Sygn. akt: KIO 2002/15
KIO 2010/15

WYROK
z dnia 29 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 września 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez:
1) **Firmę Menadżersko Konsultingową KOLMEN Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** (sygn. akt KIO 2002/15),
2) **Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre** (sygn. akt KIO 2010/15),
w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale wykonawców:
1) **Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2002/15,
2) **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2002/15 i KIO 2010/15,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2002/15 obciąża **Firmę Menadżersko Konsultingową KOLMEN Sp. z o.o.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od **Firmy Menadżersko Konsultingowej KOLMEN Sp. z o.o.** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2010/15 obciąża **Safege S.A.S.** i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3.2. zasądza od **Safege S.A.S.** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** 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 z poźn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 2002/15
KIO 2010/15

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu −

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Nadzór Inżyniera nad robotami modernizacyjnymi realizowanymi w ramach projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław - Poznań, etap III, odcinek Czempiń – Poznań”.*

Sygn. akt KIO 2002/15

W dniu 14 września 2015 r. wykonawca Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z wniósł odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1, art. 91 ust. 2 oraz art. 139 ustawy Pzp.

Po pierwsze Odwołujący zakwestionował ustanowiony w SIWZ obowiązek udokumentowania wykonania usługi nadzoru o wartości co najmniej 6.000.000 zł, z zastrzeżeniem, że za usługę taką zamawiający uważa wyłącznie usługę, która doprowadziła co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (pkt 8.5 IDW).

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienie SIWZ prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez określenie jako warunku udziału w postępowaniu wymogu posiadania doświadczenia w nadzorze, przy czym Zamawiający sprowadził bezpodstawnie definicję należycie wykonanych usług nadzoru do wyłącznie takich, które doprowadziły co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru robót lub równoważnego im dokumentu. Taki zapis jest dyskryminujący dla tych wykonawców, którzy posiadają określonej wartości doświadczenie w pełnieniu nadzoru inwestorskiego, przy czym z przyczyn całkowicie od nich niezależnych nie doszło do zakończenia nadzorowanych robót wystawieniem wskazanego przez Zamawiającego dokumentu. Spośród możliwych przyczyn takiego stanu rzeczy można przykładowo wskazać na nienależyte wykonanie robót budowlanych przez ich wykonawcę, ogłoszenie upadłości wykonawcy skutkujące odstąpieniem przez syndyka od umowy o zamówienie publiczne, nienależyte przygotowanie inwestycji przez zamawiającego itd. Tym samym oczywiście dyskryminujący jest wymóg, aby doświadczenie w nadzorze potwierdzać miały wyżej wymienione dokumenty. Umowa o nadzór inwestorski jest umową starannego działania, nie

zaś umową rezultatu. Tym samym dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie tych wykonawców, którzy pełniąc usługę nie napotkali na niezależne od nich trudności ze strony pozostałych uczestników procesu inwestycyjnego oczywiście dyskryminuje te podmioty, które świadcząc należycie usługę nadzoru doznały takich trudności z przyczyn zupełnie od siebie niezależnych i przez siebie niezawinionych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający (...) przy zamówieniach na usługi dopuszcza możliwość żądania jedynie: wykazów, poświadczeń i oświadczeń, że usługi zostały wykonane lub są należycie wykonywane. Dodatkowo zapis § 1 ust. 4 tego rozporządzenia umożliwia żądanie dokumentów świadczących o wykonaniu usługi, lecz określonej przez zamawiającego w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Tym samym uznanie za udowodnione należytego wykonania usługi nadzoru wartości 6 000 000 zł w odniesieniu tylko do usług, które zostały określone w sposób dyskryminujący, bo zakończonych Świadectwem Przejęcia lub protokołem odbioru narusza ustawę Pzp także w zakresie art. 25.

Odwołujący podniósł również, że postanowienia SIWZ (pkt 8.5.1 IDW) statuują nadmierne wymogi, zupełnie nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i jednoczesny obowiązek udowodnienia ich spełniania. Dotyczy to m.in. wymogów stawianych inspektorom nadzoru w zakresie przewidującym, że inspektorzy nadzoru mają posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania lub do projektowania i kierowania robotami w danej specjalności. Wymóg ten postawiony został w sytuacji, gdy Zamawiający jednocześnie wymaga, aby wykonawca dysponował 6-osobowym „zespołem przeglądu dokumentacji”, w którym każda z osób będzie miała uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania. Jeżeli więc wykonawca zapewnia cały zespół personelu posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania, dedykowanego wyłącznie do uzgadniania dokumentacji projektowej, to jednoczesny wymóg, aby także każdy inspektor nadzoru posiadał uprawnienia do projektowania jest warunkiem nieuzasadnionym i nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia. Tak określony warunek dla inspektorów nadzoru byłby

usprawiedliwiony w sytuacji, gdyby Zamawiający nie stawiał jednoczesnego wymogu utworzenia szczególnej komórki odpowiedzialnej za nadzór nad projektowaniem robót, co mogłoby mieć miejsce np. w zamówieniach na nadzór nad robotami mniejszej skali. Przedmiotowe zamówienie należy jednak do inwestycji bardzo rozbudowanych, gdzie położono szczególny nacisk także na fazę projektowania i w celu należytego pełnienia nadzoru na tym etapie wykonawca usługi musi spełniać wymóg dysponowania wyspecjalizowanym zespołem projektantów. Analogicznie nie znajduje także uzasadnienia kolejny wymóg względem tych samych inspektorów, tj. aby wykazali się opracowaniem

minimum 2 dokumentacji projektowych w charakterze projektanta w okresie ostatnich 5 lat. Jeżeli inspektor nadzoru ma przyznane uprawnienia budowlane do pełnienia określonych funkcji w budownictwie i od lat 5 pełni przykładowo nieustannie funkcję inspektora nadzoru w danej specjalności, to nie ma żadnych usprawiedliwionych podstaw, aby od osoby takiej żądać także relatywnie świeżego doświadczenia w roli projektanta.

Odwołujący zakwestionował również postanowienie punktu 20.11 IDW, stanowiące, że pełna kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma być utrzymywana do końca realizacji umowy (w części 100 % podczas fazy I, a obniżona do 30 % w okresie gwarancyjnym). Odwołujący podniósł, że w umowie na nadzór przewiduje się rozbicie globalnej ceny na poszczególne ceny za nadzór nad każdym z 10 kontraktów wykonawczych. Jednocześnie wyraźnie określa się czas trwania każdego z kontraktów wykonawczych tak w zakresie okresu realizacji robót, jak i okresu gwarancyjnego. Tym samym istnieje możliwość rozbicia kwoty zabezpieczenia wykonania umowy na wartości odpowiadające proporcjonalnie wartościom nadzoru nad poszczególnymi kontraktami. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy znajduje uzasadnienie wyłącznie w czasie trwania umowy oraz wyłącznie w zakresie przedmiotowym pozostałym do jej zakończenia. Jeżeli natomiast zostanie zakończonych (wraz z upływem okresów gwarancyjnych) przykładowo 9 z 10-ciu kontraktów na roboty, to zabezpieczenie należytego wykonania usługi nadzoru w tej części stanie się bezprzedmiotowe. Skoro bowiem wygaśnie zabezpieczone zobowiązanie, to utrzymywanie jakichkolwiek kwot tytułem jego zabezpieczenia spowoduje bezpodstawne wzbogacenie zamawiającego o taką kwotę – do czasu zwolnienia pełnego zabezpieczenia. Utrzymywanie gwarancji należytego wykonania umowy w odniesieniu do jej wykonanej części naraża wykonawcę na szkodę polegającą na braku możliwości rozporządzania środkami płynnymi, ewentualnie obniżeniu zdolności kredytowej w razie zabezpieczenia gwarancją bankową lub ubezpieczeniową. Zamawiający natomiast w tych warunkach także nie będzie mógł uczynić użytku z posiadanego zabezpieczenia w takiej części, w jakiej dotyczyłoby wygasłego już zobowiązania wykonawcy. Stąd zaskarżony zapis SIWZ jest nieuzasadniony, nadmierny i niesłużący zabezpieczeniu należytej realizacji umowy – w prawidłowym rozumieniu pojęcia zabezpieczenia.

W odniesieniu do postanowienia punktu 4.1.1 ppkt 19 OPZ oraz § 2 pkt 2 Warunków Umowy Odwołujący podniósł, że są one niejednoznaczne. Poza nadzorem nad realizacją 10 kontraktów wykonawca ma bowiem dodatkowo *wykonywać obowiązki wynikające z umowy w zakresie Zadań dodatkowych tj. o wartości łącznej nieprzekraczającej 10 % wartości Zadania Inwestycyjnego.* Pewne definicje obydwu tych pojęć wprawdzie są zawarte w § 2 WU, jednak są to definicje otwarte i w ocenie Odwołującego nie pozwalają na jednoznaczne

określenie, co dokładnie obejmuje przedmiot zamówienia. Zadania dodatkowe to według Zamawiającego 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. A zatem katalog robót zwanych zadaniami dodatkowymi jest katalogiem otwartym. Już w samym obrębie tego otwartego katalogu pojawia się kolejne niejasne pojęcie, nigdzie wprost niezdefiniowane, a mianowicie pojęcie zamówienia odrębnego. Również słowniczek zamieszczony w § 2 WU nie usuwa wątpliwości w tym zakresie. Zadanie inwestycyjne bowiem według definicji zamawiającego

jest to zbiór wszystkich kontraktów na roboty w ramach danego Projektu. Projekt natomiast według słowniczka zawartego w § 2 WU jest to zamierzenie inwestycyjne pn. POliŚ7.1-5.1 Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław-Poznań, Etap III, odcinek Czempiń-Poznań, współfinansowane ze środków UE, której zakres określony został w umowie o dofinansowanie. Wykonawca usługi nadzoru nie ma i nie może mieć wiedzy na temat tego, jaką wartość osiągnie suma wszystkich kontraktów na roboty budowlane zawartych w ramach Projektu. Z zapisów SIWZ wynika natomiast, że w ramach przedmiotu zamówienia ma świadczyć nadzór nad jakimiś usługami o wartości nieprzekraczającej 10% sumy wartości tych kontraktów. Przedmiot zamówienia obejmuje także nadzór m.in. nad czynnościami faktycznymi wykonawców robót i to bez względu na podstawę tych czynności, ze szczególnym uwzględnieniem, że nadzór ma obejmować także bliżej niezdefiniowane „odrębne umowy". Wobec powyższego wyżej przytoczone postanowienia SIWZ nie pozwalają na jednoznaczne określenie (poza nadzorem nad 10 konkretnymi umowami wykonawczymi) przedmiotu ogłaszanego zamówienia. Co za tym idzie pozostają w sprzeczności z ustawą Pzp i kwalifikują się do uchylenia.

