

Warszawa, dnia 26 czerwca 2020r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
02-676 Warszawa, ul. Postępu 17a**

Odwołujący:**Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów**

ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa

Imię i nazwisko pełnomocnika:

Żaklina Ossowska, Kancelaria Ziemiński & Partnerzy

Pl. Konesera 6/B4, 03-736 Warszawa

e-mail: zossowska@kzp.net.pl**Zamawiający:****Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**

ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,

prowadzący postępowanie:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu

Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

osoba do kontaktów: Adam Matyjae-mail: amatyja@gddkia.gov.pl, fax: +48 (77) 454 44 68,**O D W O Ł A N I E**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1) "Projekt i budowa drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka"; 2) "Projekt i budowa drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Południe (bez węzła) - Ploski". nr postępowania O.Op.D-3.2410.01.2020, (dalej: „Postępowanie”)*

- I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: „ustawa Pzp”), związek pracodawców pn.: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „ZOPI”), ubiegająca się o poszanowanie w toku Postępowania przepisów ustawy Pzp oraz zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „Zamawiający”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

- II. Przedmiot zamówienia obejmuje pełnienie przez konsultanta obowiązków zgodnie z umową, w oparciu o OWK i SWK, w szczególności:
- pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów,
 - zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia ostatecznego świadectwa płatności,
 - prowadzenie działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją projektu i współpracę w tym zakresie ze służbami GDDKiA,
 - wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z procedur UE i współpracę w tym zakresie ze służbami GDDKiA,
 - wypełnianie obowiązków wynikających z procedur zawartych w obowiązujących wymaganiach/wytycznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedurami beneficjenta projektów dla POIiŚ,
 - świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,
 - wykonywanie zadań z uwzględnieniem wymogów i wytycznych programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko,
 - wspieranie Zamawiającego jako lojalny i sumienny doradca we wszystkich czynnościach związanych z realizacją projektu,
 - sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania projektu, wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu – udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - stałe monitorowanie, prowadzenie i rozstrzyganie spraw związanych z właściwym wykonaniem przez poszczególnych Wykonawców dokumentów Wykonawcy i robót budowlanych na styku sąsiadujących Kontraktów oraz ścisłą współpracę z zespołami konsultanta sprawującymi nadzór nad inwestycjami sąsiadującymi – w wyniku której konsultant będzie miał obowiązek wypracować zasady i sposób właściwego wykonania dokumentów Wykonawcy i robót budowlanych. W razie potrzeby konsultanta wiodącego prowadzącego sprawę koordynacji na styku Projektów wyznaczy Zamawiający.
- Na czele zespołu konsultanta stać będzie: Inżynier Kontraktu (1 osoba, odpowiedzialna za dwa zadania) oraz dwóch inżynierów rezydentów (2 osoby, każda odpowiedzialna za poszczególne zadanie).
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2020r., numer ogłoszenia 2020/S 115-279561, pod adresem: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:279561-2020:TEXT:PL:HTML>
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem, z uwagi na zakres zaskarżenia oraz brzmienie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.
- V. Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 16 czerwca 2020r., tj. wraz z publikacją na ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Zatem, niniejsze odwołanie wnoszone jest

z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

- VI. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:
1. zaniechaniu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytego sporządzenia oferty, a w szczególności umożliwiające złożenie porównywalnych ofert,
 2. sformułowanie istotnych warunków umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego
 3. zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.
- VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
1. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ,
 2. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 4) i 16) ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wskazania wszystkich istotnych dla stron postanowień umowy, które umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy, w szczególności w zakresie jednoznacznego zdefiniowania terminu realizacji zamówienia;
 3. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
 4. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wskazania w SIWZ kryteriów oceny ofert w sposób pozwalający na realną ocenę oferty na etapie jej badania i na wybór faktycznie tej oferty, która przedstawia najkorzystniejszą wartość na podstawie tych kryteriów, oraz poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest obowiązany określić kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców badania oferty przed jej wyborem, tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa nadał sobie uprawnienie do comiesięcznego badania spełnienia kryterium jakościowego.

- VIII.** W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:
1. dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie istotnych dla stron postanowień umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie niezwłocznego przekazania wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany SIWZ, oraz nakazanie zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
 2. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie określenie przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie jego wartości, tj. o co najmniej 15 dni, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
 3. dokonania zmiany Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert.
- IX.** Odwołujący wskazuje, że jest podmiotem, o którym mowa w art. 179 ust. 2 ustawy Pzp (wpis na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej z dnia 30 kwietnia 2020r., numer: UZP/DP/022/1/20/PL). Rzeczony przepis wskazuje, że środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom zrzeszającym wykonawców wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wobec powyższego, Odwołujący na mocy art. 179 ust. 2 posiada interes we wnoszeniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wykonawcy zainteresowani niniejszym zamówieniem mogą ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy.
- W sposób szczególny należy podkreślić, że z uwagi na znaczenie zapisów SIWZ kształtujących zakres odpowiedzialności kontraktowej przyszłego wykonawcy, Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, wyrażający się w dążeniu do zmiany SIWZ, treści umowy w tym wysokości kar umownych i zasad ich naliczania już na obecnym etapie postępowania.
- Pozostawienie skarżonych klauzul umownych w niezmienionym kształcie, stanowi realną przeszkodę dla obrony interesów wykonawcy realizującego kontrakt. Zgoda na zawarcie umowy na warunkach ustalonych w SIWZ ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia dochodzenia roszczeń przed sądem w sytuacji powstania sporu dotyczącego zawartej umowy. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie zapisów SIWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 Ustawy i podlega rozpoznaniu.
- Poprzez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której wykonawcy zainteresowani niniejszym zamówieniem utraci szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planowali osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 2 ustawy Pzp.
- X.** Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

A. ROLA ZOPI – WATCHDOG

1. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy świadczące usługi towarzyszące dla branży infrastruktury i budownictwa. Choć ZOPI funkcjonuje na rynku zaledwie kilka miesięcy już zrzesza znaczą część potencjału rynku w Polsce. Powodem dużego zainteresowania działalnością ZOPI jest okoliczność, iż jednym z najistotniejszych celów związku jest właśnie ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienie publiczne. Ponadto, celem związku jest przyczynienie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej.

2. W przekonaniu Związku, naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach niniejszego postępowania, godzą w interesy zrzeszonych w ramach związku członków, w szczególności postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy i dowolny kształtują stosunek zobowiązaniowy, kształtując ciężar ryzyka, który obarcza w tym wypadku Wykonawcę w taki sposób i w takim rozmiarze, że niewątpliwie Zamawiający przekracza ustawowe upoważnienie do swobody umów, czyniąc tym samym niemożliwym ustalenie wszelkich okoliczności i ryzyk, umożliwiających sporządzenie rzetelnej i spełniającej wymagania Zamawiającego oferty.

3. Odwołanie jest zatem konieczne, aby nie doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy. Jako związek reprezentujący interesy firm branży inżynierskiej i projektowej podnosimy, że nie bez znaczenia są ogólnie przyjęte dobre obyczaje, które zdaniem ZOPI zostały pominięte lub zlekceważone. Co prawda, dobre obyczaje kupieckie są odbiciem swoistego zbioru norm pozaprawnych i stanowią jedynie zbiór zachowań społecznie pożądanych i praktykowanych, ale podnieść należy, że zgodnie z orzecznictwem sądów „**dobre obyczaje to ogólne reguły uczciwości kupieckiej, pojawiające się w związku z prowadzeniem działalności handlowej przez przedsiębiorców. Obowiązują one wszystkich uczestników obrotu handlowego**” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 roku, sygn. akt III CSK 100/08). Ponadto „**sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może być ona uznana za nieetyczną. Chodzi przy tym jednak raczej nie o ocenę z punktu widzenia etyki przeciętnego, uczciwego człowieka, lecz o oceny nastawione na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania spółki pod względem ekonomicznym**” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2005 roku, sygn. akt IV CK 607/04). Sprzeczne z przepisami wskazanymi w odwołaniu oraz z dobrymi obyczajami kupieckimi sformułowania zawarte w SIWZ godzą w interesy podmiotów zrzeszonych w ZOPI. Mogą one spowodować, że ubiegający się o zamówienie:

- nie zdecydują się na złożenie oferty: gdyż ryzyko związane z umową jest bardzo duże i niedookreślone, a koszty wręcz niemożliwe do oszacowania, albo
- złoży ofertę na bardzo niekorzystnych warunkach: może zdarzyć się, że Wykonawca nie wyceni tych zakresów, które są nieprecyzyjnie określone w SIWZ, skutkiem czego przychody z umowy nie pokryją kosztów z nią związanych, albo

- złoży ofertę niekonkurencyjną cenowo: uwzględnić wysoki stopień ryzyka w cenie, Wykonawca nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia.

Tak więc, należy się spodziewać, że część Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, z uwagi na wady SIWZ, nie złoży oferty, zaś pozostali Wykonawcy, którzy zdecydują się na złożenie oferty złożą oferty nieporównywalne, gdyż każdy z nich – z uwagi na brak precyzyjnych i kompletnych informacji – odmiennie określi (a co za tym – również i wyceni) przedmiot zamówienia.

4. Reasumując, stwierdzić należy, że niniejsze odwołanie nie jest typowym odwołaniem, składanym na treść SIWZ przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. ZOPI nie stara się bowiem o modyfikację SIWZ tak, aby na późniejszym etapie móc realizować zamówienie na korzystniejszych dla siebie warunkach. Celem tego odwołania jest przywrócenie przez Krajową Izbę Odwoławczą poszanowania prawa, z korzyścią dla całej branży, lecz z wyłączeniem samego ZOPI. Krajowa Izba Odwoławcza powinna zatem zweryfikować, czy w Postępowaniu zostało stworzenie środowisko do uczciwego konkurowania, gdyż w szczególności tak znaczny Zamawiający jak Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wyznacza standardy na rynku zamówień publicznych. Zatem, **standardy te powinny być co najmniej zgodne z przepisami prawa**. Niniejsze odwołanie nie stanowi próby negocjacji warunków umowy w sposób, który wyrównywałby dysproporcje pomiędzy uprawnieniami stron. ZOPI ma pełną świadomość, że niewielkie dysproporcje – z uwagi na samą treść ustawy Pzp – są legalne. Jednakże, rażąco dysproporcje nie znajdują poparcia w przepisach prawa i nie zasługują na ochronę Izby. Dlatego też, niniejszym odwołaniem ZOPI pragnie doprowadzić Postępowanie do zgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

B. NIELEGALNE POSTANOWIENIA UMOWY

I. § 1 Definicje

5. Treść SIWZ:

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

6. Odwołujący zauważa, że powyższa definicja 'dni roboczych' jest skrajnie niesymetryczna, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął, że jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Tymczasem, 'dni robocze' powinny być identycznie definiowane dla obu stron umowy, gdyż strony te zobowiązane są ze sobą współpracować.

7. Obecna definicja to uniemożliwia, gdyż dla Wykonawcy termin wypadający na sobotę jest terminem fikcyjnym, gdyż tego dnia i tak Urząd Zamawiającego nie pracuje i Wykonawca nie będzie w stanie nic tego dnia przeprocudować. Zatem, termin ten będzie faktycznie krótszy niż umowny, gdyż dni urzędowania Zamawiającego wymuszają będą skracanie terminów. Podobnie z godzinami – choć Wykonawca nie będzie w stanie dotrzymać terminu składając dokument np. w środę o 17:00, to jednak Zamawiający jest uprawniony do przekazywania poleceń nawet i w piątek o godz. 22:00 i wówczas sobota już będzie pierwszym dniem, od którego liczony jest

termin. Zatem, utrzymywanie definicji 'dni roboczych' odmiennie ustalonej dla Wykonawcy i oddzielnie ustalonej dla Zamawiającego – tj. 6 pełnych dni od poniedziałku do soboty dla Wykonawcy, przy 5 niepełnych dniach pracy dla Zamawiającego, uzależnionych od pracy Urzędu Zamawiającego – w sposób rażąco narusza ww. przepisy, gdyż już na wstępie przesądza o problemach komunikacyjnych stron, zaś w zakresie obowiązków wymagających współdziałania uniemożliwia sprawne współdziałanie.

8. Powyższa definicja uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, czym Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp. Zamawiający błędnie przyjął, że nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający błędnie przyjął także, że nie jest zobowiązany do wskazania wszystkich istotnych dla stron postanowień umowy, które umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy. Niemożliwością jest bowiem obecnie przewidywać, ile razy w czasie realizacji zamówienia – ze względu na wypadanie terminu w sobotę i konieczność skrócenia terminu o jeden dzień (z uwagi na skrócony czas pracy Zamawiającego) – Wykonawca zmuszony będzie do wydłużenia czasu pracy Wykonawcy, płacenia nadgodzin, ponoszenia innych ewentualnych kosztów. Takie sformułowanie definicji 'dni roboczych' jest zatem nieprecyzyjne i uniemożliwia określenie na dzień składania ofert, jaki powinien być założony minimalny koszt związany ze współdziałaniem w ramach określonego w umowie terminarza.

9. **Żądanie nr I:** Z uwagi na powyższą argumentację, przedmiotowa definicja powinna mieć brzmienie:

„Dni robocze: przez dni robocze rozumie się dni i godziny pracy Urzędu Zamawiającego”, albo alternatywnie:

„Dni robocze: przez dni robocze rozumie się dni robocze (tj. wszystkie dni tygodnia z wyłączeniem niedzieli i świąt państwowych) w godzinach 8:00 – 16:00”.

II. § 1 Definicje

10. Treść SIWZ:

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

11. Odwołujący zauważa, powyższa definicja 'dniówki' narzuca Wykonawcom standardy kodeksu pracy, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął, że jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Tymczasem, 'dniówka' powinna być definiowana w sposób odpowiedni dla wolnego zawodu Konsultanta, gdyż personel kluczowy wykonuje swoje

zobowiązania umowne głównie na podstawie umów B2B, które nie powinny być konstruowane w sposób pozwalający na ich utożsamianie ze stosunkiem pracy.

12. Obecna definicja ‘dniówki’ wskazuje, że wynosi ona min. 8h, co jest zbyt dużym nawiązaniem do kodeksu pracy. W typowej sytuacji, specjalistyczny personel Konsultanta jest zatrudniany na podstawie umów B2B, co odzwierciedla wzór umowy stanowiący, że wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę objęty jest tylko Personel Biurowy i Pomocniczy (§ 13 ust. 4). Ponadto, zastrzeżenie: „*przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływać na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta*”, nie będzie odpowiadało częstokroć specyfice usług nadzoru nad prowadzonymi robotami budowlanymi. Konieczne jest zatem pozostawienie swobody kontraktowej Wykonawcy w zakresie umów zawieranych z personelem specjalistycznym, poprzez wprowadzenie definicji „dniówki” jako jednej doby, w ciągu której poszczególni pracownicy/współpracownicy Konsultanta wykonają prace niezbędne do realizacji zamówienia, bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie. Należy mieć na uwadze to, że umowa na nadzór ma charakter wtórny względem umowy na roboty budowlane, której realizacja wymaga, iż roboty mogą być prowadzone całą dobę. Stąd, siłą rzeczy, świadczone usługi muszą być dostosowywane do prowadzonych robót budowlanych. Zatem, przy kalkulacji ceny należy mieć na względzie specyfikę kontraktu na roboty budowlane.

13. Umowa winna być kształtowana z uwzględnieniem charakteru stosunków prawnych łączących Wykonawcę z jego personelem, w tym szczególności z Personelem Kluczowym, które co do zasady mają i mogą (co potwierdza umowa) mieć charakter cywilnoprawny. Skoro umowa ma trwać 61 miesięcy (lub dłużej, jeżeli tak określi Zamawiający – obecnie nie jest jasne ile będzie trwał kontrakt), to Personel Kluczowy po tak długim czasie spędzony na kontrakcie może wystąpić z roszczeniem o uznanie umowy B2B za umowę o pracę. Tak więc, takie nadużycie własnych uprawnień przez Zamawiającego i narzucanie stosunku umownego zbyt mało zbliżonego do stosunku pracy, będzie naruszało zasadę współżycia społecznego o swobodzie kontraktowej.

14. **Żądanie nr II:** Z uwagi na powyższą argumentację, przedmiotowa definicja powinna mieć brzmienie:

„Dniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta wskazana w Formularzu Cenowym, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególni członkowie Personelu Konsultanta wykonają czynności niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie, jednak nie mniej niż 4 godz. w ciągu doby.”.

