

Sygn. akt: KIO 1826/18

## WYROK

z dnia 26 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Danuta Dziubińska**

Członkowie: **Magdalena Rams**

**Ewa Sikorska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2018 r. przez **IP Connect sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SPRINT S.A. ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **IP Connect sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego IP Connect sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego **IP Connect sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik na rzecz zamawiającego - Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Komenda Główna Policji, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA, znak sprawy: 162/BŁil/18/TG/PMP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2018 roku pod nr 2018/S 168-382059. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 11 września 2018 r. Odwołujący – IP Connect sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w zakresie postanowień:

- 1) pkt V wers 2 i 3 SIWZ,
- 2) § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ zawierającego projekt umowy,
- 3) § 9 ust. 10 zdanie 3,4 oraz 5 projektu umowy,
- 4) § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) projektu umowy,
- 5) § 19 ust. 2 projektu umowy,

zarzucając:

- 1) w odniesieniu do postanowienia pkt V wers 2 i 3 - sprzeczność z przepisem art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art.353<sup>1</sup> k.c.- która polega na określeniu terminu wykonania umowy przez podanie daty bez odniesienia się do dnia zawarcia umowy,
- 2) w odniesieniu do postanowienia § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) projektu umowy - sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> k.c.- która polega na określeniu terminu wykonania umowy przez podanie daty bez odniesienia się do dnia zawarcia umowy,
- 3) w odniesieniu do postanowienia § 9 ust. 10 zdanie 3,4,5 projektu umowy - sprzeczność z treścią przepisu art. 143 b ust. 8 ustawy Pzp, która polega na wymaganiu przedstawiania umów podwykonawczych do akceptacji, mimo że umowa zawierana z Zamawiającym nie jest umową o roboty budowlane,

- 4) w odniesieniu do postanowienia § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) projektu umowy - sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 2 k.c., która polega na określeniu bardzo wysokiej kary umownej w wysokości 25% wartości brutto umowy zarówno w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w całości jak i w części oraz kary umownej w wysokości 20% wartości brutto umowy w przypadku nienależytego wykonania całości jak i części umowy przez wykonawcę,
- 5) w odniesieniu do postanowienia § 19 ust. 2 projektu umowy - sprzeczność z treścią przepisu art. 7 ust. 1, 14 ust. 1, 29 ust 1 i ust. 2, art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c. i art. 353<sup>1</sup> k.c., która polega na wprowadzeniu dla Zamawiającego prawa odstąpienia od części umowy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i załącznika nr 3 do SIWZ (projektu umowy) w ten sposób, że:
  - a) pkt V wers 2 i 3 SIWZ otrzyma treść odpowiednio: „Etap I do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy” oraz „Etap II do 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy”,
  - b) § 9 ust, 3 pkt 1) projektu umowy otrzyma treść: „Odbiór etapu I do 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”,
  - c) § 9 ust. 3 pkt 2) projektu umowy otrzyma treść: „Odbiór etapu II do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”,
  - d) w § 9 ust. 10 zdania 3,4,5 projektu umowy zostaną wykreślone,
  - e) w § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) projektu umowy zostaną usunięte wyrazy „lub części”, a kara umowna obniżona odpowiednio do 15% oraz 10%,
  - f) § 19 ust. 2 projektu umowy zostanie usunięty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż wskazanie terminu wykonania etapu I zamówienia do 30 listopada 2019 r. oraz etapu II do dnia 21 listopada 2020 r. stanowi naruszenie zasady przejrzystości, zachowania równej konkurencji. Nie jest, bowiem wiadomym, kiedy dojdzie do podpisania umowy, tym bardziej, że przedmiotowy przetarg dotyczy dużego zamówienia, którego pozyskaniem są zainteresowane różne podmioty, a tym samym są znaczne szanse na przedłużanie się postępowania o udzielenie zamówienia. Mimo, że Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy, np. o czas trwania procedury odwoławczej, nie zapewnia to dostatecznie jasnych informacji dla  
Odwołującego  
i innych wykonawców. Nie wiadomo ile czasu na wykonanie etapu I oraz etapu II będą mieli wykonawcy, a termin wykonania - mając na uwadze bardzo skomplikowany charakter

zamówienia i zastrzeżone bardzo wysokie kary umowne - winien być ustalony i wiadomy wykonawcom już na etapie przygotowania się do postępowania, organizowania potencjału ludzkiego i rzeczowego do jego wykonania. Termin wykonania jest elementem przedmiotowo istotnym umowy, a nic nie stoi na przeszkodzie, aby był on określony poprzez odniesienie do dnia zawarcia umowy, np. wskazując na okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie Odwołującego brak jasno określonego terminu wykonania umowy, mimo takiej możliwości, narusza zasadę równości stron umowy wyrażoną w przepisie art. 353<sup>1</sup> k.c.