Odwołujący zaskarżył także jedno z kryteriów oceny ofert, tj. kryterium 2 (pkt 19.9 IDW). Za kryterium oceny ofert przyjęto bowiem skalę deklarowanego zobowiązania wykonawcy do świadczenia usług ponad przedmiot zamówienia. Wyższy zakres gotowości wykonawcy do świadczenia ponad przedmiot zamówienia pozwala na uzyskanie wyższej punktacji. Trudno uznać tak określone kryterium za odnoszące się do samego przedmiotu zamówienia, jak tego wymaga naruszony przepis ustawy. Dodatkowo punktowane zobowiązanie wykonawcy nie przekłada się ani na podniesienie jakości usługi będącej przedmiotem zamówienia, ani na jej funkcjonalność, optymalizację itd. Co jednak najważniejsze, dodatkowa punktacja ma być przyznawana za zobowiązanie hipotetyczne, ponieważ w chwili obecnej zarówno potrzeba, jak i ewentualny zakres robót dodatkowych i uzupełniających w ogóle nie są znane. Tym samym danej ofercie zostanie przyznana

dodatkowa ilość punktów za zobowiązanie, którego wykonawca w przyszłości być może nie będzie w ogóle realizował.

Ponadto Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia Warunków Umowy:

- § 9 pkt 3 – w zakresie przewidującym dla Zamawiającego uprawnienie do jednostronnego żądania zwiększenia liczebności Personelu, w sytuacji stwierdzenia opóźnień w realizacji Kontraktu (bez względu na przyczynę opóźnień) i towarzyszące temu zapisowi zastrzeżenie kary umownej z tytułu niezastosowania się przez Wykonawcę do takiego polecenia (§ 13 pkt 1), a wszystko pomimo poczynionego założenia w § 9 pkt 1 WU, iż zapewnienie przez wykonawcę personelu w liczebności i o kwalifikacjach określonych w OPZ gwarantuje wykonanie usługi z najwyższą starannością;
- § 16 pkt 2 przewidujący zastrzeżenie wymogu wyrażenia zgody przez Zamawiającego na cesję wierzytelności wykonawcy – z jednoczesnym brakiem zastrzeżenia wymogu zgody wykonawcy na cesję wierzytelności dokonywaną ewentualnie przez zamawiającego;
- § 16 pkt 3 przewidujący wyłączenie możliwości potrącenia ustawowego wierzytelności przez Wykonawcę, z jednoczesnym zapisem § 13 pkt 6 statuującym, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do dokonywania potrąceń wierzytelności wobec wykonawcy;
- § 19 pkt 6 przewidujący roszczenie regresowe zamawiającego do wykonawcy w pełnej wysokości jaką zamawiający zostanie obciążony przez podmiot trzeci – bez zaistnienia jakiejkolwiek winy wykonawcy w tym stanie rzeczy.

Odwołujący podniósł, że ograniczenia swobody kontraktowej wynikające z obowiązku udzielania zamówień w trybie ustawy Pzp mają na celu zapewnienie jak najbardziej efektywnego i optymalnego wydatkowania środków pieniężnych m.in. przez zapewnienie jak najszerszej konkurencji, eliminację patologii polegających na zawyżaniu wartości zamówień, udzielaniu ich podmiotom niezdolnym do ich wykonania itd. Nie istnieje natomiast żadne uzasadnienie normatywne ani aksjologiczne dla wykorzystywania tego trybu do zawierania umów o treści sprzecznej z powszechnie przyjętymi w obrocie dobrym obyczajami, z poszanowaniem zasad współżycia społecznego, czy zapewnieniem w miarę istniejących możliwości równej pozycji stronom stosunku prawnego. Zaskarżone postanowienia naruszają zasady wynikające z Kodeksu cywilnego, w szczególności zasadę swobody

kontraktowej (w zakresie nieograniczonym ustawą Pzp). Zakwestionowane postanowienia SIWZ w sposób oczywiście nieuzasadniony celem zamówienia kształtują stosunek prawny, w którym Zamawiający miałby być stroną ewidentnie silniejszą, z dużo szerszym wachlarzem instrumentów prawnych oddziaływania na wykonawcę. W ocenie Odwołującego taki rozkład

wzajemnych praw i obowiązków nie przyczyni się do sprawnej i efektywnej realizacji umowy o zamówienie publiczne, a wręcz odwrotnie stanowi o naruszeniu przepisu art. 139 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenia zaskarżonych zapisów SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy Safege S.A.S. oraz Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt KIO 2010/15

W dniu 14 września 2015 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z wniósł odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 2, 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 353 1 k.c.
Nieprecyzyjne określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazał, że zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad wskazanym zadaniem inwestycyjnym będzie odbywało się poprzez zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad 10 Kontraktami wskazanymi w pkt 2.2.2 OPZ. Usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przy tym dla każdego Kontraktu w 2 Etapach:

- Etap 2 – realizacja prac projektowych i Robót – realizowany będzie od dnia wskazanego w wydanym przez Zamawiającego poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2 do zakończenia wykonywania Robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia),
- Etap 3 – w okresie gwarancji i zgłaszania wad – od zakończenia wykonania Robót do zatwierdzenia Raportu Zamknięcia, lecz nie dłużej niż 5 lat (pkt 3.1. SIWZ - IDW).

Jak wynika z powyższego, datą rozpoczęcia świadczenia usługi względem danego Kontraktu będzie data wskazana przez Zamawiającego w poleceniu rozpoczęcia Usługi. Odwołujący podniósł, że zapisy SIWZ określające termin wykonywania przedmiotu umowy (datę początkową świadczenia usługi) są nieprecyzyjne. Na obecnym etapie postępowania wykonawcy nie mają bowiem żadnych informacji wskazujących, kiedy w rzeczywistości rozpoczną świadczenie poszczególnych Usług na rzecz Zamawiającego, czy będzie to za kilka, kilkanaście miesięcy, a może kilka lat. Odwołujący przyznał, że postępowania zmierzające do wyboru przez Zamawiającego wykonawców robót w ramach poszczególnych Kontraktów są na różnym etapie, przez co sam Zamawiający nie do końca ma wiedzę odnośnie tego, kiedy będzie mógł wydać polecenia rozpoczęcia świadczenia usługi nadzoru. Jeśli jednak wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają złożyć porównywalne

oferty – wycenić ten sam przedmiot zamówienia – Zamawiający powinien określić w SIWZ pewną cezurę czasową w tym zakresie, wskazując przykładowo, że polecenie rozpoczęcia ostatniej z usług zostanie wydane przez niego nie później niż (tu Zamawiający powinien określić ilość miesięcy) od zawarcia umowy z wykonawcą usługi nadzoru. Odwołujący podniósł, że w praktyce zamawiający potrafią zwlekać nawet latami z wydaniem polecenia rozpoczęcia świadczenia usługi nadzoru, zaś wykonawca, który jest zobowiązany do wykonania takiej usługi musi w całym tym okresie pozostawać w gotowości do świadczenia usługi, m. in. poprzez zagwarantowanie sobie dostępności personelu dedykowanego do świadczenia usługi, w tym wskazanego w ofercie, ponosząc z tego tytułu określone koszty. Ponadto, niejednokrotnie rozpoczęcie świadczenia usługi po latach od złożenia oferty, prowadzi do takiej sytuacji, że wykonawca usługi ponosi zgoła odmienne koszty od tych, jakie kalkulował w dacie składania oferty. Dodatkowo, w świetle zapisów SIWZ odnoszących się do wynagrodzenia, wykonawcy składający ofertę w niniejszym postępowaniu nie mają także wiedzy odnośnie tego, jak długo będą świadczone usługi składające się na Etap 2. W przypadku Etapu 3, Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że usługi będą w tym Etapie świadczone nie dłużej niż 5 lat. Zastrzeżenie takie nie pojawia się natomiast w przypadku

Etapu 2. Przeciwnie, w tym przypadku Zamawiający konsekwentnie posługuje się określeniem „przewidywany czas realizacji dla każdego z Kontraktów", wskazując jedynie, że Etap 2 realizowany jest od dnia wskazanego w wydanym przez Zamawiającego poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2 do zakończenia wykonywania Robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia), a więc przez okres niezależny od przewidywań Zamawiającego, a w § 3 ust. 2 WU podano, ile Zamawiający „przewiduje" miesięcy świadczenia Usługi względem poszczególnych Kontraktów, z podziałem na Okres podstawowy i Okres wydłużony. Jednocześnie jednak w § 3 ust. 3 WU Zamawiający podkreśla, że terminy wskazane wyżej, z 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.