III. § 1 Definicje

15. Treść SIWZ:

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

16. Odwołujący zauważa, powyższa definicja ‘polecenia’ jest szalenie szeroka, nieograniczona przede wszystkim co do zakresu jakiego mogą dotyczyć polecenia Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął, że jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące

przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Tymczasem, 'polecenie' powinno dotyczyć jedynie zakresu zamówienia i polegać na doprecyzowaniu niejasności i sposób możliwy do odtworzenia (czyli – nie ustnie).

17. Aktualna definicja niesie ze sobą obrzynie ryzyko uznania „polecenia” za uprawnienie Zamawiającego do rozszerzenia zakresu Umowy i usankcjonowanie go postanowieniami §26 ust. 9 i 10, zgodnie z którymi:

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

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

Konieczne jest sprecyzowanie poprzez enumeratywne wyliczenie zakresu polecenia lub odwrotnie, poprzez wskazanie zakresu realizacji umowy, do którego nie będzie mogło odnosić się polecenie.

18. Ponadto, polecenie nie może być wydawane ustnie, gdyż w sytuacjach spornych ciężko byłoby dowodzić, że dany zakres rzeczywiście został wykonany nie tylko na polecenie, lecz również zgodnie z tym poleceniem. W dobie smartfonów, z każdego miejsca można przekazać 'polecenie' drogą mail'ową o treści: np.: „Z uwagi na wstrzymane roboty budowlane, proszę nadzorować zabezpieczanie terenu budowy, przy czym pozostała część dachu ma być zabezpieczona folią” lub „Z uwagi na wstrzymane roboty budowlane, proszę nadzorować zabezpieczanie terenu budowy, przy czym pozostała część poszycia dachu ma być wykonana zgodnie z projektem”. Polecenia mogą być krótkimi komunikatami, które pozwalają stronie bezkonfliktowo współpracować. Niedopuszczalne jest, aby już w umowie wprowadzane były przepisy, które potencjalnie generują konflikty.

19. Powyższa definicja uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, czym Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt. 16. Zamawiający błędnie przyjął, że nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznaczonej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający błędnie przyjął także, że nie jest zobowiązany do wskazania wszystkich istotnych dla stron postanowień umowy, które umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznaczonej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy. Obecna definicja wskazuje bowiem, że w OPZ istnieją luki, które będą przez Zamawiającego wypełniane 'poleceniami'. Niemożliwością jednak jest wskazanie przez Wykonawców na etapie składania ofert, co w toku realizacji zamówienia Zamawiający uzna za stosowne wykonać Generalnemu

Wykonawcy, co będzie się przekładało na zwiększony zakres świadczeni. Ten brak możliwości określenia co będzie wchodziło w zakres usług, powodować będzie nieporównywalność ofert. Część Wykonawców uzna bowiem, że luki lub zakresy nieobjęte oryginalnym OPZ nie muszą być wyceniane. Inni uznają, że luki – dla „dobra sprawa” – uwzględnią w cenie, gdyż koniec końców i tak będą zmuszani do świadczenia usług w danym zakresie. W ten jednak sposób, druga grupa złoży oferty niekonkurencyjne cenowo, gdyż zakresy tych ofert będą się różnić. Dlatego też, konieczne jest jasne sprecyzowanie, czego mogą dotyczyć ‘polecenia’, jaki zakres stanowi zlecenie dodatkowe, oraz jaką formę ‘polecenie’ ma przybrać, aby było dla Wykonawcy wiążące.

20. Żądanie nr III: Z uwagi na powyższą argumentację, przedmiotowa definicja powinna mieć brzmienie:

„Polecenie: pisemne, przekazane pocztą elektroniczną lub faksem oświadczenie, zawiadomienie, zatwierdzenie lub decyzja Kierownika Projektu lub innej upoważnionej osoby, dotyczące realizacji Umowy Przy czym, polecenia nie może rozszerzać zakresu Umowy, lecz jedynie go precyzować w zakresie np. sposobu wykonania”.

IV. § 1 Definicje

21. Treść SIWZ:

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

22. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. II powyżej (dotyczącą definicji ‘dniówki’), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego się definicji ‘półdniówki’.

23. Żądanie nr IV: Z uwagi na powyższą argumentację, przedmiotowa definicja powinna mieć brzmienie:

„Półdniówka: jednostka rozliczeniowa czasu świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta, stanowiąca podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem półdniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie od 2 do 4 godzin”.

V. § 3 ust 1. Termin realizacji Umowy

24. Treść SIWZ:

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

25. Odwołujący zauważa, powyższa regulacja dotycząca terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi w żaden sposób nie gwarantuje Wykonawcy, że termin ten zostanie dochowany, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął, że jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Tymczasem, Wykonawca powinien mieć gwarancję, że wskazany termin

zostanie dochowany, albo że w przeciwnym wypadku termin realizacji Usługi zostanie przesunięty, a koszty za przestój zostaną zwrócone.

26. Niezbędne jest zatem, aby maksymalny termin, do którego Usługa się rozpocznie, był dla Zamawiającego terminem wiążącym, a nie instrukcyjnym. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku wydłużenia rozpoczęcia terminu prac przez Wykonawcę, konieczne jest wprowadzenie uprawnienia do zmiany terminu realizacji oraz od zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcę. Sam zwrot kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (o czym mowa w § 4 ust. 9 Umowy) jest daleko niewystarczający. Kalkulacja ofert jest przeprowadzona w oparciu o konkretne dane – jeżeli zaś informacje nie są jednoznaczne, złożone oferty nie będą porównywalne. Dlatego też, pozostawienie dowolności w zakresie terminu wszczęcia świadczenia Usługi (gdyż brak sankcji jest jednoznaczny z pozostawieniem tego aspektu uznaniowości Zamawiającego) przekłada się bezpośrednio na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt. 4) i 16). Zamawiający błędnie przyjął bowiem, że nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego określenia terminu rozpoczęcia Usługi i tym samym samego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający błędnie przyjął także, że nie jest zobowiązany do wskazania wszystkich istotnych dla stron postanowień umowy (tj. właśnie terminu realizacji zamówienia), które umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy. Obecna regulacja stanowi więc nadużycie prawa Zamawiającego do formułowania postanowień Umowy i stwarza Zamawiającemu pole do dalszych nadużyć. Konwalidacja niniejszego ustępu jest więc konieczna.

27. Żądanie nr V: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„Data rozpoczęcia świadczenia Usługi zostanie wyznaczona poleceniem Kierownika Projektu (Powiadomienie o dacie rozpoczęcia świadczenia Usługi), w terminie 14 dni od daty podpisania Umowy. Za zgodną wolą Stron mogą ustalić inny termin rozpoczęcia świadczenia Usługi. W przypadku wydłużenia rozpoczęcia terminu prac przez Konsultanta, strony uprawnione będą do zwrotu kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o czym mowa w § 4 ust. 9 Umowy oraz do zmiany terminu realizacji i od adekwatnego zwiększenia wynagrodzenia Konsultanta”.

VI. § 3 ust 2. pkt 2) Termin realizacji Umowy

28. Treść SIWZ:

- | |
|---|
| <p>2. Konsultant z zastrzeżeniem § 4 ust.3 obowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:
2) Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadectwie Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu).</p> |
|---|

29. Odwołujący zauważa, powyższa regulacja dotycząca terminu świadczenia Usługi jedynie pozornie wyczerpuje dyspozycję normy art. 36 ust. 1 pkt 4) i 16) ustawy Pzp. Niniejszą regulacją należy bowiem wykładać z uwzględnieniem norm zawartych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które precyzują, że niewystarczająca jest jakakolwiek regulacja, aby uznać dany obowiązek za

spełniony – niezbędna jest precyzyjne i jednoznaczne określenie terminu realizacji umowy. Tymczasem, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (czasu jego trwania), uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznego, spójnego i wyczerpującego (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający naruszył niniejszą regulacją również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 4) i 16) ustawy, gdyż błędnie przyjął, że nie jest zobowiązany do wskazania terminu realizacji świadczenia (istotnego dla stron postanowienia umowy), które umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznego, spójnego i wyczerpującego (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy, w szczególności w zakresie jednoznacznego zdefiniowania terminu realizacji zamówienia. Mając na uwadze zaś fakt, że tak nieprecyzyjne określanie terminu realizacji umowy, które jedynie pozornie spełnia wymogi ustawy Pzp, jest stałą praktyką Zamawiającego, stwierdzić należy, że Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do niedookreślenia terminu świadczenia usługi, tj. do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób dowolny, a nie swobodny, czym naruszył jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a także doprowadził do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

30. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. *„Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: (...) 4) termin wykonania zamówienia; (...) 16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”*. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do przedstawienia w SIWZ wykonawcom co najmniej istotnych postanowień umowy, a termin realizacji zamówienia właśnie do takich istotnych postanowień należy. Zgodnie z własnym wyborem, Zamawiający może przedstawić w SIWZ te informacje przedstawiając (i) istotne postanowienia umowy albo (ii) ogólne warunki umowy, albo bardzo szczegółowe informacje – (iii) wzór umowy. Każda z trzech form prezentowania przyszłych warunków kontraktowych jest akceptowalna, pod warunkiem, że z SIWZ wykonawcy są w stanie powziąć informację co najmniej o wszystkich *essentialia negotii* przyszłej umowy.

31. Zamawiający zatytułował Tom II SIWZ ‘Istotne dla stron postanowienia umowy’, jednakże konstrukcja tego dokumentu wskazuje, że jest to kompletny wzór umowy. Analiza tego Tomu SIWZ wskazuje jednak, że Zamawiający nie opublikował wszystkich niezbędnych *essentialia negotii*. Mianowicie, zgodnie ze stanowiskiem judykatury i doktryny, istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny zawierać między innymi następujące elementy, których próżno szukać w Tomie II SIWZ:

- a) opis przedmiotu zamówienia,
- b) zobowiązanie Zamawiającego do zapłacenia wynagrodzenia; warunki płatności
- c) **termin wykonania zamówienia,**
- d) harmonogram prac z uwzględnieniem sytuacji, gdy poszczególne części są realizowane przez różnych wykonawców,
- e) **zobowiązanie do współdziałania zamawiającego z wykonawcą,**

- f) obowiązków informacyjno-ostrzegawczych,
- g) przepisy dotyczące się obowiązku zatrudnienia części personelu na podstawie umowy o pracę,
- h) procedury odbiorowe,
- i) warunki realizacji części zamówienia przez podwykonawców,
- j) gwarancja jakości oraz rękojmia za wady – warunki i okres,
- k) warunki serwisu,
- l) prawa autorskie.

32. Przy czym, istotne znaczenie ma fakt, że nie wystarczające jest samo odniesienie się do danego zakresu. Konieczne jest jego jednoznaczne i definitywne sformułowanie, również poprzez precyzyjne wskazania jego ram czasowych. Pozostawianie jakichkolwiek niedomówień i dowolności interpretacyjnych przekłada się w prosty sposób na nieporównywalność ofert. Gdyby intencją ustawodawcy było zamieszczenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), czy terminu wykonania zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), które następnie byłyby – w sposób bardziej lub mniej swobodnych – dostosowywane do bieżących realiów, to wówczas w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca nie żądałby zawarcia w SIWZ „**istotnych postanowień umowy...**”. **Kwestionowane zaś zakresy wzoru umowy, przez swą niejednoznaczność, zatraciły walor istotnych informacji, na podstawie których wykonawcy są w stanie precyzyjnie określić przedmiot zamówienia i skalkulować jego wartość.**

33. W ten jednak sposób, ustawodawca wprowadziłby uprawnienie, aby Wykonawca niejako domyślał się, **jak ostatecznie dany zakres zobowiązania umownego będzie wyglądał w praktyce.** Taka sytuacja jest jednak w świetle obowiązujących przepisów niedopuszczalna. Takie **trzymanie w niepewności** wykonawcy i elastyczne określanie zakresu zamówienia (w czasie trwania kontraktu) **przy sztywnym, ograniczonym kwotowo wynagrodzeniu**, jest więc wprost sprzeczne z intencją ustawodawcy, wyrażoną w art. 36 ust. 1 pkt 4) i 16) ustawy Pzp, w których ustawodawca dąży do pełnej transparentności całego procesu udzielania zamówień publicznych. Wykonawca nie może domyślać się, jak należy planować zaangażowanie personelu, na ile miesięcy obliczać koszty gwarancji, utrzymania biura i osób, na jaki okres kalkulować całość przedsięwzięcia. Już w czasie składania ofert musi mieć pełną i jednoznaczną wiedzę w tym zakresie.

34. W powyższym kontekście, pomocne wytyczne w zakresie precyzowania terminu „istotne postanowienia umowy” znajdują się w publikacji prof. dr. hab. Ryszarda Szostaka „*Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*”, wydanej w 2018r. przez Urząd Zamówień Publicznych (ISBN 978-83-88686-49-8; dostępna również w wersji elektronicznej tutaj: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf). W rozdziale II ‘Przegląd ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych’ w ust. 1. ‘Przygotowanie projektu umowy’, autor wskazuje:

„Istotne postanowienia umowy finalnej muszą zatem znaleźć się w wersji proceduralnie wiążących warunków zamówienia, akceptowanych adhezyjnie przez konkurentów, przystępujących do przetargu lub innego postępowania ofertowo-porównawczego. To samo dotyczy wzoru umowy albo ogólnych warunków umowy (art. 384 kc), jeśli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę finalną na takich warunkach. (...) Wyjątkowo niektóre z projektowanych klauzul umownych do końca pozostają otwarte, jako dyspozycje objęte kryteriami oceny ofert, jedne całkowicie, jak np. wysokość ceny lub wynagrodzenia należnego wykonawcy, drugie wyznaczając jedynie wymogi minimalne – przewidziane są do dookreślenia w wyniku polepszenia propozycji ofertowych (np. parametry jakościowe, okres rękojmi, warunki

serwisu, termin wykonania zamówienia). Są konkretyzowane ostatecznie dopiero w drodze przyjęcia oferty najkorzystniejszej, prowadzącego do zawarcia przejściowej umowy przedwstępnej. Jednocześnie zamawiający ma prawo zastrzeżenia niezbędnych klauzul warunkowych, które zostaną wprowadzone do umowy finalnej w razie zaistnienia określonych okoliczności, np. na wypadek wyboru oferty złożonej wspólnie przez kilku wykonawców (konsorcjum), co może uzasadniać potrzebę wzbogacenia umowy o klauzule dodatkowe, dotyczące zwłaszcza realizacji zamówienia i przesłanek płatności wynagrodzenia. Z drugiej strony, **pomimo ustawowego określenia „istotne dla stron postanowienia (...) umowy”, projektowana treść kontraktu powinna być konkretna, skoro w ramach finalnego mechanizmu przetargowo-ofertowego nie można już prowadzić żadnych negocjacji dodatkowych, ani uzupełniać treści umowy o klauzule nieprzewidziane uprzednio w warunkach zamówienia.** Określenie „istotne dla stron postanowienia” wskazuje zarówno na elementy przedmiotowo istotne (konieczne, minimalne), jak i podmiotowo istotne, zależne od woli stron. **Chodzi tu przede wszystkim o to, aby projektujący umowę zamawiający uwzględnił nie tylko swoje interesy, lecz także doniosłe interesy potencjalnego wykonawcy.** W swej treści umowa o zamówienie publiczne powinna być **kompletna i symetryczna, nie może naruszać zwłaszcza zasady ekwiwalentności świadczeń i standardowej ochrony praw wykonawcy.** Nie należy ona do umów negocjowanych indywidualnie, lecz zawierana jest w trybie zbliżonym do zawierania umów adhezyjnych, a jedyny wyjątek dotyczy tylko udzielania zamówień z wolnej ręki.” (str. 41 – 42).

35. Z cytowanego fragmentu wynika, że **istotne postanowienia umowy powinny być możliwie jak najbardziej precyzyjne, gdyż tylko ten zakres podlega weryfikacji Krajowej Izby Odwoławczej.** Odwołujący podkreśla, że dopiero wskazanie **wszystkich** istotnych postanowień umownych w sposób precyzyjny i jednoznaczny, pozwoli Odwołującemu zapoznanie się z kształtem zobowiązania umownego i tym samym zagwarantuje Zamawiającemu uzyskanie porównywalnych ofert.

