

Sygn. akt: KIO 500/16

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2016 r. przez CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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:

Załącznik nr 18

Sygn. akt: KIO 500/16

UZASADNIENIE

Zamawiający, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi doradczo-konsultingowe dla projektu „Informatyczny system osłony przed nadzwyczajnymi zagrożeniami”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz.U. UE pod numerem 2016/S 061-104907 z dnia 26.03.2016 r.

W dniu 05.04.2016 r. CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (zarzuty referowane w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego) naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, niewyczerpujący, bez podania wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na złożenie oferty, a także w sposób preferujący dotychczasowych wykonawców usługi objętej zamówieniem.

W uzasadnieniu odwołania powyższe zarzuty opisano następująco:

„[...]”

1. Szczegółowy zakres prac zdefiniowano w Załączniku nr 1 do SIWZ, SPOZ, roz.3, na str. 3-7, w szczególności przedmiot zamówienia, analogicznie jak w poprzednim postępowaniu, obejmuje usługi trojkiego rodzaju, tj.:

„1. Świadczenie pomocy prawnej (...)

II. *Wsparcie Zamawiającego w organizacji, zarządzaniu kontroli jakości i rozliczaniu Projektu (...)*

III. *Wsparcie merytoryczne oraz nadzór nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu (...)*"

2. Do każdego rodzaju usług przypisano enumeratywną listę zadań. Niektóre z nich mają charakter ciągły jak „wsparcie w zakresie rozliczania zgodnie z wymaganiami instytucji kontrolujących projekt” (Załącznik nr 1 do SPOZ, roz.3 pkt. H.f) inne, tak jak np. „sporządzanie opinii prawnych w sprawach wynikających z realizacji Projektu ISOK” (Załącznik nr 1 do SPOZ, roz.3 pkt.l.d) zależne są od bieżącej sytuacji w Projekcie i potrzeb Zamawiającego.
3. Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ, Wzór Umowy, §6. Wynagrodzenie, Zamawiający zakłada rozliczanie z Wykonawcą w formie co miesięcznego ryczału, na podstawie przedłożonego raportu miesięcznego z wykonanych usług i odebraniu prac przez Zamawiającego.
4. Przyjęty sposób płatności jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, który jest niedookreślony, przez co uniemożliwia Wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów prac związanych z usługami wskazanymi w OPZ.
5. Dodatkowo trwania realizacji zamówienia jest płynny - uzależniony od momentu, w którym zostanie podpisana umowa. W związku z powyższym, nie możliwym będzie ustanowienie maksymalnego wynagrodzenia z tytułu wykonania Umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ, §5. Ust.I) na podstawie podanej przez Oferenta w formularzu ofertowym „Ceny brutto za miesiąc świadczenia usług”, co stanowi swego rodzaju wadę samej Umowy, ale powoduje również, że Wykonawcy nie wiedzą jak długo okres ten będzie trwał.
6. Brak stałego okresu obowiązywania Umowy, przy ryczałtowym sposobie rozliczania usług za miesiąc ich świadczenia może doprowadzić do sytuacji, iż Wykonawca nie będzie w stanie zrekompensować sobie w pełni poniesionych kosztów wejścia, czy też kosztu potencjalnego ryzyka.
7. Sposób rozliczania usług metodą ryczałtową za miesiąc ich świadczenia należy uznać za niekorzystny i krzywdzący dla potencjalnego Doradcy. Listy zadań przypisane do poszczególnych typów usług zdefiniowane są na ogólnym poziomie. Podnosimy, iż koszt usługi pomocy prawnej, czy też wsparcia techniczno-merytorycznego zależy od wielu czynników zewnętrznych, w szczególności ze względu na częsty ich unikalny charakter każdą sytuację należałoby rozpatrywać indywidualnie. Aby możliwie było pozostawienie ryczałtowego wynagrodzenia, należałoby dookreślić parametry, mające wpływ na wycenę danego zadania - czego w obecnym SIWZ brak, prawdopodobnie ze względu na brak możliwości ich dookreślenia w chwili obecnej.
8. Przykładowo zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do SIWZ, SPOZ, l. str. 3, w ramach usług „świadczenia pomocy prawnej” do obowiązków Doradcy należeć będzie:
 - 1) „a) obsługa prawna, w tym m.in. w zakresie zamówień publicznych (również tych będących w toku), w tym

m.in. przygotowywanie dokumentów, opinii/rekomendacji dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz obsługa procedur odwoławczych (w tym reprezentacji przed KIO, sądami powszechnymi itp.), w razie skorzystania przez którąkolwiek ze stron ze środków ochrony prawnej” - nie jest jasne (z OPZ nie wynika) ile takich obsługa prawnych będzie musiał świadczyć

Doradca? 1, 2,10 w ciągu miesiąca? Jak długo będą trwały rozprawy przed KIO czy sądem? Ile opinii/rekomendacji będzie koniecznych do przygotowania? 1 czy 1000?

Jak złożonych problemów będą dotyczyły?

- 2) „b) opracowanie projektów umów z kontrahentami oraz aneksów umów, ze szczególnym uwzględnieniem umów na usługi w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej i oprogramowania oraz baz danych, szkoleń (e-learning), udostępniania danych, praw autorskich i majątkowych” nie jest jasne (z OPZ nie wynika) **ile projektów umów będzie koniecznych do przygotowania? Jak często umowy będą aneksowane? Czy zmiany w umowach będą kosmetycznymi, czy będą dotyczyły złożonych przypadków?**
- 3) „c) obsługa prawna w zakresie zobowiązań wynikających z tytułu umów cywilno- prawnych, w tym także reprezentacji Urzędu przed właściwymi organami orzekającymi i sądami powszechnymi”- nie jest jasne (z OPZ nie wynika) **ile takich obsługa prawnych przyjdzie Doradcy świadczyć w ciągu najbliższych 24 miesięcy? Jakże dokumenty, opinie będą konieczne do przygotowania**

na potrzeby reprezentacji

Urzędu przed właściwymi organami orzekającymi i sądami powszechnymi? Ile będzie trwała sama reprezentacja?

4) „d) sporządzanie opinii prawnych w sprawach wynikających z realizacji Projektu ISOK” - nie jest jasne (z OPZ nie wynika w ilu i o jakiej złożoności sprawach?)

Pytań, które nasuwają się przy każdym z punktów można mnożyć wiele, pokazuje to aż nadto, jak trudnym jest oszacowanie kosztów świadczenia usług w podanym przez Zamawiającego zakresie na etapie ofertowania, i w zasadzie nie możliwym jest podanie z góry kosztu ryczałtowego ich świadczenia.

9. Niemożność dookreślenia parametrów koniecznych do wyceny Zamawiający w zasadzie sam podkreśla w Załączniku nr 4 do SPOZ - Informacje nt. stanu realizacji Projektu ISOK, gdzie wskazuje:

„W ramach Projektu ISOK w 2016 r. Zamawiający planuje przeprowadzenie następujących zamówień publicznych (powyżej kwoty określonej w art. 4 pkt 8 Pzp)*:

- „Dostawa i montaż routerów obsługujących protokół BGP oraz świadczenie usługi dostępu do Internetu na potrzeby projektu ISOK” - celem zadania jest poprawa przepustowości łączy internetowych w KZGW oraz w regionalnych zarządach gospodarki wodnej (7 lokalizacji%

4

Załącznik nr 18

niezbędnych do sprawnego funkcjonowania Systemu ISOK;

- „Przeprowadzenie kampanii informacyjno-promocyjnej dla projektu ISOK” - przedmiot zamówienia będzie obejmował między innymi zorganizowanie konferencji podsumowującej realizację Projektu, przeprowadzenie kampanii medialnej dla Projektu oraz zakup gadżetów promocyjnych;
- „ Testy bezpieczeństwa Systemu ISOK” - zadanie ma między innymi na celu analizę i weryfikację rozwiązań technologicznych Systemu ISOK, poprawności i kompletności dokumentacji Systemu oraz przeprowadzenie testów bezpieczeństwa obejmujących testy podatności oprogramowania aplikacyjnego i oprogramowania warstwy integracji oraz konfigurację i parametryzację sprzętu serwerowego oraz sprzętu sieciowego;

***Zamawiający informuje, że ilość postępowań przetargowych może ulec zmianie, a wymienione powyżej zadania przewidziane do realizacji zostały wskazane w oparciu o obecną wiedzę Zamawiającego na temat potrzeb.**

Przedmiotem zamówienia będzie wsparcie w realizacji przedmiotowych zamówień również na etapie przeprowadzenia postępowań przetargowych.”

10. Należy jednak nadmienić, iż w dotychczasowej umowie na usługi doradczo-konsultingowe (udzielonej Data Technopark) sposób rozliczania usług był inny i bardziej dostosowany do ich charakteru. I tak:

- Za świadczenie pomocy prawnej Zamawiający przewidywał „wynagrodzenie na podstawie wykonanych roboczogodzin” Usług i pomocy prawnej miały być świadczone „na podstawie wyraźnych, pisemnych zleceń Zamawiającego” (Załącznik nr 1 do SIWZ, SPOZ, I. str.4); podobnie jak prace związane z „wsparciem merytorycznym oraz nadzorem nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu” (Załącznik nr 1 do SIWZ, SPOZ, III. str.7).
procedur, co umożliwia z pewnym przybliżeniem oszacowanie kosztu ich wykonywania w miesiącu;

11. O ile zatem w porównaniu z poprzednią usługą nie zmienił się sam sposób opisu zadań realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia na bardziej dookreślony, a otoczenie projektu nie stało się raptem mniej niepewne, o tyle nie jest zrozumiała zmiana sposobu rozliczania usług natury eksperckiej, na niekorzyść potencjalnego Doradcy, przez co koszt potencjalnego ryzyka będzie podrażał wartość składanych w postępowaniu ofert. Jeszcze w poprzednim postępowaniu w przedmiocie usług doradztwa wobec realizacji projektu ISOK Zamawiający zauważał rozbieżności w szacowaniu kosztów różnego typu usług, tymczasem w bieżącym postępowaniu nie widać już tego zrozumienia.

12. Ryczałtowy sposób rozliczania usług miałby swoje zastosowania przy precyzyjnie określonym z góry zakresie i niezmiennym czasie realizacji - taki przypadek w przedmiotowym zamówieniu

5

Załącznik nr 18

nie zachodzi, chyba że intencją Zamawiającego jest tzw. „body leasing” zasobów wskazanych w ofercie, które pozostając w pełnej dyspozycyjności Zamawiającego, w godzinach 8:15 - 16:15 świadczyłyby usługi określone przedmiotem zamówienia, co pośrednio mogłoby wynikać z określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ, SPOZ, roz.4 warunkach realizacji zamówienia.

13. Ponad powyższe, Odwołujący składał odwołanie w poprzednim postępowaniu na usługi doradczo - konsultingowe dla projektu „Informatyczny system osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami”, które w rezultacie zostało unieważnione, nie mniej samo odwołanie Zamawiający uznał w całości - w związku z czym KTO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (postanowienie z dnia 28.10.2015 sygn. KIO 226/2015), w tym również w zakresie zmiany rozliczania prac z ryczałtowego na roboczogodziny, nie mniej w aktualnym postępowaniu Odwołującemu przyszło podnosić niemalże te same kwestie.

[...]

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ przez:

- 1) Zmiany sposobu rozliczania usług „I. świadczenia pomocy prawnej” z ryczałtowego na godzinowy, przy założeniu limitu roboczogodzin do wykorzystania;
- 2) Zmiany sposobu rozliczania usług „III. wsparcia merytorycznego oraz nadzór nad realizacją i wdrożeniem produktów projektu” z ryczałtowego na godzinowy, przy założeniu limitu roboczogodzin do wykorzystania;
- 3) W konsekwencji poniższych żądań zmianie musi ulec również kryterium oceny ofert na: „cena brutto za miesiąc świadczenia usług”;
- 4) Określenie czasu realizacji usług w sposób względny, poprzez podanie liczby miesięcy ich świadczenia, począwszy od daty zawarcia umowy, a nie - jak dotychczas - do dnia określonego datą kalendarzową.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

6

Załącznik nr 18

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stan faktyczny sprawy, w tym adekwatne postanowienia SIWZ, zostały zgodnie z rzeczywistością przytoczone w treści odwołania cytowanej powyżej.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę rozstrzygnięcia dotyczącego zarzutów odwołania, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Zasada swobody umów posiada swój aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta. Natomiast w swoim aspekcie podmiotowym oznacza, iż to strony umowy decydują w jaki sposób ukształtują swoje świadczenia wzajemne.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wynikały będą z przepisów samego Kodeksu cywilnego, jak też z regulacji Pzp (przykład takiego ograniczenia wskazany został w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03), która w tym zakresie może być traktowana jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako podstawowego aktu prawnego regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (vide art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp oraz generalne odesłania do stosowania przepisów Kc zawarte w art. 14 i 139 ustawy). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia

7

Załącznik nr 18

przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, płatnościach czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

W przepisach ustawy brak jest podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania płatności... etc. W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego, w tym warunkach umownych ich dokonywania. Uprawnienia Izby są więc w tym zakresie niejako „eliminacyjne”. Jak już wskazano, w przepisach ustawy brak jest materialnej podstawy do pozytywnego kształtowania szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia za zamawiającego.

Zarzuty dotyczące postanowień SMW niejednokrotnie definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnoszący odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru

8

Załącznik nr 18

najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku żądań dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych tak nie jest. Tym samym brak sformułowania możliwych do uwzględnienia żądań dotyczących dokumentów przetargowych (niemożliwych np. ze względu na nadmierną ingerencję w sferę dominium zamawiającego), w większości wypadków winien skutkować oddaleniem odwołania. W rozpatrywanym przypadku Odwołujący w petitum odwołania, a także jak wynika z jego uzasadnienia kwestionował i podnosił braki w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie

zamawianych usług prawniczych oraz merytorycznego wsparcia i nadzoru projektu. Nie postawił jednak żadnych żądań sprowadzających się do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o konkretne informacje lub w przypadku braku możliwości sformułowania konkretnych żądań w tym zakresie nie wnosił o unieważnienie postępowania, ale domagał się zmiany określenia umownego mechanizmu wynagrodzenia – z ryczałtu na wynagrodzenie obmiarowe za przepracowane godziny.

Tymczasem zarówno wynagrodzenie ryczałtowe, jak i obmiarowe są dopuszczalnymi sposobami rozliczania kontraktów, nie naruszają żadnych przepisów ustawy, a ich wybór na zasadzie swobody umów pozostaje dyskrejonalną decyzją stron (w tym przypadku zamawiającego), podejmowaną w oparciu o rozeznanie własnych potrzeb i celów. Innymi słowy Odwołujący postulował jedynie zmianę sposobu płacenia za usługi.

Przy zmianie wynagrodzenia z ryczałtowego na obmiarowe Odwołujący nie uzyska żadnych dodatkowych informacji na temat rzeczowego zakresu przedmiotu zamówienia. Przy określeniu wysokiego limitu godzin do przepracowania nie poprawi to również specjalnie jego sytuacji związanej w wyliczeniem ryzyk związanych z koniecznością wyliczenia i zapewnienia obsługi potencjalnie długiego i intensywnego procesu świadczenia usług. Taki sposób rozliczania kontraktu w pełni skompensuje jedynie wynagrodzenie personelu za realnie przepracowane godziny u Zamawiającego. Nie gwarantuje natomiast bezpośredniego pokrycia kosztów za utrzymywanie gotowości czy organizację pracy zespołu i jego obsługi, różnic w wynagrodzeniu poszczególnych ekspertów (nie będzie wiadome, czy eksperci opłacani przez wykonawcę wyżej nie będą musieli wykonać znacznie większej ilości pracy ze względu na zadania zlecone przez Zamawiającego), kosztów poszukiwania i zatrudniania dodatkowych osób w przypadku gdyby formalnie nieograniczona ilość zadań do nadzorowania/obsługi przerosła założenia i szacunki wykonawców. Wykonawcy będą musieli wycenić powyższe jako ryzyka kontraktowe i wycenić je w ramach generalnego

9

Załącznik nr 18

wynagrodzenia kontraktowego. Oczywiście tego typu wyliczenia wynagrodzenia jest wygodniejsze dla wykonawcy i znacznie zmniejsza zakres ryzyka do wyceny, jednak wcale go nie eliminuje.

Wycena ryzyk związanych z rozmiarami i kształtem świadczonych usług możliwa jest w przypadku tego kontraktu również w ramach ceny ryczałtowej. Tego typu ukształtowanie ceny ofertowej mieści się w ramach zasady swobody umów, nie narusza zasad współżycia społecznego, nie przekreśla istoty danej czynności prawnej ani ustalonych w stosunkach danego rodzaju zwyczajów. Umożliwia również wykonawcom skalkulowanie i uwzględnienie w cenie ofertowej wszystkich kosztów, które w związku z zamówieniem, w tym ponoszą realizacją wszystkich identyfikowalnych ryzyk, których wykonanie tego zamówienia ze sobą niesie. W szczególności co do ilości koniecznych do wykonania dla realizacji projektu, określonych rzeczowo w SIWZ usług.

Sam opis przedmiotu zamówienia, a także jego ilościowy zakres w wystarczającym stopniu dookreślają w tym przypadku dwie stałe: rzeczowe określenie rodzaju czynności usługowych, jakie zobowiązany będzie wykonać wykonawca oraz podanie celu, któremu one służą (pomoc w realizacji dokładnie zdefiniowanego i opisanego projektu finansowanego ze środków UE, który posiada określony zakres, metodologię i stopień zaawansowania).

Ilość czynności doradczych, np. opinii prawnych związanych z problemami, które na projekcie mogą się pojawić, postępowań o udzielenie zamówienia, które należało będzie przeprowadzić, czy odbiorów, przy których wykonawca będzie asystował, mieści się w ramach wskazanego w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) dopuszczalnego zakresu nieokreśloność przedmiotu zamówienia, kwalifikowanej jako konieczność uwzględnienia i wycenienia w ofercie pewnego zakresu ryzyk związanych z wykonywaniem danego zamówienia. Ryzykiem wykonawcy pozostaje nieznaną nakład pracy, jaki będzie niezbędny do realizacji zamówienia. Innymi słowy wykonawca wie, co ma zrobić, nie wie dokładnie ile. Zakres takiej nieoznaczoności nie przekracza jednak w tym przypadku dopuszczalnego poziomu, który oznaczałaby niezgodność z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy.

Dla przykładu: w związku ze znajomością rynku zamówień publicznych oraz

podaniem przez zamawiającego, co w ramach jego projektu ma być zrealizowane/zamówione wykonawca może z grubsza oszacować i się spodziewać, ile razy postępowania o udzielenie zamówienia zakładane przez Zamawiającego

10

Załącznik nr 18

będą wymagały konieczności powtarzania, ile postępowań odwoławczych będzie musiał obsłużyć, w ilu komisjach przetargowych zasiadać... etc. I winien się z tego wywiązać nawet jeżeli będzie to ilość znaczna. Przy czym nie należy sprowadzać tych ilości do absurdu – zamawiane usługi dotyczą konkretnego zakresu doradczego (prowadzonego projektu) i są ograniczone czasowo. Nie należy również zakładać złej woli, złośliwości, czy skrajnego braku rozsądku Zamawiającego, że prowadził będzie swój projekt w sposób odbiegający od spodziewanego i przewidywalnego, a tym samym wymagał usług w z nim związanych w ilościach przekraczających potrzeby projektowe. Przy czym w interesie samego Zamawiającego leżałoby wprowadzenie postanowień SIWZ, które będą wykonawców w tego typu oglądzie postępowania utwierdzać i przeciwdziałać przeszacowywaniu ofert.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

.....

11