

WYROK
z dnia 22 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 18 września 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2014 roku przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szyszkowej 34, 02-285 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Gdańsku, ulica Subisława 5, 80-354 Gdańsk

przy udziale:

- A. SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. WS Atkins-Polska Sp. z o.o., 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., 03 – 215 Warszawa, ul. Jagiellońska 88, B.51 BC/36 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego po stronie Odwołującego,
- D. Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, 00 – 591 Warszawa, ul. Klonowa 6 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom II Istotne dla stron postanowienia umowy i zastąpienie dotychczasowej treści w § 26 ust. 2 następującą:

2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:

1) *jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez jednego członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie, z zastrzeżeniem § 4 ust. 4;*

2) *połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez jednego członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie, z zastrzeżeniem § 4 ust. 4.*

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Gdańsku, ulica Subisława 5, 80-354 Gdańsk i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szyszkowej 34, 02-285 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Gdańsku, ulica Subisława 5, 80-354 Gdańsk na rzecz TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szyszkowej 34, 02-285 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „kontynuacja projektu i budowy autostrady a1-stryków-węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie i odcinek od km 295+850 (od węzła „stryków i” bez węzła) do km 310+000”; „kontynuacja projektu i budowy autostrady a-1 stryków - węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie ii odcinek od km 310+000 do km 320+010”; „kontynuacja projektu i budowy autostrady a-1 stryków - węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie iii odcinek od km 320+010 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950)* o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 sierpnia 2014 r. pod numerem 2014/S 164-293617.

8 września 2014 roku Odwołujący, działając w trybie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie niezgodnej z przepisami ustawy treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „kontynuacja projektu i budowy autostrady a1-stryków-węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie i odcinek od km 295+850 (od węzła „stryków i” bez węzła) do km 310+000”; „kontynuacja projektu i budowy autostrady a-1 stryków - węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie ii odcinek od km 310+000 do km 320+010”; „kontynuacja projektu i budowy autostrady a-1 stryków - węzeł „tuszyn” na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 - zadanie iii odcinek od km 320+010 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950).*

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez opisanie

przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję,

- 2) art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, oraz innych przepisów Kodeksu cywilnego przywołanych w treści uzasadnienia przy poszczególnych zarzutach przez narzucenie niezgodnych z prawem i dyskryminacyjnych dla wykonawcy warunków umowy;
- 3) art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego art. 735 § 1 i 744 w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowania sposobu wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w sposób naruszający zasadę społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, a także zasadę ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności projektu umowy, w sposób określony dla poszczególnych zarzutów w uzasadnieniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wiodących przedsiębiorstw działających w branży pełnienia nadzoru nad realizacją robót budowlanych, zaś sformułowana przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treść Specyfikacji Istotnych Wanków Zamówienia (dalej: SIWZ) , uniemożliwia Odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty oraz wykonywanie przyszłej umowy. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku uzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (wyrok KIO z dnia 22 lutego 2012 roku sygn. akt KIO 282/12).

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zarzut nr 1

Zgodnie z § 4 ust. 1 Wzoru Umowy: *Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji*

ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i potwierdzeniu jej wykonania przez Kierownika Projektu.

Jednocześnie w świetle § 4 ust. 4 Wzoru Umowy łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

- 1) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;*
- 2) wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;*
- 3) 50 % wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podstawowym ~ obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika 0,5;*
- 4) 0-50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podwyższonym - obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:*

*$Wk = (SPj/SPjmax) * 0,5$ gdzie:*

*Wk- współczynnik wyliczony na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta
SPj- Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta
SPjmax- Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta*

Zamawiający opisując sposób zapłaty łącznego miesięcznego wynagrodzenia pominął w ogóle zapłatę wynagrodzenia za realizację „Działań promocyjnych” (dział III Formularzy Cenowych). Zamawiający nie wskazał również w żadnym innym miejscu SIWZ na jakich zasadach zamierza zapłacić wykonawcom za zrealizowanie Działań Promocyjnych, które to działania zgodnie z Formularzami Cenowymi częściowo miały być również rozliczane

miesięcznie. Powyższe tworzy niebezpieczną dla wykonawców sytuację, bowiem wykonawca nie wie kiedy i w jaki sposób Zamawiający zamierza zapłacić mu za zrealizowania usług związanych z działaniami promocyjnymi. Natomiast brak zapłaty wynagrodzenia za świadczone usługi powodowałoby brak ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z przytoczonego postanowienia § 4 ust. 4 pkt 3 -4 Wzoru Umowy, Zamawiający zastrzegł, iż rozliczenie za świadczenie usług nadzoru płacone będzie w zależności od rodzaju świadczonej przez wykonawcę usługi tj. usługi świadczonej w Standardzie Podstawowym lub usługi świadczonej w Standardzie Podwyższonym. To, w jaki sposób Zamawiający rozumie te dwa pojęcia zostało wskazane w § 1 pkt 1 w SIWZ Zamawiający, w świetle którego:

„Usługa wykonana w Standardzie Podstawowym usługa, oceniona na 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu, zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta.

„Usługa wykonywana w Standardzie Podwyższonym”: usługa, oceniona powyżej 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu, zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta.

W Karcie Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy, do którego to odsyłają w/w definicje wskazano natomiast punktację, która każdorazowo może zostać przyznana wykonawcy za świadczone przez niego usługi. Zgodnie z w/w Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta, Wykonawca otrzyma 0 punktów gdy nie wykona zadania: 1 pkt gdy wykona w stopniu mało zadawalającym: 2 - wykona zgodnie z umowa.

Jednocześnie w § 5 Wzoru Umowy, Zamawiający opisał w jaki sposób dokonywana ma być ocena poziomu świadczenia Usług przez wykonawcę, tj.:

„1. Kierownik Projektu dokona oceny jakości pracy Konsultanta, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego, poprzez wypełnienie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy, na podstawie wiedzy o Kontrakcie, obserwacji pracy Konsultanta oraz oceny efektów pracy Konsultanta. Konsultant zobowiązany jest udowodnić należyte wykonanie obowiązków określonych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu zobowiązany jest dokonać oceny poprzez wypełnienie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta w terminie najpóźniej do 7 dnia od przekazania miesięcznego zestawienia czasu pracy Personelu Konsultanta (dniówek), o którym mowa w § 7 ust 3 pkt 1 Umowy.

2. Karta Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta obejmuje obowiązki Konsultanta wynikające z

Umowy.

