oceny ofert odnoszącego się do zakresu zadań dodatkowych objętych nadzorem,
- d) wskazanie sytuacji, w których Personel Inżyniera będzie mógł być zatrudniony przy wykonywaniu innych zadań, bez konieczności zagwarantowania zatrudnienia danego członka personelu w pełnym etacie na rzecz niniejszego zamówienia,
- e) dopuszczenie możliwości zastępowania członków Personelu, na czas ich urlopu lub innej uzasadnionej nieobecności, przez innych członków Personelu mających odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz uprawnienia do pełnienia danej funkcji,
- f) określenie ilości minimalnej biur wymaganych przez zamawiającego, przy jednoczesnym dopuszczeniu łączenia biur przewidzianych do obsługi kontraktów,
- g) określenie wymagań stawianych wykonawcy usługi w związku z prowadzeniem Listy obecności personelu,
- h) ustalenie wartości ubezpieczenia (§ 18 WU) w wysokości maksymalnej wartości wynagrodzenia wykonawcy usługi z tytułu umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- i) przekazanie wykonawcom ubiegającym się o zamówienie Warunków Szczególnych Kontraktu (SWK) dla poszczególnych kontraktów,
- j) dopuszczenie legitymowania się przez osoby wskazywane celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem zdobytym nie tylko w ciągu „ostatnich” lat,
- k) usunięcie wskazanych w treści odwołania postanowień WU odnoszących się do kar umownych, ewentualnie poprzez doprecyzowanie zapisów WU odnoszących się do kar umownych w taki sposób, by wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie mieli wiedzę, jakie sytuacje mogą skutkować naliczeniem kar umownych.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 2 w zw. z art. 154 pkt 5 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę organizacji uprawnionych

6

do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i ogłoszoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący został wpisany na ww. listę dnia 22 lipca 2005 r., decyzją nr LO/2963/05, w związku z czym jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Określenie terminu końcowego realizacji usług w ramach Etapów 1 i 2 poprzez wskazanie, że usługi mają być realizowane - odpowiednio - do dnia zawarcia przez zamawiającego umowy na roboty i do zakończenia wykonywania robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia), pozostaje określeniem nieprecyzyjnym. Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie tylko bowiem nie znają nawet przybliżonej daty zawarcia przez zamawiającego umowy na roboty lub wystawienia Świadectwa Przejęcia dla określonych robót budowlanych (skoro m. in. nie jest określony termin udzielania zamówień na poszczególne Kontrakty, postępowania o udzielenie zamówień publicznych mogą się przedłużać z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, umowa z wykonawcą robót budowlanych może zostać zerwana, a zamawiający powierzy wykonywanie tych robót innemu wykonawcy, skoro zamawiający może wydłużyć okres wykonywania robót budowlanych, udzielić zamówienia dodatkowego), ale nadto wątpliwe jest, czy zdarzenia wskazujące na rzekomy termin końcowy Etapów 1 i 2 - zawarcie przez zamawiającego umowy na roboty oraz wystawienie Świadectwa Przejęcia - w ogóle nastąpi. Na chwilę obecną zdarzenia te są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, nie można bowiem wykluczyć np. takiej sytuacji - znanej z praktyki wykonawców działających w branży budowlanej - że do zawarcia umowy na roboty budowlane na aktualnie opisany zakres nie dojdzie lub po

odstąpieniu zamawiającego od umowy na roboty budowlane zawartej z jednym wykonawcą, zamawiający czasowo zawiesi realizację części robót budowlanych, przez co zakres robót budowlanych powierzanych kolejnemu wykonawcy zmniejsza się. W tej przykładowej sytuacji, nawet zakończenie robót - wystawienie Świadcstwa Przejęcia dla kolejnego wykonawcy robót budowlanych - nie zwalniałoby wykonawcy z usługi zarządzania i nadzoru ze zobowiązania względem zamawiającego, bowiem Świadcstwo Przejęcia nadal nie dotyczyłoby zakresu robót pierwotnie objętego zobowiązaniem wykonawcy usługi zarządzania i nadzoru. Odwołujący składając ofertę nie ma gwarancji, że w opisanej, przykładowej sytuacji zamawiający zmieni (tj. zmniejszy) zakres usługi zarządzania i nadzoru, czy też - licząc na kontynuowanie robót budowlanych w pierwotnym zakresie - będzie oczekiwał wykonania usługi względem pierwotnie zakładanego zakresu robót w późniejszym terminie. Brak wiedzy wykonawców ubiegających się o zamówienie, co do końcowego terminu realizacji przedmiotu zamówienia (określonego choćby poprzez wskazanie maksymalnego okresu świadczenia usługi względem każdego z Kontraktów)

7

powoduje brak możliwości złożenia porównywalnych ofert. Wykonawcy nie wiedząc, jaki zakres usługi mają w rzeczywistości do wykonania, w różny sposób będą kalkulowali ryzyko związane z wydłużeniem Etapów 1 i 2.

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, jeśli uwzględni się wprowadzone przez zamawiającego zasady ustalania wynagrodzenia wykonawcy usługi.

Z tab. 2 załącznika 1 do IDW, w sposób jednoznaczny wynika, że wynagrodzenie wykonawcy usługi po upływie Okresu podstawowego i Okresu przedłużonego wynosić będzie 0 PLN. Koszty wykonywania usług w okresie przypadającym po Okresie podstawowym i Okresie przedłużonym, jeśli zasada ekwiwalentności świadczeń miałaby być zachowana, wykonawca powinien więc ująć w wynagrodzeniu za Okres podstawowy lub Okres przedłużony, przy czym w sytuacji, gdy wykonawcy nie wiedzą, jak długo Usługa może być świadczona ponad Okres przedłużony, koszty te będą ujmowane w ich ofertach odmiennie. Oferty wykonawców nie będą więc porównywalne. Nadto rozwiązanie to przerzuca w zasadzie w całości ryzyko związane z wydłużeniem okresu realizacji robót na wykonawcę Usług. Rozwiązanie to nie jest możliwe do zaakceptowania w świetle zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Skoro w § 3 ust. 2 WU nie są podane okresy wykonywania usług po okresie przedłużonym, to zapis ust. 3 oznacza prawo zamawiającego do wydłużenia/skrócenia Okresu podstawowego i Okresu przedłużonego. Oznacza to, że „w zależności” od potrzeb zamawiający może skrócić Okres podstawowy lub Okres przedłużony w taki sposób, że wykonawca usługi szybciej rozpocznie świadczenie usług odpowiednio w Okresie przedłużonym (gdzie przysługuje mu wynagrodzenie niższe niż w Okresie podstawowym) lub w okresie, w którym nie będzie mu przysługiwało żadne wynagrodzenie. Całkowita swoboda zamawiającego wynikająca z s.i.w.z. powoduje nie tylko, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, ale i że wykonawca ma przyjąć na siebie ryzyko, którego nie jest w stanie wycenić.

Zarzut dotyczący zamówień dodatkowych.

Mając na uwadze definicję zamówienia dodatkowego wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, która zakłada, że zamówienie dodatkowe udziela się, gdy wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, odwołujący stwierdził, że wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu nie jest w stanie przewidzieć zakresu koniecznych do wykonania prac w związku z udzieleniem wykonawcy robót zamówień dodatkowych. Brak tej wiedzy z kolei, uniemożliwia wykonawcy usługi skalkulowania kosztów wykonania przedmiotu własnego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający ograniczył wprawdzie zakres zobowiązania wykonawcy usługi do zarządzania i nadzoru nad zadaniami dodatkowymi o wartości łącznej nieprzekraczającej 10% wartości zadania inwestycyjnego, niemniej ten sposób określenia

8

„zakresu” usługi jest nieprecyzyjny i nie pozwala *de facto* na właściwą wycenę oferty wykonawcy usługi. Wartość zadania dodatkowego (wartość robót budowlanych) jest nieadekwatna do nakładów koniecznych do wykonania nadzoru nad tymi zadaniami. Przykładowo, zamówienie dodatkowe na roboty budowlane może mieć relatywnie niską

wartość, ale może wymagać nadzoru ze strony wysoko wyspecjalizowanego personelu, dodatkowego względem przewidzianego w ofercie (w tym personelu o innej specjalności, innym doświadczeniu). Wartość robót budowlanych nie będzie więc żadnym wyznacznikiem odnośnie wartości usługi nadzoru. Zamawiający dodatkowo założył, że zakres robót dodatkowych, którymi wykonawca Usługi zobowiąże się zarządzać i nadzorować je - poza wymagane OPZ „minimum” - będzie stanowiło kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie odwołującego, tak określone kryterium nie służy wyborowi oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, a nadto jest w istocie kolejnym kryterium cenowym (nie zaś pozacenowym), które dodatkowo prowadzi do nieporównywalności ofert. Powiązanie zakresu zobowiązania wykonawcy usługi z wartością zadań dodatkowych nie wskazuje na rzeczywisty zakres wykonywanej usługi i jej koszty, rodząc całkowitą dowolność wykonawców na etapie wyceny. Wprowadzenie tego kryterium prowadzi więc do nieporównywalności ofert w kryterium „cena”.

Zarzut dotyczący listy obecności.