Analogiczną argumentację Odwołujący przedstawił względem § 9 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2) załącznika nr 3 do SIWZ, zawierającego projekt umowy, zaznaczając, że Zamawiający, mimo nieco odmiennej treści w postanowieniu § 9 ust. 3 pkt 1 oraz pkt 2 projektu umowy w porównaniu do postanowienia pkt V wers 2 i 3 SIWZ, zawarł tożsamą regulację dotyczącą terminu wykonania etapu I oraz etapu II i dlatego zarzuty oraz ich uzasadnienie są analogiczne.

Następnie Odwołujący zauważył, iż zgodnie z treścią § 9 ust. 10 zdania 3,4,5 projektu umowy Wykonawca przed zawarciem umowy z podwykonawcą jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, celem akceptacji przez Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do akceptacji przekazanego projektu lub wskazania propozycji zmian w terminie 14 dni od daty doręczenia projektu. Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, poświadczonej za zgodność z oryginałem, w terminie 3 dni od daty jej zawarcia. Zdaniem Odwołującego taki wymóg jest sprzeczny z art. 143 b ust. 8 ustawy Pzp, który nakazuje wykonawcy przedłożenie zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, po pierwsze - jeżeli umową główną jest umowa o roboty budowlane, a po drugie - po jej zawarciu. Tymczasem zawarta w wyniku przetargu umowa podstawowa nie jest umową o roboty budowlane, a ponadto jej przedstawienie ma nastąpić jeszcze przed jej zawarciem. Zdaniem Odwołującego wystarczające jest wykonanie obowiązków wskazanych w zdaniu 1 i 2 ust. 10 § 9 projektu umowy tj. niezwłoczne wskazanie Zamawiającemu podwykonawcy na piśmie.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż postanowienia § 15 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) projektu umowy wprowadzają możliwość obciążenia wykonawców karami umownymi, liczonymi od wartości całego przedmiotu umowy, podanymi wraz z podatkiem VAT (brutto). Dodatkowo możliwość obciążenia karami umownymi na poziomie 25% i 20%, liczonymi od wartości brutto całego przedmiotu umowy dotyczy okoliczności odstąpienia od części umowy oraz nienależytego wykonania części umowy. Zdaniem Odwołującego takie postanowienia są sprzeczne z przepisami prawa oraz zasadami współżycia społecznego, które wyznaczają dozwoloną treść stosunku prawnego, bowiem wykonawca będzie ukarany podwójnie.

Dodatkowo wysokość kar umownych narusza zasadę równości stron, ponieważ są bardzo wysokie (25% i 20%), a nadto, ponieważ są w tej samej wysokości bez względu na to, czy Zamawiający odstępuje od umowy w całości czy w niewielkiej części, jak również bez względu na to czy doszło do nienależytego wykonania umowy w całości, czy też w niewielkiej części. W ocenie Odwołującego zaskarżona treść umowy narusza zasadę równości kontraktowej stron, jest rażąco niekorzystna, jak również narusza istotę kar umownych, powodując, iż są one tożsamej wysokości dla całkowicie odmiennych okoliczności.

W odniesieniu do postanowienia § 19 ust. 2 projektu umowy Odwołujący wskazał, że przyznaje ono Zamawiającemu uprawnienie do częściowego odstąpienia od umowy w sytuacjach wskazanych w tym postanowieniu. Zdaniem Odwołującego uprawnienie takie jest zbyt daleko idące, albowiem pomija fakt przygotowania przez wykonawców zespołu składników osobowych i rzeczowych na wykonanie danej części zamówienia. Właściwym elementem zabezpieczającym interesy Zamawiającego jest w tym przypadku możliwość naliczania kar umownych, a przedmiotowe postanowienie, jako zbyt restrykcyjne, winno być uznane za sprzeczne z zasadą równości stron i za niedozwolone ukształtowanie treści stosunku prawnego w rozumieniu przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c.

Na posiedzeniu w dniu 25 września 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w części odwołania. Uczestnik postępowania zgłaszający swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu, co do uwzględnienia w części zarzutów odwołania. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie części zarzutów, podtrzymując jedynie zarzut dotyczący terminu drugiego etapu realizacji zamówienia. Rozpoznaniu Izby na rozprawie podlegał, zatem wyłącznie ten zarzut odwołania.

**Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk oraz oświadczeń stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący planuje złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, jest więc zainteresowany

ukształtowaniem treści SIWZ w sposób, który nie narazi go na poniesienie szkody, w razie ewentualnego potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby potencjalni wykonawcy: SPRINT S.A., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o stronie Odwołującego oraz Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej także: „Przystępujący”), wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z tym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.*

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Opis stanu faktycznego, zawarty w odwołaniu, znajduje potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Wymaga on jedynie częściowego przytoczenia przez Izbę.

Jak wynika z rozdziału V SIWZ wymagany termin realizacji zamówienia wynosi: 72 miesiące od dnia zawarcia umowy, przy czym: etap I - od dnia zawarcia umowy do 30 listopada 2019 roku; etap II - od dnia zawarcia umowy do dnia 21 listopada 2020 roku; zaś etap III - od dnia odbioru etapu I do dnia zakończenia umowy. Przepis ten koresponduje w tym zakresie z § 9 m.in. ust. 1 i 3 pkt 2 ) i pkt 3) wzoru umowy, z których również wynika, że wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu umowy przez okres 72 miesięcy od dnia zawarcia umowy, odbiór etapu II ma nastąpić do dnia 21 listopada 2020 r., a odbiór etapu III od odbioru etapu I do zakończenia umowy. W wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania, termin dla realizacji etapu I został zmieniony na 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Stosownie do § 18 ust. 1 pkt 3 lit. j wzoru umowy, zmiana umowy jest dopuszczalna gdy zachodzi konieczność zmiany terminu realizacji umowy, w przypadku przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego na skutek korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, w takim przypadku zamawiający zastrzega sobie możliwość wydłużenia terminu realizacji umowy o czas trwania procedury odwoławczej

Wszczęcie przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania zostało poprzedzone dialogiem technicznym, w którym brali udział m.in. Odwołujący oraz obaj Przystępujący. Wynika to z oświadczeń złożonych na rozprawie oraz dowodu złożonego przez

Przystępującego Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. w postaci pisma Zamawiającego z dnia 24 października 2017 r., zawierającego listę Uczestników dialogu technicznego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Przedmiotem sporu jest określenie przez Zamawiającego w SIWZ terminu realizacji II etapu zamówienia poprzez podanie konkretnej daty tj. 21 listopada 2020 r. W ocenie Odwołującego takie określenie terminu stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, tj. art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art.353<sup>1</sup> k.c. oraz wskazuje na brak terminu, ponieważ termin powinien mieć swój początek i koniec, a określony przez Zamawiającego nie ma początku. Natomiast według Zamawiającego taki termin jest zgodny z przepisami, realny oraz uzasadniony z uwagi na źródło finansowania zamówienia, tj. Program modernizacji Policji, zgodnie, z którym wydatkowanie środków na ten cel może nastąpić najpóźniej do końca 2020 roku.

Stosownie do art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*. Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp *do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Stosownie natomiast do art. 353<sup>1</sup> k.c., określającego granice swobody umów, *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin ten powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny. Ma on, bowiem znaczenie dla ewentualnego podjęcia przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Termin ten może być określony przez wskazanie konkretnej daty lub ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy.



Zastosowany przez Zamawiającego sposób ustalenia terminu poprzez wskazanie konkretnej daty wykonania etapu II, jest jednym z dopuszczonych przez prawo sposobów ustalania terminu. Termin ten jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, potencjalni wykonawcy mają o nim taką samą wiedzę za sprawą możliwości zapoznania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Odwołujący nie wykazał, żadnej z okoliczności, która świadczyłaby o tym, iż zakwestionowany przez niego termin narusza obowiązujące przepisy prawa. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, nie potwierdza stawianych przez niego zarzutów, nadto nie została ona poparta żadnymi dowodami.

Wykonawca podnosił na rozprawie, iż termin dla etapu II powinien wynosić 24 miesiące od dnia zawarcia umowy z uwagi na określone w SIWZ bardzo wysokie kary umowne za jego opóźnienie, a w konsekwencji przeniesienie na wykonawcę ryzyka gospodarczego. Ponadto podnosił, iż sztywny termin wykonania etapu II narusza, zasadę równości, ponieważ preferuje silne podmioty, a niekorzystnie skutkuje dla mniejszych podmiotów, zatrudniających mniejszą liczbę pracowników, które, zważywszy na przedmiot zamówienia, są zdolne do jego wykonania. Nadto tak określony termin realizacji II etapu uniemożliwia racjonalne oszacowanie kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący nie wykazał obiektywnie istniejących uwarunkowań, które czyniłyby nierealnym termin realizacji przedmiotu umowy, przewidzianego dla etapu II, nie wykazał, że obiektywnie nie ma możliwości uniknięcia zapłaty kar umownych. Zauważenia w tym zakresie wymaga, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zmniejszył wysokość kar umownych, co skutkowało wycofaniem odwołania w tym zakresie. Należy, zatem uznać, iż wysokość kar umownych jest akceptowana przez Odwołującego. Zamawiający stwierdził, iż prace objęte przedmiotem zamówienia, przewidziane do wykonania w etapach I i II, mogą być wykonywane w tym samym czasie. Odwołujący nie zaprzeczył takiemu stwierdzeniu. W ocenie Izby, brak kwestionowania takiej możliwości wykonywania zamówienia wskazuje na przyznanie tej okoliczności. Nadto na rozprawie Odwołujący oświadczył, że nie twierdzi, że termin realizacji drugiego etapu określony na 21 listopada 2020 r. jest zbyt krótki, ponieważ nie wie, jaki on w rzeczywistości będzie. Stwierdził natomiast, że brak jest terminu, ponieważ termin powinien mieć swój początek i koniec, a przedmiotowy termin nie ma początku.

Wbrew stanowisku Odwołującego przedmiotowy termin ma swój początek. Jest nim data zawarcia umowy, natomiast koniec terminu stanowi data 21 listopada 2020 r., co stwierdza w odwołaniu również sam Odwołujący przywołując treść SIWZ w tym zakresie, w tym: „...*Etap II od dnia zawarcia umowy do dnia 21 listopada 2020 roku;*...” W związku z tym

argumentację dotyczącą przeniesienia ryzyka gospodarczego na wykonawców należy uznać za niepotwierdzoną. W ocenie Izby, gdyby termin dla etapu II był nierealny i wiązał się obiektywnie z koniecznością ponoszenia kosztów kar umownych, to należy założyć, iż mając na uwadze kontrydiktoryjność postępowania, zostałyby to przez Odwołującego wykazane.

Zauważenia wymaga również, iż Odwołujący brał udział w przeprowadzonym przez Zamawiającego dialogu technicznym, poprzedzającym wszczęcie przedmiotowego postępowania, oraz, jak stwierdził na rozprawie, brał udział w wizji i włożył już bardzo duży nakład pracy. Odwołujący ma, zatem wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia. Należy w związku z powyższym zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący ma możliwość skalkulowania oferty w taki sposób, aby uwzględnić wszelkie ryzyka związane z realizacją umowy.

Za nieprzekonującą należy także uznać argumentację dotyczącą naruszenia przez Zamawiającego zasady równości. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż za sprawą terminu określonego dla etapu II, następuje preferowanie silnych podmiotów, kosztem zdolnych do wykonania zamówienia z uwagi na jego przedmiot, podmiotów, zatrudniających mniejszą liczbę pracowników. W ocenie Izby, skoro Odwołujący jest profesjonalistą i, jak twierdzi, jest zdolny do wykonania zamówienia z uwagi na jego przedmiot, to, co do zasady, powinien być w stanie właściwie oszacować potrzeby w zakresie personelu niezbędnego na potrzeby realizacji zamówienia, i w razie stwierdzenia niewystarczającej liczby własnych pracowników, np. zatrudnić dodatkowe osoby.

Na rozprawie Odwołujący zaznaczał również, iż takie określenie terminu realizacji zamówienia narusza przepisy art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, bowiem takie ukształtowanie terminu realizacji umowy wskazuje na czynienie przez Zamawiającego użytku ze swojego prawa z naruszeniem społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego prawa, jak również z naruszeniem zasad współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał jednak, co jest wymagane w takim przypadku, że określenie ww. terminu dla wykonania etapu II sztywną datą, narusza konkretne przepisy prawa, jest sprzeczne z naturą stosunku lub narusza określone zasady współżycia społecznego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie udowodnił stawianych zarzutów.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....