3. *Wypełniając Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, Kierownik Projektu może zakwestionować należyte wypełnianie przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy. Kierownik Projektu jest zobowiązany każdorazowo uzasadnić podjętą decyzję.*
4. *W przypadku oceny wypełnienia przez Konsultanta obowiązków wynikających z Umowy, Kierownik Projektu sporządza Kartę Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta poprzez naliczenie punktów 0 albo 1 albo 2 za każdy obowiązek szczegółowo wymieniony w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Kierownik Projektu może przyznać maksymalnie 2 punkty, w przypadku gdy opisana czynność jest wykonana przez Konsultanta prawidłowo i bez zastrzeżeń.*
5. *Od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta, Konsultantowi służy sprzeciw, który na piśmie wraz z uzasadnieniem należy wnieść w ciągu 3 dni roboczych od daty otrzymania oceny do Dyrektora Oddziału GDDKiA.*
6. *Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna.*
7. *W przypadku wniesienia sprzeciwu po upływie terminu, o którym mowa w ust 6, sprzeciw pozostaje bez rozpoznania."*

Wreszcie zgodnie z § 7 ust 3 Wzoru Umowy warunkiem wystawienia przez Konsultanta faktury VAT jest uzyskanie przez Konsultanta następujących dokumentów (warunki będą spełnione łącznie):

- 1) miesięcznego zestawienia czasu pracy Personelu Konsultanta (dniówek) w postaci wydruku z elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta, potwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu i zatwierdzonego przez Kierownika Projektu;
- 2) zestawienia elementów rozliczeniowych, dla których płatność jest dokonywana zgodnie z pozycjami ryczałtowymi - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Kierownika Projektu;
- 3) sporządzonej przez Kierownika Projektu Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK) określającej jakość świadczonych przez Konsultanta Usług;
- 4) dokumentu potwierdzającego przekazanie Kierownikowi Projektu raportu miesięcznego;
- 5) dokumentu obrazującego wartość płatności przed dokonaniem korekty waloryzacyjnej jak i wartość płatności po dokonaniu korekty waloryzacyjnej.

Odwołujący podkreślił, iż przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny oraz utrudniający konkurencję co ma natomiast miejsce w

przypadku wyżej przywołanych postanowień SIWZ. Należy zauważyć, iż wskazane przez Zamawiającego definicje Usługi wykonanej w Standardzie Podstawowym oraz w Standardzie Podwyższonym jak również opis tych pojęć dokonany w Załączniku nr 2 do Umowy - są niejasne, nieprecyzyjne i nie pozwalają w żaden sposób oszacować wykonawcy ryzyka, którą mają być wycenione w niniejszym postępowaniu. Z definicji tych wynika bowiem, iż nie zrealizowanie umowy w jakimś zakresie jest wedle Zamawiającego realizacją zamówienia w Standardzie Podstawowym (zgodnie bowiem z przytoczoną definicją Usługa wykonywana w Standardzie Podstawowym to usługa, oceniona na 0 pkt, natomiast zgodnie z Kartą Obmiaru Prac Konsultant, Konsultant otrzyma 0 pkt jeżeli nie wykona danej części usługi) a zrealizowanie umowy w stopniu mało zadawalającym (jakkolwiek rozumieć to pojęcie) lub zgodnie z umową jest wedle Zamawiającego realizacją zamówienia w Standardzie Podwyższonym (zgodnie bowiem z przytoczoną definicją Usługa wykonywana w Standardzie Podwyższonym to usługa, oceniona powyżej 0 pkt, natomiast zgodnie z Kartą Obmiaru prac jeśli wykonawca wykona umowę w stopniu mało zadawalającym otrzyma 1 punkt a jeżeli wykona daną część usługi zgodnie z umową 2 punkty).

Dodatkowo, jak wynika z postanowień przytoczonego § 5 Wzoru Umowy, ocena pracy Konsultanta, od której to oceny Zamawiający uzależnia wypłatę lub brak wypłaty czy też wysokość wypłaconego wynagrodzenia, dokonana ma być przez Kierownika projektu i to na podstawie jego wiedzy o Kontrakcie oraz poczynionych przez Kierownika obserwacji jak również oceny efektów pracy Konsultanta. Tak sformułowany opis sposobu oceny pracy jest nieprecyzyjny, subiektywny i powoduje, iż ocena pracy Konsultanta pozbawiona jest jakiegokolwiek standardów i obiektywizmu. Zamawiający określając poziom jakości jaką może uzyskać świadczona przez Konsultanta Usługa w Karcie Obmiaru Jakości Konsultanta tj. brak wykonania usługi; wykonanie w stopniu mało zadawalającym; wykonanie zgodnie z umową, nie wyjaśnił nigdzie, kiedy w jakich warunkach i na jakich zasadach wykonawca będzie świadczył usługę w sposób zgodny z umowa, a kiedy świadczona przez niego usługa będzie świadczona w sposób mało zadawalający i czym świadczenie usługi w stopniu mało zadawalającym różni się od braku wykonania usługi. Powyższe oznacza, iż wykonawca nie wie w jaki sposób postępować ma aby zgodnie z SIWZ należycie wykonać umowę i otrzymać za nią wynagrodzenie. Ponadto, zgodnie z postanowieniami umowy wykonawca zobowiązany jest każdorazowo udowodniać, że świadczona przez niego usługa została zrealizowana. Zamawiający nie przewidział natomiast i nie opisał żadnych mechanizmów jak owo dowodzenie należytej staranności ma wyglądać. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, iż opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym również umożliwić wykonawcom obliczenie ceny

oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników (elementów) mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podniósł, że ocena pracy Konsultanta uzależniona jest całkowicie od subiektywnej oceny dokonanej przez Kierownika Projektu.

Powyższe w połączeniu z ukształtowaniem zapłaty wynagrodzenia na podstawie § 4 ust. 4 Wzoru Umowy oznacza, że wykonawca nie wie, jakie wynagrodzenie otrzyma, ponieważ nie ma żadnych obiektywnych zasad przyznawania takiego wynagrodzenia. Ponownie należy wskazać, iż Zamawiający nie przewidział w tym zakresie również żadnych standardów. Kierownik dokonuje oceny na podstawie własnych obserwacji i to na dodatek po upływie długiego okresu czasu bowiem po upływie każdego miesiąca kalendarzowego. Odwołujący podnosi, iż tak niejednoznaczny, nieustandaryzowany i dowolny opisany sposób oceny pracy Konsultanta może stanowić potencjalne źródło zachowań korupcyjnych.