Mając na uwadze postanowienia s.i.w.z., odwołujący wskazał, że z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, od których członków Personelu Inżyniera wymagany jest podpis na Liście obecności każdego dnia, tj. czy tylko od tych członków Personelu, którzy zgodnie z HPPI mają w danym dniu pracować, czy od wszystkich? Czy wymóg ten dotyczy personelu „minimalnego”, o którym mowa była powyżej, czy każdego członka personelu przewidzianego w HPPI? Ponadto, z uwagi na specyfikę pracy Personelu Inżyniera (np. wymóg stałej obecności personelu na placu budowy w czasie odbiorów robót), jak i konieczność przechowywania Listy obecności w każdym z biur Kontraktów, wątpliwa staje się możliwość wyegzekwowania od wszystkich członków personelu składania podpisów pod Listą obecności każdego dnia, a nie np. w formule tygodniowej. Wymóg dołączania Listy do Raportu miesięcznego, stanowiącego podstawę do rozliczeń między stronami, wydaje się być zbyt wygórowany, skoro rozliczenie pomiędzy stronami nie jest dokonywane poprzez odniesienie np. do liczby przepracowanych przez członków personelu dni. Reasumując odwołujący podniósł, że postanowienia s.i.w.z. odnoszące się do tzw. Listy obecności są nieprecyzyjne, co powoduje, że nieprecyzyjny jest opis przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący kar umownych.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający w § 13 ust. 1 WU przewidział niejako podwójne kary

9

za tożsame naruszenia. Punkt 20 - przewiduje karę umowę za zwłokę w przedstawieniu zamawiającemu rozpatrzonego roszczenia wykonawcy robót (raportu roszczenia) (4.1.1.14 OPZ i 5.8 OPZ) - kara umowna w wysokości 0,02 % wynagrodzenia całkowitego brutto, o którym mowa § 4 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu raportu roszczenia. Punkt 21 - przewiduje karę umowną za brak przedstawienia merytorycznego stanowiska bądź pełnej dokumentacji dotyczącej roszczenia bądź Raportu Roszczenia (4.1.1.14 OPZ) - Kara umowna w wysokości 0,02 % wynagrodzenia całkowitego brutto, o którym mowa § 4 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki w przekazaniu merytorycznego stanowiska bądź pełnej dokumentacji bądź raportu. Z doświadczeń wykonawców zrzeszonych u odwołującego wynika, że sytuacja braku uzasadnienia merytorycznego bądź pełnej dokumentacji roszczenia, traktowane jest przez zamawiającego za sytuację równoważną z brakiem rozpatrzenia roszczenia jako takiego, co w realiach niniejszej sprawy dawałoby zamawiającemu możliwość nałożenia na wykonawcę usługi kar umownych z dwóch podstaw. Odwołujący wskazał również na karę umową z punktu 23 - kara umowna za nieprawidłowe potwierdzenie kwoty, która bezspornie jest należna Wykonawcy Robót (4.1.2.5 OPZ) - Kara umowna w wysokości 0,02 % wynagrodzenia całkowitego brutto, o którym mowa § 4 ust. 1 umowy od nieprawidłowo potwierdzonej wartości zrealizowanych Robót. Z cytowanego fragmentu WU nie wynika, jaka będzie wysokość kary (tj., czy będzie liczona od wartości Umowy, czy wartości nieprawidłowo zrealizowanych Robót), ponadto, wzorzec umowy FIDIC, na którym realizowane są nadzorowane umowy na roboty budowlane przewiduje system korekty Przejściowych Świadczeń Płatności oraz okres zgłaszania wad, kiedy usuwane są braki i błędy w wykonanych, odebranych i rozliczonych Robotach, co za tym idzie w ocenie odwołującego, kara umowna, o której mowa stanowi sankcję za działania wykonawcy usługi, które są dopuszczalne na gruncie łączącej strony umowy. Również kara umowna przewidziana w punkcie 26, nie jest karą przewidzianą na

wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę usługi. Kara ta naliczana jest za niezasadne potwierdzenie gotowości obiektu do odbioru skutkujące niemożnością odbioru - Kara umowna w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek naruszenia, w sytuacji gdy wykonawca usługi - z racji pełnionej funkcji na Kontrakcie - nie podejmuje osobnych czynności sprawdzających „gotowość” obiektu do odbioru, a jedynie przyjmuje zgłoszenie „gotowości” od wykonawcy robót. Rzeczywista „gotowość obiektu do odbioru” jest weryfikowana w ramach czynności odbiorowych podejmowanych zgodnie z zapisami umowy o roboty budowlane. Nałożenie na wykonawcę usługi obowiązku sprawdzenia i potwierdzenia gotowości obiektu do dokonania przez zamawiającego komisyjnego odbioru eksploatacyjnego, końcowego i ostatecznego (po usunięciu zgłoszonych wad i usterek) wraz z przygotowaniem wszelkich niezbędnych dokumentów (pkt 4.2.9 ppkt 8 OPZ) i zastrzeżenie realizacji tego obowiązku karą umowną, stoi w sprzeczności

10

z przebiegiem procesu budowlanego, jaki ukształtowany jest poprzez wzorce umów FIDIC, które mają zastosowanie w niniejszej sprawie. Dodatkowo odwołujący wskazał na postanowienie § 13 ust. 3 WU, zgodnie z którym za każdy inny stwierdzony przypadek nieterminowego wykonania, lub nie wykonania lub nienależytego wykonania opisanego w umowie lub OPZ obowiązku, zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 5 tys. zł za każdy stwierdzony przypadek. Wprowadzenie takiego postanowienia dotyczącego kar umownych prowadzi do takiej sytuacji, że wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie nie mają wiedzy, jakie naruszenia warunków umowy mogą prowadzić do nałożenia na nich kar umownych, co z kolei skutkuje brakiem możliwości wyceny ryzyka z tym związanego.

Zarzut dotyczący ubezpieczenia kontraktu.

Jak wynika z doświadczeń wykonawców zrzeszonych u odwołującego, w przypadku umów na zarządzanie i nadzór nad wykonywaniem robót budowlanych, regułą jest oczekiwanie od wykonawcy usługi, ubezpieczenia na kwotę odpowiadającą wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca może uzyskać od zamawiającego. W niniejszej sprawie, wysokość oczekiwanego przez zamawiającego ubezpieczenia kilkukrotnie przewyższa wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy usługi i jest zbliżona do wartości robót objętych nadzorem. Postawienie takiego wymogu stanowi przejaw utrudnienia przez zamawiającego uczciwej konkurencji, utrudniając dostępu do zamówienia mniejszym wykonawcom bez uzasadnionej przyczyny. Z uwagi na rolę wykonawcy usługi nadzoru nad projektem, prawdopodobieństwo wystąpienia u zamawiającego szkody, która odpowiadałaby wartości nadzorowanych robót jest znikoma. Większość szkód, jakie może ponieść zamawiający wynikać będzie z nienależytego wykonania robót budowlanych, a co za tym idzie będzie objęta odpowiedzialnością wykonawcy robót, nie wykonawcy usługi. Wykonawca usługi, nienależycie sprawując nadzór nad robotami, może wprawdzie przyczynić się do powstania tej szkody, niemniej w takiej sytuacji jego odpowiedzialność i tak nie będzie odpowiadała wartości nienależycie wykonanych robót. W tej sytuacji, oczekiwanie od wykonawcy usługi tak wysokiego ubezpieczenia, nie ma żadnego uzasadnienia ze strony zamawiającego.

Zarzut dotyczący braku Warunków Szczególnych Kontraktów (SWK) zawieranych z Wykonawcami Robót.

Zdaniem odwołującego, SWK w sposób istotny determinują zakres obowiązków ciążących na wykonawcy usługi. Tymczasem SWK, w odniesieniu do poszczególnych nadzorowanych kontraktów, nie zostały przez zamawiającego dołączone do dokumentacji postępowania.

11

Powoduje to brak wiedzy wykonawców, co do szczegółowego zakresu obowiązków spoczywających na członkach Personelu Inżyniera, w tym przykładowo terminów na wykonanie poszczególnych czynności, powodując, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny. Nadto, przy tak nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie mogą mieć problemy z wyceną przedmiotu zamówienia (SWK mogą przykładowo przewidywać skrócenie względem zapisów FIDIC terminów na realizację poszczególnych zadań, co przełoży się na konieczność zwiększenia

zaangażowania Personelu Inżyniera). Brak wskazanych dokumentów może więc skutkować nieporównywalnością ofert.

Zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pojawiający się w postanowieniach IDW wymóg, by osoba dedykowana do danego stanowiska legitymowała się doświadczeniem zdobytym w ciągu „ostatnich” pięciu, siedmiu lub dziesięciu lat nie ma żadnego uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Doświadczenie „ekspertów” zdobyte przykładowo 6 lat temu (w sytuacji, gdy zamawiający stawia „granice” 5 lat) jest równie „dobre”, jak doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 5 lat. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla postawienia tego typu wymogu, skutkuje tym, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa, przestaje być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, co następuje:

W zakresie zarzut dotyczący maksymalnego terminu realizacji Etapu I.

Zamawiający wskazał, że z treści pkt 3.1 IDW wynika, iż momentem zakończenia Etapu 1 jest zawarcie przez zamawiającego Umowy na Roboty budowlane. Wykonawca w ramach Etapu 1 będzie zobowiązany do świadczenia nadzoru nad postępowaniem na wybór wykonawcy robót budowlanych. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć - nawet optymalnie - czasu trwania postępowania przetargowego. To od wypełnienia przez wykonawcę obowiązków kontraktowych zależy szybkość takiego postępowania. To od szybkości oraz jakości podejmowanych przez niego działań będzie zależało czy w ramach postępowania będą składane odwołania lub zaistnieje konieczność istotnej zmiany dokumentacji lub innych okoliczności mogących mieć wpływ na wydłużenie Etapu 1. Zamawiający wskazał, iż określenie „sztywnej” maksymalnej daty zakończenia Etapu 1 byłoby bezcelowe, bowiem w przypadku upływu tego terminu przy jednoczesnym niezakończeniu postępowania przetargowego nie będzie możliwym rozpoczęcie Etapu 2.

12

Taka sytuacja byłaby problematyczna zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy - zamawiający stałby przed wyborem czy aneksować umowę z dotychczasowym wykonawcą czy też dokonać wyboru nowego wykonawcy. Z kolei wykonawca - w związku z treścią umowy - nie otrzymałby całości wynagrodzenia przysługującego mu w związku ze świadczeniem usług za etap I. Co istotne cała kwestionowana konstrukcja określenia czasu trwania umowy (jej etapu) poprzez odniesienie jej do zdarzenia, nie jest sprzeczna z żadnym przepisem prawa. W ocenie zamawiającego jest racjonalna i służy interesowi zamawiającego, wydatkującego środki publiczne. Co więcej, jest również zgodna z celem zamówienia, jakim jest uzyskanie usługi dotyczącej - nie konkretnej umowy na roboty budowlane - ale zabezpieczającej wsparcie procesu wyboru wykonawcy robót budowlanych oraz zarządzanie i nadzór nad określonym przedsięwzięciem inwestycyjnym. Mając na uwadze wzgląd na interes wykonawcy, zamawiający przewidział w umowie szereg korzystnych dla niego mechanizmów łagodzących. Jednym z nich jest przyjęty w § 5 wzoru umowy sposób płatności: „1. Wynagrodzenie za realizację Etapu 1, dla każdego Kontraktu odrębnie, należne będzie Wykonawcy za zrealizowanie Usługi polegającej na wsparciu Zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy Robót oraz wsparciu w wyborze wykonawcy Robót. Wynagrodzenie to płatne będzie w częściach w następujący sposób:

1) 70% Wynagrodzenia za realizację Etapu 1 - za wykonanie czynności wsparcia Zamawiającego, w szczególności w przygotowaniu odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, korekt i zmian SIWZ,

2) 30% Wynagrodzenia za realizację Etapu 1 - za czynności wsparcia Zamawiającego po terminie składania ofert, w szczególności w ocenie ofert wykonawców w postępowaniu na Roboty.