36. Brak wskazania w ust. 2 pkt 2) określonego czasu świadczenia usługi, nieuchronnie (na 100%) będzie rodzić różne podejście wykonawców na etapie ofertowania, a to uniemożliwi porównanie ofert i rzetelne ich zbadania. W konsekwencji, Zamawiający wybierze ofertę z rażącym naruszeniem prawa, gdyż nie będzie w stanie po treści oferty określić, czy rzeczywiście jest ona najkorzystniejsza (czym naruszy art. 7 ust. 3 ustawy Pzp) lub unieważni Postępowanie z uwagi na niemożność porównania ofert z tak różnymi założeniami, poczynionymi przez wykonawców, którzy nie mieli pełnych informacji w dniu składania ofert.

37. Reasumując, wskazać należy, że publikacja wszystkich istotnych postanowień umowy, w tym faktyczne (a nie jedynie pozorne) wskazanie terminu realizacji świadczenia, jest bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony do publikacji wyłącznie części istotnych postanowień umowy, z równoczesnym stwierdzeniem, że inne, niejasno sformułowane zakresy, wykonawcy zobowiązani są samodzielnie, dowolnie dodefiniować. Tak więc, wyartykułowanie przez Zamawiającego jedynie części, a nie wszystkich istotnych postanowień umowy – z pominięciem jednoznacznie zdefiniowanego terminu realizacji zamówienia – stanowi rażące naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4) i 16) ustawy Pzp. Jako takie więc nie podlega ochronie Krajowej Izby Odwoławczej.

38. **Żądanie nr VI:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„2. Konsultant z zastrzeżeniem § 4 ust.3 obowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym:

2) Okres wykonywania Robót, który trwa od daty uzyskania decyzji ZRID uprawniającej do rozpoczęcia Robót minimum na Trasie Głównej, do daty wskazanej w Ostatnim Świadczeniu Przejęcia (również w okresach zimowych w rozumieniu Kontraktu), tj. 61 miesięcy”.

VII. § 3 ust 3. Termin realizacji Umowy

39. Treść SIWZ:

3. Zamawiający określa, iż minimalny czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust. 4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 61 miesięcy, a maksymalny czas realizacji Usługi z zastrzeżeniem § 40 Umowy, będzie wynosił 85 miesięcy

40. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. VI powyżej (dotyczącą § 3 ust 2. pkt 2 Termin realizacji Umowy), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu tyżącego się § 3 ust 2. pkt 3 Termin realizacji Umowy.

41. Dodatkowo, Odwołujący zauważa, że jakakolwiek dowolność w interpretowaniu terminu realizacji umowy przez wykonawców jest sprzeczna ze wskazanymi przepisami ustawy i zasadami prawa. Zaś tak olbrzymia rozpiętość w zakresie przyjętego czasu świadczenia usługi w rażący sposób narusza przywołane przepisy ustawy Pzp. Jeżeli 61 miesięcy zostanie przyjęte przez wykonawcę jako 100% podlegające wyceniam, a umowa będzie trwać 85 miesięcy, to okaże się, że oferta jest niedoszacowana o 39% (85 miesięcy to 139% usługi 61 miesięcznej). Nawet ustawodawca w sposób domyślny zakłada, że oferta z 30% różnicą w cenie względem szacunku Zamawiającego lub średniej ofert, zawiera cenę rażąco niską. Tymczasem, na etapie badania oferty niemożliwym będzie zweryfikować cenę pod kątem jej realności, gdyż dopiero w czasie realizacji usługi może się okazać, że zostało przyjęte przez wykonawcę założenie o terminie realizacji usługi, które się nie sprawdziło, a zatem cena jest o ok 40% niedoszacowana. Oczywiście jest, że dla Zamawiającego czym tańsza jest oferta tym jest ona chętniej przyjmowana. Jednakże, przepisy art. 90 ustawy Pzp są przepisami bezwzględnie obowiązującymi i Zamawiający nie może tworzyć konstrukcji zmierzających do ich obejścia poprzez określanie nieprecyzyjnego terminu świadczenia usługi, aby dać sobie szansę na przyjęcie ofert obliczonych na np. 61 miesięcy, gdy tymczasem świadczone usługi mogą trwać 85 miesięcy.

42. Przy takiej jak obecnie regulacji nie jest bowiem wiadomym, jaki Zamawiający przyjmie czas realizacji zamówienia na potrzeby badania ofert na okoliczność zgodności z SIWZ oraz na potrzeby porównywania ofert, tj. czy jest to okres minimalnej ilości miesięcy, czy jest to okres maksymalnej ilości miesięcy, czy jeszcze inny okres. Przestrzeżenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, zaś regulacja w jej aktualnym brzmieniu nie ma nic wspólnego z jednoznacznym określeniem opisu przedmiotu zamówienia. To zaś przekłada się w praktyce na brak usystematyzowania i sprecyzowania dniówek podawanych w Formularzach Cenowych, w szczególności dla pracy Ekspertów Kluczowych, tak aby były one koherentne z przyjmowanym przez Zamawiającego kresem realizacji w Formularzu Cenowym. Zaniechanie konwalidowania niniejszego ustępu przekładać się będzie również na brak wiedzy po stronie wykonawców chcących złożyć porównywalne oferty, w jaki sposób tę porównywalność osiągnąć w odniesieniu do kosztów, które należy zagregować w ramach dniówki – analiza SIWZ nie daje odpowiedzi na pytanie tyżące się sposobu w jaki Zamawiający przekłada dniówki na miesiące realizacji (tj. ile dniówek mieści się w miesiącu).

43. Niezbędne jest zatem konwalidowanie wadliwego przepisu, gdyż pozostawienie kwestionowanego ustępu SIWZ w obecnym brzmieniu z pewnością będzie prowadzić do

różnorodnych interpretacji niejasnych postanowień SIWZ na etapie ofertowania, co z kolei uniemożliwi porównanie ofert i rzetelne ich zbadania, a w konsekwencji będzie miało wpływ na wynik postępowania.

44. Żądanie nr VII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„Zamawiający określa, iż czas świadczenia Usługi z zastrzeżeniem § 38 ust. 4 i § 40 Umowy, będzie wynosił 61 miesięcy”.

VIII. § 3 ust 5. Termin realizacji Umowy

45. Treść SIWZ:

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

46. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. VI i ust. VII powyżej (dotyczącą § 3 ust 2. pkt 2 Termin realizacji Umowy), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu tyżącego się § 3 ust 2. pkt 5 Termin realizacji Umowy.

47. Dodatkowo, Odwołujący zauważa, że przedmiotowa umowa jest wtórną względem umowy z Generalnym Wykonawcą, jednakże nie jest od niej uzależniona całkowicie. Nawet jeżeli umowa na roboty budowlane zostanie rozwiązana przed czasem, to z pewnością niezbędne będzie dokończenie robót przez innego wykonawcę, na nadzór nad tym kolejnym wykonawcą również będzie niezbędny. Zaś **zakładanie, że robota budowlana skończy się szybciej niż w okresie 61 miesięcy – przy równoczesnym założeniu Zamawiającego, że może trwać o 2 lata dłużej, tj. 85 miesięcy – jest założeniem życzeniowym**, a nie przezornym. Jeżeli jednak termin ten rzeczywiście uległby skróceniu, to i tak w tym okresie, w bardzo intensywny sposób pracując (wiele godzin na dobę) cały zakres usługi byłby wykonany. Zatem, Zamawiający uzyskałby cały zakres usług. Takie rozważania jedna – co należy podkreślić – są dywagacjami, gdyż roboty budowlane mają tendencję do przedłużania się, a nie skracania.

48. Żądanie nr VIII: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 3 ust 5.

IX. § 4 ust. 2. Wynagrodzenie

49. Treść SIWZ:

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

50. Odwołujący zauważa, że powyższą regulacją, dotyczącą maksymalnej wysokości wynagrodzenia, w której uwzględniono waloryzację, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie bowiem przyjął, że uprawniony jest do niweczenia celu waloryzacji, poprzez wprowadzanie sztywnych limitów, podczas gdy waloryzacja ma na celu wprowadzenie elastyczności do niewzruszalnych w przekonaniu wielu zamawiających umów o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, Zamawiający ukształtował treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób dowolny, a nie swobodny, czym naruszył jego właściwość (naturę),

bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a także doprowadził do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

51. Dlatego, konieczne jest wyłączenie z omawianego przepisu wzrostu ceny wywołanego waloryzacją. Pozostawienie tego przepisu w obecnym kształcie sprawia, że całkowicie mija się z celem ustanawianiu % pułapu maksymalnej wysokości waloryzacji. Nawet bowiem gdyby Zamawiający ustanowił maksymalny próg waloryzacji na poziomie 50%, to i tak regulacja ta byłaby pozorna, z uwagi na włączenie kosztów waloryzacji w kwotę maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy.

52. Zasadniczym celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych do umowy, wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest **ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji zamówienia**. Z drugiej strony ochrona taka będzie przysługiwać również zamawiającemu, w przypadku obniżenia ciężarów publicznoprawnych, które podwyższyły koszty wynagrodzenia wykonawcy. Ujmowane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian każdorazowo mają zastosowanie, o ile powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

53. Za odpowiednią waloryzację należy uznać taką konstrukcję prawną, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie Wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia, w związku z inflacją czy deflacją. *prawa*". Waloryzacja wynagrodzenia powinna odzwierciedlać realny wpływ zmian obciążeń na koszty wykonania zamówienia, a co za tym idzie, powinna zapewniać realną ochronę. Obowiązkiem, a zarazem uprawnieniem, Zamawiającego w takich przypadkach poprzedzających zmianę wysokości wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia, powinno być zweryfikowanie zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Wykonawcę w zakresie postulowanej zmiany wynagrodzenia.

54. **Żądanie nr IX:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

X. § 4 ust. 3. lit. c) Wynagrodzenie

55. Treść SIWZ:

3. Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o następujące zasady:

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

- ceny jednostkowej jednej Dniówki określonej w Załączniku do Oferty – Formularz cenowy i ilości faktycznie przepracowanych Dniówek i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta
- oraz
- połowy ceny jednostkowej jednej Dniówki określonej w Załączniku do Oferty – Formularz cenowy i ilości faktycznie przepracowanych Półdniówek w danym miesiącu i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:

$$Wk = (\Sigma P_j / \Sigma P_{jmax}) * 0,5$$

gdzie:

<i>Wk -</i>	<i>współczynnik wyliczony na podstawie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta, zaokrąglony do czterech miejsc po przecinku.</i>
<i>ΣPj-</i>	<i>Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta</i>
<i>ΣPjmax-</i>	<i>Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta</i>

56. Odwołujący zauważa, powyższa regulacja dotycząca sposobu obliczania wynagrodzenia wskazuje, że OPZ nie jest kompletny, gdyż na etapie składania ofert brak jest wiedzy co dokładnie będzie weryfikowane przez Kierownika Projektu (część zakresów KOJPK jest otwarta/przykładowa, tj. nie stanowi katalogu zamkniętego), jakie kryteria będą wprowadzone dla potwierdzenia / zaprzeczenia osiągnięcia zakładanego rezultatu oraz bezprawnie pozbawia Wykonawcy 50% wynagrodzenia. Tymczasem, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (zakresu podlegającego weryfikacji Kierownika Projektu), uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznego, spójnego i wyczerpującego (kompletnego) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Zamawiający naruszył niniejszą regulacją również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 16) ustawy, gdyż błędnie przyjął, że nie jest zobowiązany do wprowadzenia jednoznacznego wzoru ceny, który umożliwiają złożenie porównywalnych ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznego, spójnego i wyczerpującego (kompletnego) zestawienia istotnych postanowień umowy. Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wypłacenia pełnej kwoty wynagrodzenia za realizowane świadczenie w zakładane jakości (100% punktów) za to jest uprawniony do wprowadzania nieweryfikowalnego kryterium ocenego, które stanowi podstawę wyliczeń wynagrodzenia – innymi słowy, Zamawiający błędnie przyjął, że jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób dowolny, a nie swobodny, czym naruszył jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a także doprowadził do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

57. Z tak skonstruowanym wzorem wynagrodzenia Wykonawca nie jest w stanie oszacować wynagrodzenia personelu, w konsekwencji rzetelnie wycenić ceny oferty. Wzór ten jest na tyle niejasny, że nie pozwala na jednoznaczne wskazanie, jak wyliczona cena będzie traktowana jako cena realna. Zdroworozsądkowo należy bowiem przyjąć, że cena ofertowa powinna wynosić co najmniej 200% wyliczeń Wykonawcy. **Z uwagi na zastosowaną wartość „*0,5” Zamawiający nadał sobie uprawnienie – nie wiadomo z czego je wywodząc – do niewypłacania (nie do „zatrzymania” tylko do niewypłacania właśnie) połowy (sic!) należnego.** Uznanie, nie poparte jakimkolwiek argumentem niewypłacenie jakiegokolwiek kwoty, nawet 0,1%, należy uznać za naruszenie prawa. Zaś niewypłacenie aż 50% wynagrodzenia trudno oceniać inaczej niż rozbój w świetle prawa.

58. Bez konwalidowania tego przepisu, regulacja ta przełoży się na procedurę wyjaśnienia ceny u wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty przetargowej. Jeżeli bowiem Wykonawca obliczy koszty na 100%, to choć w świetle ustawy Pzp ta oferta będzie zawierała cenę realną, to w świetle postanowień wzoru umowy będzie to oferta w połowie niedoszacowana. Jednak Zamawiający nie będzie miał obowiązku jej odrzucenia, co jest skrajnie krzywdzące dla

poważnych przedsiębiorców, którzy rzetelnie chcą zrealizować dla Zamawiającego kontrakt, a zatem wycenią go na 200%, tak aby po zabraniu połowy wynagrodzenia, Wykonawca w dalszym ciągu był w stanie pokryć koszty i wypracować zysk. Skutkiem powyższego, złożone oferty będą nieporównywalne – nawet bowiem znając różne możliwości interpretacyjne w dalszym ciągu nie sposób powiedzieć, jak Zamawiający będzie oceniał oferty. Mając na uwadze dojmującą tendencję, aby wybierać ofertę z najniższą ceną i jeszcze płacić za uczciwie wykonaną pracę połowę wartości, można zakładać, że Zamawiający chętnie przyjmie ofertę wykonawcy, który jest gotowy zaoferować cenę na 100% a nie na 200%. Równie dobrze jednak może Zamawiający potraktować tę konstrukcję jako swoistego rodzaju pułapkę i będzie odrzucał wszystkie oferty, które będą wyliczały koszty na 100%, a nie na 200%. Taka dowolność, manipulacja i wprowadzana niepewność oceny ofert nie licuje z powagą Zamawiającego, a tym bardziej nie stanowi działań zgodnych z ww. przepisami prawa i zasadami.

59. Dlatego też, Odwołujący przypomina, że w dotychczasowych umowach tego typu Zamawiający wprowadzał regulację, zgodnie z którą połowa wynagrodzenia nie była niewypłacana lecz była zatrzymywana. **Wykonawca mógł wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z oferty** (z wyłączeniem prawa wyrównania wynagrodzenia w części wynikającej z potrąceń wynikających z niespełnienia deklarowanych obowiązków i warunków określonych w pozacenowych kryteriach oceny ofert). **Warunkiem tego zwrotu było zatwierdzenie Raportu Końcowego i zrealizowanie zadania zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.** Taka konstrukcja działała na Wykonawcę mobilizująco, a jednocześnie zapewniała mu należyte wynagrodzenie za rzetelnie wykonane usługi.

60. **Żądanie nr X:** Z uwagi na powyższą argumentację, do omawianej regulacji powinno zostać dodane na końcu następujące zdanie:

„Po zakończeniu realizacji Kontraktu, tj. po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Raportu Końcowego, Konsultant może wystąpić o wyrównanie wynagrodzenia do pełnej wysokości wynikającej z Oferty”.

XI. § 4 ust. 3. lit. d) Wynagrodzenie

61. Treść SIWZ:

3. Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalone będzie w oparciu o następujące zasady:
d) w przypadku niewywiązywania się Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych (kiedy ΣSPk jest mniejsza od S_{maxPk}), do wnioskowanej kwoty wynagrodzenia w danym miesiącu kalendarzowym zostanie zastosowany współczynnik korygujący K obliczony wg wzoru z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku:

$$K = \frac{C + \Sigma SPk}{P}$$

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

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

ΣSPk – suma punktów przyznanych za poszczególne kryteria pozacenowe w danym miesiącu,

S_{maxPk} – ilości punktów możliwych maksymalnie do przyznania za poszczególne podkryterium,

P – liczba stanowiąca sumę punktów przyznanych w ramach każdego z kryteriów oceny Oferty.