Dodatkowo, na podstawie wymogów § 5 Wzoru Umowy wykonawca zobowiązany jest każdorazowo dowodzić należytego wykonanie obowiązków określonych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Powyższy wymóg prowadzić może w zasadzie do paraliżu realizacji umowy w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego w/w postanowienia Wzoru Umowy są nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy dotyczącymi prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ustawy), ale nie znajdują one oparcia również w przepisach ustawy Kodeks cywilny (dalej: k.c.), w tym art. 353¹ i art. 354 kodeksu cywilnego jak również art. 139 ustawy w zw. z art. 735 § 1 i 744 w zw. z art. 750 k.c.

Zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Prawo zamówień publicznych. W przypadku umów regulacja art. 139 ust 1 ustawy również przesądza o stosowaniu przepisów k.c. do umów, o ile nie istnieją przepisy szczególne ustawy. Zamawiający obowiązany jest więc nie tylko do respektowania przepisów ustawy przy kształtowaniu SIWZ zawierających postanowienia w zakresie przyszłej umowy, ale także regulacji k.c.. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej *„Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353¹ Kc.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Po pierwsze, należy wskazać, iż umowa o zamówienie publiczne w postępowaniu jest

umową o charakterze mieszanym. W zakresie w jakim dotyczy ona obowiązków związanych ze sporządzaniem dokumentów (np. raportów), do których Zamawiający nabywa prawa autorskie jest to umowa o dzieło (tzw. umowa rezultatu). Natomiast w zakresie w jakim dotyczy ona świadczenia usługi nadzoru jest to umowa zlecenia (umowa starannego działania). Tym samym w zakresie świadczenia usługi nadzoru obowiązkiem Konsultanta zawsze jest realizacja umowy z należytą starannością z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru pracy Konsultanta. Za tak realizowaną umowę wykonawca winien otrzymać wynagrodzenie. Natomiast w postępowaniu Zamawiający wprowadza sprzeczną z naturą stosunku (umowy) próbę narzucenia wykonawcom osiągnięcia określonego rezultatu i przerzucenia na wykonawcę wszelkich konsekwencji związanych z osiągnięciem tego rezultatu oraz jednocześnie nieuzasadnioną próbę wprowadzenia miernika staranności wykonawcy w niniejszej umowie.

Po drugie w/w postanowienia Wzoru Umowy doprowadzają do braku ekwiwalentności świadczeń stron w niniejszej umowie. Zgodnie bowiem z postanowieniami Wzoru Umowy, wykonawca w związku z brakiem wprowadzenia jakichkolwiek obiektywnych standardów jakie wynagrodzenie otrzyma. Dodatkowo, podkreślić należy, iż Zamawiający wprowadza podwójną karalność dla wykonawcy umowy. Zamawiający najpierw dokonuje subiektywnej oceny jakości świadczonej usługi przez wykonawcę (i w przypadku negatywnej oceny wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia) następnie zaś na podstawie § 35 Wzoru Umowy nalicza kary umowne za niewykonanie lub nieprawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę.

W związku z powyższym Odwołujący zgłasza żądanie (w zakresie zarzutu 1):

- wykreślenia w § 1 Wzoru Umowy definicji: *Usługa wykonana w Standardzie Podstawowym* oraz *Usługa wykonana w standardzie Podwyższonym*,
- wykreślenie Załącznika nr 2 do Umowy Karta Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta,
- wykreślenia w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy,
- wykreślenia § 5 Wzoru Umowy,
- wykreślenia § 7 ust. 3 pkt 3 Wzoru Umowy,
- modyfikację § 4 Wzoru Umowy przez zmianę:
 - § 4 ust. 1 Wzoru Umowy w następujący sposób: „*Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz po wykonaniu danej części usługi określonych w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy w danym miesiącu i potwierdzeniu jej wykonania przez Kierownika Projekt*

Zarzut nr 2

Jak zostało to wskazane w zakresie opisu sposobu obliczania ceny w pkt 10.6 IDW Zamawiający wymaga, aby każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzach Cenowych, w tym również wszelkie koszty towarzyszące.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie jest zbyt ogólne a Zamawiający mając na uwadze treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp winien doprecyzować, jakie koszty wykonawca zobowiązany jest zawrzeć w poszczególnych pozycjach oraz w poszczególnych działach Formularzy Cenowych. Odwołujący podnosi, iż dotychczasowy zbyt ogólny opis sposobu obliczania ceny bez wskazania chociaż najważniejszych kosztów, które zdaniem Zamawiającego wykonawca winien wliczyć do oferty spowoduje z jednej strony brak porównywalności ofert z drugiej strony brak możliwości zweryfikowania czy oferta zgodna jest ze specyfikacją i czy cena zaproponowana przez wykonawcę w danej pozycji Formularza Cenowego zawiera wszelkie koszty, których uwzględnienia żądał Zamawiający. Podkreślić należy, iż w analogicznych postępowaniach tego typu prowadzonych przez Zamawiającego standardem jest dokonanie pełnego, wyczerpującego opisu zamówienia przez wyspecyfikowanie kosztów przypisanych danej pozycji działu

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację SIWZ przez dodanie do SIWZ (w zakresie zarzutu 2) następujących postanowień:

„10.6.1 W poszczególnych pozycjach Działu I Formularzy Cenowych: „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” Konsultant zobowiązany jest uwzględnić zysk oraz wszystkie koszty a w tym między innymi:

- a) *w odniesieniu do pozycji „Biuro Konsultanta” koszty:*
- *najmu lub organizacji pomieszczeń biurowych o parametrach zgodnych z opisem pkt. 3.2 OPZ Organizacja zaplecza Konsultanta - Biura Konsultanta,*
 - *utrzymania pomieszczeń biurowych,*
 - *wyposażenia pomieszczeń biurowych Konsultanta (a w tym meble, komputery, oprogramowanie, drukarki, itp.),*
 - *usług telekomunikacyjnych w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,*
 - *utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,*
 - *materiałów biurowych przeznaczonych na potrzeby Konsultanta,*
 - *wynikające z użytkowania umeblowania i sprzętu na potrzeby Konsultanta,*

- wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań na potrzeby Konsultanta,
 - przesyłek pocztowych i kurierskich,
 - inne koszty związane z organizacją, utrzymaniem i likwidacją pomieszczeń biurowych Konsultanta.
- b) w odniesieniu do pozycji „Biuro Zamawiającego” koszty:
- najmu lub organizacji pomieszczeń biurowych o parametrach zgodnych z opisem pkt. 3.3 OPZ Biuro Zamawiającego,
 - koszt wyposażenia pomieszczeń biurowych Zamawiającego zgodnie z opisem pkt.3.3 OPZ Biuro Zamawiającego,
 - koszty utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Zamawiającego,
 - inne koszty związane organizacją, utrzymaniem i likwidacją pomieszczeń biurowych Zamawiającego zgodnie z opisem OPZ Biuro Zamawiającego.
- c) w odniesieniu do pozycji „Personel biurowy” koszty:
- wynagrodzenia wraz z narzutami,
 - szkoleń personelu nadzoru,
 - zakwaterowania i delegacji,
 - wyposażenia bhp,
 - transportu i łączności,
 - urlopów i zwolnień,
 - wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.
- d) w odniesieniu do pozycji „Personel pomocniczy” koszty:
- wynagrodzenia wraz z narzutami,
 - szkoleń personelu nadzoru,
 - zakwaterowania i delegacji,
 - wyposażenia bhp,
 - transportu i łączności',
 - urlopów i zwolnień,
 - wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