3. Warunkiem płatności poszczególnych części Wynagrodzenia za realizację Etapu 1 będzie odpowiednio, upływ terminu składania ofert w postępowaniu na Roboty, dla których Wykonawca świadczył wsparcie oraz prawomocne rozstrzygnięcie postępowania przetargowego na Roboty. Za datę wykonania czynności określonej w ust. 1 pkt 1) uznaje się

datę otrzymania przez Zamawiającego wszystkich ofert. Za datę wykonania czynności określonej w ust. 1 pkt 2) uznaje się datę podpisania umowy/umów na Roboty.”.

Zamawiający podkreślił, iż z zacytowanej regulacji wynika, że wykonawca otrzyma znaczną część wynagrodzenia już na etapie poprzedzającym składanie ofert. W związku z czym nie będzie miało miejsce „wstrzymanie” wypłaty wynagrodzenia, aż do momentu wyboru wykonawcy, a co za tym idzie wykonawca nie będzie znacząco odczuwał wydłużenia Etapu 1, w związku z ewentualnym skorzystaniem przez wykonawców z procedury odwoławczej.

13

Zamawiający zauważył, że wykonawca nie będzie ponosił na tym Etapie prawie żadnych kosztów. Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu posiadania biura, jak też ilości zaangażowania wysoko wyspecjalizowanego personelu, czy innych wymagań dotyczących „etatowania” ich pracy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego, okoliczność braku określenia konkretnej daty zakończenia Etapu 1 nie ma w niniejszym postępowaniu żadnego znaczenia i nie wpływa w żaden sposób na możliwość prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

W zakresie zarzutu niewskazania maksymalnego terminu realizacji Etapu II.

Analogicznie jak w przypadku Etapu 1, zamawiający wskazał, że kwestionowana konstrukcja określenia czasu trwania umowy (jej etapu) poprzez odniesienie jej do zdarzenia, nie jest sprzeczna z żadnym przepisem prawa, jest racjonalna i służy interesowi zamawiającego wydatkującego środki publiczne, i jest zgodna z celem zamówienia, jakim jest uzyskanie usługi dotyczącej nie konkretnej umowy na roboty budowlane, ale zabezpieczającej wsparcie procesu wyboru wykonawcy robót budowlanych oraz zarządzanie i nadzór nad określonym przedsięwzięciem inwestycyjnym. Zamawiający zwrócił uwagę, że stosował proponowaną przez odwołującego konstrukcję w dotychczas prowadzonych postępowaniach i - jak wynika z doświadczenia zamawiającego - nie jest ona korzystna ani dla zamawiającego, ani dla wykonawcy. Zastosowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu rozwiązanie, w jego ocenie, stanowi „złoty środek” pomiędzy potrzebami zamawiającego (tj. wyłonienie wykonawcy usług nadzoru, który będzie nadzorował cały proces budowlany bez względu na to czy będzie opóźnienie w wykonywaniu robót budowlanych czy też nie), a interesem wykonawcy (tj. uzyskiem wynagrodzenia za cały okres nadzoru). Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania, zamawiający wprowadził *novum* w zasadach dokonywania płatności na rzecz wykonawcy. W ocenie zamawiającego przyjęta przez niego polityka stanowi „ukłon” w stronę rynku, a stawiane zarzuty wynikają jedynie z mylnego, błędnego zrozumienia koncepcji zamawiającego. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie zakłada istnienie „Okresu przedłużonego”, tj. okresu przypadającego po „Okresie podstawowym” (dotychczasowy okres za jaki wypłacono wynagrodzenie stałe we wskazanych powyżej formułach). Zamawiający przyjął - na podstawie posiadanego doświadczenia z wcześniejszych postępowań oraz na podstawie informacji na temat postępu aktualnie prowadzonych robót, które mają zostać objęte nadzorem - że okres przedłużony nie będzie trwał dłużej niż 50% okresu podstawowego. Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie stałe oraz wynagrodzenie zmienne zarówno w okresie podstawowym, jak i w okresie przedłużonym o ile wystąpi, a także poza nim - o ile nadal będą trwały roboty pozwalające na fakturowanie tzw. przerobów. Takie rozwiązanie zakłada brak konieczności aneksowania umowy oraz prowadzi do tego, że wykonawca

14

otrzyma całe wynagrodzenie stałe, za okres podstawowy, przewidziane w umowie oraz dodatkowe - „ekstra” - wynagrodzenie stałe za okres wydłużony. Dodatkowo wynagrodzenie zmienne, którego wykonawca nie mógłby otrzymać w okresie podstawowym, z uwagi na to, że pewna część Robót nie była wykonywana (ilość i wartość robót determinuje wysokość wynagrodzenia zmiennego) zostanie mu naliczone i wypłacone w ramach okresu przedłużonego.

Tym samym, zdaniem zamawiającego, nieprawdziwie jest twierdzenie odwołania o braku ekwiwalentności świadczeń w kontekście rzekomego braku wynagrodzenia uzyskiwanego przez wykonawcę po zakończeniu okresy przedłużonego. Zachowuje on bowiem

uprawnienie do wynagrodzenia zmiennego przez cały okres realizacji umowy. Zamawiający podkreślił, że określił zakończenie Etapu II w momencie „wystawienia Świadectwa Przejęcia” i nie rodzi żadnego ryzyka po stronie wykonawcy. Zamawiający nie zgodził się również, ze stwierdzeniem, że „wątpliwe jest, czy zdarzenie wskazujące na rzekomy termin końcowy Etapu 2 - wystawienie Świadectwa Przejęcia - w ogóle nastąpi”. Zamawiający wskazał, iż z uwagi na okoliczność, iż znaczna część robót jest w fazie realizacji ryzyko niemożliwości, czy też wydłużenia czasu wystawienia Świadectwa Przejęcia w Kontraktach objętych niniejszym postępowaniem przetargowym jest znikome. Co więcej, wykonawca będzie posiadał szereg środków zaradczych, które będą pozwalać na uniknięcie ww. opisanej sytuacji. W związku z powyższym nie jest możliwe uznanie, że termin zakończenia Etapu II jest zdarzeniem „przyszłym i niepewnym”. Zamawiający zwrócił uwagę, że poszczególne rozwiązania przyjęte w niniejszym postępowaniu - takie jak ramy czasowe poszczególnych Etapów - nie powinny być rozpatrywane i analizowane w sposób oddzielny i wybiórczy, bowiem dopiero kompleksowe zapoznanie się z przyjętym modelem płatności pokazuje, iż jest on optymalny oraz korzystny dla obu stron, a już na pewno nie prowadzi do braku ekwiwalentności świadczeń. Każdy z 3 kontraktów, mających zostać objęty nadzorem, ma określony inny okres podstawowy (okres, co do zasady, odpowiadający okresowi w jakim powinny zostać ukończone roboty obejmowane nadzorem przez wyłanianego w niniejszym postępowaniu IK) oraz okres przedłużony (stanowiący dodatkowy okres będący „buforem bezpieczeństwa”, za jaki będzie wypłacane wynagrodzenie skalkulowane przez każdego potencjalnego wykonawcę). Kwestię tą szczegółowo normuje załącznik nr 1a do s.i.w.z. Okres przedłużony sianowi 18 miesięcy. Z załącznika wynika, że najdłuższy okres świadczenia usługi nadzoru przypada na Kontrakt nr 3, gdzie okres podstawowy wynosi 54 miesiące, natomiast okres wydłużony 18. W związku z czym maksymalny termin dla Etapu II to 72 miesiące. Zamawiający podkreślił, że nieprawdą jest twierdzenie odwołującego, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za usługi świadczone po okresie przedłużonym - co wynika to wprost z załącznika nr 1a i konstrukcji płatności gdzie płatność wynagrodzenia zmiennego obejmuje cały okres realizacji zamówienia.

15

Zamawiający podniósł, że zastrzeżenie terminu może wskazywać:

- konkretną datę,
- określony upływ czasu,
 - zdarzeniem, momentem, który można ustalić nie znając jego daty w chwili czynności prawnej, lecz data ta jest pewna, że nastąpi (np. data przyszłej śmierci). Stanowisko to potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 sierpnia 1990 r., sygn. akt: IV CR 236/90, w którym wskazał, że „Termin końcowy umowy zawartej na czas określony może oznaczać określone w niej zdarzenie, jednakże tylko takie zdarzenie można traktować jako termin ustania stosunku, którego nastąpienie w przyszłości jest - w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań - oczywiście pewne.”. Sąd podniósł również, że „Wskazanie terminu może również polegać na odwołaniu się przez strony do zdarzenia przyszłego, acz pewnego, choć niedającego się jednoznacznie umiejscowić w czasie (*dies certus an, incertus quando*). Nie jest natomiast skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwe (*dies incertus an, incertus quando*). W takim zastrzeżeniu brak bowiem elementu pewności, co do wystąpienia zdarzenia wyznaczającego kres terminu (*skutek ad quem*).”.

Zdaniem zamawiającego, powyższe wskazuje, że wskazanie jako moment zakończenia Etapu 2 wystawienie Świadectwa Przejęcia jest dopuszczalne na gruncie prawa. Zamawiający mógłby dokonać zmiany s.i.w.z., poprzez wskazanie konkretnej daty, jednakże z uwagi na posiadane doświadczenie, może przyjąć stanowisko, że data ta i tak zostanie przekroczona. Z drugiej strony zamawiający mógłby wskazać datę tak odległą, że jej przekroczenie nie byłoby możliwe. Niemniej jednak w takiej sytuacji powstaje ryzyko, że wykonawca wiedząc, że data ta jest tak odległa nie będzie należycie wykonywał swoich obowiązków wynikających z umowy lub będzie je wykonywał w sposób opieszale. Celem przyjętego rozwiązania jest zmobilizowanie wykonawcy usług nadzoru, aby świadczył usługi nadzoru skrupulatnie oraz rzetelnie, tak aby nie doszło do opóźnień w realizacji robót budowlanych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego możliwości swobodnego skracania oraz wydłużania

okresu podstawowego i okresu przedłużonego przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 3: „Terminy wskazane wyżej, za wyjątkiem wskazanego okresu realizacji Etapu 3 są terminami szacunkowymi i w zależności od potrzeb, mogą ulec wydłużeniu lub skróceniu. Terminem zakończenia Umowy jest zatwierdzenie wystawionego przez Inżyniera Raportu Zamknięcia dla ostatniego z realizowanych Kontraktów.”.

Zamawiający wskazał, iż z treści ww. regulacji nie sposób wywieść, że zamawiający posiada arbitralną możliwość skracania oraz wydłużania terminów. Regulacja wprost

16

wskazuje, że terminy „mogą ulec wydłużeniu lub skróceniu”, nie że „Zamawiający może skrócić lub wydłużyć termin.”. Regulacja, którą posłużono się w ww. paragrafie posiada formę bezosobową i dotyczy sytuacji powstałych z przyczyn nieleżących po stronie żadnej ze stron umowy.

Bez względu na powyższe zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego oraz wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, w dniu 29.09.2015 r. zmienił treść ww. regulacji nadając jej brzmienie: „Terminy wskazane wyżej, za wyjątkiem wskazanego okresu realizacji Etapu 3 są terminami szacunkowymi. Terminem zakończenia Umowy jest zatwierdzenie wystawionego przez Inżyniera Raportu Zamknięcia dla ostatniego z realizowanych Kontraktów.”.

W zakresie zarzutu dotyczącego okoliczności niemożności otrzymania przez wykonawcę wynagrodzenia w okresie przypadającym po okresie przedłużonym, zamawiający podniósł, że argumentacja przytoczona przez odwołującego opiera się w głównej mierze na twierdzeniu, że zamawiający w sposób arbitralny może skrócić okres podstawowy lub okres przedłużony w taki sposób, że wykonawca usługi szybciej rozpocznie świadczenie usług odpowiednio w okresie przedłużonym (gdzie przysługuje mu wynagrodzenie niższe niż w okresie podstawowym) lub w okresie, w którym nie będzie mu przysługiwało żadne wynagrodzenie. Zamawiający podniósł, że wykładania zapisów s.i.w.z., w tym warunków umowy, dokonana przez odwołującego jest błędna i zmierza jedynie do tego, aby „wymusić” na zamawiającym zmianę jej treści, która będzie powodowała zmniejszenie odpowiedzialności oraz obowiązków wykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący niezasadnie posługuje się zwrotem „zasady ustalania wynagrodzenia Wykonawcy”. Zaskarżone przez odwołującego zapisy s.i.w.z. nie dotyczą „ustalania wynagrodzenia”, bowiem w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, w którym nie „ustala się” wynagrodzenia w trakcie realizacji umowy. Zaskarżone przepisy dotyczą sposobu spełnienia świadczenia, tj. zasad dokonywania płatności.

Zamawiający wyjaśnił, że wynagrodzenie wykonawcy stanowi sumę wynagrodzenia otrzymanego w ramach realizacji usług w zakresie Etapu II oraz Etapu III. Zapisy s.i.w.z., w tym zapisy warunków umowy, nie dają - wbrew twierdzeniom odwołującego - zamawiającemu możliwości „manipulowania” poszczególnymi okresami. W ramach świadczenia usługi w ramach etapu II wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za nadzorowanie 3 kontraktów o roboty budowlane. Każdy kontrakt stanowi oddzielną, wyszczególnioną, pozycję. Wykonawca będzie otrzymywał w okresie podstawowym oraz okresie przedłużonym zarówno wynagrodzenie stałe, jak i zmienne, a w okresie wykonywania robót wykraczający poza okres przedłużony wynagrodzenie zmienne. Zarówno

17

z s.i.w.z., jak z wzoru warunków umowy, jednoznacznie wynika, że będzie otrzymywał on, aż do końca realizacji usługi, wynagrodzenie, tj. wynagrodzenie zmienne w zależności od „zaawansowania Robót dla danego Kontraktu.”.

Zamawiający podniósł, iż z uwagi na okoliczność, że posiada bogate doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówień, w ramach przedmiotowego postępowania przyjął rozwiązanie, które da mu pewność, że wybrany w toku postępowania wykonawca zaangażuje się w należyty sposób w realizację zamówienia. Celem przyjętego rozwiązania jest „zmobilizowanie” wykonawcy do podejmowania w toku świadczenia usług nadzoru czynności oraz działań, które będą zmierzać do tego, że zarówno wykonawca robót, jak i sam wykonawca je nadzorujący, terminowo wywiązywali się ze swoich obowiązków na podstawie zawartych z zamawiającym umów. Wykonawca będzie wyposażony w szereg środków

zaradczych w celu uniknięcia przesunięciom któregokolwiek z „szacowanych” terminów, do których należy m.in. możliwość rekomendacji zamawiającemu zmiany wykonawcy robót czy też informowanie w raportach o okolicznościach mogących mieć wpływ na prawidłową realizację inwestycji. Zamawiający wskazał, że jeżeli wybrany wykonawca będzie na bieżąco i z należytą dokładnością nadzorował przebieg realizacji robót, to nie będzie miała miejsce sytuacja realizacji umowy poza okresem przedłużonym. Co więcej, zamawiający założył premię za wykonanie całego przedmiotu świadczenia w krótszym okresie - vide: §3 ust. 7-9 wzoru warunków umowy. Tego rodzaju rozwiązanie ma stanowić bodziec dla wykonawcy, aby sumiennie monitorować przebieg robót, bowiem z ekonomicznego - czy też biznesowego - punktu widzenia zakończenie robót w szybszym czasie będzie wiązało się z uzyskaniem wynagrodzenia, w krótszym okresie niż zakładany.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu, że ustalone przez niego terminy Etapu II są terminami „szacunkowymi”. Zamawiający wskazał, że zakładanym terminem realizacji jest okres podstawowy, który został przeniesiony z umów na nadzorowane roboty. Zamawiający założył, że przy prawidłowej realizacji robót oraz należytym świadczeniu usług nadzoru oraz niewystąpieniu okoliczności nieprzewidzianych, mogących być przyczyną opóźnienia, okres wydłużony nie zostanie rozpoczęty. Jeżeli jednak zdarzy się taka sytuacja, wykonawca będzie świadczył usługę nadzoru w ramach okresu przedłużonego, za które będzie otrzymywał dodatkowe wynagrodzenie stałe oraz „brakującą część” wynagrodzenia zmiennego. Z uwagi na specyfikę zamówienia oraz okoliczności sprawy bezsensownym byłoby utrzymanie w umowie sztywnych ram czasowych - w przypadku, gdy roboty zostałyby wykonane szybciej niż zakładano wykonawca musiałby świadczyć „prowizoryczny” nadzór nad zakończoną inwestycją, z kolei przesunięcie terminu wiązałoby się z koniecznością aneksowania umowy poprzedzoną analizą przesłanek warunkujących możliwość dokonania tej zmiany.

18

Odnosnie zarzutu dotyczącego niedookreślenia zakresu robót budowlanych, nad którymi nadzór ma sprawować wykonawca usługi, poprzez objęcie przedmiotem zamówienia nadzoru nad zadaniami dodatkowymi obejmującymi zamówienie dodatkowe w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią s.i.w.z. wybrany wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia, do wykonywania obowiązków wynikających z umowy w zakresie zadań dodatkowych. W zakresie pojęcia „Zadań dodatkowych” wchodzi roboty udzielone przez zamawiającego na rzecz wykonawcy robót, w szczególności zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające, zamówienia odrębne lub roboty wykonywane w związku z poleceniami zmian wydawanymi przez Inżyniera Kontraktu zgodnie z kontraktem.

Zamawiający podniósł, że w pkt 4.1.1.19 OPZ wskazano precyzyjnie że „Zadanie dodatkowe” nie przekroczy 10% zadania inwestycyjnego. Podstawą obliczenia jest wartość robót budowlanych. Zamawiający, aby uniknąć kłopotliwej dla obu stron sytuacji oraz w celu zniwelowania ryzyka powstania konfliktów w tym zakresie przewidział regulację, w brzmieniu zakwestionowanym przez odwołującego. Zapisy warunków umowy nakładają pośrednio na wykonawców obowiązek w kalkulowaniu w cenę oferty kosztów związanych z tym 10% zwiększeniem robót, nazywanych „zadaniami dodatkowymi”. W przypadku przekroczenia ww. pułapu na mocy § 21 ust. 2 pkt 6 umowy wykonawca będzie posiadał uprawnienie do wnioskowania o podpisanie aneksu do umowy, który w celu zwiększenia przysługującego mu wynagrodzenia. W ocenie zamawiającego, przyjęta przez niego 10% wartość zadania inwestycyjnego powoduje, że konieczność wykonywania zadań dodatkowych nie zwiększy nakładów pracy wykonawcy. Przyjęta wartość pozwoli na wykonywanie tych zadań przy pomocy tych samych pracowników, którzy wykorzystywani będą do „podstawowych” zadań. Jedynym kosztem jaki będzie ponosił wykonawca jest większe zaangażowanie czynnika ludzkiego w usługę nadzoru, nie ponosząc w tym zakresie żadnych innych kosztów, jak np. koszt utrzymania kolejnego biura czy też zwiększenie wysokości ubezpieczenia. Innymi słowy wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych zarówno z zatrudnieniem dodatkowych pracowników świadczących usługi nadzoru, pracowników administracyjnych, kosztów sporządzenia dodatkowej dokumentacji etc. W związku z tym koszt wykonania zadań dodatkowych będzie znikomy.

Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, iż wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia będzie otrzymywał wynagrodzenie ryczałtowe (mimo tego, że w s.i.w.z.

wyróżniono wynagrodzenie stałe i zmienne to i tak *de facto* otrzyma on całe wynagrodzenie w wysokości wskazanej w ofercie za okres podstawowy). Co prawda, zgodnie z kodeksem cywilnym, taka forma wynagradzania wykonawcy została przewidziana dla umowy o dzieło - a w niniejszym przypadku mamy do czynienia z umową o nadzór budowlany, a więc umową

19

nienazwaną o charakterze mieszanym - przepisy dotyczące wynagrodzenia ryczałtowego mają tutaj odpowiednio zastosowanie.

W zakresie zarzutu dotyczącego ograniczenia możliwości podejmowania przez Personel Inżyniera jakichkolwiek dodatkowych zajęć, jeśli nie jest zapewnione zaangażowanie członków Personelu Inżyniera w realizację przedmiotu zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy, w sytuacji gdy wymóg nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego, zamawiający podał, że jego celem było to, aby zapewnić faktyczne uczestniczenie członków Zespołu Stałego w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał również, że to wykonawca sporządza Harmonogram Prac Personelu Inżyniera dla Kontraktu (HPPI), ustala na jakim etapie i w jakim zakresie dana osoba z personelu będzie wykorzystywana do realizacji zamówienia. W związku z czym, jeżeli wykonawca wykorzystuje danego pracownika do nadzorowania kilku robót budowlanych powinien sporządzić HPPI w taki sposób, aby obowiązki tej osoby wynikające z kilku kontraktów nie kolidowały ze sobą. Spełnienie oczekiwań zamawiającego określonych w omawianej regulacji zależy jedynie od odpowiednich działań organizacyjnych leżących po stronie wykonawcy i w żaden sposób nie narusza przepisów Pzp. Zamawiający wskazał, że nie wymaga, aby dany pracownik - jeżeli nie ma takowej potrzeby - świadczył usługę nadzoru na pełnym etapie w rozumieniu kodeksu pracy. Zamawiający oczekuje, że jeżeli z HPPI wynika, że dana osoba w danym dniu powinna być na terenie robót to powinna świadczyć usługę nadzoru przez cały dzień pracy (8h). Celem takiego rozwiązania jest uniknięcie sytuacji, że osoba świadczy usługę nadzoru na kilku robotach jednocześnie, bowiem takie rozwiązanie nie daje gwarancji, że nadzór będzie należycie sprawowany. Powyższe wynika z § 9 ust. 2 warunków umowy, który stanowi, że: „Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób i w takiej liczebności, aby zachować wymaganą Umową jakością Usługi oraz ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy w celu realizacji Umowy zgodnie z HRF i HPPI. Liczebność i czas pracy personelu Wykonawcy zostanie dostosowany do czasu pracy Wykonawców Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do bieżącego nadzorowania wykonywanych Robót. W tym zakresie Wykonawca zobowiązany jest m.in. do zapewnienia wykonywania Usługi w systemie zmianowym i zgodnie z czasem pracy Wykonawcy Robót określonym subklauzulą 6.5 SWK.”.

W zakresie zarzutu dotyczącego niedookreślenia wymagań stawianych wykonawcy usługi w związku z prowadzeniem Listy obecności personelu w sytuacji, gdy jednocześnie zamawiający przewiduje w § 13 ust. 1 warunków umowy kary umowne z tytułu niespełnienia tych wymogów, zamawiający wskazał, że podpisywanie list obecności w każdym dniu pracy jest powszechnie przyjętą praktyką zarówno w stałych stosunkach pracy, jak i w stosunkach

20

nawiązywanych na potrzeby wykonania danego zamówienia. Tylko w ten sposób zamawiający będzie w stanie zweryfikować czy poszczególni członkowie personelu faktycznie wykonują swoje obowiązki. Zamawiający wskazał, że przyjęcie „formuły tygodniowej”, tak jak zaproponował to odwołujący, rodziłoby ryzyko, że wykonawca będzie fałszował informacje w zakresie rzeczywistej obecności danej osoby na placu budowy. Innymi słowy istnieje duże prawdopodobieństwo, że osoba będzie podpisywała listę za 5 dni roboczych w rzeczywistości spędzając w pracy znacznie mniej czasu. Możliwość zaistnienia takiego proceduru wydaje się jak najbardziej prawdopodobna z uwagi na okoliczność, że zamawiający nie będzie miał możliwości dokonania żadnej kontroli czy weryfikacji tych informacji. W konsekwencji nie będzie mógł powziąć środków o charakterze zaradczym czy restrykcyjnym, które zmusiłyby wykonawcę do przestrzegania warunków umowy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego ustalenia wartości ubezpieczenia (§ 18 warunków umowy) w wysokości nieadekwatnej do wartości zawieranej umowy oraz wysokości szkód, jakie

mogą powstać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy usługi w związku z realizacją tej umowy, zamawiający podniósł, co następuje.

Na polskim rynku ubezpieczenia wymóg przedstawiania w postępowaniach przetargowych przez wykonawców polis OC jest powszechnie przyjętą praktyką. Wysokość sumy gwarancyjnej umowy ubezpieczenia OC wymaganej od wykonawców podobnie jak wysokość innych zabezpieczeń i gwarancji wykonania zobowiązań związanych z realizacją inwestycji (jak np. gwarancji należytego wykonania zobowiązania) jest ustalana przez zamawiającego, który w tym względzie jest podmiotem autonomicznym. Przede wszystkim jednak ustalone przez zamawiającego wymogi są określane w jednakowy sposób dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Zamawiający ustalając wysokość tego konkretnego zabezpieczenia brał pod uwagę: możliwość uzyskania takiej polisy na polskim rynku ubezpieczenia (z informacji uzyskanych od pełnomocnika ubezpieczeniowego zamawiającego wynika, że polisę OC z sumą gwarancyjną w wysokości 30 mln zł można uzyskać od każdego ubezpieczyciela oferującego ubezpieczenia w tym zakresie), wartość inwestycji, która jest objęta nadzorem.

Niezależnie zamawiający zwrócił uwagę, na fakt, że w umowach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (polisach OC) w przeciwieństwie do polis ubezpieczeń mienia (np. polisach ubezpieczenia inwestycji CAR EAR) wysokość ustalonej sumy gwarancyjnej jest niezależna od wartości prac stanowiącej przedmiot umowy. O ile w ubezpieczeniach mienia zamawiający jest w stanie oszacować maksymalną wielkość możliwej szkody, którą stanowi po prostu wartość ubezpieczonego majątku, o tyle w ubezpieczeniach odpowiedzialności cywilnej ubezpieczony nie jest w stanie oszacować wielkości roszczeń, które mogą do niego wpłynąć z tytułu podejmowanych przez niego działań/zaniechań

21

działań. Dla przykładu niewielki przedsiębiorca wykonujący koparką prace ziemne o wartości 10 000 zł, może swoim działaniem wyrządzić szkody w wysokości wielokrotności wartości podpisanej przez siebie umowy (przykład Katastrofa - wybuch gazu w Jankowie Przygodzkim). Z kolei projektanci przygotowujący projekty budowlane warte kilkaset milionów złotych inkasują za opracowanie projektu jedynie niewielki procent wartości samej inwestycji. Popelniony przez nich na etapie projektowania błąd może doprowadzić do wielomilionowych szkód (przykład katastrofa międzynarodowych Targów Katowickich). Gdyby, zatem przyjąć jako podstawę określenia sumy gwarancyjnej w umowie ubezpieczenia OC projektanta, wartość umowy na projekt, polisa OC w żaden sposób nie pokrywałaby ryzyka związanego z możliwymi błędami projektowymi.

Zamawiający określając wysokość sumy gwarancyjnej w polisie OC podmiotu odpowiedzialnego za nadzór wziął pod uwagę możliwość wystąpienia, na skutek działania lub zaniechania działania podmiotu odpowiedzialnego za nadzór, całego wachlarza możliwych roszczeń, w tym m.in.: szkód z tytułu błędów w nadzorze wyrządzonych zamawiającemu w mieniu inwestycji, szkód z tytułu błędów w nadzorze wyrządzonych zamawiającemu związanych z utraconymi korzyściami/stratami w zysku, w związku z nieoddaniem inwestycji na czas, szkód z tytułu błędów w nadzorze wyrządzonych osobom trzecim o charakterze deliktowym. Błąd w nadzorze skutkujący źle wykonanym elementem torowym/trakcyjnym może doprowadzić do katastrofy w ruchu kolejowym.

Jednocześnie zamawiający wskazał na fakt, że konieczność znalezienia przez niego odpowiedniej gwarancji pokrycia potencjalnych możliwych roszczeń wynika również z olbrzymiej dysproporcji pomiędzy wartością majątku firm nadzorujących kluczowe projekty PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a określanym często w praktyce „potencjałem szkodenia” związanym z wykonywaniem bardzo odpowiedzialnych funkcji inżynierskich związanych z nadzorem. Firmy nadzorujące duże i kluczowe projekty infrastrukturalne PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie są w stanie, biorąc pod uwagę wartość ich majątku, same zagwarantować pokrycia możliwych roszczeń związanych z prowadzoną przez nie działalnością. Stąd zachodzi konieczność znalezienia instytucji finansowej, która jest w stanie zwiększyć bezpieczeństwo ubezpieczeniowe kluczowych inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzekazania wykonawcom ubiegającym się o zamówienie Warunków Szczegółowych Kontraktu (SWK) w sytuacji, gdy dokumenty te determinują zakres obowiązków spoczywających na Personelu Inżyniera i terminy ich realizacji, przez co są niezbędne do wyceny przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, iż nie widzi na tym etapie postępowania takowej potrzeby. Wszelkie niezbędne do

jest konieczne i będzie prowadzić do niepotrzebnego mnożenia dokumentacji postępowania, która i tak jest obszerna. Co więcej, zamawiający zauważył, że przekazywanie umów zawartych z wykonawcami robót budowlanych przed podpisaniem umowy o świadczenie usług nadzoru nie jest powszechnie praktykowane. Na marginesie zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawcom - z jakichś niezrozumiałych dla niego okoliczności - zależałoby na uzyskaniu chociażby pogładowego wglądu do treści zawartych z wykonawcami umów to ma możliwość wyszukania dokumentacji z postępowań na roboty budowlane, do których dołączane były wzory umów. W ocenie zamawiającego żądanie odwołującego jest niezasadne i umotywowane w sposób niewystarczający.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naliczania kar umownych zamawiający wskazał, że w pkt 20 została przewidziana kara „za zwłokę w przedstawieniu Zamawiającemu rozpatrzonego roszczenia Wykonawcy Robót (raportu roszczenia), natomiast kara z pkt 21 zostanie naliczona „za brak przedstawienia merytorycznego stanowiska bądź pełnej dokumentacji roszczenia bądź Raportu Roszczenia”. W ocenie zamawiającego przewinienia określone w pkt 20 i 21 stanowią dwie odrębne czynności i w żadnym wypadku nie mogą być uznane za tożsame czynności. W zakresie kary określonej w pkt 23, zamawiający wskazał, że z § 13 ust. 1 pkt 23 wynika, że kara umowna naliczana będzie od „Wynagrodzenia całkowitego brutto”. Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem, jakoby w zakresie kary określonej w pkt 23 i 26 „kara umowna (...) stanowi sankcję za działania wykonawcy Usługi, które są dopuszczalne na gruncie łączącej strony Umowy”. Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego: „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. W związku z powyższym kara umowna może zostać naliczona jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie wywiązuje się ze swoich obowiązków w sposób przewidziany w umowie. Twierdzenie odwołującego, że może zostać ona naliczona również w przypadku należytego wykonywania umowy jest bezpodstawne.