62. Odwołujący zauważa, że powyższa regulacja dotycząca sposobu obliczania wynagrodzenia jest sprzeczna z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął bowiem, że kryteria oceny ofert, wskazane w SIWZ, nie służą do

wyłonienia oferty najkorzystniejsze, lecz stanowią wstępną weryfikację, której jednak wynik determinuje z kim Zamawiający podpisze ofertę. Jednakże, ustanowione kryteria powinny pozwalać na realną ocenę oferty na etapie jej badania i na wybór faktycznie tej oferty, która przedstawia najkorzystniejszą wartość na podstawie tych kryteriów. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa i wykorzystywać kryteria oceny ofert do przesunięcia etapu badania z etapu przetargu do etapu wykonawstwa. To na etapie postępowania przetargowego Zamawiający ostatecznie przesądza o wartości danej oferty i realności oświadczeń, a nie podczas comiesięcznego badania spełnienia kryterium jakościowego.

63. Kwestionowane postanowienie § 4 ust. 3 lit. d) kształtuje instytucję obniżania wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od subiektywnej oceny Zamawiającego, na etapie realizacji Umowy, spełniania poza cenowych kryteriów oceny oferty. W ten sposób, Zamawiający – po pierwsze – Zamawiający kształtuje zależność wynagrodzenia od „niewywiązywania się Konsultanta z deklaracji złożonych w ramach kryteriów pozacenowych” – sama taka konstrukcja w Umowie jest kuriozalna. Zamawiający nie może bowiem łączyć ze sobą wypłaty wynagrodzenia za świadczenie usług z oceną ofert. Zaproponowane rozwiązanie, to karanie Wykonawcy przez Zamawiającego za to, że Zamawiający nienależycie najpierw sporządził SIWZ, a potem nienależycie ocenił ofertę – zorientował się na etapie realizacji Umowy i chce za swój uprzedni brak profesjonalizmu na etapie sporządzenia SIWZ i badania ofert karać Wykonawcę na etapie realizacji umowy.

64. Podstawowy błąd, jaki popełnił Zamawiający, to przyjęcie błędnej hipotezy, że wykonawcy na etapie składania ofert składają jakieś „*deklaracje*”. Oferta w całości jest oświadczeniem woli Wykonawcy, a zatem takim oświadczeniem woli – a nie „*deklaracją*” – jest treść oferty w zakresie kryteriów pozacenowych. Zamawiający, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 2d Ustawy PZP, ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawcę. Odwołujący nie ocenia, czy Zamawiający zrealizował ten obowiązek, czy też nie. Z całą jednak pewnością nie może być tak, że Zamawiający traktuje treść oferty w tym zakresie jako „*deklaracje*” (co wynika z przedmiotowego zapisu umowy) i od razu zakłada, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie między innymi tego kryterium, złożył nieprawdziwe oświadczenie woli w ofercie. Co więcej – etap oceny ofert, w tym także w zakresie kryteriów pozacenowych, kończy się przed zawarciem umowy. Tymczasem, przedmiotowy zapis wskazuje, że Zamawiający właściwie nie ma nawet zamiaru oceniać ofert w zakresie kryterium pozacenowego lub też, że dopuszcza, iż ocena ta będzie wadliwa i na etapie realizacji Umowy okaże się, że wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w ofercie.

65. Przedmiotowe postanowienie zawiera postanowienie: „*Ilość punktów przyznanych w danym miesiącu za poszczególne podkryterium pozacenowe*”. Z cytowanego ustępu wynika, że Zamawiający ma zamiar dokonywać bliżej nieokreślonej oceny oferty już po zawarciu umowy, na etapie jej realizacji. Tymczasem, jeśli wolą Zamawiającego było stworzenie narzędzi mobilizujących wykonawców do realizowania ich obowiązków umownych (ale tylko umownych), to **służy temu ewentualnie instytucja kary umownej**. W żadnym jednak przypadku nie jest możliwe dokonywanie rzeczywistej oceny oferty dopiero na etapie realizacji umowy. Przepis art. 91 ust. 2d Ustawy Pzp wyraźnie nakłada obowiązek takiego sformułowania kryteriów pozacenowych, aby ich jednoznaczna i rzeczywista ocena miała miejsce na etapie oceny ofert.

66. Odwołujący zauważa, iż korekta finansowa liczona od całej wartości faktury spowoduje to, że za stałe elementy, których koszty wykonawca obligatoryjnie musi ponosić, np. wynajem biur i ich utrzymanie, zapewnienie samochodów, w tym samochodu Zamawiającego,

zapewnienie i pracę personelu pomocniczego i biurowego, wynagrodzenie wykonawcy nie będzie się należeć. Dlatego też, uwzględniając uzasadnione potrzeby Zamawiającego co do dyscyplinowania personelu wykonawcy, powinno się odbywać na podstawie kary umownej, która zawsze powinna być związana z danym zakresem. Dodatkowo, kara umowna wchodziłaby w limit kar umownych przyjęty umownie (art. 36 ust. 18 – tj. max. 20%), zaś niniejsze postanowienie w oczywisty sposób prowadzi do obejścia tej instytucji. Tym samym, faktycznie wypłacone Wykonawcy wynagrodzenie może być o wiele niższe niż wydawałoby się rzetelnie ustanowione progiem 80% ceny ofertowej. Taka regulacja jest bardzo krzywdząca dla Wykonawców. Ponadto, obnaża lekceważące podejście przez Zamawiającego do własnych obowiązków (art. 91 ust. 2d ustawy Pzp) z równoczesnym stawianiem niewspółmiernie wysokich standardów Wykonawcy, któremu Zamawiający palanuje potrącanie w ramach oceny oferty wynagrodzenia, w kwocie przekraczającej ustanowiony próg 20%. Dlatego też, regulacja ta bezwzględnie powinna być doprowadzona do zgodności z prawem.

67. Żądanie nr XI: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 4 ust. 3. lit. d).

XII. § 4 ust. 4. Wynagrodzenie

68. Treść SIWZ:

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

69. Odwołujący zauważa, że wprowadzanie do trzy letniego kontraktu zakazu negocjowania cen stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający błędnie przyjął bowiem, że uprawniony jest do nadużywania swojego prawa do formułowania postanowień umownych i do wymuszania stawiania prognoz, choć efektywniej zostałyby wydane środki publiczne, gdyby zmiany wynagrodzenia oddawały faktyczne zmiany rynkowe. Tym samym, Zamawiający ukształtował treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób dowolny, a nie swobodny, czym naruszył jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a także doprowadził do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

70. Przy kontraktach wieloletnich, oraz z uwagi na dynamikę procesów gospodarczych nie jest uzasadnione „zamrażanie” cen jednostkowych dniówek za pracę personelu, za pozycje „miesiąc”, za pozycje „ryczałt”, za pozycje „sztuka” na cały okres realizacji umowy. Dodatkowo, obecnie okres ten podany jedynie szacunkowo i może ulec znacznemu wydłużeniu, w szczególności w uzależnieniu od przebiegu realizacji robót budowlanych i czynników, na które Konsultant może nie mieć wpływu. Tytułem przykładu, w przypadku wyczerpania pułapu maksymalnej wartości zobowiązania i przystąpienia stron do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia, winny być ustalane na nowo ceny jednostkowe dniówek, jako niemożliwe do uwzględnienia wcześniej w ofercie.

71. Żądanie nr XII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„Wysokość cen określonych w Formularzu Cenowym: ceny jednostkowej Dniówki za pracę Personelu Konsultanta, ceny jednostkowej dla pozycji „miesiąc”, ceny jednostkowej dla pozycji „ryczałt” oraz ceny jednostkowej dla pozycji „sztuka” będą podlegały stosownym zmianom w

stosunku do Formularza Cenowego, na podstawie porozumienia Stron i przy uwzględnieniu ustawy Pzp”.

XIII. § 4 ust. 9. Wynagrodzenie

72. Treść SIWZ:

9. W przypadku gdy rozpoczęcie świadczenia Usługi nastąpi w terminie późniejszym niż 42 dni kalendarzowe liczone od daty podpisania Umowy, Konsultantowi przysługuje po 42 dniu kalendarzowym opóźnienia, do daty rozpoczęcia Usługi, zwrot faktycznie poniesionych i udokumentowanych kosztów na utrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zwrot nastąpi wraz z pierwszą płatnością na rzecz Konsultanta

73. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. V powyżej (dotyczący § 3 ust 1. Termin realizacji Umowy), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu tyčzącego się § 4 ust 9 Wynagrodzenie.

74. Dodatkowo Wykonawca nadmienia, że koszty utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy są wysokie, a zatem konieczne jest znaczne skrócenie wskazanego okresu 42 dni kalendarzowych. Wydłużanie rzeczonoego okresu ponad miarę stanowi nadużycie uprawnień Zamawiającego, które – zdaniem Odwołującego – nie zasługuje na ochronę Izby.

75. **Żądanie nr XIII:** z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

XIV. § 4 ust. 10. Wynagrodzenie (obecnie nieistniejący)

76. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, tj. potwierdzenia, że w zakres świadczenia usług nie wchodzi „gotowość” Wykonawcy po zakończeniu całego świadczenia, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania luki w regulacji umownej, uprawniającej do wstrzymywania się z dokonaniem wypłaty wynagrodzenia do czasu upływu terminu „który zamawiający ma na myśli”. Brak jednoznacznych ram czasowych obowiązywania kontraktu może bowiem być na etapie realizacji interpretowane przez Zamawiającego jako uprawnienie do

wstrzymywania się z płatnością do czasu upływu 85 miesiąca, nawet jeżeli usługa miałaby zakończyć się w 61 miesiącu jej świadczenia. Taka niewiedza o tym w jaki sposób Zamawiający będzie procedował w przypadku zakończenia całości świadczenia, sprawia, że wykonawcy zmuszani są do domniemywań, skutkiem czego złożone oferty nie będą porównywalne.

77. Konstrukcja § 4 projektu umowy, pomija postanowienia, na podstawie których Konsultant będzie uprawniony do wyrównania / uzupełnienia wynagrodzenia do pełnej wysokości po zakończeniu realizacji Kontraktu, w przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony, zgodnie z wszelkimi oczekiwaniami Zamawiającego. Zapis powinien być zmieniony w ten sposób, by Zamawiający był zobligowany do wypłaty wynagrodzenia.

78. **Żądanie nr XIV:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„W przypadku, gdy Okres Przeglądów i Rozliczeń zakończy się w terminie wcześniejszym niż określony w § 3 ust. 2 pkt 3), Konsultant będzie uprawniony do otrzymania pełnego wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego dla tej pozycji”.

XV. § 5 ust. 1. pkt. 3) i 4) Ocena poziomu świadczenia Usługi

79. Treść SIWZ:

<p>1. Kierownik Projektu dokona oceny jakości pracy Konsultanta, w terminie do 21 dni, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego, poprzez wypełnienie Karty Oceny Jakości Pracy Konsultanta (KOJPK), stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy. Kierownik Projektu wypełnia KOJPK na podstawie:</p> <ul style="list-style-type: none">3) obserwacji pracy Konsultanta;4) oceny efektów pracy Konsultanta
--

80. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, tj. kompletnego opisanie w KOJPK, co będzie podlegało ocenie i na jakich zasadach, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania nieweryfikowalnego elementu ocennego, od którego w istotny sposób uzasadnione jest wynagrodzenie Wykonawcy.

81. Ocena z pkt 3) i 4), jest absolutnie uznaniowa i poza jakąkolwiek kontrolą. Jest też nieprzewidywalna, a nawet wprost uzależniona od sympatii Kierownika Projektu do Konsultanta, czy też Jego humoru w danej chwili. Zakres tego badania może być dowolnie modyfikowany, przez co **Wykonawca może być zaskakiwany dowolnymi zakresami, które w danym miesiącu zechce oceniać Kierownik Projektu i każdorazowo mogą być stosowane zupełnie inne probieże, na które Wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu.** Zamawiający zastrzegł bowiem, że wskazane w KOJPK pozycje będą badane „w szczególności”, przy czym nie wskazał

czy badanie jest zero-jedynkowe, czy otrzymuje się punkty w jakimś przedziale, jak zapewnić sobie maksymalną ilość punktów, co będzie brane pod uwagę przy pomniejszeniu lub odmowie przyznania punktów – te wszystkie elementy są dla Wykonawcy nieznane. Niniejszymi zakresami badania może być także modyfikowany zakres zamówienia, zaś odmowa wykonania danego zakresu, ze wskazaniem, że nie mieści się on w granicach świadczenia umownego, skutkować może pomniejszeniem faktury „ku przestrodze”, żeby Wykonawca w następnym miesiącu nie badał tak skrupulatnie zakresu własnych usług, lecz posłusznie wykonywał każde „Polecenie” otrzymane w toku realizacji.

82. Odwołujący podkreśla, że każde nadużycie, które skupie wszelkie uprawnienia w rękach jednej ze stron (Zamawiającego), która na bieżąco, w toku realizacji może wyznaczać zakres zamówienia (modyfikując stosownie KOJPK) i penalizować „nieposłuszeństwo” obniżeniem wynagrodzenia, stanowiąc rażące naruszenie prawa, nie mają nic wspólnego z profesjonalizmem, który jest wymagany przecież od obu stron, i z tego też względu powinny być przez Izbę konwalidowane.

83. Żądanie nr XV: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 5 ust. 1. pkt 3) i 4).

XVI. § 5 ust. 2. Ocena poziomu świadczenia Usługi

84. Treść SIWZ:

<i>2. Konsultant zobowiązany jest udowodnić należyte wykonanie obowiązków określonych w Karcie Oceny Jakości Pracy Konsultanta</i>
--

85. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, tj. jaki probierz będzie stosowany dla weryfikacji, czy daną okoliczność uznaje się za udowodnioną, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania nieweryfikowalnego elementu ocennego, od którego w istotny sposób uzasadnione jest wynagrodzenie Wykonawcy.

86. Odwołujący wskazuje, że wszelkiego rodzaju kryteria nieostre dodatkowo osłabiają pozycję Wykonawcy w toku realizacji zamówienia, co stanowi nadużycie uprawnienia Zamawiającego do sporządzania wzoru umowy. Próżno również szukać regulacji, która by wskazywała, jakimi kryteriami oceniający będzie się kierował uznając że Wykonawca udowodnił / nie udowodnił należyte wykonanie obowiązków. Brak jest również regulacji wskazującej procedurę i to nie tylko w obszarze dokumentów obu stron, lecz także czasu, ile ta procedura może trwać. Brak ww. obszarów powoduje, że przy tak nieostrych postanowieniach Wykonawca może nigdy nie udowodnić Zamawiającemu, że należyście wykonał swoje obowiązki.

87. **Żądanie nr XVI:** Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 5 ust. 2.

XVII. § 5 ust. 8. Ocena poziomu świadczenia Usługi

88. Treść SIWZ:

8. Konsultantowi przysługuje sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w KOJPK, który na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi zasadność sprzeciwu, należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 5 dni roboczych od daty otrzymania oceny

89. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. XV i ust. XVI powyżej (dotyczący § 5 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 2. Ocena poziomu świadczenia Usługi), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego się § 5 ust. 8. Ocena poziomu świadczenia Usługi.

90. **Żądanie nr XVII:** Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 5 ust. 8.

Alternatywnie, jeżeli ww. regulacja z § 5 ust. 1 pkt 3 i 4, ust. 2, ust. 8 i ust. 9 miałyby się ostać – choć Odwołujący stanowczo obstaje przy ich nielegalności – to wówczas regulacja ta powinna takie same zasady współpracy zarówno Wykonawcy jak i Zamawiający, tak aby obie strony miały taki sam okres czasu na przygotowanie własnego stanowiska. Wówczas, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„8. Konsultantowi przysługuje sprzeciw od dokonanej przez Kierownika Projektu oceny jakości pracy Konsultanta, sporządzonej w KOJPK, który na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi zasadność sprzeciwu, należy wnieść do Dyrektora Oddziału GDDKiA w terminie 10 dni roboczych od daty otrzymania oceny”.

91. **Uwaga:** ZOPI nadmienia, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (Oddział Rzeszowie), nr postępowania O.RZ.D-3.2410.1.2020, uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał własnej modyfikacji SIWZ.

XVIII. § 5 ust. 9. Ocena poziomu świadczenia Usługi

92. Treść SIWZ:

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

93. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. XV, ust. XVI i ust. XVII powyżej (dotyczący § 5 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 2 oraz ust. 8 Ocena poziomu świadczenia Usługi), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego się § 5 ust. 9. Ocena poziomu świadczenia Usługi.

94. **Żądanie nr XVII:** Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 5 ust. 9.

Alternatywnie, jeżeli ww. regulacja z § 5 ust. 1 pkt 3 i 4, ust. 2, ust. 8 i ust. 9 miałyby się ostać – choć Odwołujący stanowczo obstaje przy ich nielegalności – to wówczas regulacja ta powinna takie same zasady współpracy zarówno Wykonawcy jak i Zamawiający, tak aby obie strony miały taki sam okres czasu na przygotowanie własnego stanowiska. Wówczas, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

XIX. § 6 ust. 9., 10, 11. Waloryzacja Umowy wynagrodzenia

95. Treść SIWZ:

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

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

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

96. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania niezrozumiałego mechanizm mieszany waloryzacji umownej mieszanej. Na podstawie niniejszych przepisów nie ma możliwości jednoznacznego określania jaki jest stosunek przewidzianej w § 6 waloryzacji umownej do waloryzacji ustawowej określonej w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp i § 38 ust. 5 Umowy. Nie jest wiadomym, kiedy i na jakich warunkach Zamawiający chce korzystać z waloryzacji na dwóch różnych podstawach umownych.

97. Nie jest też wiadomym, czy maksymalna wartość zobowiązania przewidziana w § 4 ust. 2 umowy zawiera w sobie tylko waloryzację umowną czy także waloryzację ustawową – z tego też względu konieczne jest wykreślenie tego fragmentu dotyczącego się waloryzacji z tego przepisu. Powyższe, w oczywisty sposób doprowadzi do nieporównywalności ofert, a także spowoduje, że nie będzie możliwe sumienna ocena wyjaśnień wykonawcy co do treści oferty czy ceny, a to wprost prowadzi do wady postępowania.

98. Dlatego niezbędna jest modyfikacja przedmiotowych postanowień poprzez nieuwzględnienie waloryzacji przy ustanawianiu procentowego pułapu maksymalnej wysokości zobowiązania za usługi świadczone przez Wykonawcę. Nie jest możliwe oszacowanie na etapie składania oferty zmiany wskaźników publikowanych przez Prezesa GUS, a Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnych zmian kosztów w gospodarce narodowej.

99. **Żądanie nr XIX:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja w zakresie ust. 9 powinna mieć brzmienie:

„9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji odzwierciedlać będzie faktyczne wzrosty wskaźników wynagrodzeń w sektorze przedsiębiorstw, publikowanych przez Prezesa GUS”, zaś w pozostałym zakresie (ust. 10 i 11) przedmiotowa regulacja powinna podlegać skreśleniu.

100. **Uwaga:** ZOPI nadmienia, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (Oddział Rzeszowie), nr postępowania O.RZ.D-3.2410.1.2020, uwzględnił zarzut dotyczący się ust. 9 i dokonał własnej modyfikacji SIWZ.

XX. § 7 ust. 1. Warunki płatności wynagrodzenia**101. Treść SIWZ:**

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

102. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż częścią opisu przedmiotu zamówienia jest sposób jego finansowania / rozliczania, a w niniejszym przypadku nie można precyzyjnie określić, czy rozliczenie będzie się odbywało miesięcznie czy też na podstawie harmonogramu; dalej, Zamawiający błędnie uznał, że nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących wypłaty wynagrodzenia w sposób, który pozostawiają w niepewności Wykonawcę, czy Zamawiający będzie cyklicznie wypłacał wynagrodzenie czy oczekuje kredytowania, co również należy uwzględnić w kosztach oferty.

103. Należy bowiem zauważyć, że pomimo wprowadzenia zasady rozliczania wynagrodzenia w okresach miesięcznych, brak jest jasnych zasad rozliczania wynagrodzenia Wykonawcy, gdyż wypłata wynagrodzenia uzależnia płatności od Harmonogramu Płatności, stanowiącego element Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta. To z kolei, co znów prowadzi do utrudniania rozliczania wynagrodzenia w okresach miesięcznych, zaś obecnie do nieporównywalności ofert, co ma wpływ na wynik postępowania.

104. Żądanie nr XX: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„Płatność wynagrodzenia za wykonywanie Usługi będzie następowała w okresach miesięcznych, m.in. w oparciu o faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek przez Personel Konsultanta, uwzględniony w zatwierdzonym przez Kierownika Projektu Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta (HPPK), na podstawie prawidłowo wystawionych przez Konsultanta faktur VAT.”

XXI. § 8 ust. 3 – 8. Płatność zaliczkowa**105. Treść SIWZ:**

3. Zamawiający dokona płatności zaliczkowej po otrzymaniu od Konsultanta pisemnego wniosku o płatność zaliczkową wraz z zabezpieczeniem zwrotu płatności zaliczkowej.
4. Konsultant wniesie zabezpieczenie płatności zaliczkowej w wysokości wnioskowanej płatności zaliczkowej w jednej lub kilku formach określonych w art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W trakcie realizacji Umowy, Konsultant

uprawniony jest do zmiany formy zabezpieczenia płatności zaliczkowej.

5. Gwarancje bankowe lub ubezpieczeniowe przekazane na poczet zabezpieczenia płatności zaliczkowej będą bezwarunkowe, nieodwołalne i płatne na pierwsze żądanie Zamawiającego. Konsultant zapewni, że gwarancja będzie ważna i skuteczna, aż do zwrotu płatności zaliczkowej. Treść wniesionej gwarancji będzie uprzednio zatwierdzona przez Zamawiającego.

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

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

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

106. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zabezpieczenia w sposób, który bezzasadnie i nadmiernie obciążają wykonawcę.

107. Odwołujący wskazuje, że Wykonawca obowiązany jest do ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zatem ustanawianie kolejnego zabezpieczenia jest nadużyciem, które nadmiernie obciąża Wykonawcę. Tym bardziej, że ewentualna wypłata zaliczki ma na celu zwiększenie płynności finansowej Wykonawcy, a nie generowanie kolejnych kosztów. Tymczasem, zaniechanie dokonania przez Wykonawcę zwrotu odpowiedniej części zaliczki może zostać zaspokojone właśnie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym bardziej, że interes Zamawiającego jest należycie zabezpieczony bez ustanawiania dodatkowego zabezpieczenia płatności zaliczkowej, poprzez mechanizm zwrotu zaliczki przewidziany w § 8 ust. 9 i 10 umowy, który przewiduje automatyzm przy okazji rozliczenia wynagrodzenia Wykonawcy (potrącenia), jak też natychmiastową wymagalność zwrotu zaliczki w przypadku przedterminowego zakończenia obowiązywania Umowy.

108. Dlatego też, Odwołującego w celu konwalidowania regulacji sprzecznych z ww. przepisami, konieczne jest odstąpienie od warunku ustanawiania zabezpieczenia płatności zaliczkowej jako dodatkowego czynnika znacznie generującego koszty realizacji umowy.

109. Żądanie nr XXI: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„3. Zamawiający dokona płatności zaliczkowej po otrzymaniu od Konsultanta pisemnego wniosku o płatność zaliczkową”.

XXII. § 9 ust. 5. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

110. Treść SIWZ:

5. Konsultant zobowiązany jest do przedłużania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy do czasu zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia.

111. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający

nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, gdyż częścią opisu przedmiotu zamówienia jest informacja pozwalająca na wycenę kosztu zabezpieczenia należytego wykonania umowy; dalej, Zamawiający błędnie uznał, że nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznaczonej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących terminu realizacji zamówienia i kosztów zabezpieczenia w sposób, który uniemożliwia Wykonawcą przyjęcie jednej, właściwej podstawy, będącej przedmiotem wyceny w każdej ofercie (nieporównywalność ofert).

112. Z uwagi na nielegalność regulacji umownych w zakresie terminu świadczenia oraz kosztów zabezpieczenia, konieczne jest ich konwalidowanie poprzez wskazanie konkretnego okresu trwania umowy oraz wprowadzenie postanowienia, gwarantującego zwrot kosztów utrzymywania (wydłużania) zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ponad przewidziany umową okres. Należy bowiem mieć na uwadze, że umowa o świadczenie usług jest usługą wtórną do umowy o roboty budowlane, zatem termin wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności będzie przesuwany z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy. Zaniechanie jasno sprecyzowanego zakresu zamówienia w sposób oczywisty skutkować będzie nieporównywalnością ofert. Nie można bowiem zweryfikować rzetelności wyceny w przypadku, gdy nie jest wiadomym, czy wykonawca powinien wprowadzić dodatkowy koszt tyczący się przedłużania zabezpieczenia, a jak tak to w jakiej wysokości ten koszt należy ująć (jaki okres przedłużenia należy uwzględnić). Jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest więc wprowadzenie regulacji, która zapewnia Wykonawcy zwrot kosztów utrzymywania zabezpieczenia, w przypadku przedłużającego się terminu świadczenia Usług.

113. Żądanie nr XXII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„5. Konsultant zobowiązany jest do przedłużania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy do czasu zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia. Zamawiający rozliczy z Konsultantem koszty wydłużenia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, jeżeli powstanie ono z przyczyn niezależnych od Konsultanta”.

XXIII. § 9 ust. 6. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

114. Treść SIWZ:

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

115. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron,

a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów, które warunkują wypłatę wynagrodzenia od działań/zaniechań osób trzecich, a nie wyłącznie od działań/zaniechań Wykonawcy.

116. Uzależnienie zwrotu zabezpieczenia od możliwości wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności – a więc dokumentu, którego wystawienie uzależnione jest od osoby trzeciej, nie będącej stroną Umowy – stanowi daleko idące nadużycie i nie powinno korzystać z ochrony prawa. Należy przypomnieć, że nad terminami w całości panuje Zamawiający i z wyprzedzeniem wie o ich upływie. Dlatego też, w celu konwalidowania przedmiotowego przepisu, niezbędne jest skrócenie maksymalnego okresu po którym zostanie zwrócone zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

117. Żądanie nr XXIII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„6. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie zwrócone Konsultantowi w terminie 7 dni od daty zatwierdzenia przez Zamawiającego Raportu Zamknięcia”.

XXIV. § 10 ust. 1. i 5. Obowiązki Zamawiającego

118. Treść SIWZ:

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

(...)

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

119. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do skrajnego różnicowania poziomu staranności obu stron umowy – Wykonawca jest zobowiązany do najwyższej staranności, zaś Zamawiający jest z niej wręcz zwolniony.

120. Różnicowanie terminów na przekazywanie dokumentacji bezpośrednio wpływa na niemożność egzekwowania współdziałania od Zamawiającego. Niejasne sformułowania o „sukcesywnym przekazywaniu” dokumentacji nie mogą być postrzegane jako nałożenie na Zamawiającego jakiegokolwiek faktycznego obowiązku. Tymczasem, sprawne, bezzwłoczne przekazywanie wnioskowanej dokumentacji warunkuje współdziałanie stron, a co za tym idzie – pomyślność całego kontraktu. Dlatego też, niezbędne jest wprowadzenie jednoznacznego, maksymalny termin do przekazania kopii dokumentów składających się na Kontrakt, jak również wszelkiej pozostałej dokumentacji, informacji, wskazówek, które mogą mieć lub mają znaczenia dla realizacji Umowy – niezależnie od tego czy zostały utrwalone, a jeżeli tak, niezależnie od formy utrwalenia. W celu konwalidowania tego przepisu, konieczne jest wskazanie terminu na przekazanie dokumentacji (informacji), i to w sposób współmierny do obowiązków Wykonawcy.

121. Żądanie nr XXIV: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Po podpisaniu Kontraktu, Kierownik Projektu, w ciągu pięciu dni roboczych jest zobowiązany przekazać Konsultantowi do wiadomości i stosowania kopie dokumentów składające się na Kontrakt.

(...)

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

XXV. § 11 ust. 7. Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne

122. Treść SIWZ:

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

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

123. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do autorytarnego kształtowania treści Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta przez Zamawiającego, w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia.

124. Narzucanie zmian w HPPK bez możliwości ich kwestionowania stanowi daleko idące naruszenie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego kształtowania treści umowy. Dlatego, w celu przywrócenia równowagi w tejże umowie oraz w celu zabezpieczenia Wykonawcy przez zmianami niezgodnymi z OPZ, konieczne jest doprecyzowanie niniejszego przepisu w sposób gwarantujący, że: (i) Wykonawca, po wyczerpaniu drogi odwoławczej przewidzianej umową, może pozostać przy swoim stanowisku i złożyć do dokumentacji kontraktowej zdanie odrębne, przy dalszej realizacji Usługi, w celu uniknięcia uszczerbku w realizacji umowy, (ii) HPPK zmieniony przez Kierownika Projektu wiąże jedynie w zakresie zgodnym z umową i/lub Kontraktem.

125. **Żądanie nr XXV:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„7. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania zmienionego HPPK wraz z pisemnym uzasadnieniem zmian do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaze ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna, a HPPK zmieniony przez Kierownika Projektu staje się wiążący. Konsultantowi w przypadku sporu i po wyczerpaniu drogi odwoławczej, przysługuje złożyć (pozostawić w ramach dokumentacji kontraktowej) zdanie odrębne, z zastrzeżeniem że wówczas dalsze Usługi ma obowiązek zgodnie ze zmienionym HPPK przez Kierownika Projektu, który jednakowoż wiąże go jedynie w zakresie zgodnym z Umową”.

XXVI. § 11 ust. 15 – 16. Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne**126. Treść SIWZ:**

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

16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej:

- 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;
- 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą

127. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do autorytarnego decydowania o składzie osobowym zespołu Wykonawcy, co w szczególności przy personelu wysoko wykwalifikowanym może ostatecznie zdecydować o niemożności świadczenia usług, pomimo posiadania niezbędnego potencjału osobowego.

128. Zamawiający wprowadził do umowy automatyzm i autorytarność decyzji Kierownika Projektu, co stanowi nadużycie prawa. W celu konwalidowania tej regulacji, niezbędne jest wprowadzenie co najmniej procedury odwoławczej od decyzji Kierownika Projektu w przypadku, gdy ten nie będzie zgadzał się na zmianę osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta. Brak możliwości weryfikacji słuszności podjętej przez Kierownika Projektu odmownej decyzji w sposób rażąco zaburza równowagę stron i może przyczynić się do obstrukcji w zapewnieniach wakatów.

129. Żądanie nr XXVI: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe

zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej:

- 1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;
- 2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzymał propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w terminie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą. Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wprowadzenia zmiany osoby Inżyniera Kontraktu lub innej osoby wchodzącej w skład Personelu Konsultanta do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaze ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona zmiany osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Konsultanta wskazanego w Wykazie osób oraz Kryteriach pozacenowych.”

XXVII. § 11 ust. 18 – 19. Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne

130. Treść SIWZ:

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

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

131. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do bezprawnego żądania, że w przypadku zdublowania się personelu, Wykonawca będzie świadczył usługi za darmo.

132. Odwołujący zauważa, że skoro zmiana eksperta następuje z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, a Zamawiający wymaga dwutygodniowego okresu zastępstwa i pracy dwóch ekspertów, to wynagrodzenie powinna otrzymać każda osoba uczciwie wykonująca swoje obowiązki. Konieczne jest zatem konwalidowanie tej regulacji i to nie tylko z przyczyn słusznościowych, lecz również z tego względu, że pozostawienie kwestionowany przepisów w obecnym brzmieniu spowoduje tak nieporównywalność ofert. Na obecnym etapie nie jest bowiem możliwe przewidzenie, czy takie zastępstwa wystąpią, a jak tak to w jakiej częstotliwości (ilości). Nie można również przyjąć fikcyjnych danych, aby wszyscy wykonawcy wprowadzili jednakową liczbę potencjalnych zastępstw i dublowania dniówek, gdyż wówczas założone koszty

nie byłyby realne. Obecna regulacja prowadzi więc do nieporównywalności ewentualnych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, a także do niejasnych i nieprzejrzystych kryteriów oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej, co wpłynie na wynik postępowania.

133. Z tego względu, konieczne jest wprowadzenie obowiązku zapłaty wynagrodzenia w przypadku zdublowania usług poszczególnych członków Personelu Konsultanta, a w szczególności, gdy zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta. Powyższa zmiana jest też konieczna z uwagi na odpłatny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego.