10.6.2W poszczególnych pozycjach Działu U Formularzy Cenowych „Usługi nadzoru”, dla każdej pozycji (każdej ze wskazanych w Formularzu Cenowym osób) Konsultant zobowiązany jest uwzględnić zysk oraz wszystkie koszty a w tym między innymi:

- wynagrodzenia wraz z narzutami,
- szkoleń personelu nadzoru,

- zakwaterowania i delegacji,
- wyposażenia bhp,
- transportu i łączności,
- urlopów i zwolnień,
- wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

10.6.3W poszczególnych pozycjach Działu III Formularzy Cenowych „Działania promocyjne” dla każdej pozycji Konsultant zobowiązany jest uwzględnić zysk oraz wszystkie koszty a w tym między innymi:

- a) w odniesieniu do pozycji „Broszura informacyjna” koszty:
 - opracowania projektu graficznego broszury i jej uzgodnienia z Zamawiającym zgodnie z opisem pkt 6.4 OPZ Broszury Informacyjne,
 - druku broszur w ilości opisanej w pkt 6.4 OPZ Broszury Informacyjne,
 - dostarczenie broszur do Zamawiającego
- b) w odniesieniu do pozycji Odjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” koszty:
 - wykonania zdjęć w ilości i o parametrach opisanych z pkt 6.2 OPZ Zdjęcia dokumentujące postęp prac
- c) w odniesieniu do pozycji „Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” koszty:
 - wykonania materiałów filmowych w ilości i o parametrach opisanych z pkt 6.3 OPZ Materiały filmowe do emisji w internecie
- d) w odniesieniu do pozycji „Materiały filmowe do emisji w internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” koszty:
 - wykonania materiałów filmowych w ilości i o parametrach opisanych z pkt 6.3 OPZ Materiały filmowe do emisji w Internecie
- e) w odniesieniu do pozycji „Informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od rozpoczęcia realizacji umowy do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” koszty:
 - opracowania projektu graficznego strony i jego uzgodnienia z Zamawiającym zgodnie z pkt 6.1 OPZ Profesjonalna strona internetowa,
 - zakupu/wynajęcia domeny o nazwie jednoznacznie kojarzącej się z tytułem Projektu,
 - przygotowania wykresów, map, schematów do zaprezentowania na

stronie,

- gromadzenia danych, zdjęć oraz filmu do zaprezentowania na stronie,
- regularnego aktualizowania danych na stronie (nie rzadziej niż raz w miesiącu).

f) w odniesieniu do pozycji „Informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” koszty:

- aktualizacja strony internetowej a w tym przygotowanie ewentualnych informacji, wykresów, map, schematów do zaprezentowania na stronie,
- gromadzenia danych, zdjęć oraz filmu do zaprezentowania na stronie,
- regularnego aktualizowania danych na stronie (nie rzadziej niż raz w tygodniu).

g) w odniesieniu do pozycji „Wizyty studyjne w okresie od rozpoczęcia realizacji Robót do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” koszty:

- organizacji wizyt studyjnych zgodnie z opisem pkt 6.5 OPZ Specjalista ds. kontaktów ze społecznością i promocji.

10.6.2 W poszczególnych pozycjach Działu IV Formularzy Cenowych: „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” Konsultant zobowiązany jest uwzględnić zysk oraz wszystkie koszty a w tym między innymi:

a) w odniesieniu do pozycji „Biuro Konsultanta” koszty:

- najmu lub organizacji pomieszczeń biurowych o parametrach zgodnych z opisem pkt 3.2 OPZ Organizacja zaplecza Konsultanta - Biura Konsultanta,
- utrzymania pomieszczeń biurowych,
- wyposażenia pomieszczeń biurowych Konsultanta (a w tym meble, komputery, oprogramowanie, drukarki),
- usług telekomunikacyjnych w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Konsultanta,
- materiałów biurowych przeznaczonych na potrzeby Konsultanta,
- wynikające z użytkowania umeblowania i sprzętu na potrzeby Konsultanta,
- wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań na potrzeby Konsultanta,
- przesyłek pocztowych i kurierskich,

- *inne koszty związane z organizacją, utrzymaniem i likwidacją pomieszczeń biurowych Konsultanta.*

b) w odniesieniu do pozycji „Biuro Zamawiającego” koszty:

- *najmu lub organizacji pomieszczeń biurowych o parametrach zgodnych z opisem pkt. 3.3 OPZ Biuro Zamawiającego,*
- *koszt wyposażenia pomieszczeń biurowych Zamawiającego zgodnie z opisem pkt 3.3 OPZ Biuro Zamawiającego,*
- *koszty utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych Zamawiającego,*
- *inne koszty związane organizacją, utrzymaniem i likwidacją pomieszczeń biurowych Zamawiającego zgodnie z opisem OPZ Biuro Zamawiającego.*

10.6.5W Dziale V Formularzy Cenowych, w pozycji „Majątkowe prawa autorskie” Konsultant zobowiązany jest uwzględnić zysk oraz wszystkie koszty związane z nabyciem przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich”

Zarzut nr 3

Zgodnie z Formularzami Cenowymi (Formularz 2.1.1.) wykonawcy w dziale Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia zobowiązani są wycenić Personel biurowy oraz Personel pomocniczego. Zamawiający nie wskazał jednak ilości personelu biurowego ani pomocniczego, który wymagany jest w trakcie realizacji umowy. Informacja ta jest natomiast istotna celem prawidłowej wyceny oferty przez wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o zmianę SIWZ przez jednoznaczne określenie przez Zamawiającego (w zakresie zarzutu 3) w Opisie Przedmiotu Zamówienia liczby personelu biurowego oraz pomocniczego, który Zamawiający wymaga od wykonawców zarówno w okresie od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia jak i w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności.