W zakresie zarzutu dotyczącego dodatkowego kryterium oceny ofert (zakres zadań dodatkowych, nad którymi wykonawca podejmie się nadzoru), zamawiający wyjaśnił, iż, zarzut odwołującego, że przyjęte kryterium uniemożliwia porównywanie ofert jest całkowicie niezasadne. Zamawiający zgodził się z odwołującym, że obejmując większy obszar robót dodatkowych bierze na siebie większe ryzyko, ale w ocenie zamawiającego takie rozwiązanie mieści się w ramach typowej „gry rynkowej”. Na marginesie zamawiający zauważył, iż podział zadań i ryzyk jest obligatoryjnym kryterium w postępowaniach prowadzonych w trybie ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym (PPP). Skoro PPP

stanowi szczególny rodzaj zamówienia publicznego, nic nie stoi na przeszkodzie, aby tego rodzaju kryterium zastosować właśnie w postępowaniach prowadzonych w oparciu o Pzp. Kryterium w brzmieniu przyjętym przez zamawiającego stanowi typowe kryterium stosowane w PPP. To wykonawca decyduje, jaki zakres ryzyka przyjmuje na siebie w ramach realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprecyzyjne określenie ilości wymaganych osób na dane stanowisko, poprzez pozostanie wymogu posiadania przez osoby powołane do pełnienia stanowiska inspektorów nadzoru osób posiadających uprawnienia do projektowania, zamiast uprawnień do kierowania robót budowlanych oraz poprzez postawienie wymogu posiadania przez osoby przewidziane do pełnienia danego stanowiska doświadczenia zdobytego w ciągu „ostatnich” lat, zamawiający zwrócił uwagę, że z uwagi na zmieniające się przepisy prawne oraz zamiany technologiczne w realizacji robót, postawienie „pułapu”, „granicy” okresu czasu, w którym dana osoba mogła zdobyć doświadczenie wydaje się celowe i zasadne. Rezygnacja z owej granicy umożliwiłaby wzięcie udziału w realizacji zamówienia

osobie, która zdobyła doświadczenie przykładowo 15 lat temu, gdzie wykorzystywana technologia oraz sam proces budowlany przebiegał zupełnie inaczej niż obecnie.

Zamawiający wskazał, iż użycie przez niego zwrotu „ostatnio” nie miało na celu ograniczenia kręgu wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, czy też preferowaniem pewnej grupy wykonawców, ale wyłonienie wykonawcy, który da faktyczną rękojmię należytego świadczenia usługi nadzoru. Stawianie „granicy” czasowej doświadczeniu osób wskazanych do realizacji zamówienia jest praktykowane również przez innych zamawiających, w tym również przez Urząd Zamówień Publicznych (w postępowaniu na „Wykonanie i utrzymanie Portalu Internetowego Urzędu Zamówień Publicznych” (numer ogłoszenia: 79837 2015; data zamieszczenia: 01.06.2015).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, dnia 29 września 2015 roku, zmodyfikował (w części) treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

24

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, przystąpienie zgłosili następujący wykonawcy:

- Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa,
- MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,
- SAFEGE S.A.S., Rue du Port, Parc se l'Île 15/27, F 92000 Nanterre,
- TPF sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,
- Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88, B.51 BC/36, 03-215 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W związku z wycofaniem przez odwołującego zarzutów określonych w odwołaniu w pkt. 1 litera a, w części dotyczącej niedookreślenia terminu realizacji przedmiotu umowy poprzez brak wskazania w s.i.w.z. daty, od której zamawiający może wydać polecenie rozpoczęcia świadczenia usługi względem danego kontraktu dla etapu 1 i 2 oraz zarzutów określonych w pkt 1 litera e i f – Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty podtrzymane przez odwołującego są niezasadne.

Biorąc pod ocenę całokształt zarzutów odwołującego, Izba stwierdziła, że *de facto* nie stanowią one o niemożności złożenia oferty przez odwołującego, a jedynie mają na celu poprawę sytuacji odwołującego, który ubiegając się o udzielenie przedmiotowego zamówienia stara się w taki sposób ukształtować warunki przetargu, które ułatwią lub też postawią go w korzystniejszej sytuacji. Jednakże wskazać należy, że nie taki jest cel prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Zamawiający opisując warunki przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co w analizowanym postępowaniu nie zostało stwierdzone przez Izbę (naruszenie właściwych przepisów). Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny

25

ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia zamawiającego, dają Izbie podstawę do twierdzenia, że zamawiający w sposób prawidłowy, nienaruszający przepisów wskazanych w odwołaniu, dokonał opisu przedmiotu zamówienia, prawidłowo ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz ustalił kryteria oceny ofert, które pozwalają na sporządzenie oferty, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Działanie odwołującego, w ocenie Izby, ukierunkowane jest na wywołanie poprzedniego stanu, tj. przywrócenie postanowień s.i.w.z. do wzoru dotychczas stosowanego w podobnych postępowaniach. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że zamawiający mający bogate doświadczenie w organizowaniu podobnych zamówień doszedł do przekonania, że konieczna jest zmiana i zaproponował nowe podejście do zamówienia. Zmiany zaproponowane przez zamawiającego wprowadzają bowiem nowy standard zamówienia, nakładając na wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie, szereg obowiązków jak i sposób rozliczania nie znane odwołującemu z wcześniejszych postępowań. Taki sposób opisanie nowych obowiązków, stworzenie nowej „filozofii” realizacji kontraktu, wywołały u odwołującego stan obawy, nie znajdujący uzasadnienia w dokumentacji opracowanej i udostępnionej przez zamawiającego. Oczywistym jest, że rzeczy, które są nam znane nie wywołują niepokoju i się z nimi godzimy, jednakże brak możliwości zrjonalizowania i unowocześnienia dotychczasowych schematów postępowania powoduje brak rozwoju i jednocześnie może uniemożliwiać ich udoskonalenie. I taki właśnie schemat, w przedmiotowym postępowaniu zastosował zamawiający. Tym samym zarzuty odwołania należało ocenić jako próbę ukształtowania postanowień s.i.w.z. oraz wzorca przyszłej umowy w sposób dogodny dla odwołującego, zgodny z jego własną wizją formuły postępowania, która jednak nie znajduje oparcia w zaskarżonych postanowieniach s.i.w.z. oraz nie stanowi naruszenia przepisów wskazywanych w treści odwołania.

Izba, oceniając przedmiotowe odwołanie, miała na uwadze stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314 /11, orzekł, że „Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30, a jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się na zasadach określonych w art. 31. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie - art. 140. (...) Podniesiony w odwołaniu zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 ustawy nie dotyczył w swej istocie - co zasadnie podnosił skarżący -

26

poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej, jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z wspomnianym wyżej rozporządzeniem, a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyka odpowiedzialności stron. W analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia, które zrealizować ma Wykonawca zdaniem Sądu Okręgowego określony jest jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej opisanej w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, a wpływu na ocenę tego faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności. Kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353 ¹ k.c., Wykonawca ma swobodę zawarcia

umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. (...) Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008r. (sygn. akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Ważnym jest, by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert.”.

Odnosząc się zaś szczegółowo do podtrzymanych przez odwołującego zarzutów, Izba wskazuje, że w całości identyfikuje się z argumentacją prezentowaną przez zamawiającego, uznając ją za własną.

27

Zarzut 1a – dotyczący niedookreślenia maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia w etapie I i etapie II.

Zamawiający zastosował następujące rozwiązania w zakresie przyjętych przez niego okresów: podstawowego oraz przedłużonego oraz sposobu wynagradzania wykonawcy:

- 1) wynagrodzenie wykonawcy stanowi sumę wynagrodzenia otrzymanego w ramach realizacji usług w zakresie etapu II oraz etapu III.
- 2) w ramach świadczenia usługi w ramach etapu II wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za nadzorowanie 3 kontraktów o roboty budowlane. Każdy kontrakt stanowi oddzielną, wyszczególnioną, pozycję.
- 3) wykonawca będzie otrzymywał w okresie podstawowym oraz okresie przedłużonym zarówno wynagrodzenie stałe, jak i zmienne, a w okresie wykonywania robót wykraczający poza okres przedłużony wynagrodzenie zmienne.