Odwołujący podniósł, że określenie terminu końcowego realizacji usług w ramach Etapu 2 poprzez wskazanie, że usługi mają być realizowane do zakończenia wykonywania Robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia) pozostaje określeniem nieprecyzyjnym. Wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie nie tylko nie znają nawet przybliżonej daty wystawienia Świadectwa Przejęcia dla określonych robót budowlanych (skoro m. in. 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 zdarzenie wskazujące na rzekomy termin końcowy Etapu 2 – wystawienie Świadectwa Przejęcia – w ogóle nastąpi. Jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, nie można bowiem wykluczyć np. takiej sytuacji, że po odstąpieniu Zamawiającego od umowy na roboty budowlane zawartej z jednym wykonawcą, Zamawiający czasowo zawiesza realizację części robót budowlanych, przez co zakres robót budowlanych powierzanych kolejnemu wykonawcy zmniejsza się. W tej przykładowej sytuacji, nawet zakończenie robót (wystawienie Świadectwa Przejęcia dla kolejnego wykonawcy robót budowlanych) nie zwalniałoby wykonawcy usługi zarzadzania i nadzoru ze zobowiązania względem Zamawiającego, bowiem Świadectwo Przejęcia nadal nie dotyczyłoby zakresu robót pierwotnie objętego zobowiązaniem wykonawcy usługi zarządzenia i nadzoru. Odwołujący podniósł, że 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.

Zdaniem Odwołującego, brak wiedzy co do końcowego terminu realizacji przedmiotu zamówienia (określonego choćby poprzez wskazanie maksymalnego okresu świadczenia Usługi względem każdego z Kontraktów) 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 Etapu 2. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, jeśli uwzględni się wprowadzone przez Zamawiającego zasady ustalania wynagrodzenia wykonawcy Usługi. I tak:

- Załącznik nr 1 do IDW pkt 1 – całkowita cena ofertowa składać się będzie z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów. Na całkowitą cenę ofertową dla każdego z Kontraktów składa się: wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 – realizacji prac projektowych i Robót dla Kontraktu, wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 – w okresie gwarancji i zgłaszania wad, nie niższe niż 3 % i nie wyższe niż 10 % wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu;
  § 4 ust. 3 WU – 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 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.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w Tabeli 2 załącznika 1 do IDW, z której 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. Ponadto rozwiązanie to przerzuca w całości ryzyko związane z wydłużeniem okresu realizacji robót na wykonawcę Usług.

Odwołujący podniósł, że dodatkowa trudność wiąże się ze sposobem opisania przedmiotu zamówienia. Zamawiający w § 3 ust. 2 WU podał wprawdzie „przewidywany" czas realizacji poszczególnych Kontraktów z podziałem na Okres podstawowy i Okres przedłużony, niemniej w ust. 3 zawarł następujące stwierdzenie: terminy wskazane w ust. 2, z wyjątkiem wskazanego okresu realizacji Etapu 3, są terminami szacunkowymi i w zależności od potrzeb, mogą ulec wydłużeniu lub skróceniu. Skoro więc 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.

Odwołujący wskazał, że ryzyka, o którym mowa powyżej nie niwelują zapisy § 5 ust. 7 i 8 WU, które wprawdzie zawierają gwarancje wypłaty dla wykonawcy Usługi całego wynagrodzenia stałego i zmiennego za okres podstawowy, gdyż „gwarancja" ta dotyczy tylko w przypadku, gdy Roboty na danym Kontrakcie zostaną zakończone przed planowanym terminem wykonania, przy jednoczesnej realizacji całego zakresu rzeczowego Robót.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

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 oraz maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie 2,

określenie zamkniętego katalogu sytuacji, w których Zamawiający będzie uprawniony do − skrócenia i wydłużania Okresu podstawowego i Okresu przedłużonego w ramach Etapu 2 z jednoczesną gwarancja, 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.

Objęcie przedmiotem zamówienia nadzoru nad zamówieniami dodatkowymi

Odwołujący podniósł kwestię związaną z wyceną kosztów wykonania zadań dodatkowych. Wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 37 WU zadania dodatkowe to 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. Stosownie do zapisu pkt 4.1.1.19 OPZ, Wykonawca w ramach Wynagrodzenia jest zobowiązany do wykonywania obowiązków wynikających z Umowy w zakresie zadań dodatkowych; tj. o wartości łącznej nieprzekraczającej 10% wartości Zadania Inwestycyjnego, z zastrzeżeniem pkt. 5 Formularza Ofertowego, łącznie dla wszystkich Kontraktów, w tym także Kontraktów będących podstawą realizacji Zadań 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, to stwierdzić należy, 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 uniemożliwiania skalkulowania kosztów wykonania przedmiotu własnego zamówienia.

Odwołujący przyznał, że Zamawiający ograniczył wprawdzie zakres zobowiązania wykonawcy Usługi do zarzadzania i nadzoru nad zadaniami dodatkowymi o wartości łącznej nieprzekraczającej 10% wartości zadania inwestycyjnego, niemniej ten sposób określenia zakresu Usługi jest nieprecyzyjny i nie pozwala na właściwą wycenę oferty. 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. Dodatkowo Zamawiający 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyłączenia 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.

Niejednoznaczne określenie ilości personelu wymaganego przez Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami pkt 3.1. ppkt 5 OPZ osoby wymienione w Ofercie w Zespole stałym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usług na Etapie 2, wyznaczonym poleceniem Zamawiającego, odrębnie dla każdego Kontraktu w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy. Szczegółowy sposób dostępności poszczególnych osób Personelu Wykonawcy określało będzie HPPI. Zgodnie z pkt 3.1.1. OPZ, w całym okresie realizacji Umowy, Wykonawca zapewni, dostępność poniżej wymienionego Personelu, niezbędnego do właściwej i sprawnej realizacji Usługi. Niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę więcej niż jednego stanowiska, na więcej niż jednym Kontrakcie w ramach Projektu. Z kolei zgodnie z pkt 3.1.1.2., na czas realizacji Robót, Inżynier zobowiązany jest utworzyć Zespół stały Etapu Realizacyjnego (ZsER) w składzie: Biura Inżyniera (ZsBI), które jest wspólne dla całości Robót objętych nadzorowanymi Kontraktami, Zespół Kontraktów torowych (ZsKT), który obsługuje Kontrakty 1,2,3,4,5,9,10, Zespół Kontraktów SRK (ZsKSRK), który obsługuje Kontrakty SRK nr 6,7,8 oraz koordynuje prace wszystkich zespołów z zakresie uzgodnieniowym i realizacyjnym branży SRK, Zespół przeglądu dokumentacji (Zpd) dla „projektuj i buduj", Zespól stały przeglądu dokumentacji (Zspd) oraz o Zespół zmienny Etapu Realizacyjnego (ZzER), który obsługuje całość Robót objętych nadzorowanymi Kontraktami.

W Tabelach podanych pod cytowanymi zapisami wskazane zostały przez Zamawiającego wymogi co do rodzajów specjalistów i liczby osób wchodzących w skład poszczególnych Zespołów. Zestawienie ze sobą cytowanych powyżej zapisów SIWZ,

prowadzi do powstania wątpliwości, czy skoro niedozwolone jest zajmowanie przez jedną osobę wiecei niż jednego stanowiska, na więcej niż jednym Kontrakcie w ramach Projektu, to czy przykładowo dla spełnienia wymagań SIWZ należy zatrudnić wymieniona wprost w Tabeli (1 osobę) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, do projektowania w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych wymieniona w Zespole

stałego przeglądu dokumentacji, czy konieczne będzie zatrudnienie 10 takich osób dla każdego Kontraktu. Ponadto nie wiadomo, czy przykładowo dwóch inżynierów materiałowych wymienionych jako skład zmiennego Etapu Realizacyjnego, to dwóch inżynierów dla wszystkich Kontraktów, czy po dwóch na Kontrakt. Wątpliwe jest również, czy mimo tego że Biuro Inżyniera jest wspólne dla całości Robót, to przykładowo wymaganego Kierownika zespołu przeglądu dokumentacji trzeba mieć jednego, czy odpowiednio 10.

Odwołujący wskazał powyższe wątpliwości jako przykładowe, gdyż zbliżone wątpliwości dotyczą każdej osoby wskazanej w tabelach. Odwołujący podniósł, że wskazane postanowienia SIWZ są niespójne, wewnętrznie sprzeczne i niejednoznaczne, przez co opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny oraz że gdyby przyjąć konieczność multiplikowania liczby poszczególnych specjalistów dla każdego Kontraktu, to taki opis przedmiotu zamówienia w rzeczywistości byłby opisem utrudniającym uczciwą konkurencję. Odwołujący wskazał, że zgodnie z OPZ przedstawiona lista Personelu Wykonawcy nie jest wyczerpująca, stanowi minimalne wymagania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć liczbę Personelu samodzielnie oraz na wezwanie Zamawiającego, jeżeli wymagana liczba minimalna nie zapewnia sprawnej realizacji Usługi. Uznanie przez Zamawiającego za minimalny zespół tak wielu specjalistów, ograniczałoby dostęp do zamówienia wykonawcom. Chodzi bowiem o wysoko wyspecjalizowany personel i to w sytuacji, gdy wymóg taki nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Część specjalistów może bowiem zarządzać i nadzorować kilka Kontraktów jednocześnie, dając przy tym gwarancję należytego wykonania Usług.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Personelu wchodzącego w skład Zespołu stałego Inżyniera na innych zadaniach i dla innych podmiotów za zgodą Zamawiającego przy spełnieniu warunków określonych Umową. Powyższy zapis dotyczy oddzielnie każdego Kontraktu. Z kolei w § 9 ust. 7 i 8 WU, do którego odwołuje się postanowienie punktu 3.1. ppkt 5 OPZ, stwierdza się: Zamawiający zastrzega, iż osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia bez pisemnej zgody Zamawiającego. Zamawiający wyrazi zgodę na dodatkowe zatrudnienie osób z Zespołu Stałego, na pisemny umotywowany wniosek

Wykonawcy, gdy: zatrudnienie to dotyczy świadczenia usług na innym kontrakcie, zatrudnienie to nie powoduje konfliktu interesów z Usługą świadczoną na rzecz Zamawiającego i nie będzie negatywnie wpływać na ciągłość nadzoru i jakość wykonywanej Usługi, a jednocześnie Wykonawca wykaże zaangażowanie tej osoby w realizacji Usługi w czasie i wymiarze nie krótszym niż określony w OPZ i HPPI.