Zarzut nr 4

Zgodnie z Tomem I SIWZ Rozdział 1 Instrukcja Dla Wykonawców (dalej: IDW) pkt 10.6: *Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzach Cenowych, w tym również wszelkie koszty towarzyszące.*

Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

Odwołujący podniósł, iż ani z cytowanego wyżej postanowienia ani z innych postanowień SIWZ nie wynika, w jaki sposób należy uwzględnić i w jaki sposób przedstawić w ofercie analizę dotyczącą wskazanej w umowie możliwości zmiany ilości Innych ekspertów. Postanowienie to jest niejednoznaczne i uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie oferty. Wykonawca na podstawie postanowień specyfikacji nie posiada bowiem informacji, w jakiej ilości liczba ekspertów może się zmieniać; czy też którzy z Innych ekspertów mieliby ulec zmianie ani chociaż, w którym miejscu Formularza Cenowego czy też, w którym miejscu oferty taka analiza ma zostać dokonana.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy jest dokonanie opisu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tymczasem, jak zostało to wskazane wprowadzony przez Zamawiającego do SIWZ wymóg dokonania przez wykonawców na etapie wyceny ofert przeprowadzenia analiz celem uwzględnienia możliwości zmiany ekspertów prowadzi do braku możliwości prawidłowej wyceny oferty. Zamawiający nie uściśla liczby ekspertów, którzy mogą ulec zmianie, nie wskazuje w której pozycji formularza cenowego analizy te mają zostać uwzględnione i wycenione. Swoboda, którą Zamawiający pozostawia wykonawcom i brak jasnego i precyzyjnego opisanie jakich zmian i jakich ekspertów dotyczy to postanowienie, sprawia, iż składane przez wykonawców oferty będą nieporównywalne. Dodatkowo, brak wskazania przez Zamawiającego w którym miejscu oferty (Formularza Cenowego) analiza ta ma zostać dokonana naraża wykonawców na negatywne konsekwencje ze strony Zamawiającego polegające na dowolności w ocenie czy oferta winna zostać odrzucona ze względu na niezgodność ze specyfikacją.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z pkt 10. 6 IDW postanowienia (w zakresie zarzutu 4):
Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

Zarzut nr 5

W § 1 pkt 1, Zamawiający zdefiniował pojęcie dniówki w następujący sposób:

Dniówka - jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia usługi przez Personel Konsultanta (stawka dzienna) wskazana w „Formularzu Cenowym” i służąca do obliczenia wynagrodzenia za wskazane w Formularzu Cenowym części Usługi, zgodnie z § 26 Umowy.

Definicja ta jest niejednoznaczna i utrudnia wykonawcom dokonanie prawidłowej wyceny oferty. Z definicji tej po pierwsze nie wiadomo czy dniówka stanowić ma jednostkę rozliczeniową czasu czy odnosi się do wartości. Z jednej strony bowiem definicja wskazuje, iż dniówka stanowi jednostkę rozliczeniową czasu a jednocześnie odnosi się do wartości tj. stawki dziennej. W świetle postanowień SIWZ nie jest wiadomo również czy definicja dniówki odnosi się do jednego członka personelu czy całego Personelu Konsultanta. Należy przy tym zaznaczyć, iż w postanowieniach Formularzy Cenowych stanowiących załączniki 2.1.1.-2.1.3. do SIWZ Zamawiający rozdzielił pojęcie dniówki od wartości (ceny jednostkowej) za dniówkę. Odwołujący podnosi zatem, iż mając na uwadze obecną definicję dniówki, wykonawca nie wie w jaki sposób wycenić pracę ekspertów za dzień pracy. Czy wycenić ma pracę jednego konsultanta czy zagregowany dzień pracy dla wszystkich członków personelu konsultanta.

Zamawiający w dalszej części Wzoru Umowy nie posługuje się już definicją dniówki, ani pojęciami użytymi w Formularzach Cenowych (tj. cena jednostkowa) lecz nigdzie nie zdefiniowanym pojęciem „stawka dzienna” (np. § 4 ust. 5 Wzoru Umowy). W ocenie Odwołującego, celem prawidłowego opisu zamówienia, Zamawiający winien posługiwać się jednolitym nazewnictwem, które nie będzie prowadziło w błąd wykonawców.

Analogiczny zarzut jak w przypadku pojęcia „dniówki” Odwołujący podnosi również wobec używanego przez Zamawiającego w specyfikacji pojęcia „miesiąca”. Mając na uwadze treść Formularzy Cenowych Zamawiający winien sprecyzować czym jest wskazane w treści tych Formularzy pojęcie „miesiąca”.

Odwołujący podniósł, iż użyta w § 1 pkt 1 przez Zamawiającego definicja ryczałtu również jest niejednoznaczna i wprowadza wykonawców w błąd. Zgodnie z definicją ryczałtu wskazaną przez Zamawiającego, ryczałt jest to jednostka rozliczeniowa dla świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta (stawka miesięczna), dotycząca pozycji ryczałtowych wskazanych w „Formularzu Cenowym”. Z powyższej definicji wynika, że jest to jednostka rozliczenia czasu pracy, natomiast z innych definicji użytych w SIWZ, wynika, iż jednostką rozliczenia czasu pracy jest dniówka.

Opis przedmiotu zamówienia powinien być zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych, sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości umożliwiający prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty. Postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert, a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. Natomiast dokonany przez Zamawiającego opis dniówki powoduje, że oferty wycenione w oparciu o w/w definicję mogą być nieporównywalne.

W związku z powyższym Odwołujący zgłasza żądanie zmodyfikowania w/w definicji w następujący sposób *(w zakresie zarzutu 5)*:

- 1) Dniówka - jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia prac niezbędnych do realizacji zamówienia z należytą starannością przez nie mniej niż 8 godzin w jednej dobie, przez jednego członka Personelu Konsultanta.
- 2) Miesiąc - miesiąc kalendarzowy - jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia usługi przez Konsultanta wskazana w „Formularzu Cenowym”.
- 3) Ryczałt - wynagrodzenie Wykonawcy za część usługi, stanowiąca samodzielłą całość, niezależne od poniesionych przez niego nakładów lub czasu.
- 4) Ponadto Odwołujący wnosi o modyfikację SIWZ poprzez zastąpienie we Wzorze Umowy pojęcia „stawka dzienna” pojęciem „cena jednostkowa”.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 września 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał faksem w dniu 17 września 2014 roku, pismo z dnia 17 września 2014 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*. Zamawiający w piśmie podał, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nr 5 oraz nr 1 w zakresie wynagrodzenia za realizację „Działań Promocyjnych” oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie czyli w zakresie zarzutu nr 1, nr 3 i nr 4 zawartych w uzasadnieniu odwołania. Wniósł również o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w tym zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- wykonawcę SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92000 Nanterre,
- wykonawcę WS Atkins-Polska Sp. z o.o. Warszawa,
- wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. Warszawa,
- Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich Warszawa

Po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego – zamieścił na stronie internetowej informację o wpłynięciu odwołania w dniu 9 września 2014 roku.*

Po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w ustawowym terminie tj.: 12 września 2014 r. wpływa zgłoszenie przystąpienia WS Atkins Polska sp. z o.o oraz Związku Pracodawców

Branży Usług Inżynierskich, natomiast 11 września 2014 roku wpływa zgłoszenia przystąpienia Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A oraz SAFEGE S.A.. Zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony.

Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Prawo zamówień publicznych. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia.

Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi

ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych Zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09).

Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.). Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

W zakresie zarzutu nr 1 (z uzasadnienia odwołania):

W ocenie Izby zarzut ten jest zasadny w zakresie nieuwzględnienia przez Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia za realizację „Działań promocyjnych” (dział III Formularzy Cenowych) i w tym zakresie Izba zarzut uznała.

Izba wskazuje, że zgodnie z Formularzem cenowym (dla każdego z zadań) w punkcie 3 *Działania promocyjne* wykonawca składający ofertę jest zobowiązany wycenić wykazane tam formy działań promocyjnych. Zaznaczyć należy, że poszczególne działania w zależności od ich rodzaju wykonawca zobowiązany podać cenę ryczałtową bądź cenę za sztukę bądź cenę miesięczną oraz odpowiednio przemilczy przez ilość miesięcy (przy cenie miesięcznej) bądź przez ilość sztuk (przy cenie za sztukę).

Izba ustaliła, że Zamawiający zmodyfikował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), o czym poinformował w złożonym piśmie oraz złożył do akt sprawy informację o dokonanej modyfikacji. Zamawiający w zmianie nr 5 dokonał modyfikacji postanowień § 7 ust. 10 Istotnych dla Stron postanowień umowy (Tom II SIWZ) oraz dokonał modyfikacji postanowień w § 4 ust. 5 Istotnych dla Stron postanowień umowy (Tom II SIWZ). W ocenie Izby, postanowienia jakie wprowadził do Istotnych dla Stron postanowień umowy Zamawiający zobowiązują go również do wypłaty wynagrodzenia za dokonywane działania

promocyjne. Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie sprecyzował żądania co do wprowadzenia danego postanowienia do projektu umowy wskazując jedynie, że takie postanowienie powinno być zawarte w § 4 Istotnych dla Stron postanowień umowy.

Z uwagi na to, że Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie tej części zarzutu i w dniu 17 września 2014 roku upublicznił na stronie internetowej dokonaną zmianę w zakresie wynagrodzenia za działania promocyjne, Izba nie nakazała w zakresie tej części zarzutu dokonywania modyfikacji postanowień Istotnych dla Stron postanowień umowy.

W pozostałej części zarzutu nr 1 Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie jak i w piśmie skierowanym do Izby stanowiącym odpowiedź na odwołanie.

Izba wskazuje po pierwsze, że Zamawiający zmieścił w SIWZ w Tomie II w § 1 pkt 1 Istotnych dla Stron postanowień umowy definicje: „Usługa wykonana w Standardzie Podstawowym *usługa, oceniona na 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu, zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta.* oraz *Usługa wykonywana w Standardzie Podwyższonym usługa, oceniona powyżej 0 pkt po dokonaniu oceny pracy Konsultanta przez Kierownika Projektu, zgodnie z Kartą Obmiaru Jakości Pracy Personelu Konsultanta.*”, są to definicje przygotowane na potrzeby umowy. Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy Karta obmiaru jakości pracy konsultanta została podana punktacja jaką będzie otrzymywał za realizację określonych w karcie obowiązków i tak: 0 pkt – nie wykonano, 1 pkt – wykonano w stopniu mało zadawalającym, 2 pkt – wykonano zgodnie z umową. W ocenie Izby punktacja określona przez Zamawiającego, uwzględniając fakt, że przyznana punktacja musi zostać uzasadniona pozwala na ocenę pracy Konsultanta. Jednoznacznie zostało określone, że za nie wykonanie umowy nie zostaną przyznane punkty natomiast za wykonanie umowy zgodnie z jej postanowieniami i w oparciu o obowiązki określone w Karcie obmiaru pracy Konsultanta zostaną przyznane 2 punkty, tym samym, co podkreślał Zamawiający w pozostałym zakresie przyznawany będzie 1 punkt. Tym samym określony przez Odwołującego trzystopniowy sposób oceny pracy Konsultanta (w oparciu o określone w Karcie obmiaru pracy konsultanta obowiązki ukształtowane na podstawie umowy) jest przejrzysty jak również korzystny dla wykonawcy (porównaj: wyrok KIO z 20 stycznia 2014 roku sygn. akt 2949/13; wyrok z dnia 16 stycznia 2014 roku sygn. akt 2970/13). Odwołujący wskazywał, że w tym zadaniu nie ma odniesienia do metodyki, jednakże wskazać należy, że obowiązki wykonawcy kształtują postanowienia umowy, która zostanie zawarta. Dodatkowo należy zaznaczyć, że wykonawcy przysługuje prawo Sprzeciwu od dokonanej oceny przez Kierownika Projektu (posiadającego zespół osób, za pomocą których realizuje swoje uprawnienia), który

to Sprzeciw składa się do Dyrektora Oddziału (§ 5 ust. 5 Istotnych dla Stron postanowień umowy). Odwołujący wskazywał na rozprawie, że sprzeciw stanowi iluzoryczne uprawnienie, jednakże w żaden sposób tego nie uzasadnił. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Kierownik Projektu dokonując oceny poziomu świadczenia usługi będzie działał na podstawie umowy, w szczególności § 5. Ocena pracy Konsultanta jest jasna, precyzyjna w oparciu o wyartykułowany sposób przyznawania punktów. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że kryteria oceny nie są obiektywne, bowiem niezmiennie należy mieć na uwadze, że przedmiotem jest usługa a przejrzystość kryterium oceny pracy Konsultanta wynika z trójstopniowej skali oceny jego pracy. Wykonawca wykonujący usługę zgodnie z postanowieniami umowy otrzyma wynagrodzenie za wykonaną pracę. Wskazać należy również, że Zamawiający uzależnił wypłatę wynagrodzenia od uzyskanej oceny jakości wykonanych usług jedynie w części należnego wynagrodzenia co nie stanowi bezwzględnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa (porównaj: wyrok KIO z 27 stycznia 2014 roku sygn. akt 3034/13).