Okres podstawowy - wykonawca w formularzu ofertowym wskazuje wysokość wynagrodzenia za okres podstawowy. Następnie wskazane wynagrodzenie rozdziela się w stosunku 40 do 60:

a. 40 - wynagrodzenie stałe, tj. 40% wynagrodzenia za okres podstawowy jest dzielone na liczbę miesięcy okresu podstawowego,

b. 60 - wynagrodzenie zmienne, odpowiada procentowemu zaawansowaniu Robót dla danego Kontraktu wyliczanemu w oparciu o wartość netto faktur za Roboty, które wpłynęły do zamawiającego po zawarciu umowy, w danym miesiącu w stosunku do wartości netto całej umowy na roboty, i zostały zatwierdzone w PŚP za dany miesiąc i wyliczane będzie według wzoru podanego w s.i.w.z.

c. Okres przedłużony - czyli wynagrodzenie stałe = [współczynnik 0,7 - 1] x [maksymalnie 0,5] x 40% wynagrodzenia okresu podstawowego, wynagrodzenie zmienne - takie same jak w okresie podstawowym.

Okres wykonywania robót wykraczający poza okres przedłużony - wynagrodzenie zmienne - takie same jak w okresie podstawowym.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia został określony przez wskazanie zdarzenia – wystawienie Świadectwa Przejęcia. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i cel, któremu świadczona usługa ma służyć, takie ukształtowanie terminu zakończenia usługi jest racjonalne. Specyfika robót będących przedmiotem nadzoru nie pozwala bowiem na sztywne określenie daty zakończenia tych robót, a co za tym idzie, daty zakończenia usługi nadzoru nad ich wykonywaniem. Z kolei przerwanie usługi przed zakończeniem procesu budowlanego wprowadziłoby chaos organizacyjny i decyzyjny, utrudniający płynne i sprawne doprowadzenie inwestycji do końca. Jak wskazał zamawiający, oznaczenie maksymalnego terminu trwania usługi przez wskazanie daty w praktyce prowadzi do konieczności

28

aneksowania umów, co zawsze wywołuje stan niepewności co do dalszego trwania usługi.

Właśnie ze względu na takie doświadczenia, zamawiający zdecydował się określić ten termin przez wskazanie zdarzenia, jakim jest wystawienie Świadectwa Przejęcia. Taka konstrukcja lepiej zabezpiecza uzasadniony interes zamawiającego, a jednocześnie nie narusza – zdaniem Izby – wskazanych w odwołaniu przepisów.

Zarzut 1b – zamawiający dnia 29 września 2015 roku zmodyfikował skarżone brzmienie s.i.w.z. dlatego też, w ocenie Izby zarzut odwołującego jest niezasadny. Od zmodyfikowanej treści postanowienia, jeśli w ocenie zainteresowanych wykonawców jest ona niezgodna z przepisami, przysługuje na nowo odwołanie.

Zarzut 1c – Zadania dodatkowe.

Zamawiający w pkt 4.1.1.19 OPZ wskazał, że „Zadanie dodatkowe” nie przekroczy 10% zadania inwestycyjnego.

Wzór warunków umowy stanowi:

- § 1 ust 1 pkt 37) Zadania dodatkowe - Roboty, nad którymi Wykonawca sprawuje nadzór w ramach Umowy, służące do wykonania Zadania Inwestycyjnego, udzielone przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy Robót w trakcie realizacji Kontraktu, w szczególności zamówienia dodatkowe, zamówienia uzupełniające, zamówienia odrębne lub Roboty wykonywane w związku z poleceniami Zmian wydawanymi przez Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Kontraktem,

- pkt 36) Zadanie inwestycyjne - zbiór wszystkich Kontraktów na Roboty w ramach danego Projektu,

- § 2 ust. 1 pkt 1 - Przedmiotem Umowy jest świadczenie Usługi dla Zadania Inwestycyjnego, na które składają się następujące Kontrakty:

a) Kontrakt nr 1: „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii E - 59, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Leszno”,

b) Kontrakt nr 2: „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii E 59, odcinek Leszno — Czempień”,

c) Kontrakt nr 3: „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku linii kolejowej E - 59 granica województwa dolnośląskiego – Czempień”,

- § 4 ust 3 „Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie z tytułu wykonania przedmiotu niniejszej Umowy. Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia Wynagrodzenia, z zastrzeżeniem przypadków określonych w niniejszej Umowie. W szczególności Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia Wynagrodzenia, jak też zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonywania

29

Usługi w okresie wykraczającym poza zakładane okresy dla poszczególnych Kontraktów, określone w § 3 Umowy, bądź w przypadku wystąpienia Zadań dodatkowych, z zastrzeżeniem regulacji zawartych w pkt 4.1.1.19 OPZ i zobowiązania z pkt. 5 oferty.”,

- § 21 ust. 2 „Istotna zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty, na podstawie której został wybrany Wykonawca możliwa jest wyłącznie w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności i w zakresie określonym poniżej:

6) w przypadku, kiedy wartość Zadań dodatkowych przekroczy kwotę, o której mowa w pkt 4.1.1.19 OPZ i zobowiązanie z oferty Wykonawcy, zmiana może ulec sposób realizacji Umowy, zakres obowiązków Stron i Wynagrodzenie poprzez jego proporcjonalne zwiększenie.”.

Odnosząc się do podniesionych przez odwołującego zarzutów podkreślić należy, że zamawiający precyzyjnie określił, że zadania dodatkowe nie przekroczą 10% wartości zadania inwestycyjnego. W związku z tym nie sposób podzielić twierdzeń odwołującego, że wykonawcy nie mają wiedzy na temat zakresu prac związanych z nadzorem nad ewentualnymi zamówieniami dodatkowymi, co z kolei spowoduje nieporównywalność złożonych ofert. Oczywistym jest, że zamówienia dodatkowe udzielane są w sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), jednak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia została wskazana wartość zadań dodatkowych, które wykonawca będzie miał obowiązek objąć świadczoną usługą. Zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, prowadzącego do nieporównywalności oferty, mógłby zostać uznany za uzasadniony w sytuacji, gdyby zamawiający nie określił maksymalnej wartości tych zamówień. W niniejszej sprawie wartość wszystkich zadań dodatkowych

została określona, co więcej wartość ta została ustalona na rozsądnym poziomie 10%, co nie może powodować po stronie wykonawcy niepewności, co do zakresu przyszłej usługi. Wykonawcy mają bowiem wiedzę, że zadania takie – o ile wystąpią – zostaną objęte świadczoną usługą wyłącznie do wartości 10% całego zadania inwestycyjnego. Wykonawcy posiadają więc informacje niezbędne do skalkulowania oferty z uwzględnieniem zwykłego ryzyka biznesowego, występującego w przypadku ubiegania się o tego typu zamówienia.

Zarzut 1d - Ograniczenie możliwości podejmowania zajęć dodatkowych przez personel Inżyniera.

Zgodnie z § 9 ust. 8 warunków umowy „Zamawiający wyrazi zgodę na dodatkowe zatrudnienie osób z Zespołu Stałego, na pisemny umotywowany wniosek Wykonawcy, gdy:

- 1) zatrudnienie to dotyczy świadczenia usług na innym kontrakcie,
- 2) zatrudnienie to nie powoduje konfliktu interesów z Usługą świadczoną na rzecz Zamawiającego,

30

i nie będzie negatywnie wpływać na ciągłość nadzoru i jakość wykonywanej Usługi, a jednocześnie Wykonawca wykaże zaangażowanie tej osoby w realizację Usługi w czasie i wymiarze nie krótszym niż określony w OPZ i HPPI.”

Wskazać należy, że zamawiający nie wykluczył sytuacji, że dana osoba będzie dodatkowo zatrudniona, z tym, że to dodatkowe zatrudnienie nie może w żaden sposób negatywnie rzutować na jakość świadczonych obowiązków względem kontraktu, do którego została pierwotnie przypisana. Zamawiający ukształtował zapisy s.i.w.z., w tym w szczególności warunków umowy oraz OPZ, aby jak najlepiej zabezpieczyć swój interes. Przyjęte przez niego rozwiązanie ma zapewnić, że nad przebiegiem realizacji Robót będzie „czuwać” osoba, która będzie skupiona i zaangażowana w powierzone jej obowiązki. Umożliwienie podjęcia dodatkowej pracy przez członków Zespołu Stałego bez ograniczeń prowadziłoby do sytuacji, że wykonywane przez nich obowiązki miałyby jedynie charakter formalny, a nie faktyczny. Wskazać również należy, iż zapisy warunków umowy nie dają zamawiającemu możliwości dokonania bezpodstawnej odmowy podjęcia dodatkowego zatrudnienia przez daną osobę (§9 ust. 8 warunków umowy). Tego rodzaju konstrukcje, a nawet bardziej restrykcyjne nie należą do rzadkości i są właściwe wielu zawodom (przykładowo sędziom, urzędnikom, gdzie poza ograniczeniem, co do możliwości wykonywania czynności, na dodatkową aktywność konieczna jest zgoda lub brak sprzeciwu innej osoby, pracownikom wyższych uczelni), znajdują wręcz odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach.

Zarzut 1g – niedookreślenie wymagań stawianych wykonawcy w związku z prowadzeniem listy obecności.

W ocenie Izby zamawiający szczegółowo opisał wymagania wobec wykonawcy w zakresie prowadzenia listy obecności, zatem już sam ten fakt przesądza o tym, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Niezrozumiałe są wątpliwości odwołującego dotyczące tego, czy podpis na liście obecności wymagany jest od tych członków Personelu, którzy zgodnie z HPPI mają w danym dniu pracować, czy od wszystkich oraz czy wymóg ten dotyczy personelu „minimalnego”, czy każdego członka personelu przewidzianego w HPPI. Z § 9 ust. 13 wynika wprost, że podpis wymagany jest od członka Personelu w każdym dniu jego obecności. Personel natomiast to zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 19 WU, to osoby przy pomocy, których Wykonawca zrealizuje przedmiot niniejszej Umowy, składający się z Zespołu stałego i Zespołu zmiennego. Oczywiście jest zatem, że podpis na liście obecności wymagany jest od każdej osoby wchodzącej w skład personelu wykonawcy, która w danym dniu powinna wykonywać zadania. Zgłoszone przez odwołującego wątpliwości nie mają oparcia w brzmieniu s.i.w.z. Co więcej, tego rodzaju rozważania nie odnoszą się do niedookreślenia wymagań stawianych wykonawcy w związku z prowadzeniem listy obecności, sposobem jej

31

prowadzenia, a co najwyżej z samym faktem wymagania listy obecności i częstotliwości potwierdzania na niej aktywności odpowiednich członków personelu. Tymczasem z istoty listy obecności wynika, że obecność potwierdzana jest „w czasie rzeczywistym”, zasadniczo o ustalonym czasie i w ustalony sposób, a nie przykładowo raz na tydzień, jak postulował

w swoim stanowisku odwołujący. Ponadto zamawiający dnia 29 września 2015 roku zmodyfikował s.i.w.z. doprecyzowując, iż lista obecności jest prowadzona odrębnie dla każdego kontraktu, a wykonawca jest zobowiązany do jej prowadzenia i przechowywania w biurze głównym.

Zarzut 1 h - Wysokość ubezpieczenia kontraktu.

Zgodnie z § 18 WU - wykonawca zawrze oraz będzie utrzymywał w ważności przez okres realizacji umowy dedykowaną umowę ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności, w tym zawodowej i posiadania oraz użytkowania mienia (wraz z OC za produkt / wykonaną usługę) obejmującą wszelkie szkody/roszczenia, które mogą powstać w czasie i/lub w związku z realizacją Umowy. Umowa ubezpieczenia obejmie ochroną pełny zakres robót/prac/usług wynikający z realizacji niniejszej Umowy. (...). Suma gwarancyjna zostanie określona w wysokości 30 000 000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów) na jedno i wszystkie zdarzenia/wypadki w okresie ubezpieczenia.

W ocenie Izby ubezpieczenie kontraktu służy pokryciu wszelkich szkód, które mogą powstać w czasie lub w związku z wykonywaniem umowy. Zatem wysokość tego ubezpieczenia powinna odpowiadać racjonalnie oszacowanemu ryzyku potencjalnych szkód. Nie ma zdaniem Izby żadnych podstaw, aby bez względu na taką analizę ograniczać wysokość sumy ubezpieczenia do kwoty wynagrodzenia wykonawcy. Szkody powstałe z związku z wykonywaniem umowy, w zależności od rodzaju i przedmiotu tej umowy, mogą bowiem wielokrotnie przekraczać wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Taka sytuacja ma miejsce również w przypadku nadzorowania robót budowlanych, kiedy to wartość samej usługi nadzoru jest wielokrotnie mniejsza niż wartość nadzorowanej inwestycji budowlanej, a ze względu na skalę tej inwestycji szkody wynikające z działań lub zaniechań podmiotu nadzorującego mogą być bardzo duże.

Zarzut 1i - Nieprzekazanie wykonawcom Szczególnych Warunków Kontraktu

W ocenie Izby zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że nie przekazanie SWK na etapie publikacji s.i.w.z. nie wpływa negatywnie na możliwość skalkulowania ceny oferty, gdyż zamawiający w s.i.w.z. i OPZ wyraźnie określił warunki, na jakich ma zostać udzielone zamówienie oraz opisał zakres czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Pokreślić należy, że wszyscy wykonawcy chcący złożyć ofertę

32

posiadają taki sam zakres wiedzy w tym obszarze, dlatego też nie można mówić o naruszeniu przepisów wskazywanych przez odwołującego.

Zarzut 2 – Kary umowne

W ocenie Izby kara umowna ma celu zabezpieczenie wierzyciela przed szkodą wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Po pierwsze, zamówienie publiczne służy zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości; realizacji celów i zadań publicznych. Nie sposób zgodzić się, by zamawiający realizując tak pojęty interes publiczny, mógł przyjmować na siebie ryzyko niepowodzenia przedsięwzięcia, stanowiącego przedmiot zamówienia. Przeciwnie, każdorazowo zamawiający, reprezentując interes publiczny, winien podjąć starania, by przedmiot zamówienia został dostarczony na czas i w wymaganym zakresie realizował swoje funkcje w sposób maksymalnie optymalny. Zamawiający nie powinien więc rezygnować, a przeciwnie – winien dołożyć zwiększonej staranności, by zabezpieczyć niezakłóconą realizację zamówienia i uzyskanie jego efektów. Temu celowi mogą i powinny służyć także instrumenty właściwe prawu cywilnemu, jakimi są kary umowne, mające znaczenie nie tylko rekompensowania poniesionej szkody, ale także działające w sposób dyscyplinujący wykonawcę zamówienia publicznego do jak najstaranniejszego działania. Trzeba pamiętać, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach podwyższonej staranności, w obrocie profesjonalnym. Wystąpienie zdarzeń mogących stanowić podstawę do naliczenia kar umownych winno być zatem rozpatrywane także w kategorii uchybienia w realizacji zamówienia, które – wobec profesjonalnego wykonawcy – należy uznawać za takie, co do których podejmowane będą maksymalne starania, by nie miały miejsca. Wysokość kar umownych winna uwzględniać nie tylko szkody, jakie mogą być poniesione przez zamawiającego w wyniku niedoskonałości w wykonywaniu zamówienia przez danego wykonawcę, ale także powinna uwzględniać ryzyko zaistnienia zdarzeń stanowiących

podstawę naliczenia takich kar, a także skutki wystąpienia takich zdarzeń. Oznacza to tyle, że Zamawiający ma prawo wprowadzić efektywne instrumenty zapewniające stabilną i niezakłóconą realizację zamówienia, w tym również poprzez środki kontraktowe w postaci kar umownych w odpowiedniej wysokości i związanych z zaistnieniem określonych zdarzeń. To wykonawca, zawierając umowę i zobowiązując się do jej wykonania w umówionym zakresie, staje się gwarantem, że zdarzenia, które mogą pociągać za sobą naliczenie kar umownych, nie nastąpią. To zatem wyłącznie od wykonawcy zależy, czy i jak wykona przyjęte przecież przez siebie ze wszystkimi skutkami, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru swojej działalności, zobowiązanie i czy w związku z tym spadnie na niego skutek w postaci konieczności zapłaty odpowiednich kar umownych. Nie ma przecież obowiązku przyjęcia na siebie realizacji zamówienia publicznego – umowa w sprawie zamówienia

33

publicznego jest zobowiązaniem podejmowanym dobrowolnie, które wykonawca - mając przecież wiedzę o swoim potencjale i możliwościach realizacyjnych - może na siebie przyjąć, lub uznać, że nie podoła realizacji zadania, zgodnie z jego zakresem określonym przez zamawiającego. Ziszczenie się zdarzeń skutkujących naliczeniem kar umownych leży więc w wyłącznej gestii wykonawcy. Nie sposób kwestionować przy tym uprawnienia zamawiającego, do zabezpieczenia własnego interesu (czy dokładniej: interesu publicznego realizowanego w swojej działalności), za pomocą tego rodzaju środków dyscyplinujących wykonawcę do starannego działania, jakimi są kary umowne. Następnie, dostrzeżenia wymaga, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są one zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy. Poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy) dostrzeżenia wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacji, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów,

34

nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ponadto, instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do nadużycia przez zamawiającego uprawnień, a w konsekwencji, może znaleźć zastosowanie art. 484 § 2 ustawy Kc (miarkowanie wysokości kary umownej).

Powyższe może wtedy stanowić podstawy normatywne kontroli działań zamawiającego. Wszelkie hipotezy i domniemania odwołującego, nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z umowy. W grę wchodzi następnie, na etapie wykonywania umowy, miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego. Na obecnym etapie jednak, to jest przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kc. Nie znalazły więc potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 353 i Kc, jako dotyczące przyszłej umowy łączącej zamawiającego z wybranym wykonawcą. Dlatego też zakres opisanych okoliczności stanowiących podstawę dla zamawiającego do naliczenia kary, uznać należało za prawidłowy.

Zarzut 3 – kryterium oceny ofert.

Zdaniem Izby przyjęcie każdego kryterium pozacenowego ma wpływ na wysokość ceny. To od decyzji wykonawcy zależy, czy podejmie on decyzję objęcia ofertą większego zakresu robót dodatkowych oferując niższą cenę czy też podejmie decyzję o zwiększeniu tego zakresu i zaoferowaniu wyższej ceny. W ramach kryterium pozacenowego zamawiający może wprowadzić premiowanie określonych, dodatkowych świadczeń. Nie jest przecież kwestionowane, a wręcz powszechnie akceptowane i stosowane ujmowanie w ramach kryteriów pozacenowych dłuższego od wymaganego jako obowiązkowy okresu gwarancji czy serwisu. Objęcie zakresem świadczenia za daną cenę większego wolumenu świadczeń jest kryterium związanym z przedmiotem zamówienia, to zaś jest podstawowym wyznacznikiem dopuszczalności zastosowania takiego lub innego kryterium. Istotne jest w tej mierze, że objęcie nadzorem dodatkowej ilości robót w ramach ceny za wykonanie zamówienia jest z tym przedmiotem niewątpliwie związane. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że kryterium ma być „związane” z przedmiotem zamówienia, a zatem pozostające w logicznym i funkcjonalnym z nim związku, nie zaś ma obejmować ten przedmiot w zakresie ilościowym. Gdyby było inaczej, każdorazowo kryterium obejmujące wydłużony okres gwarancji, płatności czy serwisu, czy szerzej - wszelkie kryteria oparte na terminie określonego świadczenia (związane z jego wydłużeniem lub skróceniem) musiałyby być uznane za niedopuszczalne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Wykonawca obejmując,

35

w ramach ewentualnego oświadczenia punktowanego w ramach tak ukształtowanego kryterium pozacenowego większy obszar robót dodatkowych bierze na siebie większe ryzyko, uzyskując zarazem określony profit w postaci wyższej punktacji w tym kryterium. Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego.

Zarzut 4 – warunki udziału w postępowaniu

W ocenie Izby zamawiający miał prawo wymagać od osób, które będą brać udział w wykonywaniu zamówienia doświadczenia pochodzącego z określonego okresu poprzedzającego termin składania ofert. Jest to uzasadnione tym, że ze względu na postępowanie techniczny doświadczenie zdobyte niedawno może być bardziej wartościowe niż doświadczenie z dalszej przeszłości, daje więc większą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tak określony warunek udziału jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Okres, z którego ma pochodzić doświadczenie nie jest nadmiernie zawężony, wynosi bowiem w zależności od stanowiska 5 lub 7 lat.

W orzecznictwie KIO prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym zamawiający ma prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia. Tak więc zamawiającemu wolno opisać sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że opis ten nie spowoduje wyeliminowania konkurencji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

36

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....