Odwołujący podniósł, że odwołanie się nie tylko do HPPI (Harmonogram Prac Personelu Inżyniera dla Kontraktu), ale i do zapisów OPZ, powoduje, że zgoda na zatrudnienie osób z Zespołu Stałego przy innych zadaniach będzie możliwa tylko przy spełnieniu wymogu, że dany członek personelu będzie świadczył Usługę w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy (pkt 3.1. ppkt 5 OPZ). W praktyce zapis ten uniemożliwia skierowanie personelu do innych zadań, co utrudnia konkurencję i nie ma uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia ilości minimalnej Personelu Inżyniera oraz wskazania 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. Nieprecyzyjne określenie wymogów dotyczących liczby biur

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.2. ppkt 1 OPZ, inżynier jest zobowiązany zorganizować na własny koszt biuro/biura odrębne dla każdego Kontraktu na terenie budowy lub w jej bezpośrednim sąsiedztwie, w odległości nie większej niż 20 km od środka linii kolejowej realizowanego Kontraktu, gwarantujące sprawny nadzór nad realizacją Umów na Roboty. Jedynie w przypadku realizacji odrębnie wydzielonego Kontraktu obejmującego branże sterowania ruchem kolejowym (SRK) dla całego Zadania inwestycyjnego, zgodnie z ppkt 4, Inżynier może wyznaczyć dla tego Kontraktu wspólne biuro z biurem głównym lub innym biurem kontraktowym. Z kolei w ppkt 9 wymienia się wymagania, jakie mają spełniać „biura Inżyniera wyznaczone dla pozostałych Kontraktów", w tym wskazuje się na ich minimalną wielkość, wyposażenie, ilość miejsc postojowych. W świetle tego postanowienia

Biura Inżyniera wyznaczone dla pozostałych Kontraktów nie mogą być wykorzystywane inaczej niż na cele związane z realizację Umowy. Inżynier ubezpieczy je i zapewni ochronę.

Odwołujący podniósł, że wątpliwości nasuwa, jakie znacznie ma pierwsze zdanie pkt 3.2. ppkt 1 OPZ (Inżynier jest zobowiązany zorganizować na własny koszt biuro/biura odrębne dla każdego Kontraktu a w zasadzie użyte w nim sformułowanie „biuro/biura). Jeżeli bowiem celem Zamawiającego było to, by dla każdego Kontraktu zapewnić tylko jedno biuro, to sporne zdanie winno brzmieć: Inżynier jest zobowiązany zorganizować na własny koszt biuro odrębne dla każdego Kontraktu. Użycie przez Zamawiającego sformułowania

„biuro/biura" (liczba mnoga) sugeruje, że na etapie realizacji Usługi Zamawiający będzie mógł oczekiwać zorganizowania na potrzeby jednego Kontraktu więcej niż jednego biura. Wątpliwości w tym zakresie powodują, że wykonawca nie może w sposób rzetelny wycenić oferty.

Odwołujący podniósł, że wymóg posiadania odrębnych biur dla każdego Kontraktu jest wymogiem, który nie ma odzwierciedlenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i prowadzi wyłącznie do istotnego wzrostu kosztów wykonywania Usług, przez co utrudnia uczciwą konkurencje w niniejszym postępowaniu. Mając na uwadze zakres niezbędnego wyposażenia biura oraz fakt, że wykonawca musi dodatkowo posiadać biuro główne, któremu stawiane są jeszcze dalej idące wymogi co do wielkości i wyposażenia, to koszty związane z zapewnieniem odpowiednich biur będą stanowić istotną część kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto w przypadku, gdy część Kontraktów nie będzie w Etapie 2 realizowana wcale lub Etap ten jest w ich przypadku bardzo krótki, to nie ma żadnego uzasadnienia by dla takich Kontraktów stawiać wymóg osobnego biura o parametrach takich samych, jak dla Kontraktów, gdzie przez wiele miesięcy będzie trwał etap nadzoru nad wykonywaniem Robót. Podobnie, trudno znaleźć uzasadnienie dla tak daleko idących wymogów w sytuacji, jeśli potwierdzi się możliwy do wyprowadzenia z zapisów OPZ wymóg, by część personelu była wspólna dla kilku Kontraktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia minimalnej liczby biur, przy jednoczesnym dopuszczeniu łączenia biur przewidzianych do obsługi Kontraktów. Niedookreślenie wymogów w zakresie prowadzenia Listy obecności personelu

Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ dotyczące Listy obecności są nieprecyzyjne. Wskazał, że zgodnie z pkt 3.2. ppkt 3 OPZ lista obecności jest prowadzona odrębnie dla danego Kontraktu, Wykonawca jest zobowiązany do jej prowadzenia i przechowywania w biurze przypisanym do danego Kontraktu. Z kolei zgodnie z pkt 4.1. ppkt 10 OPZ, Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia codziennej Listy obecności. Zamawiający zastrzega sobie prawo do możliwości weryfikacji Listy obecności Inżyniera w każdym przypadku, w którym uzna to za konieczne. W myśl § 5 WU, podstawą rozliczania Wynagrodzenia za realizację Etapu 2 dla poszczególnych Kontraktów, z zastrzeżeniem ust. 9, będzie zatwierdzenie Raportu miesięcznego za dany miesiąc rozliczeniowy, sporządzony zgodnie z pkt 5.3 OPZ oraz Listą obecności za dany miesiąc (ust. 10). Wykonawca, po zatwierdzeniu Raportu miesięcznego, wystawi Zamawiającemu fakturę, obejmującą pozycje z Wynagrodzeniem dla każdego z Kontraktów oraz odrębnie szczegółową kalkulację Wynagrodzenia, zgodną z zapisami niniejszej Umowy oraz Listą obecności za dany miesiąc (ust. 12). Zgodnie z § 9 ust. 13 WU świadczenie Usługi przez Personel na Etapie 2 będzie

potwierdzane Listą obecności. Lista obecności obejmuje świadczenie Usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy i powinna być uzupełniana systematycznie, poprzez dokonanie własnoręcznego podpisu przez członka Personelu w wyznaczonym miejscu dokumentu, w każdym dniu jego obecności. Lista powinna znajdować się w biurze danego Kontraktu. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wglądu i weryfikacji Listy obecności w każdym czasie. Odwołujący wskazał również, że § 13 ust. 1 WU przewiduje kary umowne związane z nieobecnościami oraz niesystematycznym prowadzeniem List obecności i uniemożliwienie Zamawiającemu wglądu w te listy i ich weryfikacji.

Odwołujący podniósł, że z SIWZ 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 oraz czy

wymóg ten dotyczy personelu „minimalnego", 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. Dodatkowo wymóg dołączania Listy do Raportu miesięcznego, stanowiącego podstawę do rozliczeń miedzy stronami, wydaje się być zbyt wygórowany, skoro rozliczenie pomiędzy stronami nie jest dokonywane poprzez odniesienie np. do liczby przepracowanych przez członków personelu dni.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia wymagań stawianych Wykonawcy usługi w związku z prowadzeniem Listy obecności personelu.

Kary umowne

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w § 13 ust. 1 WU przewidział podwójne kary za tożsame naruszenia, tj.:

- Pkt 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;
- Pkt 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.

Odwołujący wskazał, że z jego doświadczeń 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.

Dalej Odwołujący wskazał na karę umową z pkt 23 – za nieprawidłowe potwierdzenie kwoty, która bezspornie jest należna Wykonawcy Robót – 0,02 % Wynagrodzenia całkowitego brutto (4,1.2.5 OPZ). Po pierwsze, z cytowanego fragmentu WU nie wynika, jaka będzie wysokość kary (tj., czy będzie liczona od wartości Umowy, czy wartości nieprawidłowo zrealizowanych Robót), po drugie, wzorzec umowy FIDIC, na którym realizowane są nadzorowane umowy na roboty budowlane przewiduje system korekty Przejściowych Świadectw 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.

Odwołujący podniósł, że również kara umowna przewidziana w pkt 26, nie jest karą przewidzianą na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Kara ta naliczana jest za niezasadne potwierdzenie gotowości obiektu do odbioru skutkujące niemożnością odbioru (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 umowna, stoi w sprzeczności z przebiegiem procesu budowlanego, jaki ukształtowany jest poprzez wzorce umów FIDIC, które mają zastosowanie w niniejszej sprawie.

Odwołujący zakwestionował również postanowienie § 13 ust. 3 WU, zgodnie z którym za każdy inny stwierdzony przypadek nieterminowego wykonania lub niewykonania 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia wskazanych w treści odwołania postanowień WU odnoszących się do kar umownych, ewentualnie doprecyzowania postanowień WU odnoszących się do kar umownych w taki sposób, by wykonawcy mieli wiedzę, jakie sytuacje mogą skutkować naliczeniem kar umownych.

Wysokość ubezpieczenia kontraktu

Odwołujący wskazał, że 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 na jedno i wszystkie zdarzenia/wypadki w okresie ubezpieczenia.

Odwołujący podniósł, że z jego doświadczeń wynika, że w przypadku umów na zarzadzanie 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ustalenia wartości ubezpieczenia w wysokości maksymalnej wartości wynagrodzenia Wykonawcy usługi z tytułu umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieprzekazanie wykonawcom Warunków Szczególnych Kontraktu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2.2.1 lit. a OPZ celem niniejszego zamówienia jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Zadania Inwestycyjnego, w szczególności pełnienie funkcji Inżyniera zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC oraz Umową. W pkt 4.1. ppkt 14 OPZ podkreśla się natomiast, że usługa Inżyniera będzie obejmować czynności przypisane Inżynierowi w „Warunkach Kontraktu na budowę dla Robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez zamawiającego" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 i/lub w „Warunkach Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz Robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Wykonawcę" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 i w terminach tam wskazanych. Powyższe postanowienia OPZ zestawić należy z postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 27 WU, w którym zawarta jest definicja pojęcia „SWK". Zgodnie z tą definicją SWK to Szczególne Warunki Kontraktu zgodnie z definicją FIDIC – uzupełniają, poprawiają jak również wprowadzają dodatkowe klauzule specjalne do OWK. W razie jakiejkolwiek rozbieżności pomiędzy odpowiadającymi sobie Klauzulami Warunków Ogólnych i Warunków Szczególnych, będą

obowiązywać postanowienia zawarte w Warunkach Szczególnych. Postanowienia klauzul w zakresie nie zmienionym w Warunkach Szczególnych będą obowiązywać w formie podanej w Warunkach Ogólnych. Postanowienia klauzul skreślonych w całości lub części w Warunkach Szczególnych Kontraktu nie obowiązują w tym zakresie w Kontrakcie i nie wiążą Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że SWK w sposób istotny determinują zakres obowiązków ciążących na Wykonawcy usługi. Tymczasem Warunki te, w odniesieniu do poszczególnych nadzorowanych Kontraktów, nie zostały przez Zamawiającego dołączone do dokumentacji postępowania. 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przekazania wykonawcom Warunków Szczególnych Kontraktu (SWK) dla poszczególnych Kontraktów.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.5.1 IDW Zamawiający wymaga, by osoby wskazane do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru (we wskazanych w tym punkcie specjalnościach) dysponowały uprawnieniami do projektowania lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności. Tymczasem w świetle przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (art. 13 ust. 3 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt 3 i 4) oraz aktów wykonawczych do niego, osoby wykonujące wskazaną funkcję winny dysponować uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi (lub do projektowania i kierowania robotami budowlanymi).

Ponadto Odwołujący podniósł, że zapisy pkt 8.5.1. IDW są nieprecyzyjne, jeśli chodzi o liczbę wymaganych osób do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz geodety. W pierwszym przypadku, Zamawiający stanowisko to w pkt 8.5.1. IDW wymienia dwukrotnie – raz wymagając jednej osoby, raz dwóch. Z kolei w drugim wypadku, w wierszu 19 znalazł się zapis „Geodeta – 4 osoby 1 osoba". Wobec takiej redakcji zapisów IDW, wątpliwe staje się, czy podane w pkt 8.5.1. ilości sumować, czy raczej przyjąć, że tylko jedna z nich jest prawidłowa, przy czym przyjęcie drugiej z tych możliwości rodzi pytanie o to, która z dwóch wartości jest prawidłowa. Gdyby przyjąć, że wymóg IDW należy odczytywać, jako wymóg zsumowania podanych ilości, to taki wymóg byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w odniesieniu do następujących stanowisk zawarł w pkt 8.5.1 IDW wymogi dotyczące doświadczenia, przy czym wskazał okres, z którego wymagane doświadczenie ma pochodzić:

- Inżynier Projektu – z ostatnich 7 lat,
- Inżynier Rezydent – Kontrakty Torowe – z ostatnich 7 lat,
- Inżynier Rezydent – Kontrakty SRK – z ostatnich 7 lat,
- Koordynator Dostępu do Torów – z ostatnich 10 lat,
- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (2 osoby) – z ostatnich 5 lat,
- Zespół przeglądu dokumentacji (pkt 20) – z 5 lat,
- Osoba posiadająca uprawienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt 21) – z ostatnich 5 lat.

Odwołujący podniósł, że pojawiający się w cytowanych postanowieniach IDW wymóg, by osoba dedykowanego 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 „granicę” 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wprowadzenia wymogu posiadania przez osoby dedykowane do pełnienia funkcji − inspektorów nadzoru uprawień do nadzorowania robót budowlanych,
- doprecyzowania liczby osób wymaganych celem spełnienia warunków udziału − w postępowaniu,
- dopuszczenia legitymowania się przez osoby wskazywane celem wykazania spełnienia − warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem zdobytym nie tylko w ciągu „ostatnich” lat.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawcy zainteresowani udziałem − w postępowaniu spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze − środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej

dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Sygn. akt KIO 2002/15

Odnosząc się do odwołania wniesionego przez Firmę Menadżersko Konsultingową KOLMEN Sp. z o.o. Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na niedostatecznie precyzyjne sformułowanie żądań przez Odwołującego. Należy bowiem podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), jednak w sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz SIWZ istotne znaczenie ma treść żądania odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Izba nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Odwołujący sformułował jedno ogólne żądanie uchylenia postanowień objętych odwołaniem. Tak sformułowane żądanie jest nieadekwatne do większości podniesionych zarzutów, które pośrednio wskazują na dążenie do nadania zaskarżonym postanowieniom nowego brzmienia, które jednak w odniesieniu do większości zarzutów nie zostało nawet ogólnie czy kierunkowo sformułowane we wnioskach odwołania.

Niezależnie od powyższego, merytoryczna ocena podniesionych zarzutów prowadzi

do wniosku o ich niezasadności.
Obowiązek udokumentowania wykonania usługi nadzoru o wartości co najmniej 6.000.000 zł, która doprowadziła co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia, protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 8.5 IDW, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 6.000.000,00 PLN brutto, polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia

(protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 100.000.000,00 PLN brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dowody potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Zamawiający zdefiniował wykonanie usługi jako doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Odnosząc się do powyższego wymogu w pierwszej kolejności wskazać należy, że opisanie warunków udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który w wykonywaniu tej kompetencji ograniczony jest dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącą, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, formułując postanowienie punktu 8.5 IDW Zamawiający nie przekroczył granic przysługującej mu swobody, wyznaczonych przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Kwestionowany wymóg służy dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców mających doświadczenie w nadzorowaniu całego, pomyślnie zakończonego procesu budowlanego. Wymóg taki po pierwsze odpowiada przedmiotowi zamówienia, po drugie jest do tego przedmiotu proporcjonalny, zadaniem wykonawcy niniejszego zamówienia będzie bowiem świadczenie usługi nadzorowania robót do czasu ich zakończenia (wystawienia Świadectwa Przejęcia). Zgodzić należy się z Zamawiającym, że dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy świadczyli usługi nadzoru nad robotami z jakichś przyczyn niezakończonymi, nie daje pewności, że wykonawca legitymuje się takim doświadczeniem, które daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie sposób również dopatrzeć się w działaniu Zamawiającego naruszenia przepisów art. 25 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Izba ustaliła, że zgodnie punktem 20.11 IDW, zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie zwrócone lub zwolnione w 70 % wysokości Wykonawcy w terminie 30 dni od zakończenia Etapu 2 – realizacji prac projektowych i Robót. Pozostałe 30 % Zabezpieczenia

wykonania Umowy zostanie zwrócone Wykonawcy nie później niż 30 dni od ukończenia Etapu 3 – okresu gwarancji i zgłaszania wad.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu po pierwsze podkreślić należy, że niezrozumiałe jest zarzucenie Zamawiającemu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który to przepis odnosi się do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, posiadania wiedzy

i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sytuacji ekonomicznej i finansowej). Odwołujący nie wskazał jednocześnie innych przepisów, z którymi jego zdaniem przedmiotowe postanowienie IDW miałoby być niezgodne i nie podjął próby wykazania tej niezgodności. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w niniejszej sprawie zawarta będzie jedna umowa, zatem Zamawiający miał prawo przewidzieć jedno zabezpieczenia należytego wykonania umowy i rozliczać je w odniesieniu do całej umowy. Dodatkowo Zamawiający przewidział zwolnienie 70% zabezpieczenia w terminie 30 dni od zakończenia etapu 2.
Niejednoznaczne określenia wartości zadań dodatkowych

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 4.1.1 ppkt 19 OPZ Wykonawca w ramach Wynagrodzenia jest zobowiązany do wykonywania obowiązków wynikających z Umowy w zakresie Zadań dodatkowych, tj. o wartości łącznej nieprzekraczającej 10% wartości Zadania inwestycyjnego, z zastrzeżeniem pkt. 5 Formularza Ofertowego, łącznie dla wszystkich Kontraktów, w tym także Kontraktów będących podstawą realizacji Zadań dodatkowych.

Izba nie dopatrzyła się w powyższym postanowieniu OPZ zarzucanej przez Odwołującego niejednoznaczności. W SIWZ wskazano precyzyjnie, że zadania dodatkowe nie przekroczą 10% wartości zadania inwestycyjnego. Pojęcia „zadania dodatkowe" i „zadanie inwestycyjne" zostały zdefiniowane w § 1 ust. 2 pkt 36 i 37 WU. Zgodnie z tymi definicjami zadania dodatkowe to 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. Zadanie inwestycyjne natomiast, to zbiór wszystkich Kontraktów na Roboty w ramach danego Projektu. Kontrakty składające się na zadanie inwestycyjne (tj. wszystkie kontrakty w ramach Projektu) zostały wskazane w punkcie 2.2.2 OPZ. Nie ma więc wątpliwości, że zadania dodatkowe będą przez wykonawcę wykonywane do 10% wartości

dziesięciu kontraktów wskazanych w dokumentacji postępowania. Powyższe definicje dają wykonawcom potrzebną do skalkulowania oferty wiedzę na temat zakresu zadań dodatkowych, do których nadzorowania będzie zobowiązany wykonawca usługi.
Kryterium oceny ofert

Izba ustaliła również, że Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: 1) cena (80%), 2) nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych powyżej wartości określonej w pkt 4.1.1.19 OPZ (10%), 3) wykonanie badań na rzecz Zamawiającego (10%) – pkt 19.9 IDW. W ramach kryterium 2 punkty będą przyznawane Wykonawcy, który w ramach realizacji Umowy przyjmie na siebie ryzyko wystąpienia robót dodatkowych i uzupełniających o wartości przekraczającej wskazaną w pkt 4.1.1.19 OPZ i będzie je nadzorował w ramach zadeklarowanego w Ofercie Wynagrodzenia. Punkty w tym kryterium będą przyznane w sposób następujący: nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 15% Zadania inwestycyjnego – 2 pkt, nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 20% Zadania inwestycyjnego – 5 pkt, nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% Zadania inwestycyjnego – 10 pkt.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Odnosząc się do powyższego po pierwsze stwierdzić należy, że przywołany wyżej przepis nie zawiera zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert. W związku z tym zamawiający może przewidzieć inne niż wprost wymienione w tym przepisie kryteria pozacenowe, z tym zastrzeżeniem, że powinny one być opisane w sposób zapewniający obiektywną, weryfikowalną ocenę ofert. Należy również stwierdzić, że kryteria te powinny być związane z przedmiotem zamówienia, co wynika z ich istoty.

W ocenie Izby przedmiotowe kryterium zostało opisane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem zakresu zadań dodatkowych i odpowiadającej im punktacji. Kryterium to odnosi się do gotowości zrealizowania przez wykonawcę ewentualnych świadczeń wykraczających poza obowiązkowe minimum, przy czym istnieje ścisły związek tego kryterium z przedmiotem

zamówienia. Wykonawcy, którzy zdecydują się zaoferować objęcie nadzorem zadań dodatkowych powyżej 10% wartości Zadania inwestycyjnego, będą musieli skalkulować ofertę z uwzględnieniem gotowości do ewentualnego wykonania tych świadczeń, jednak w ściśle określonych granicach. Fakt, że wykonawcy nie wiedzą, czy zadania dodatkowe w ogóle wystąpią i w jakim zakresie, nie jest okolicznością, która pozwalałaby uznać to kryterium za niezgodne z przepisami prawa (nieco podobna pod tym względem sytuacja

występuje w przypadku innych stosowanych w praktyce kryteriów, jak np. kryterium okresu gwarancji, kiedy to również nie ma pewności, czy świadczenia z tytułu gwarancji rzeczywiście będą miały miejsce, a wykonawca składając ofertę kalkuluje ryzyko konieczności wykonania takich świadczeń). Przyjęcie takiego kryterium oceny ofert nie sprawia, że złożone oferty będą nieporównywalne, każdy z wykonawców uwzględni bowiem w cenie oferty ryzyko wystąpienia zadań dodatkowych o określonej wartości, nie zaś zadań o nieznanym zakresie.

Uprawnienia Zamawiającego wynikające z umowy

Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił w SIWZ (WU) następujące postanowienia:

§ 9 ust. 3: W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego występowania opóźnień − w realizacji Kontraktu, jak też przypadków niedostatecznej ilości personelu dla terminowego i zgodnego z przyjętym zobowiązaniem wykonywania obowiązków umownych, Zamawiający będzie uprawniony do zażądania zwiększenia liczebności Personelu, o kwalifikacjach analogicznych do personelu już zaangażowanego dla realizacji Usługi celem terminowej realizacji Kontraktu oraz obowiązków umownych Wykonawcy. W takim przypadku, Zamawiający zwróci się do Wykonawcy w formie pisemnej, wraz z podaniem ilości i kwalifikacji oczekiwanego dodatkowego Personelu oraz wyznaczy termin podjęcia realizacji Usługi przez Personel dodatkowy, nie krótszy jednak niż 14 dni od dostarczenia żądania.

§ 16 ust. 2: Strony zgodnie ustalają, że wierzytelności Wykonawcy powstałe w wyniku − realizacji niniejszej Umowy nie mogą być przeniesione na osoby trzecie bez zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie, pod rygorem nieważności (art. 509 k.c. oraz art. 519 k.c.).

§ 16 ust. 3: Strony zgodnie ustalają, że wynikające z Umowy wierzytelności Wykonawcy − nie mogą być przedstawione do potrącenia ustawowego (art. 498 k.c.) z wierzytelnościami Zamawiającego.

§ 13 ust. 6: W przypadku gdy Zamawiający jest uprawniony do obciążenia Wykonawcy − karą umowną, należną mu kwotę może potrącić z dowolnej płatności należnej Wykonawcy lub żądać wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Wykonawca jest zobowiązany do składania wraz z Raportem miesięcznym o którym mowa w pkt. 5.3 OPZ wypełnionego Oświadczenia dotyczącego realizacji usługi, którego wzór stanowi Załącznik nr 8 do Umowy.

§ 19 ust. 6: W przypadku, gdy Zamawiający zostanie obciążony roszczeniami osób − trzecich w związku z realizacją niniejszej Umowy, przysługuje mu roszczenie regresowe

do Wykonawcy w pełnej wysokości, uwzględniającej również wynikłe z tego tytułu koszty.

Odnosząc się do uprawnienie do żądania zwiększenia liczebności personelu w pierwszej kolejności należy odwołać się do postanowienia § 9 ust. 1 WU, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Personelu w całym okresie realizacji Usługi, w liczebności i o kwalifikacjach wskazanych w OPZ, gwarantującego wykonanie Usługi z najwyższą starannością, na zasadach określonych w Umowie i OPZ, a wskazana w Umowie i OPZ liczebność Personelu stanowi minimalne wymaganiami i Wykonawca zobowiązany jest w zakresie Wynagrodzenia zapewnić dodatkowy Personel bez wezwania ze strony Zamawiającego w sytuacji gdy jest to niezbędne do prawidłowego wykonywania/wykonania Usługi. Z powyższego wynika, że liczebność i kwalifikacje personelu określone przez Zamawiającego stanowią wymagane minimum, a jednocześnie Wykonawca ma obowiązek zapewnić personel odpowiedni do należytego wykonania umowy. W § 9 ust. 3 WU Zamawiający zapewnił sobie narzędzie pozwalające wyegzekwować od

wykonawcy realizację tego obowiązku w sytuacji, gdy wykonawca nie wywiąże się z niego bez wezwania, stosownie do § 9 ust. 1 WU, a dopiero niezapewnienie należytej obsady kadrowej na wezwanie Zamawiającego skutkować będzie obowiązkiem zapłaty kar umownych. Takie ukształtowanie uprawnień Zamawiającego jest uzasadnione dbałością o należyte wykonanie umowy i nie stoi w sprzeczności w sprzeczności z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego, nie stanowi więc naruszenia art. 353^1 Kc.

W odniesieniu do postanowienia § 16 ust. 2 WU stwierdzić należy, że uzależnienie możliwości przeniesienia na osoby trzecie wierzytelności przysługującej wykonawcy jest zgodne z przepisami Kodeksu cywilnego, który w art. 509 § 1 dopuszcza możliwość zastrzeżenia umownego uniemożliwiającego przeniesienie wierzytelności bez zgody dłużnika (Wierzyciel *może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (przelew), chyba* że *sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania).*

W zakresie postanowienia § 16 ust. 3 WU, brak jest podstaw do zakwestionowania możliwości wyłączenia potrącenia wierzytelności Wykonawcy z wierzytelnościami Zamawiającego. Możliwość taka została potwierdzona przez Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 25 lipca 2013 r. (II CSK 191/13), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że dopuszczalne jest umowne wyłączenie prawa potrącenia wierzytelności jednej ze stron stosunku obligacyjnego, jeżeli nie sprzeciwia się to właściwości tego stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego (art. 353^1 KC). Odwołujący nie wykazał, aby przedmiotowe wyłączenie w jakikolwiek sposób przekraczało granice wyznaczone art. 353^1 KC.

Podobnie Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób postanowienia § 13 ust. 6 i § 19 ust. 6 WU miałyby przekraczać granice swobody umów. Odwołujący powołał się jedynie na bliżej nieokreślone obyczaje i zasady współżycia społecznego, nie wykazując żadnych okoliczności faktycznych świadczących o ich naruszeniu.

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutu dotyczącego wymagań w zakresie kwalifikacji inspektorów nadzoru. W związku z dokonaną przez Zamawiającego zmianą SIWZ Odwołujący oświadczył podczas rozprawy, że nie podtrzymuje powyższego zarzutu.

Sygn. akt KIO 2010/15

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutów dotyczących:

terminu rozpoczęcia świadczenia usług, −

− skracania i wydłużania okresu podstawowego i okresu przedłużonego,

minimalnej liczby personelu Inżyniera, −

niedookreślenia minimalnej ilości biur, −

liczby osób wymaganych na dane stanowisko i ich uprawnień. −

Z uwagi na dokonane przez Zamawiającego zmiany SIWZ Odwołujący oświadczył podczas rozprawy, że cofa powyższe zarzuty.

Pozostałe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Niedookreślenie maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa zarządzania i sprawowania nadzoru nad robotami modernizacyjnymi linii kolejowej E59, odcinek Czempin-Poznań. Na zadanie inwestycyjne będące przedmiotem usługi składa się 10 kontraktów (§ 2 ust. 1 Warunków umowy). Usługa będzie realizowana dla każdego Kontraktu w 2 Etapach:

Etap 2 – realizacji prac projektowych i Robót – realizowany będzie od dnia wskazanego − w wydanym przez Zamawiającego poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2, wydanego nie później niż 14 dni od dnia zawarcia umowy, określającego termin rozpoczęcia realizacji umowy, nie później niż w terminie 30 dni od jej zawarcia, do zakończenia wykonywania Robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia),

Etap 3 – w okresie gwarancji i zgłaszania wad – od zakończenia wykonania Robót do − zatwierdzenia Raportu Zamknięcia lecz nie dłużej niż 5 lat (pkt 3.1 IDW).

W § 3 ust. 2 Warunków umowy Zamawiający określił przewidywany czas realizacji usługi dla każdego z kontraktów.

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 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.

Zamawiający przewidział, że usługa niezakończona w tzw. okresie podstawowym będzie realizowana w okresie przedłużonym trwającym nie dłużej niż 50% okresu podstawowego (§ 3 ust. 2 WU). W obu tych etapach wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie stałe oraz wynagrodzenie zmienne, zależne od postępu prac. Ponadto – co istotne – w przypadku niezakończenia procesu budowlanego w okresie przedłużonym, wykonawca za usługę świadczoną po tym okresie będzie otrzymywał wynagrodzenie zmienne. Powyższe wynika wprost z tabeli nr 2 w załączniku nr 1 do IDW, zgodnie z którym wynagrodzenie zmienne, stanowiące 60% wynagrodzenia za etap 2, będzie wypłacane w całym okresie trwania usługi. Znajduje to również potwierdzenie w § 4 ust. 2 WU, zgodnie z którym wynagrodzenie zmienne przysługuje w całym okresie realizacji etapu 2. Zatem twierdzenie Odwołującego o braku wynagrodzenia w przypadku świadczenia usługi po okresie przedłużonym nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Przeciwnie, wynagrodzenie zmienne niepobrane we wcześniejszych okresach świadczenia usługi w związku z mniejszymi „przerobami", zostanie wypłacone w okresie, w którym te „przeroby" wystąpią. Tym samym możliwość przedłużenia się realizacji usługi poza okres przedłużony nie stanowi ryzyka, że usługa wykonywana będzie bez wynagrodzenia. Nie można więc mówić o naruszeniu zasady ekwiwalentności świadczeń. Wobec powyższego nie sposób również podzielić tezy Odwołującego o nieprecyzyjnym określeniu przedmiotu zamówienia i niemożliwości złożenia porównywalnych ofert, wykonawcy bowiem dysponują informacjami niezbędnymi do skalkulowania ofert.

Złożony przez Odwołującego aneks do umowy dotyczący innego zamówienia na potwierdzenie, że zdarzają się przypadki znacznego przedłużenia okresu realizacji robót nie stanowi dowodu, że takie ukształtowanie terminu zakończenia realizacji usługi narusza przepisy prawa. Zamawiający nie kwestionował, że w praktyce zdarzają się przypadki przedłużenia okresu realizacji robót, a złożony przez Odwołującego dowód potwierdza jedynie, że określenie terminu zakończenia usługi nadzoru datą jest w praktyce bardzo utrudnione oraz że powstaje wówczas stan niepewności co do dalszego wykonywania usługi nadzoru (konieczność aneksowania umowy).

Dodatkowo wskazać należy, że tak określony termin realizacji usługi i wynagrodzenia za poszczególne jej etapy, nie stwarzając po stronie wykonawców nadmiernego ryzyka, jest jednocześnie narzędziem motywującym wykonawców (którzy przecież poprzez sposób zarządzania kontraktami mają wpływ na ich sprawne zakończenie) i pomagającym zapobiegać nadmiernemu przedłużaniu się realizacji zadania inwestycyjnego.

Podsumowując, tak określony termin zakończenia usługi odpowiada specyfice przedmiotu zamówienia, znajduje usprawiedliwienie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i nie stwarza po stronie wykonawcy ryzyka konieczności świadczenia usługi bez wynagrodzenia.

Objęcie przedmiotem zamówienia nadzoru nad zadaniami dodatkowymi obejmującymi zamówienia dodatkowe

Uzupełniając argumentację przedstawioną w części uzasadnienia dotyczącej odwołania o sygn. akt KIO 2002/15 w odniesieniu do podobnego zarzutu, 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. Bezsporne jest, że zamówienia dodatkowe udzielane są w sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), jednak w SIWZ została wskazana wartość zadań dodatkowych (do których zaliczają się zamówienia dodatkowe), które wykonawca będzie miał obowiązek objąć świadczoną usługą. Zarzut nieprecyzyjnego opisania 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. Dodatkowo wskazać należy, że wykonanie zamówień dodatkowych będzie przynajmniej częściowo możliwe przy wykorzystaniu nakładów poniesionych dla „zakresu podstawowego" (np. brak konieczności zorganizowania i utrzymania kolejnego biura). Ponadto Odwołujący nie wykazał, że wykonanie zamówień dodatkowych może wymagać istotnego zwiększenia nakładów związanych ze zwiększeniem liczebności personelu.

W odniesieniu do kryterium oceny ofert dotyczącego zakresu zadań dodatkowych, które zostaną objęte nadzorem wykonawcy, aktualne są stanowisko i argumentacja Izby przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej odwołania o sygn. akt KIO 2002/15. Dodatkowo Izba wskazuje, że nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że przedmiotowe kryterium oceny ofert jest de facto kryterium cenowym. Nie świadczy o tym fakt, że gotowość do wykonania określonych świadczeń dodatkowych może przełożyć się na cenę oferty. Podobna zależność występuje również w przypadku innych stosowanych w praktyce kryteriów oceny ofert, co nie pozbawia ich charakteru kryterium pozacenowego. Nie można zaprzeczyć, że skoro przedmiotem zamówienia jest pełnienie usługi nadzoru nad realizacją określonego zadania inwestycyjnego, to oferta obejmująca objęcie usługą nadzoru większego zakresu ewentualnych zadań dodatkowych związanych z tym zadaniem inwestycyjnym jest z punktu widzenia Zamawiającego korzystniejsza z powodów niezwiązanych z ceną, ze względu chociażby na zapewnienie ciągłości nadzoru nad całością robót i brak konieczności odrębnego zlecania nadzoru nad zadaniami dodatkowymi, co z kolei ma wpływ na sprawny przebieg i czas trwania całego procesu inwestycyjnego. Ograniczenie możliwości podejmowania zajęć dodatkowych przez personel Inżyniera

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 3.1 ppkt 5 OPZ, osoby wymienione w Ofercie w Zespole stałym Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji Usług na Etapie 2, wyznaczonym poleceniem Zamawiającego, zgodnie z opisem w punkcie 3.1.1.2 w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy. Szczegółowy sposób dostępności poszczególnych osób Personelu Wykonawcy określało będzie HPPI. Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Personelu wchodzącego w skład Zespołu stałego Inżyniera na innych zadaniach i dla innych podmiotów za zgodą Zamawiającego przy spełnieniu warunków określonych Umową. Powyższy zapis dotyczy oddzielnie każdego Kontraktu. Zgodnie z § 9 ust. 7 WU, Zamawiający zastrzega, iż osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie trwania Etapu 2 dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania

takiego zajęcia bez pisemnej zgody Zamawiającego. Z kolei § 9 ust. 8 WU stanowi, że 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 i nie będzie negatywnie wpływać na ciągłość nadzoru i jakość wykonywanej Usługi, a jednocześnie Wykonawca wykaże zaangażowanie tej osoby w realizacji Usługi w czasie i wymiarze nie krótszym niż określony w OPZ i HPPI.

Odnosząc się do powyższego przede wszystkim podkreślić należy, że Zamawiający nie wyłączył możliwości dodatkowego zatrudnienia osób stanowiących personel Zespołu Inżyniera, a jedynie ograniczył tę możliwość warunkiem uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający określił katalog przesłanek, których spełnienie skutkować będzie wyrażeniem zgody na dodatkowe zatrudnienie. Przesłanki te sprowadzają się do zapewnienia, że osoby wchodzące w skład Zespołu będą faktycznie pracować w przy wykonywaniu zamówienia oraz do zagwarantowania, że dodatkowe zatrudnienie nie przyniesie uszczerbku zadaniom realizowanym na rzecz Zamawiającego. Służą one zatem zabezpieczeniu słusznego interesu Zamawiającego. Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z OPZ szczegółowy sposób dostępności poszczególnych osób określać będzie opracowywany przez wykonawcę Harmonogram Pracy Personelu Inżyniera, zatem to ten dokument określa wymiar czasu pracy poszczególnych członków personelu, który nie może być zmniejszony w wyniku podjęcia dodatkowego zatrudnienia, co przyznał Zamawiający podczas rozprawy.

Niedookreślenie wymagań dotyczących prowadzenia Listy obecności personelu

Izba ustaliła, że:

- lista obecności jest prowadzona odrębnie dla danego Kontraktu, Wykonawca jest zobowiązany do jej prowadzenia i przechowywania w biurze głównym (pkt 3.2 ppkt 3 OPZ),
- Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia codziennej Listy obecności. Zamawiający zastrzega sobie prawo do możliwości weryfikacji Listy obecności Inżyniera w każdym przypadku, w którym uzna to za konieczne (pkt 4.1 ppkt 10 OPZ),
- podstawą rozliczania Wynagrodzenia za realizację Etapu 2 dla poszczególnych Kontraktów, z zastrzeżeniem ust. 9, będzie zatwierdzenie Raportu miesięcznego za dany miesiąc rozliczeniowy, sporządzony zgodnie z pkt 5.3 OPZ oraz Listą obecności za dany miesiąc (§ 5 ust. 10 WU),

- Wykonawca, po zatwierdzeniu Raportu miesięcznego, wystawi Zamawiającemu fakturę, obejmującą pozycje z Wynagrodzeniem dla każdego z Kontraktów oraz odrębnie szczegółową kalkulację Wynagrodzenia, zgodną z zapisami niniejszej Umowy oraz Listą obecności za dany miesiąc (§ 5 ust. 12 WU),
- świadczenie Usługi przez Personel na Etapie 2 będzie potwierdzane Listą obecności. Lista obecności obejmuje świadczenie Usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy i powinna być uzupełniana systematycznie, poprzez dokonanie własnoręcznego podpisu przez członka Personelu w wyznaczonym miejscu dokumentu, w każdym dniu jego obecności; lista powinna znajdować się w biurze danego Kontraktu. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wglądu i weryfikacji Listy obecności w każdym czasie (§ 9 ust. 13 WU).

Jednocześnie w § 13 ust. 1 pkt 5-7 Zamawiający przewidział kary umowne za:

- stwierdzenie nieuzasadnionej nieobecności członka Personelu Wykonawcy,
- uniemożliwienie Zamawiającemu wglądu i weryfikacji List obecności we wskazanym przez niego czasie,
- niesystematyczne prowadzenie List obecności.

Odnosząc powyższe do podniesionych w odwołaniu zarzutów (zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z 353^1 Kc poprzez niedookreślenie wymagań dotyczących prowadzenia listy obecności), po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiający szczegółowo opisał wymagania wobec wykonawcy w zakresie prowadzenia list 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. Oczywiste 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 SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiony przez Odwołującego argument, że wątpliwa jest możliwość wyegzekwowania od wszystkich członków personelu składania

podpisów pod Listą obecności każdego dnia, a nie np. w formule tygodniowej. Nałożenie takiego obowiązku nie jest wymaganiem nietypowym, jest natomiast jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, pozwoli bowiem zweryfikować faktyczne wykonywanie pracy przez członków personelu. Sam fakt, że SIWZ nakłada na wykonawcę obowiązek dopełnienia tego typu formalności, które w ocenie Odwołującego stanowią pewną „uciążliwość" nie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Należy wskazać ponadto, że wymóg dołączania Listy do Raportu miesięcznego ma na celu udokumentowanie wywiązania się wykonawcy z jego obowiązków, w czym również nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisów ustawowych.

Wysokość ubezpieczenia kontraktu

Izba ustaliła, że w zgodnie z postanowieniami § 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 (ust. 1), a suma gwarancyjna zostanie określona w wysokości 30.000.000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia/wypadki w okresie ubezpieczenia (ust. 5).

Odwołujący podniósł w tym zakresie, że w praktyce regułą jest wymaganie ubezpieczenia na kwotę odpowiadającą wysokości wynagrodzenia wykonawcy (na dowód czego przedstawił kopie pięciu umów dotyczących innych zamówień), a żądanie ubezpieczenia na kwotę kilkakrotnie przewyższającą to wynagrodzenie jest utrudnianiem dostępu do zamówienia. Powyższej tezy Izba nie podziela.

Po pierwsze podkreślić należy, że 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 bardzo duże. Zatem automatyzm polegający na ograniczeniu wysokości ubezpieczenia do kwoty wynagrodzenia wykonawcy, nawet jeśli w praktyce bywa stosowany, nie zasługuje na aprobatę.

Oczywistym jest również, że kwota ubezpieczenia powinna być ustalona racjonalnie, w oparciu o rozsądne przewidywania co do możliwości wyrządzenia szkody przy wykonywaniu umowy. Nie powinna być to więc kwota obejmująca wszelkie teoretycznie możliwe szkody, których prawdopodobieństwo wystąpienia w praktyce należy odrzucić. Tak ustalona kwota ubezpieczenia mogłaby być uznana za utrudniającą dostęp do zamówienia. W niniejszej sprawie jednak sytuacja taka nie wystąpiła. Zamawiający określił wysokość sumy ubezpieczenia na kwotę z jednej strony kilkakrotnie wyższą niż prawdopodobne wynagrodzenie wykonawcy, ale z drugiej strony na kwotę wielokrotnie niższą niż wartość zadania inwestycyjnego, które będzie objęte nadzorem wykonawcy (ponad 400 mln zł). Niczym nieuzasadnione jest twierdzenie, że szkody wyrządzone przy nadzorowaniu tak dużej inwestycji nie mogą przekroczyć wysokości wynagrodzenia wykonawcy, który ten nadzór będzie wykonywał. Odwołujący natomiast nie wykazał, że potencjalne szkody nie mogą sięgnąć kwoty 30 mln zł, a zarzut odwołania oparł na twierdzeniu, że suma

ubezpieczenia nie powinna przekraczać kwoty wynagrodzenia wykonawcy, której to generalnej tezy Izba nie podziela.

Nieprzekazanie wykonawcom Szczególnych Warunków Kontraktu

Odwołujący nie wykazał, że udostępnienie SWK na etapie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego jest niezbędne do przygotowania oferty na usługę nadzoru oraz że przekazanie tego dokumentu wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa, jest niewystarczające. Podniesiony w tym kontekście zarzut nieprecyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia jest ogólnikowy i nie zasługuje na uwzględnienie.

Kary umowne

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w WU m.in. następujące kary umowne:

§ 13 ust. 1 pkt 20: kara umowna za zwłokę w przedstawieniu Zamawiającemu − rozpatrzonego roszczenia Wykonawcy Robót (raportu roszczenia);

§ 13 ust. 1 pkt 21: kara umowna za brak przedstawienia merytorycznego stanowiska − bądź pełnej dokumentacji dotyczącej roszczenia bądź Raportu Roszczenia;

§ 13 ust. 1 pkt 23: kara umowna za nieprawidłowe potwierdzenie kwoty, która − bezspornie jest należna Wykonawcy Robót;

− § 13 ust. 1 pkt 26: kara umowna za niezasadne potwierdzenie gotowości obiektu do odbioru skutkujące niemożnością odbioru;

§ 13 ust. 3: kara umowna za każdy inny stwierdzony przypadek nieterminowego − wykonania, lub nie wykonania lub nienależytego wykonania opisanego w umowie lub OPZ obowiązku (5 tys. zł za każdy stwierdzony przypadek).

Odnosząc się do powyższych postanowień WU, po pierwsze nie można podzielić stanowiska, że kary umowne określone w § 13 ust. 1 pkt 20 i 21 WU dotyczą tego samego zdarzenia. Kara wskazana w punkcie 20 przewidziana jest za zwłokę w przedstawieniu Zamawiającemu rozpatrzonego roszczenia Wykonawcy Robót, natomiast kara z punktu 21 – za brak przedstawienia merytorycznego stanowiska bądź pełnej dokumentacji dotyczącej roszczenia bądź Raportu Roszczenia. Z brzmienia powyższych postanowień wynika, że dotyczą one innych zdarzeń, a teza Odwołującego oparta jest wyłącznie na gołosłownym powołaniu się na jego własne doświadczenia. Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych, na których oparł zarzut.

W odniesieniu do kary określonej w § 13 ust. 1 pkt 23 należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego z brzmienia ww. postanowienia wprost wynika, że kara umowna liczona będzie od całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto wskazać należy, że z istoty kary umownej wynika, że może być ona naliczona jako naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 Kc. W związku z tym bezpodstawne jest twierdzenie, że kara umowna będzie mogła być naliczona za działanie dopuszczalne na gruncie łączącej strony umowy. Powyższe dotyczy również kary umownej określone w § 13 ust. 1 pkt 26.

Nieuzasadniony jest również zarzut dotyczący kary określonej w § 13 ust. 3 WU. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że na podstawie ww. postanowienia wykonawcy nie mają wiedzy, jakie naruszenia warunków umowy mogą prowadzić do naliczenia kar umownych. Z ww. postanowienia wynika, że kara ta będzie naliczona za inne niż określone odrębnie przypadki nieterminowego wykonania lub niewykonania lub nienależytego wykonania opisanego w umowie lub OPZ obowiązki. Dotyczy zatem ona takich sytuacji, w których umowa lub OPZ nakładają na wykonawcę określone obowiązki, a Zamawiający nie przewidział za ich naruszenie innej kary umownej.

Podsumowując, zakwestionowane postanowienia WU nie naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie wiadomo również na czym miałoby polegać naruszenie art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, stanowiącego, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 353 1 Kc, jak również art. 483 Kc, definiującego karę umowną oraz zawierającego zakaz zwolnienia się bez zgody wierzyciela ze zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Wymaganie od osób wskazanych na poszczególne stanowiska posiadania doświadczenia ze wskazanego przez Zamawiającego okresu

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 8.5.1 IDW sformułował następujące wymagania dotyczące doświadczenia osób, które będą brać udział w wykonywaniu zamówienia:

- Inżynier Projektu – w ciągu ostatnich 7 lat z zdobył doświadczenie w zakresie zarządzania projektami, na stanowiskach, o których mowa powyżej, na minimum 2 inwestycjach infrastruktury transportowej w tym przynajmniej 1 dotyczącej infrastruktury kolejowej (przez okres co najmniej 12 miesięcy na każdej) realizowanych zgodnie z warunkami kontraktu FEDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi,
- Inżynier Rezydent – Kontrakty Torowe – w ciągu ostatnich 7 latach zdobył minimum 5 lat doświadczenia w pracy wg standardowych warunków kontraktowych w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta, lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru związanego z budową/przebudową/modernizacją linii kolejowej,
- Inżynier Rezydent – Kontrakty SRK – w ciągu ostatnich 7 latach zdobył minimum 5 lat doświadczenia w pracy wg standardowych warunków kontraktowych w tym 2 lata doświadczenia na stanowisku Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta, lub 5 lat na stanowisku Inspektora Nadzoru związanego z budową/przebudową/modernizacją linii kolejowej,
- Koordynator Dostępu do Torów – w ciągu ostatnich 10 lat zdobył minimum 3 lata doświadczenia na stanowiskach związanych z wprowadzaniem i koordynacją zamknięć torowych,
- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (2 osoby) – w ciągu ostatnich 5 lat zdobył minimum 3 letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie minimum 2 inwestycji infrastrukturalnych, realizowanych w oparciu o standard warunków kontraktowych FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe,
- Zespół przeglądu dokumentacji (pkt 20) – w ciągu ostatnich 5 lat opracowała minimum 2 dokumentacje projektowe (projekt budowlany i projekt wykonawczy) w charakterze projektanta w zakresie danej branży,
- Osoba posiadająca uprawienia budowlane do projektowania bez ograniczeń – w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt 21) – w ciągu ostatnich 5 lat opracowała minimum

2 dokumentacje projektowe w zakresie sieci trakcyjnych (projekt budowlany i projekt wykonawczy) w charakterze projektanta w zakresie danej branży.

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 postęp techniczny doświadczenie zdobyte niedawno może być uznane za bardziej wartościowe niż doświadczenie z dalszej przeszłości, jako dające lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Rezygnacja z takiego ograniczenia dałaby możliwość wykonywania zamówienia przez osoby posiadające doświadczenie z na tyle odległej przeszłości, że nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia przy obecnym przebiegu procesu budowlanego i przy obecnie wykorzystywanej technologii. Jednocześnie okres, z którego ma pochodzić doświadczenie nie jest nadmiernie zawężony, wynosi bowiem w zależności od stanowiska 5, 7 lub 10 lat. Tak określony warunek udziału jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, został więc opisany w sposób zgodny z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……..