Uwzględniając powyższe, w zakresie wskazanych przez Odwołującego naruszeń przepisów ustawy dotyczących prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia (art. 29 ustawy), jak również przepisów ustawy Kodeks cywilny (dalej: k.c.), w tym art. 353¹ i art. 354 kodeksu cywilnego jak również art. 139 ustawy w zw. z art. 735 § 1 i 744 w zw. z art. 750 k.c. Izba wskazuje, że w pełni podziela orzecznictwo KIO, w którym zwrócono uwagę na treść art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”. W myśl tego przepisu odwołujący może wobec działań podejmowanych przez zamawiającego formułować zarzuty naruszenia przepisów ustawy. Natomiast przepisy innych ustaw niż ustawa Prawo zamówień publicznych mogą być przedmiotem odwołania wyłącznie wtedy gdy ustawa bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*. Tymczasem z przepisów wskazanych przez Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym nie można wywieść nakazu określonego zachowania, które jest naruszane przez konkretne działanie lub zaniechanie Zamawiającego. Niewątpliwym jest, iż wykonawcy należy się wynagrodzenie za wykonaną usługę. Niemniej jednak prawo do wynagrodzenia przysługuje wykonawcy dopiero po rzeczywistym wykonaniu usługi. Zapłata wynagrodzenia następuje więc dopiero wówczas kiedy możliwa jest ocena czy wykonawca wykonał świadczenie z należytą starannością. Wskazać również należy, że w toku postępowania odwoławczego nie zostało choćby uprawdopodobnione, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

między wykonawcami, ani że postanowienia SIWZ objęte zarzutami odwołania stanowią przejaw nierównego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu nr 2 (z uzasadnienia odwołania):

W zakresie tego zarzutu Zamawiający uwzględnił wniosek Odwołującego o uszczegółowienie postanowień oraz dokonał modyfikacji IDW - SIWZ w dniu 17 września 2014 roku. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że *zarzut uwzględniony przez Zamawiającego choć zmieniony w treści zadawała go.*

Izba uznała zarzut za zasadny.

Wskazać należy, że opis sposobu obliczenia ceny, który zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy musi zostać zawarty w każdej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowi istotny element pozwalający wykonawcom ubiegającym się o dziełnie zamówienia w sposób precyzyjny oraz jednakowy dokonać obliczenia oferowanej ceny.

Odwołujący powołał się na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest *do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* W ocenie Izby, uwzględniając postanowienia art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 ustawy – *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawiera co najmniej: (3) opis przedmiotu zamówienia; (12) opis sposobu obliczania ceny* zarzucona przez Odwołującego podstawa prawna nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący zarzucił w całym zakresie odwołania naruszenie obowiązujących zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Nadmienić należy również, że Odwołujący odniósł się w uzasadnieniu odwołania do tego, że *dotychczasowy zbyt ogólny opis sposobu obliczania ceny bez wskazania chociaż najważniejszych kosztów, które zdaniem Zamawiającego wykonawca winien wliczyć do oferty spowoduje z jednej strony brak porównywalności ofert z drugiej strony brak możliwości zweryfikowania czy oferta zgodna jest ze specyfikacją i czy cena zaproponowana przez wykonawcę w danej pozycji Formularza Cenowego zawiera wszelkie koszty, których uwzględnienia żądał Zamawiający.*

W ocenie Izby Odwołujący wykazał konieczność uzupełnienia przez Zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny, Izba nie nakazała dokonywania uzupełnienia opisu sposobu obliczenia ceny, ponieważ Zamawiający dokonał już takiego uzupełnienia zgodnie z postanowieniami ustawy oraz zamieścił informacje o uzupełnieniu na stronie

internetowej.

W zakresie zarzutu nr 3 (z uzasadnienia odwołania):

Odwołujący wskazał, że informacja o ilości Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego, których wyceny Zamawiający oczekuje w dziale Koszty Administracyjne w Formularzu cenowym jest istotna dla prawidłowej wyceny oferty przez wykonawców. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia i jednoznaczne określenie przez Zamawiającego ilości Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego -

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Zamawiającego. W ocenie Izby prawidłowo wskazał Zamawiający, że w ramach świadczenia usługi konsultanta wykonawca powinien zapewnić prawidłowe funkcjonowanie swojego biura i prawidłowe świadczenie objętej zamówieniem usługi, w tym celu poza Personelem Kluczowym i Innymi ekspertami wykonawca winien zapewnić Personel biurowy i personel pomocniczy. Personel pomocniczy to personel mający zapewnić prawidłowe funkcjonowanie biura Konsultanta natomiast personel pomocniczy to wszystkie inne osoby nieujęte w pozycji Inni eksperci a niezbędni do prawidłowego wykonania usługi (Formularz cenowy dla każdego z zadań). Wskazać również należy, że Personel biurowy i pomocniczy odróżniony została od Personelu Konsultanta (§ 1 Istotnych dla Stron postanowień umowy).

Wykonawca planując personel pomocniczy i biurowy musi osiągnąć pewien efekt a może tego dokonać na podstawie informacji zamieszczonych w Opisie przedmiotu zamówienia i warunkach jego realizacji. Wskazać należy, że planowanie personelu w tym zakresie jest indywidualne dla każdego z wykonawców i uzależnione od sposobu funkcjonowania wykonawcy w trakcie realizacji inwestycji. Podnieść należy również, że nie podał Zamawiający ilości personelu ilości osób jakich wymaga do innych prac (np.: sprzątnięcie, projektowanie broszur informacyjnych, prowadzenia strony internetowej) a których koszt wykonawca będzie musiał uwzględnić w ofercie w zakresie jaki sam przewidzi.

Odwołanie się Odwołującego do braku porównywalności ofert w postępowaniu z uwagi na brak podania ilości, choćby minimalnej personelu biurowego oraz pomocniczego nie znajduje w ocenie Izby uzasadnienia. Wykonawca musi zapewnić podczas realizacji

zadania sprawne funkcjonowanie biura Konsultanta i w swojej ofercie będzie obowiązany zawrzeć koszty niezbędne do osiągnięcia tego celu. Co więcej Izba wskazuje, że ukształtowanie wymogu jako minimalnego uwzględniając tok rozumowani Odwołującego również mogłoby prowadzić do nieporównywalności ofert z uwagi na wycenę równej ilości osób personelu. Natomiast w rozwiązaniu zastosowanym przez Zamawiającego kluczowy jest efekt - zapewnienie sprawnej obsługi, który każdy z wykonawców, niewątpliwie profesjonalistów w swojej branży, jest w stanie osiągnąć przy wykorzystaniu ilości personelu biurowego i pomocniczego, który określi zgodnie z potrzebami jakie kształtuje cel.