134. Żądanie nr XXVII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„18. Konsultant otrzymuje stosowne wynagrodzenie z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej, w sytuacji gdy zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta, a nadto będzie to uzasadnione w związku z odpłatnym charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

19. W przypadku zmiany Ekspertów Kluczowych (z wyjątkiem okoliczności opisanych w ust.16 pkt 1 niniejszego §) w trakcie realizacji Umowy Konsultant zapewni, w ramach obowiązków każdego Eksperta Kluczowego, sporządzenie szczegółowego raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz zdublowanie pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego. Celem powyższego będzie w szczególności płynne przekazanie obowiązków i wdrożenie nowego Eksperta Kluczowego poprzez szybsze zorientowanie się w sprawach prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego oraz uniknięcie sytuacji związanej z pominięciem spraw przez niego rozpoczętych i niezatwierdzonych. W okresie tym płatność przysługuje Konsultantowi także za pracę nowo zatwierdzonego Eksperta Kluczowego, gdy zmiana Personelu następować będzie w wyniku okoliczności niezależnych od Konsultanta, a nadto będzie to uzasadnione w związku z odpłatnym charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

XXVIII. § 13 ust. 6. Ogólne obowiązki Konsultanta

135. Treść SIWZ:

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

136. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę),

bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do bezprawnego żądania podania danych osobowych, nawet jeżeli Wykonawca nie jest uprawniony do dysponowaniem tymi danymi.

137. Zamawiający nie przewidział ww. regulacji, iż pracownik ma prawo nie wyrazić zgody na przetwarzanie danych osobowych dla potrzeb Umowy, co przy takim brzmieniu uniemożliwiłoby skierowanie go do realizacji zamówienia. Takie podejście potencjalnie może uniemożliwiać Wykonawcy świadczenie Usług, gdyż w szczególności Personel Kluczowy charakteryzuje się dużą roszczeniowością i można spodziewać się, że osoby te nie wyrażą zgody na upublicznianie ich danych osobowych. Z uwagi zaś na fakt, że osób mogących pełnić funkcje zastrzeżone dla Personelu Kluczowego jest stosunkowo niewiele, realna jest sytuacja, że z uwagi na niniejszy przepis Wykonawca pozbawiony będzie możliwości oddelegowania swoich pracowników do zadań dla Zamawiającego. Zamawiający nie może przymuszać pracowników Wykonawcy do składania oświadczeń pod przymusem.

138. Przedmiotowa regulacja stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego z tego względu, że narzucając treść umowy, Zamawiający w sposób nieuzasadniony zrównuje sytuację braku zatrudnienia przez Wykonawcę osób na podstawie umowy o pracę z sytuacją zatrudnienia ich na tej podstawie, ale braku możliwości przedłożenia stosownych dokumentów to potwierdzających (właśnie z powodu braku uzyskania zgody pracownika na przetwarzanie jego danych osobowych w tym celu). Z tego też względu, zmiana postanowień umownych sprzecznych z przytoczonymi przepisami jest konieczna.

139. Żądanie nr XXVIII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

zdanie „W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.”

zastąpić zdaniem:

„W tym celu Konsultant zobowiązany jest do uzyskania od w/w osób zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych lub złożyć oświadczenie, że od w/w osób nie uzyskał zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.”

Konsekwentnie, wykreślone powinno zostać także ostatnie zdanie § 13 ust. 6 o treści *Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę”,*

Alternatywnie, ostatnie zdanie § 13 ust. 6 powinno mieć brzmienie:

„Nieprzedłożenie przez Konsultanta żądanych dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, chyba że nieprzedłożenie tych dokumentów jest następstwem okoliczności, za które Konsultant nie ponosi odpowiedzialności”.

XXIX. § 15 ust. 1. Pkt 3) Obowiązki Konsultanta w zakresie ochrony środowiska, zieleni i badań archeologicznych

140. Treść SIWZ:

<p><i>1. Konsultant w zakresie ochrony środowiska zobowiązany jest do</i></p> <p><i>3) zapewnienia, w zależności od potrzeb, konsultacji z ekspertami w szczególności takimi jak: akustyk, hydrolog, meliorant, geolog;</i></p>

141. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (zakresu usług), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji.

142. Odwołującego podkreśla, że Zamawiający, który nie jest limitowany czasem na przygotowanie postępowania (w przeciwieństwie do Wykonawcy, który ma limitowany czas na przygotowanie oferty), powinien przed ogłoszeniem przetargu wypełnić wszystkie obowiązki jakie na niego nakłada art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest, aby Zamawiający nie miał wiedzy w zakresie niezbędnych konsultacji eksperckich, lub aby miał tę wiedzę, lecz nie dzielił się nią z Wykonawcami. Tymczasem, wprowadzenie określenia „w szczególności” powoduje, że Wykonawcy nie są w stanie w terminie składania ofert wskazać, jaki jest faktyczny, wymagany OPZ zakres zapewnianych konsultacji eksperckich. Zamawiający powinien w sposób profesjonalnych zidentyfikować swoje potrzeby w zakresie poszczególnych obszarów (ochrona środowiska, zieleni, archeologia itp.) i precyzyjnie określić zakres obowiązków Wykonawcy. Niedopuszczalne jest kształtowanie otwartych zakresów lub niedookreślonych wyliczeń obowiązków Konsultanta, gdyż to w prosty sposób przekłada się na brak możliwości wyjaśnienia zakresu oferty i ceny ofertowej, nieporównywalność ofert, co z kolei przekłada się na wynik postępowania.

143. **Żądanie nr XXIX:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant w zakresie ochrony środowiska zobowiązany jest do

3) zapewnienia, konsultacji z ekspertami w szczególności takimi jak: akustyk, hydrolog, meliorant, geolog;”

XXX. § 16 ust. 3. Obowiązki Konsultanta w zakresie prac geodezyjnych

144. Treść SIWZ:

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

145. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron.

146. W obecnym brzmieniu tego postanowienia umownego (odmiennym od dotychczasowego, stosowanego przez Zamawiającego), Zamawiający przerzucił na Konsultanta ryzyka sporu z Generalnym Wykonawcą robót budowlanych o rzetelność sporządzenia obmiarów, w oparciu, o które Wykonawca będzie występował o Płatność. Wykonawca co do zasady występuje z roszczeniami także w obszarze obmiaru robót wykonanych przez Konsultanta.

147. Regulacja ta powinna mieć brzmienie jak w dotychczasowych umowach w sprawie zamówienia publicznego, podpisanych przez Zamawiającego. Nadto, Odwołujący podnosi, że obecne postanowienie, gdzie Zamawiający wymaga sporządzania przez Wykonawcę obmiarów, nie pociągnęło za sobą konsekwentnej zmiany w ilość zespołów geodezyjnych – wraz z nowym obowiązkiem ilość ta powinna była wzrosnąć przynajmniej do 6

148. **Żądanie nr XXX:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

149. **Uwaga:** ZOPI nadmienia, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (Oddział Rzeszowie), nr postępowania O.RZ.D-3.2410.1.2020, uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał żądanej modyfikacji SIWZ.

XXXI. § 16 ust. 4. Obowiązki Konsultanta w zakresie prac geodezyjnych

150. Treść SIWZ:

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

151. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (ilości wykonanych pomiarów kontrolnych), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji.

152. Odwołujący zauważa, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie określił, w jakiej ilości mają być wykonane pomiary kontrolne. Tymczasem, brak tej informacji powoduje niemożność porównania ofert, gdyż nie pozwala na jednoznaczne określenie zakresu zamówienia. Każdy z wykonawców może dowolnie domniemywać o ilości koniecznych pomiarów, a zatem rzetelne zbadanie ofert i ich porównanie nie będzie możliwe. Dodatkowo, regulacja ta będzie potencjalnie konfliktogenna na etapie realizacji zamówienia. W celu konwalidowania omawianej regulacji, Zamawiający powinien podać ilość pomiarów kontrolnych w zakresie przewidzianym umową.

153. Żądanie nr XXXI: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„4. Konsultant zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych Robót wykazywanych w Przejściowych Świadectwach Płatności. Zamawiający wymaga 30 % pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy, na podstawie wcześniej podanych informacji przez Wykonawcę robót co do zakresu oraz ilości prac geodezyjnych”.

XXXII. § 17 ust. 1. pkt. 2), 9) i 10) Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem

154. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:
2) niezwłocznego, lecz nie później niż w terminie 2 dni roboczych, udzielania Wykonawcy wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień dotyczących danego Kontraktu;
9) organizowania oraz przewodniczenia comiesięcznym naradom i objazdom terenu budowy z udziałem Zamawiającego dotyczącym postępu prac projektowych i Robót (Radom Budowy), w których udział biorą przedstawiciele wszystkich zaangażowanych w realizację Kontraktu stron (Wykonawca, Inżynier Kontraktu, Kierownik Projektu oraz inni oficjalni obserwatorzy) oraz sporządzania protokołów z tych narad i przekazywania ich Kierownikowi Projektu i Wykonawcy w terminie 3 dni roboczych od dnia, w którym odbyła się Rada Budowy;
10) organizacji i przewodniczenia cotygodniowym Radom Technicznym z udziałem co najmniej Personelu Konsultanta i Wykonawcy, sporządzenia protokołów i przekazania ich w terminie 3 dni roboczych od dnia Rady Kierownikowi Projektu i Wykonawcy;

155. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących procedowania w sposób, który z góry można przewidzieć nie będzie egzekwowalny, z uwagi na nierealność zaproponowanych terminów.

156. Odwołujący podziela stanowisko Zamawiającego, że sprawne procedowanie zapewni efektywną współpracę. Jednakże ustanowione przez Zamawiającego terminy nie będą usprawniać współdziałania stron, lecz przyczynią się do konfliktów. Terminy wskazane przez Zamawiającego są skrajnie krótkie, niewykonalne, ale przede wszystkim – nieuzasadnione charakterem działań. Jeżeli dany raport czy informację zostaną przekazane w parę dni dłużej niż zakłada Zamawiający, to odbędzie się to bez szkody dla świadczonych Usług, zaś Wykonawca będzie miał szansę na podjęcie realnego zobowiązania, które będzie w stanie dochować. Obecne, nadmiernie krótkie terminy, stanowią uciążliwość, która Zmiana kwestionowanych przepisów determinuje zatem możliwość pozytywnej ich oceny.

157. Żądanie nr XXII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

2) niezwłocznego, lecz nie później niż w terminie 4 dni roboczych, udzielania Wykonawcy wszelkich dostępnych informacji i wyjaśnień dotyczących danego Kontraktu;”.

9) organizowania oraz przewodniczenia comiesięcznym naradom i objazdom terenu budowy z udziałem Zamawiającego dotyczącym postępu prac projektowych i Robót (Radom Budowy), w których udział biorą przedstawiciele wszystkich zaangażowanych w realizację Kontraktu stron (Wykonawca, Inżynier Kontraktu, Kierownik Projektu oraz inni oficjalni obserwatorzy) oraz sporządzania protokołów z tych narad i przekazywania ich Kierownikowi Projektu i Wykonawcy w terminie 5 dni roboczych od dnia, w którym odbyła się Rada Budowy;

10) organizacji i przewodniczenia cotygodniowym Radom Technicznym z udziałem co najmniej Personelu Konsultanta i Wykonawcy, sporządzenia protokołów i przekazania ich w terminie 4 dni roboczych od dnia Rady Kierownikowi Projektu i Wykonawcy;

XXXIII. § 17 ust. 1. pkt. 14) i 15) Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem

158. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:

14) sprawdzania, weryfikacji i formułowania zaleceń dotyczących poprawności i autentyczności wszelkich dokumentów ubezpieczeniowych w szczególności: certyfikatów, polis ubezpieczeniowych, gwarancji wykonania, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, tytułów własności sprzętu, zabezpieczenia wykonania z tytułu rękopisami za Wady (Subklauzula 4.2 SWK).pod względem zgodności z prawem polskim, Warunkami Kontraktu i wymaganiami Zamawiającego. Do weryfikacji ubezpieczeń przedstawionej przez Konsultanta Zamawiającemu zostanie dołączona również opinia i weryfikacja brokera ubezpieczeniowego. Sprawdzenie polis przez brokera ubezpieczeniowego odbędzie się na koszt Konsultanta. Konsultant będzie monitorował opłacanie rat składek Ubezpieczenia przez Wykonawcę;

15) prowadzenie monitoringu polis ubezpieczeniowych, gwarancji wykonania, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, tytułów własności sprzętu, zabezpieczenie wykonania z tytułu rękopisami za Wady (Subklauzula 4.2) itp. w formie uzgodnionej z Kierownikiem Projektu;

159. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (zakres prowadzonej weryfikacji), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wycenienia, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji.

160. Obecna regulacja jest niejasna, gdyż Wykonawcy nie mają wiedzy, jakie konkretnie zakresy dokumentów, przedkładanych przez Generalnego Wykonawcę, Konsultant powinien

weryfikować. Dlatego też, niezbędne jest doprecyzowanie zakresu Usług, poprzez enumeratywne wskazanie zakresów (punktów krytycznych), które powinny podlegać kontroli w zakresie certyfikatów, polis ubezpieczeniowych i gwarancji. Obecne brzmienie Umowy nadto naraża na ryzyko, że korespondencja kontraktowa dotycząca poprawności ww. dokumentów mogłaby trwać wiele miesięcy, co nie jest celowe z punktu widzenia interesu stron Umowy. W celu konwalidowania niejasnego przepisu Umowy, konieczne jest wprowadzenie zamkniętych katalogów czynności, zaś do Kontraktu z wykonawcą robót – obowiązku załączenia opinii brokera ubezpieczeniowego, potwierdzającej spełnianie przez daną polisę warunków kontraktu, pod rygorem jej nie przyjęcia.

161. Żądanie nr XXXIII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

14) sprawdzania i formułowania zaleceń dotyczących poprawności i autentyczności certyfikatów to jest, polis ubezpieczeniowych to jest, gwarancji wykonania to jest, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej to jest, tytułów własności sprzętu to jest, zabezpieczenie wykonania z tytułu rękopisami za Wady (Subklauzula 4.2). Dokumenty te Zamawiający zdefiniuje przy zawarciu umowy;

15) prowadzenie monitoringu ww. dokumentów w formie uzgodnionej z Kierownikiem Projektu;

XXXIV. § 17 ust. 1. pkt. 21) Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem

162. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:

21) wystawiania wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z realizacją Kontraktu wymaganych przez Zamawiającego;

163. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (zakres wystawianych dokumentów), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wycenienia, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

164. Ponownie Zamawiający, pomimo nieograniczonego czasu na przygotowanie przetargu, zaniechał precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Brak zaś możliwości, aby wykonawcy przed terminem składania ofert samodzielnie i to w jednakowy sposób i precyzyjnie domniemali, jakie dokumenty i w jakiej ilości będą żądane. Niedopuszczalne jest kształtowanie

otwartych zakresów lub niedookreślonych wyliczeń obowiązków Konsultanta, gdyż to w prosty sposób przekłada się na brak możliwości wyjaśnienia zakresu oferty i ceny ofertowej, nieporównywalność ofert, co z kolei przekłada się na wynik postępowania. Dlatego, najlepszym sposobem konwalidowania błędnego przepisu byłoby jego rzetelne doprecyzowanie. Alternatywnie, Odwołujący dopuszcza wprowadzenie ułomnego rozwiązania, tj. procedury odwoławczej od obowiązku wystawienia dokumentu wymaganego przez Zamawiającego.

165. Żądanie nr XXXIV: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

21) wystawiania dokumentów związanych z realizacją Kontraktu, to jest:;”

alternatywnie

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

21) wystawiania wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z realizacją Kontraktu wymaganych przez Zamawiającego, w przypadku sporu o zakres dokumentów, Konsultant uprawniony jest w terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania wystawienia dokumentu do wniesienia do Dyrektora Oddziału GDDKiA sprzeciwu na piśmie wraz z uzasadnieniem. Dyrektor Oddziału GDDKiA rozpatrzy sprzeciw w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu. W przypadku decyzji negatywnej, Dyrektor Oddziału GDDKiA przekaze ją pisemnie z podaniem uzasadnienia. Decyzja Dyrektora Oddziału GDDKiA jest ostateczna. Konsultant po wyczerpaniu drogi odwoławczej dokona wystawienia dokumentu w terminie 10 dni roboczych;”

XXXV. § 17 ust. 1. pkt. 27) i 28) Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem

166. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:

27) identyfikowania, wszędzie tam gdzie jest to możliwe, ryzyka powstania potencjalnych roszczeń ze strony Wykonawcy i stron trzecich i informowania o tym Kierownika Projektu wraz z przedstawieniem propozycji i sposobów zapobiegania tym roszczeniom niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od powzięcia informacji;

28) niezwłocznego (nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od powzięcia informacji) powiadomienia Kierownika Projektu o wszelkich roszczeniach Wykonawcy oraz rozbieżnościach między dokumentacją Zamawiającego a stanem faktycznym na Placu budowy;

167. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (definicja ryzyka), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznaczonej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania

Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

168. Obecna regulacja nie precyzuje, co Zamawiający rozumie przez potencjalne ryzyka i za jaki moment, zdaniem Zamawiającego, można uznać powzięcie informacji o potencjalnym roszczeniu. Niedopuszczalne jest kształtowanie niedookreślonych obowiązków Konsultanta, gdyż to w prosty sposób przekłada się na brak możliwości wyjaśnienia zakresu oferty i ceny ofertowej, nieporównywalność ofert, co z kolei przekłada się na wynik postępowania. Zatem, przedmiotowy przepis winien zostać zmodyfikowany w taki sposób, aby wszyscy wykonawcy, już na etapie składania oferty, mieli jasno określony przedmiot zamówienia, oraz aby Zamawiający w sposób rzetelny i transparentny był w stanie zweryfikować złożone oferty.

169. Żądanie nr XXXV: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

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

XXXVI. § 17 ust. 1. pkt. 29) Obowiązki Konsultanta w zakresie zarządzania Kontraktem

170. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

171. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron.

172. Formułowanie tak szerokiego zobowiązania, bez wyłączenia roszczeń przejściowych, powoduje niewspółmiernie wysokie obciążenie dla Konsultanta. Dlatego, zasadne jest odstąpienie od tego obowiązku w przypadku roszczeń przejściowych, których procedowanie nie wymaga co do zasady aż tak dużego zaangażowania.

173. Żądanie nr XXXVI: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

XXXVII. § 17 ust. 1. pkt. 1) i 4) Obowiązki Konsultanta w zakresie analizy postępu Robót**174. Treść SIWZ:**

1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

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

175. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (wprowadzanie ogólnikowych i nieostrych sformułowań), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

176. Pomimo enumeratywnego wyliczenia w cytowanej regulacji obowiązków Wykonawcy, przedstawiony zakres Usług nie jest jednoznaczny i wyczerpujący. Wprowadzanie ogólnikowych i nieostrych sformułowań np.

Pkt 1) identyfikowanie „wszelkiego” „ryzyka” i „zagrożeń”; dla „pomyślnego” przebiegu Kontraktu;

Pkt 4) wzywaniu Wykonawcy do przedłożenia zaktualizowanego Programu uwzględniającego ponowne rozplanowanie, skoordynowanie czynności Podwykonawców Wykonawcy i „zapewniającego” ukończenie Robót w wyznaczonym terminie.

- mogących prowadzić do nieuprawnionych i chybionych wniosków, że Konsultant przyjmuje na siebie i jest gwarantem pomyślnej i terminowej realizacji Kontraktu Generalnego Wykonawcy – a więc stosunku zobowiązaniowego, którego nie jest stroną.

177. Żądanie nr XXXVII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

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

XXXVIII. § 20 ust. 7. i 8. Badania i pomiary kontrolne

178. Treść SIWZ:

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

8. W przypadku Materiałów lub Robót budzących wątpliwość co do ich jakości, Konsultant zobowiązany jest do:

a) w przypadku badań możliwych do wykonania przez Laboratorium Zamawiającego - zlecenia wykonania badań,

b) w przypadku badań niewykonywanych przez Laboratorium Zamawiającego, w szczególności badania geosyntetyków, badania stali – do wskazania Zamawiającemu rodzaju, zakresu i metod badań w celu umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonania tych badań jednostce zewnętrznej.

179. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (zlecenie badań), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznaczonej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art.

139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

180. Cytowane opis przedmiotu zamówienia jest w sposób rażąco sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż pozostawia niedookreślony i niemożliwy do przewidzenia zakres badań, które potencjalnie będą obciążać Konsultanta. Tymczasem, niedopuszczalne jest kształtowanie niedookreślonych obowiązków Konsultanta, gdyż to w prosty sposób przekłada się na brak możliwości wyjaśnienia zakresu oferty i ceny ofertowej, nieporównywalność ofert, co z kolei przekłada się na wynik postępowania. Dlatego też zachodzi konieczność usunięcia obowiązku dotyczącego zlecenia badań nieprzewidzianych Kontraktem, gdyż Kontrakt co do zasady nie przewiduje wykonywania innych badań niż te wymienione w Specyfikacjach Technicznych. Nadto, w celu pełnego konwalidowania wadliwych przepisów SIWZ, zachodzi konieczność sprecyzowania (rozdzielenia) badania dodatkowego oraz badania kontrolnego, a także konieczność wskazania zasad ponoszenia / partycypacji w kosztach takich badań na podstawie umowy oraz Kontraktu (§ 20 ust. 13 stanowi o badaniach kontrolnych).

181. Żądanie nr XXXVIII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„7. Forma, rodzaj zlecanych badań i sposób pobierania próbek zostaną uzgodnione z Zamawiającym.

8. W przypadku Materiałów lub Robót budzących wątpliwość co do ich jakości, Konsultant zobowiązany jest do:

- a) w przypadku badań możliwych do wykonania przez Laboratorium Zamawiającego - zlecenia wykonania badań,*
- b) w przypadku badań niewykonywanych przez Laboratorium Zamawiającego, do wskazania Zamawiającemu rodzaju, zakresu i metod badań w celu umożliwienia Zamawiającemu zlecenia wykonania tych badań jednostce zewnętrznej, na koszt Zamawiającego”.*

XXXIX. § 20 ust. 9. i 13. Badania i pomiary kontrolne

182. Treść SIWZ:

9. W uzasadnionych przypadkach, po uzgodnieniu z Zamawiającym jako badania kontrolne mogą być traktowane badania Wykonawcy, w których udział wezmą Personel Konsultanta lub Zamawiającego.

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

183. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. XXXVIII powyżej (dotyczący § 20 ust. 7. i 8. Badania i pomiary kontrolne), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego § 20 ust. 9. i 13. Badania i pomiary kontrolne.

184. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że OZP nie jest sporządzony zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż występuje zbyt szeroki i niedookreślony termin „szczególnie uzasadnionego

przypadku”, w którym próbkę może pobrać Konsultant. Tenże termin generuje ryzyko nadinterpretacji, a w powiązaniu z obowiązkiem wyrażonym w ust. 12: „Koszt pobrania, pakowania i transportu próbek do Laboratorium Zamawiającego ponosi pobierający próbkę” – może generować dodatkowe, niemożliwe do oszacowania koszty realizacji Usługi przez Konsultanta. To wprost przekłada się na nieporównywalność ofert, na brak rzetelnego zbadania ceny przez Zamawiającego, w rezultacie przełoży się na wynik postępowania.

185. Żądanie nr XXXIX: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„9. Pobranie próbek do badań i pomiarów kontrolnych i akceptacyjnych będzie dokonywane przez przedstawicieli Laboratorium Zamawiającego lub przez Konsultanta przy udziale lub po poinformowaniu przedstawicieli Wykonawcy.

13. Koszt pobrania, pakowania, i transportu próbek do Laboratorium Zamawiającego ponosi Zamawiający”.

XL. § 25 ust. 1. pkt 3) Inne obowiązki Konsultanta

186. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:

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

187. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (nieznana ilość procedur, w których obligatoryjny jest „udział”), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

188. Obecny OPZ nie określa precyzyjnie, co Zamawiający ma na myśli pisząc o obowiązku „udziału” w udostępnianiu informacji publicznej. Choć pozornie może się to wydawać błahym zakresem, to jednak Odwołujący z praktyki wie, że tego typu wymogi w praktyce urastają do uciążliwych, pracochłonnych, generujących koszty czynności. Tymczasem, to Zamawiający na podstawie obowiązujących przepisów będzie ewentualnie zobowiązany do udzielenia takiej informacji, gdyż to Zamawiający jest dysponentem tych informacji. Tak więc, „udział” Konsultanta nie tylko nie jest zbędny, ale też generuje niepotrzebne niejasności, które można w łatwy sposób wyeliminować.

189. **Żądanie nr XLI:** Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 25 ust. 1. pkt 3).

XLI. § 25 ust. 1. pkt 4) Inne obowiązki Konsultanta

190. Treść SIWZ:

1. Konsultant zobowiązany jest do:
4). zapewnienia, w razie potrzeby, tłumaczenia wszelkich dokumentów obcojęzycznych związanych z Kontraktem. Tłumaczenia należy dokonać z wybranego języka urzędowego Unii Europejskiej na język polski. Zakres tłumaczeń w miesiącu kalendarzowym wynosi maksymalnie 20000 wyrazów. Koszt tłumaczeń należy zawrzeć w kosztach administracyjnych

191. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (nieznana wartość tłumaczeń), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się również nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do formułowania przepisów dotyczących zakresu usług w sposób niedookreślony, generujący problemy interpretacyjne zarówno podczas określania przedmiotu zamówienia, jego wyceniania, porównywania i oceny ofert, a także na etapie realizacji, a także blokowania Wykonawcy prawa do kwestionowania i weryfikowania faktycznej niezbędności danych dokumentów.

192. Kwestionowana regulacja jest nieprecyzyjna z uwagi na różny poziom treści dokumentów oraz specjalistycznego języka zawodowego. Dlatego też konieczne jest zamiast takiej regulacji wprowadzenie kwotowego limitu tłumaczenia, jaki w danym miesiącu obciąża Konsultanta oraz enumeratywne wymienienie dokumentów, które mogą podlegać tłumaczeniu (odstąpienie od sformułowania „wszystkie”). Niedopuszczalne bowiem jest kształtowanie niedookreślonych obowiązków Konsultanta, gdyż to w prosty sposób przekłada się na brak możliwości wyjaśnienia zakresu oferty i ceny ofertowej, nieporównywalność ofert, co z kolei przekłada się na wynik postępowania.

193. **Żądanie nr XLI:** Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„4). zapewnienia, w razie potrzeby, tłumaczenia dokumentów obcojęzycznych związanych z Kontraktem po uzgodnieniu ich zakresu z Konsultantem. Tłumaczenia należy dokonać z wybranego języka urzędowego Unii Europejskiej na język polski. Zakres tłumaczeń w miesiącu kalendarzowym wynosi maksymalnie 2.000 złotych netto miesięcznie. Koszt tłumaczeń należy zawrzeć w kosztach administracyjnych

XLII. § 32 ust. 1. Odszkodowanie**194. Treść SIWZ:**

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

195. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania klauzul odszkodowawczych niewspółmiernie obciążających Konsultanta.

196. Konieczne jest zatem odstąpienie od formułowania nieostrych oraz otwartych zakresów odpowiedzialności Konsultanta („wszelkie” koszty czy „jakiegokolwiek” niewywiązania się). Konsultant nie powinien przyjmować odpowiedzialności względem osób trzecich, a jego odpowiedzialność, jako odpowiedzialność co do zasady kontraktowa, winna wynikać z realizacji obowiązków umownych, względnie powinien mieć określony w umowie limit odpowiedzialności. Proponowane przez Zamawiającego rozwiązanie doprowadzi do nieporównywalności ofert, do braku możliwości ich zbadania pod względem rzetelności wyceny, w rezultacie wpływa wprost na wynik postępowania. Tymczasem, pełne zabezpieczenie interesu Zamawiającego znajduje się w Kodeksie cywilnym.

197. Żądanie nr XLII: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 32 ust. 1.

XLIII. § 33 ust. 1 – 4. Ubezpieczenia**198. Treść SIWZ:**

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

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

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

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

199. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron,

a tym samym uprawniony jest do wprowadzania klauzul ubezpieczeniowych niewspółmiernie obciążających Konsultanta.

200. Utrzymywanie ubezpieczenia w tak szerokim zakresie stanowi zbędny i bardzo kosztowny element realizacji. Zakres ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawiera nadmierny zakres. Aktualnie paragraf 33 w różnych miejscach stanowi o ubezpieczeniu:

- a) odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu prowadzonej działalności – ust. 1;
- b) odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu posiadanego i użytkowanego mienia – ust. 1;
- c) szkód na osobie – ust. 2;
- d) szkód rzeczowych – ust. 2;
- e) strat finansowych – ust. 2;
- f) szkód poniesionych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Konsultanta – ust. 2;
- g) wszelkich działań i zaniechań Konsultanta – ust. 3;
- h) wszelkich działań i zaniechań Podwykonawców i innych podmiotów zaangażowanych przez Konsultanta – ust. 3.

201. Dodatkowo, Zamawiający stawia warunek wyłączenia z umowy ubezpieczenia franszyzy redukcyjnej, integralnej, udziału własnego, co przy utrzymaniu tak szerokiego zakresu powoduje, że ubezpieczyciele nie chcą udzielać gwarancji na tak wygórowanych warunkach. Mianowicie, Praktyka ubezpieczeniowa dowodzi, że uzyskanie ubezpieczenia o powyższych parametrach jest niezwykle trudne oraz bardzo kosztowne na rynku ubezpieczeń. Dlatego, konieczne jest zredukowanie ilości ryzyk, które powinny być objęte niniejszym ubezpieczeniem.

202. Żądanie nr XVIII: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 33 ust. 2.

XLIV. § 33 ust. 8. Ubezpieczenia

203. Treść SIWZ:

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

204. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. V i XIII powyżej (dotyczących § 3 ust 1. Termin realizacji Umowy oraz § 4 ust 9 Wynagrodzenie), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu tyżącego się § 33 ust. 8. Ubezpieczenia.

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

206. Żądanie nr XLIV: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

umownej. Zamawiający w ciągu 7 dni od przekazania przez Konsultanta kopi dokumentu ubezpieczenia zwróci koszty utrzymywania ubezpieczenia ponoszone w wydłużonym okresie realizacji lub w przypadku gdy realizacja Usługi nie będzie mogła rozpocząć się w pierwotnie zaplanowanym terminie”.

XLV. § 35 ust. 7. Siła wyższa

207. Treść SIWZ:

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

208. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, a tym samym uprawniony jest do wprowadzania klauzuli dot. siły wyższej, która ograniczenia prawa strony do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów – którego to uprawnienia nie można się zrzec.

209. Powyższe wymaganie jest nadmierne, a ponadto obchodzi zakaz zrzekania się prawa do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów. Z tego też względu, konieczne jest skrócenie okresu trwania siły wyższej. Obecnie po 180 dniach trwania siły wyższej, Konsultant uprawniony jest do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia, co daje łącznie 7 miesięcy (180 dni + 30 dni = razem 7 miesięcy). Tymczasem, w toku „normalnego” wypowiedzenia należy zachować jedynie 6 miesięczny okres wypowiedzenia (zob. § 41 ust. 1 Umowy). Taka konstrukcja wypowiedzenia umowy z uwagi na siłę wyższą faktycznie utrudnia Konsultantowi rezygnację z dalszego świadczenia usług, jeżeli wystąpi siła wyższa. Takie ograniczenie prawa do wypowiedzenia zlecenia z ważnych przyczyn jest wprost sprzeczne z przepisami prawa, a zatem nie zasługuje na ochronę Izby.

210. Żądanie nr XLV: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„7. W przypadku zaistnienia okoliczności Siły wyższej i ich trwania przez okres 60 dni, niezależnie od jakiegokolwiek wydłużenia okresu realizacji, jakie może zostać przyznane Konsultantowi z wyżej wymienionej przyczyny, każda ze Stron jest uprawniona do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia”.

XLVI. § 36 ust. 2. Kary umowne

211. Treść SIWZ:

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

- 1) podjęcie zobowiązania lub czynności w imieniu Zamawiającego bez uzyskania zatwierdzenia Zamawiającego w sytuacji, gdy Umowa przewiduje taką konieczność - w szczególności w przypadkach wskazanych w § 13 ust. 15 Umowy;
- 2) podjęcie decyzji zwiększającej zobowiązania lub zmniejszającej uprawnienia Zamawiającego wobec Wykonawcy, w szczególności poprzez nieprawidłowe potwierdzenie przez Konsultanta obmiaru lub innego dokumentu stanowiącego podstawę płatności dla Wykonawcy (wynikające z § 21 lub 22), które skutkowało dokonaniem przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy nienależnej wypłaty wynagrodzenia.

212. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (nieznana zakres działań mogących skutkować nałożeniem kary), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuścił się nadużycia, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa zastrzegł możliwość nakładania kar umownych na podstawie ogólnikowych i niejednoznacznych postanowień.

213. Zamawiający, pomimo miesięcy poprzedzających przygotowanie postępowania, nie sprecyzował konkretnych, enumeratywnie wymienionych obowiązków, których niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie będzie rodziło odpowiedzialność w postaci obowiązku zapłaty kary umownej w wysokości 20.000 złotych. Powoływanie się na bardzo ogólne obowiązki wynikające z Umowy jest nieprawidłowe. Tym samym w celu konwalidowania Umowy, niezbędne jest usunięcie niejasnych zapisów, aby nie dopuścić do dotkliwej penalizacji zachowań, które w arbitralny sposób zostać mogą zakwalifikowane jako abuzywne.

214. **Żądanie nr XLVI:** Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 36 ust. 2.

XLVII. § 36 ust. 3 – 10, 15 i 18. Kary umowne

215. Treść SIWZ:

3. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki we wskazaniu spośród Personelu Konsultanta osoby lub osób wykonujących tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, zgodnie z § 11 ust. 17.
4. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki w zapewnieniu Personelu Konsultanta po upływie trzymiesięcznego okresu zastępstwa, o którym mowa w § 11 ust. 17.
5. Konsultant, w przypadku przekroczenia terminów przedłożenia następujących raportów: Raportu otwarcia, Raportów technicznych, Raportów roszczeń, Raportu końcowego, Raportu Zamknięcia, zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, przy czym kary umowne za każde ww. naruszenie będą naliczane oddzielnie.
6. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieprzestrzeganie postanowień umowy w zakresie Ubezpieczenia tj. za nieprzedłożenie Kierownikowi Projektu kopii dokumentu ubezpieczenia wraz z dowodem zapłaty składki, potwierdzającego utrzymywanie ciągłości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa w § 33 Umowy, w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki.
7. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z ważnych powodów, w wysokości 15% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.
8. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.

9. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Konsultanta bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.

10. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia niewykonania obowiązku wskazanego w § 11 ust. 19 tj. niesporządzenia raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego lub niezapewnienia zdublowania pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego, w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każde takie zdarzenie.

15. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku niewywiązania się z obowiązku skierowania do pracy w Biurze Konsultanta Weryfikatorów dokumentacji projektowej (Eksperci Kluczowi i Inni Eksperci) zgodnie z pkt. 2.1 OPZ w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za stwierdzone naruszenie w odniesieniu do każdej z osób z zastrzeżeniem pkt. 2.2.1 OPZ.

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

216. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (nieznana zakres działań mogących skutkować nałożeniem kary), ani do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ. Tym samym, wykonawcy nie dysponują wszystkimi wymaganiami i okolicznościami mogącymi mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa zastrzegł możliwość nakładania kar rażąco wygórowanych.

217. W sytuacji walki konkurencyjnej o kontrakt, wykonawcy ustanawiają marże na minimalnych poziomach. Cytowana regulacja w zakresie wysokości kar umownych spowoduje rażącą stratę po stronie Konsultanta, co może uniemożliwić osiągnięcie celu postępowania. Nadto, postanowieniom dotyczącym kar umownych za wypowiedzenie umowy, trudno przypisać cechę jednoznaczności – brak bowiem precyzyjnego wskazania, czy karą umowną objęte jest wypowiedzenie umowy w trybie zwykłym czy też z ważnych powodów (żadna z tych form wypowiedzenia nie powinna być sankcjonowana). Zamawiający nie powinien dysponować uprawnieniem do naliczenia kary umownej za wypowiedzenie umowy z ważnych powodów, które są obiektywne lub nie leżą po stronie Konsultanta;

218. Zamawiający nie uszanował zasady równości stron kontraktu i zaniechał sprecyzowania symetryczności uprawnień i zastrzeżenie kar umownych jak w ust. 9 i 10 od wynagrodzenia, pomniejszonego o wypłaconą sumę wynagrodzenia.

219. Żądanie nr XLVII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„3. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki we wskazaniu spośród Personelu Konsultanta osoby lub osób wykonujących tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, zgodnie z § 11 ust. 17.

4. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki w zapewnieniu Personelu Konsultanta po upływie trzymiesięcznego okresu zastępstwa, o którym mowa w § 11 ust. 17.

5. Konsultant, w przypadku przekroczenia terminów przedłożenia następujących raportów: Raportu otwarcia, Raportów technicznych, Raportów rozszczeń, Raportu końcowego, Raportu Zamknięcia, zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, przy czym kary umowne za każde ww. naruszenie będą naliczane oddzielnie.

6. (skreślony)

Alternatywnie ust. 6:

6. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieprzestrzeganie postanowień umowy w zakresie Ubezpieczenia tj. za nieprzedłożenie Kierownikowi Projektu kopii dokumentu ubezpieczenia wraz z dowodem zapłaty składki, potwierdzającego utrzymywanie ciągłości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa w § 33 Umowy, w wysokości 5.000,00 złotych za zawinione nieprzedłożenie kopii.

7. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z ważnych powodów, w wysokości 15% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.

8. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia.

9. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Konsultanta bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 pomniejszonego o sumę wypłaconego Konsultantowi Wynagrodzenia. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego bez ważnego powodu, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1.

10. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku stwierdzenia niewykonania obowiązku wskazanego w §11 ust. 19 tj. niesporządzenia raportu zamknięcia wszystkich spraw prowadzonych przez odchodzącego Eksperta Kluczowego lub niezapewnienia zdublowania pracy Ekspertów Kluczowych przez okres dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia przez Kierownika Projektu nowego Eksperta Kluczowego, w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każde takie zdarzenie. Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w przypadku każdego stwierdzenia niewykonania obowiązku umownego w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każde takie zdarzenie.

15. Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku niewywiązania się z obowiązku skierowania do pracy w Biurze Konsultanta Weryfikatorów dokumentacji projektowej (Eksperci Kluczowi i Inni Eksperci) zgodnie z pkt. 2.1 OPZ w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) za stwierdzone naruszenie w odniesieniu do każdej z osób z zastrzeżeniem pkt. 2.2.1 OPZ.

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

XLVIII. § 36 ust. 16. Kary umowne

220. Treść SIWZ:

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

221. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa zastrzegł możliwość na Konsultanta nakładania kar bez zagwarantowania mu narzędzi, pozwalających na uniknięcie ich nałożenia.

222. Niniejsze zastrzeżenie jest o tyle istotne, że koresponduje z regulacją zawartą w §20 pkt 20, która stanowi: „Konsultant ma obowiązek zweryfikować STWiORB pod względem zgodności z obowiązującymi Wykonawcą dokumentami SIWZ (w szczególności z WWiORB i PFU) oraz Projektem budowlanym i Projektem Wykonawczym (jeżeli występują i stanowią zobowiązanie Wykonawcy), uwzględniając Warunki Kontraktu. Jednocześnie Inżynier Kontraktu przed ostatecznym zatwierdzeniem STWiORB, po własnej weryfikacji, ma obowiązek zaopiniować te dokumenty u Zamawiającego. Inżynier Kontraktu w ramach obowiązujących terminów opiniowania dokumentów STWiORB, ma obowiązek tak zaplanować swoją pracę, aby w terminach tych wykonana została weryfikacja Konsultanta, a następnie również zaopiniowanie przez Zamawiającego. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany umożliwić Zamawiającemu możliwość opiniowania STWiORB w terminie co najmniej 5 dni roboczych.” Odwołujący zgadza się, że należy dokonać weryfikacji i sprawdzić zgodność dokumentów z PFU - ale pod warunkiem, że w przedmiotowej umowie byłoby odniesienie do kar umownych też dla Wykonawcy, który złożył dokumenty z zapisami niezgodnymi z Warunkami Kontraktu i PFU. Zamawiający nie może przerzucać odpowiedzialności za poprawność dokumentów na zespół Konsultanta nie dając mu żadnych narzędzi do wyegzekwowania poprawnie sporządzonych dokumentów od Wykonawcy

223. Żądanie nr XLVIII: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

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

XLIX. § 40 ust. 8. Zawieszenie przez Zamawiającego świadczenia Usługi

224. Treść SIWZ:

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

225. W odniesieniu do niniejszego zarzutu, Odwołujący przywołuje całą argumentację przedstawioną w ust. V, ust. XIII i ust. XLIV powyżej (dotyczących § 3 ust 1. Termin realizacji Umowy, § 4 ust 9 Wynagrodzenie oraz § 33 ust. 8. Ubezpieczenia), gdyż jest ona adekwatna również w odniesieniu do zarzutu tyającego się.

226. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że w przypadku zawieszenie Usługi Konsultant ponosi koszty stałe, i to nie tylko administracyjne, wymienione w § 40 ust. 6. Dodatkowo, § 40 nie limituje okresu zawieszenia, co uniemożliwia rzetelną kalkulację ofert przetargowych i ich profesjonalne porównanie i zbadanie. Nie jest uzasadnione zrzeczenie się jakichkolwiek roszczeń na przyszłość w związku z zawieszeniem umowy. Dlatego też, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia porównywalnych ofert oraz ich miarodajnej oceny, w tym względzie powinny obowiązywać regulacje kodeksu cywilnego.

227. Żądanie nr XLIX: Z uwagi na powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o skreślenie § 40 ust. 8.

228. Uwaga: ZOPI nadmienia, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (Oddział Rzeszowie), nr postępowania O.RZ.D-3.2410.1.2020, uwzględnił niniejszy zarzut i dokonał żądanej modyfikacji SIWZ.

L. § 41 ust. 3. Wypowiedzenie Umowy

229. Treść SIWZ:

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

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

230. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niniejszym postanowieniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 art. 484 § 2 i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron,, a tym samym Zamawiający sprzecznie z przepisami prawa katalog ważnych powodów, legitymujących wypowiedzenie Umowy.

231. W obecnej regulacji, Zamawiający w sposób na autorytarny i nieprecyzyjny sformułował treść Umowy, w zakresie wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn. Konieczne jest zatem sformułowanie katalogu ważnych powodów uprawniających Zamawiającego do natychmiastowego rozwiązania umowy w sposób enumeratywny. Dalej, konieczne jest, aby uprawnienie do natychmiastowego wypowiedzenia umowy powstawało w okolicznościach wymienionych w ust. 3 Umowy każdorazowo, po co najmniej jednokrotnym wezwaniu Konsultanta do zmiany sposobu realizacji Umowy / poprawy działania / usunięcia naruszenia w określonym terminie, tak jak uczyniono to np. w § 41 ust. 3 pkt 2) umowy.

232. Żądanie nr L: Z uwagi na powyższą argumentację, omawiana regulacja powinna mieć brzmienie:

„Za ważne powody wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego należy rozumieć sytuacje zawinione lub powstałe z winy Konsultanta, w szczególności sytuacje, w których:” (dalej bez zmian).

C. ZBIORCZE UZASADNIENIE UZUPEŁNIAJĄCE DOTYCZĄCE WYNAGRODZENIA

233. Wynagrodzenie musi być adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. Analiza wskazanych postanowień projektu umowy, wskazuje na rażącą nieekwiwalentności świadczenia, czy jak w obecnej sytuacji jest wręcz skazany na dochodzenie wynagrodzenia w sądzie. Zatem nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, zagraża trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy.

234. Postanowienia umowne przecież podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznanujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie może być utożsamiane z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku. To przecież nie powinno być intencjom Zamawiającego otrzymania oferty, gdzie będą zawyżone koszty o ryzyka, które mogą się nie ziścić. To wprost prowadzi do marnotrawienia środków publicznych, a z drugiej strony może prowadzić do nieporównywalności ofert. A zdaniem Odwoływającego, jeżeli tylko jest to możliwe zamawiający winien uczynić wszystko aby oferty były porównywalne ze sobą i rzetelnie skalkulowane.

D. ZBIORCZE UZASADNIENIE UZUPEŁNIAJĄCE DOTYCZĄCE GRANICY SWOBODY UMÓW

235. Chociaż w orzecznictwie tak Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie, nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w prawie zamówień publicznych ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO z 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). Wskazuje się na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010r., sygn. akt KIO 1698/10). Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość. W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11.2016r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Jednakże w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 3531 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC (tak też:

wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

236. Odwołujący jest świadomy, że na gruncie ustawy Pzp nie ma równowagi stron, oraz że Zamawiający, jako podmiot wydatkujący środki publiczne, uprawniony jest do stawiania siebie w uprzywilejowanej pozycji. Jednakże, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, również i uprzywilejowana pozycja Zamawiającego winna nie przekraczać granic określonych dyspozycją normy zawartej w art. 5 kodeksu cywilnego. Dlatego też, w wyroku z dnia 23 czerwca 2017r., sygn. akt KIO 1117/17, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: *„Izba uwzględniła zarzut dotyczący punktu 42. Zamawiający wprowadził postanowienie, w którym przewidział możliwość zapłaty przez Wykonawcę kary umownej: „Pkt 42 - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - w wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek.” Kara umowna nie przysługuje z ustawy tylko z mocy stron, które zapis ten wprowadzają. Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy. Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej. W ocenie Izby określenie, że jakiegokolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu. Co więcej, określenie kary umownej w wysokości 50 000 złotych należnej za każde naruszenie postanowień umowy może doprowadzić do sytuacji, w której kara umowna powinna zostać uznana za rażąco wygórowaną. Zapisy wzoru umowy nie wykluczają bowiem możliwości żądania kary umownej w tej wysokości, nawet w przypadku drobnych formalnych naruszeń postanowień umowy, nie mających żadnego wpływu na wykonanie podstawowego świadczenia wykonawcy określonego w umowie”.*

237. Powyższe także w kontekście ekwiwalentności świadczenia, jak i biorąc pod uwagę, że Wykonawcy nie mogą być de facto karani za coś co nie wynika z ich winy. W ocenie Izby, taka zmiana jest konieczna z uwagi na nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk w umowie wynikający z sytuacji, gdy zaplanowane wyłączenia nie mają miejsca nie z winy Wykonawcy, co generuje po stronie Wykonawcy znaczne koszty, a ich konsekwencją jest znaczne przedłużenie kontraktu.

238. Dlatego tym bardziej przy ocenie postanowień umowy należy dostrzec, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC (tak też: wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym

wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

239. Skoro więc postanowienia umowne oczywiście podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, niniejszym Odwołujący wnosi o szeroką kontrolę wskazanych powyżej regulacji umownych.

E. ZBIORCZE UZASADNIENIE UZUPEŁNIAJĄCE DOTYCZĄCE DOBRYCH OBYCZAJÓW I ZASADY WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO

240. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający także naruszył dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego przy kształtowaniu kwestionowanych postanowień SIWZ i projektu umowy. Dlatego też zasadne jest także zwrócenie uwagi na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r. (II CSK 528/10), gdzie został wyrażony pogląd, że w ramach wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, która może się wyrażać nieekwiwalentnością ich wzajemnej sytuacji prawnej. Nieekwiwalentność ta stanowiąc wyraz woli stron nie wymaga, co do zasady, wystąpienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały.

241. Jednakże obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący doszło wskutek świadomego lub tylko spowodowanego niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji.

242. Z uwagi na powyższe, należy odwołać się do zadania Prezesa UZP w zakresie dbania o prawidłowe wzorów umów i propagowanie dobrych praktyk oraz iż należy zadbać o zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez określenie zasad kształtowania umów, czy wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych.

243. Należy przypomnieć, iż zgodnie z motywem pierwszym dyrektywy klasycznej udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

244. Zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne jest kształtowanie praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Każda umowa zawarta w kraju cywilizacji zachodniej powinna przewidywać proporcjonalne podejście do praw i obowiązków stron, a więc nie powinno być akceptowane kształtowanie umów w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przesuwać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie wspominając o generowaniu dodatkowych ryzyk dla wykonawcy, jak to ma miejsce w tym przypadku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ukształtował treści umowy, w sposób który rażąco narusza interesy wykonawców, w sposób nie uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie kształtuje postanowienia umowy rażąco naruszające interesy wykonawców.

W świetle powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, w celu zachowania ekwiwalentności świadczenia oraz dla zachowania proporcjonalności postanowień, w ten sposób, aby Zamawiający doprecyzował w ramach wzoru umowy kwestie sporne.

Z poważaniem,

Zakline Osowska

Załączniki:

1. pełnomocnictwo z dowodem wniesienia opłat kancelaryjnych,
2. informacja z KRS,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.