W zakresie zarzutu nr 4 (z uzasadnienia odwołania):

Odwołujący zażądał wykreślenia z punktu 10.6 IDW postanowienia: *Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.*

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wyjaśnił, że tworząc Formularz cenowy (dla każdego z zadań) określił minimalną liczbę ekspertów, która w ocenie Zamawiającego będzie niezbędna przy realizacji zamówienia. Wyjaśnił również, że mając na uwadze zmiany w ilości zaangażowanych na budowie ekspertów z uwagi na zaawansowanie prac oraz tempo prowadzonych prac ilość ekspertów musi być dopasowana do realnych potrzeb. Zamawiający wskazał, że uwzględnił ten stan rzeczy w postanowieniach § 10 Istotnych dla Stron postanowień umowy, z którego wynika, że w poszczególnych okresach objętych Harmonogramem pracy Personelu Konsultanta zaangażowanie ekspertów nie będzie jednakowe.

Wskazać należy, że zgodnie z Formularzem cenowym wykonawca wycenia koszt dniówki danego rodzaju Innego eksperta, jednego eksperta. Jednakże nie oznacza to, że na każdym etapie realizacji inwestycji będzie pracował jeden ekspert z danej branży. Izba podziela wyrażone przez Zamawiającego stanowisko, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie wskazuje wykonawcom, że już na etapie składani ofert powinni zaplanować i rzetelnie ocenić skład personelu niezbędnego do wykonani umowy na wszystkich etapach jej realizacji a także związane z tym koszty wliczyć do ceny oferty. Zaznaczyć należy również możliwość dokonywania zmian zgodnie z § 10 Istotnych dla Stron postanowień umowy.

Rozpatrując argumentację Odwołującego, że *zamawiający powinien podać w jaki sposób*

wykonawca powinien uwzględnić w ofercie możliwość zmiany ilości ekspertów bądź wykreślić to postanowienie można pokusić się o stwierdzenie, że gdyby Zamawiający podał wszystkie informacje służące osiągnięciu celu to nie potrzebowałby zlecać zadania wykonawcy zewnętrznemu, który jest specjalistą w swojej dziedzinie. Zamawiający podając postanowienia SIWZ w tym Istotnych dla stron postanowień umowy wskazał na cel jaki ma zostać osiągnięty, wskazał na potrzebę realizacji przez Innych ekspertów jednocześnie dał możliwość wykonawcy jak również go zobowiązał do uwzględnienia możliwości zmian ilości Innych ekspertów, jednocześnie zabezpieczając postanowieniami Istotnych dla stron postanowień umowy interesy wykonawcy i swoje.

Wykonawca obowiązany wycenić jest koszt dniówki danego rodzaju danego Innego eksperta natomiast ilość dniówek określił w Formularzu cenowym Zamawiający, tym samym zakres usługi na etapie oceny ofert pozostaje ten sam pomimo dopuszczonej umową zmiany ilości świadczonych ją osób. Wskazać należy w tym miejscu na § 4 ust. 3 Istotnych dla Stron postanowień umowy, z którego wynika że rzeczywista wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej usługi, przy czym, maksymalna wartość zobowiązania za wykonanie czynności będących przedmiotem umowy nie może przekroczyć kwoty obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

Zgodnie z art. 191 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Zamawiający wskazał, że dokonana w dniu 17 września 2014 roku modyfikacją usunął z punktu 3.5 Personel Konsultanta (str. 15) postanowienie: *Jeśli konsultant uzna, że zaproponowany skład personelu nie pozwala na wypełnienie obowiązków wynikających z Umowy, może on przewidzieć zatrudnienie dodatkowych osób, których wynagrodzeni należy uwzględnić w wynagrodzeniu personelu podstawowego.*

Zastąpił również postanowienia zawarte w tym samym punkcie od słów: *Konsultant przeprowadzi własne analizy (...) kończąc na słowach (...) tj. koszty pracy doradców i specjalistów w zakresie warunków FIDIC i jakichkolwiek innych ekspertów następującymi: Konsultant przeprowadzi własne analizy i uwzględni w swoim działaniu zatrudnienie takiego Personelu, aby zapewnić sprawną i terminową realizację Robót objętych Kontraktem. Za pracę ekspertów wymienionych w „Formularzu Cenowym”, skierowanych do świadczenia usług zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie stanowiące iloczyn osób i ceny jednostkowej podanej w „Formularzu Cenowym”.*

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że postanowienie kwestionowane przez Odwołującego nie narusza przepisów ustawy jak również nie powoduje niemożliwości dokonania wyceny oferty.

W zakresie zarzutu nr 5 (z uzasadnienia odwołania):

W zakresie tego zarzutu Zamawiający uwzględnił wniosek Odwołującego o dokonanie zmian IDW - SIWZ w dniu 17 września 2014 roku. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że *zadawała go uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego za wyjątkiem definicji dniówki.*

Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie definicji dniówki wskazanej w § 1 ust. 1 Istotnych dla Stron postanowień umowy: *Dniówka - jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia usługi przez Personel Konsultanta (stawka dzienna) wskazana w „Formularzu Cenowym” i służąca do obliczenia wynagrodzenia za wskazane w Formularzu Cenowym części Usługi, zgodnie z § 26 Umowy.* Odwołujący wskazywał, że na podstawie zawartej definicji nie wiadomo czy dniówka stanowić ma jednostkę rozliczeniową czasu czy odnosi się do wartości, jak również nie wiadomo czy odnosi się do jednego członka personelu czy całego personelu konsultanta. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ i zastąpił dotychczasową definicję dniówki następującą - *Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w „Formularzu Cenowym” stanowiąca podstawę rozliczenia Usługi, zgodnie z § 26 Umowy.* Odwołujący na rozprawie wskazał, że Zamawiający powinien określić czy *dniówka* dotyczy jednego członka personelu Konsultanta czy też *dniówka* dotyczy całego zespołu Konsultanta czy też *dniówka* dotyczy konsultantów danej branży. Izba nie nakazała zmiany w zakresie definicji dniówki, bowiem sam Zamawiający dokonał takiej zmiany. Natomiast uwzględniając argumentację Odwołującego Izba nakazała zmianę postanowień § 26 ust. 2 Istotnych dla Stron postanowień umowy przez dodanie słowa „jednego”, tym samym treść § 26 ust. 2 Istotnych dla Stron postanowień umowy otrzymała brzmienie:

2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:

- 1) jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez jednego członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie, z zastrzeżeniem § 4 ust. 4;*
- 2) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz cenowy” – z tytułu usług świadczonych przez jednego członka Personelu Konsultanta w wymiarze mniejszym niż 8 pełnych godzin w danej dobie, z zastrzeżeniem § 4 ust. 4.*

W ocenie Izby potwierdziły się wykazane przez Odwołującego naruszenia co do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, dlatego Izba nakazała zmianę postanowień SIWZ w wyżej podanym zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: