

WYROK
z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Zdroje”, ul. Mączna 4, 70-780 Szczecin.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 zmianę - poprzez wykreślenie treści postanowień SIWZ- rozdział XIII część II.1, dotyczących obowiązku osobistego wykonania części przedmiotu zamówienia.
- 1.2 dokonać modyfikacji postanowień o karach umownych poprzez ustalenie możliwości ich naliczania w przypadku zwłoki wykonawcy
- 1.3 nadto nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.
- 1.4 w pozostałym zakresie odwołanie oddala

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Zdroje”, ul. Mączna 4, 70-780 Szczecin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Zdroje”, ul. Mączna 4, 70-780 Szczecin** na rzecz **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, „Zdroje” ul. Mączna 4, 70-780 Szczecin, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetarg nieograniczonego pn. *„Budowa budynku 2A z ładowiskiem wyniesionym na dachu budynku oraz łącznikami funkcjonalnie łączącymi budynek 2A z budynkami 2B, 2F oraz 1A - w ramach zadania inwestycyjnego realizowanego na potrzeby projektu „Utworzenie Zachodniopomorskiego Centrum Opieki nad Kobiętą i Dzieckiem w SPSZOZ „Zdroje” - II postępowanie”.*

W dniu 29 kwietnia 2014 roku zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W dniu 9 maja do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, który wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na niewłaściwym, niezasadnym i niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sformułowaniu postanowień SIWZ.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- i. zarzut I - art. 36a ust. 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez nałożenie obowiązku Wykonawcy do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia niewspółmiernie do potrzeb
- ii. zarzut II - art. 36b ust. 1 Pzp - poprzez postawienie wymogu wskazania wartości umów podwykonawczych w załączniku nr 9 do oferty
- iii. zarzut III - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 476 i 471 Kodeksu cywilnego - poprzez zawarcie we wzorze umowy kar umownych za opóźnienie
- iv. zarzut IV - art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez niejednoznaczne określenie załącznika 10.5 do oferty
- v. zarzut V - art. 143c ust. 1 Pzp – poprzez nieuprawnione rozszerzenie przesłanek do bezpośredniej płatności dokonywanej przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy
- vi. zarzut VI - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 498 KC i 499 KC - poprzez zakaz dokonywania potrąceń
- vii. zarzut VII - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 353(1) KC oraz art. 29 Pzp – poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego
- viii. zarzut VIII - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 353(1) KC - poprzez wprowadzenie do umowy niejednoznacznej kary umownej
- ix. zarzut IX - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 353(1) KC - poprzez wprowadzenie zapisów dotyczących wykonania zastępczego w sposób uniemożliwiający wykonawcy

określenie sytuacji, w której Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z prawa do wykonania zastępczego lub usunięcia wad na koszt i ryzyko wykonawcy.

x. zarzut X - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 353(1) KC - poprzez wprowadzenie niejednoznacznej przesłanki odstąpienia od umowy

xi. zarzut XI - art. 14 Pzp i art. 139 Pzp w zw. z art. 353(1) KC- poprzez wprowadzenie możliwości korzystania przez Zamawiającego z oprzyrządowania i materiałów eksploatacyjnych innych niż oferowane przez wykonawcę przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji przez wykonawcę.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- i. wykreślenia obowiązku wykonawcy do osobistego wykonania kluczowych części przedmiotu zamówienia, tj,
 - a) branża budowlana - montaż stolarki i ślusarki drzwiowej
 - b) branża budowlana - montaż wykładzin podłogowych w pomieszczeniach szpitalnych
 - c) branża elektryczna - instalacje elektryczne wewnętrzne
 - d) branża sanitarna - instalacje wentylacji i klimatyzacji
 - e) branża sanitarna - instalacje gazów medycznych
- ii. wykreślenia z załącznika nr 9 do SIWZ - zakresu prac powierzonych podwykonawcom, kolumny w której wykonawca winien wskazać wartość robót powierzonych podwykonawcy
- iii. modyfikację zapisów o karach umownych poprzez możliwość ich naliczania w przypadku zwłoki Wykonawcy, a nie opóźnienia.
- iv. modyfikacji załącznika nr 10.5 który wykonawca winien załączyć do oferty oraz udostępnienia w/w załącznika w wersji edytowalnej
- v. skreślenia §4 ust. 10 wzoru umowy
- vi. skreślenia: pkt 111.4.7) Rozdziału XIII SIWZ, §4 ust. 7 pkt 7 wzoru umowy oraz §10 ust. 8 pkt 3 wzoru umowy
- vii. skreślenia w §10 ust. 13 wzoru umowy słów: „w tym wszystkie roboty dodatkowe, które mogły zostać pominięte w sporządzonych przedmiarach robót lub postanowieniach umowy, lecz które są niezbędne do pełnego i należytego wykończenia przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”; skreślenia w §1 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy słów: „wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy nie mogą być podstawą w przyszłości do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót, czy też oczekiwania jakichkolwiek dodatkowych płatności”
- viii. skreślenia §14 ust. 2 pkt 6, bądź ewentualnie doprecyzowanie, iż powyższa kara będzie mogła zostać naliczona przez Zamawiającego po wcześniejszym pisemnym wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do wykonawcy, w którym wskazany zostanie przypadek nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę oraz wyznaczony czas, nie

krótszy niż 7 dni, na zaprzestanie nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę bądź na podjęcie działań.

ix. skreślenia z §14 ust. 6 wzoru umowy słów „lub zagrożenia uchybieniem terminu” oraz wskazania, iż Zamawiający będzie uprawniony do wykonania zastępczego lub usunięcia wad na koszt i ryzyko wykonawcy w przypadku zwłoki w dotrzymaniu któregokolwiek z terminu wykonania trwającej dłużej niż 14 dni oraz niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek elementu przedmiotu umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy, jednakże po wcześniejszym pisemnym wezwaniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawcy w którym wskazany zostanie sposób niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę oraz wyznaczony zostanie termin na podjęcie działań lub zaprzestanie zaniechań/uchybień, nie krótszy niż 14 dni.

x. skreślenie §17 ust. 1 pkt 7) wzoru umowy

xi. modyfikacji §11 ust. 3 pkt 5) poprzez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do korzystania z oprzyrządowania i materiałów eksploatacyjnych innych niż oferowane przez wykonawcę, jeżeli są równoważne i kompatybilne ze sprzętem z zachowaniem gwarancji. Na zapytanie ewentualne Zamawiającego, co do równoważności i kompatybilności Wykonawca jest obowiązany udzielić jednoznacznej odpowiedzi w terminie 30 dni od dnia dostarczenia tego zapytania. Po upływie tego terminu przyjmuje się, iż Wykonawca uznał równoważność i kompatybilność. Zastosowanie przez Zamawiającego oprzyrządowania lub materiałów eksploatacyjnych bez wcześniejszego zapytania skierowanego do Wykonawcy, bądź w przypadku potwierdzenia przez Wykonawcę braku możliwości zastosowania oprzyrządowania lub materiałów eksploatacyjnych z powodu braku równoważności, kompatybilności, zwalniałoby Wykonawcę z gwarancji jakości oraz rękojmi udzielonych na dany sprzęt.”

Zamawiający złożył na piśmie odpowiedź na odwołanie w której stwierdził, że poddał szczegółowej analizie zarzuty zamieszczone w odwołaniu. Dokonał częściowego uwzględnienia zarzutów, część zarzutów uwzględnił w całości, a część częściowo, czemu dał wyraz w modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 14 maja 2014 r..

W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania

Ze względu na potrzebę przejrzystości przedmiotowego uzasadnienia Izba odstąpiła od prezentowania w części wstępnej uzasadnienia stanu faktycznego sprawy, zawierającego stanowiska prezentowane przez strony i postanowiła prezentować go przy rozstrzygnięciu danego zarzutu.

Wskazania również wymaga, że zamawiający uwzględnił, a odwołujący cofnął zarzuty oznaczone numerami II, IV i V. Tym samym zarzuty te nie podlegają przedstawieniu w uzasadnieniu oraz ocenie ich przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie w zakresie wskazanym w sentencji wyroku zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca wskazuje nie na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, a interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Izba wskazuje, że w związku z faktem, że zamawiający uwzględnił część zarzutów - bądź to w całości , bądź w części to ocenie przez Izbę podlegają tylko zarzuty co do których istnieje spór pomiędzy stronami (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). W tym zakresie Izba wskazuje na treść orzeczenia KIO z dnia 13 kwietnia 2011 roku, gdzie Izba stwierdziła, „ *Izba uznaje za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę, gdyż na tą chwilę nie istnieją już w części uznanej przez zamawiającego kwestionowane przez odwołującego zapisy siwz, a dokonana zmiana, według oświadczenia odwołującego jest w pełni przez niego akceptowana. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 jest postępowaniem kontradiktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym. W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór już nie występuje to prowadzenie w tym zakresie postępowania, staje się bezprzedmiotowe*”.

W zakresie zarzutu oznaczonym nr I odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten w rozdziale XIII SIWZ, części II postanowił, iż wykonawca jest zobowiązany do osobistego wykonania kluczowych części przedmiotu zamówienia, tj.

- a) Branża budowlana - montaż stolarki i ślusarki drzwiowej
- b) Branża budowlana - montaż wykładzin podłogowych w pomieszczeniach szpitalnych
- c) Branża elektryczna - instalacje elektryczne wewnętrzne

- d) Branża sanitarna - instalacje wentylacji i klimatyzacji
- e) Branża sanitarna - instalacje gazów medycznych

W tym zakresie wskazał iż w zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym. Wskazane przez zamawiającego prace które wykonawca winien wykonać osobiście nie są robotami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę było by uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykazał, że dokonał częściowej zmiany treści tegoż postanowienia SIWZ poprzez wyłączenia z osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z montażem stolarki ślusarki drzwiowej oraz prac związanych z montażem wykładzin podłogowych. Pozostałe roboty z ww. branż uznał za szczególnie ważne dla zamawiającego.

Powyższy zarzut Izba uznaje za uzasadniony. Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania. Przykładowo można wskazać, że takim wyjątkiem może być wykonanie dzieła

w postaci utworu, który może wykonać tylko dany wykonawca, wykonanie prac renowacyjnych, gdzie wykonawcą może być tylko podmiot posiadający w tym zakresie specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, itd.

Izba w tym zakresie podziela stanowisko, zaprezentowane przez KIO w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 gdzie stwierdziła, że *„zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp. Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców”*.

W przedmiotowym zamówieniu zamawiający ograniczył tą możliwość, bez wskazania specyfiki zamówienia uzasadniającej brak możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom. Izba stwierdza, że po pierwsze, brak jest jakichkolwiek uzasadnionych podstaw dla dokonania ograniczeń w zakresie podwykonawstwa, a po drugie zamawiający nic takiego nie wykazał. Wykonanie instalacji elektrycznej, wentylacji, klimatyzacji oraz instalacji gazów technicznych jest typową robotą, występującą w zasadzie w każdej robocie budowlanej. Fakt wykonywania ich na obiekcie służby zdrowi nie daje im szczególnego charakteru robót, wymagających osobistego doświadczenia i wiedzy wybranego wykonawcy.

W zakresie zarzutu III odwołujący zarzucił zamawiającemu iż ten wszelkie kary przewidziane we wzorze umowy uznaje za spowodowane opóźnieniem wykonawcy. Zapis przewidujący naliczenie kar umownych w przypadku opóźnienia pozostaje w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 KC. Ponieważ opóźnienie jest następstwem okoliczności niezależnych od wykonawcy, może nastąpić z przyczyny, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Podniósł, że gdyby została utrzymana odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia to mogłoby to doprowadzić do sytuacji, że wykonawca byłby obciążony karą za nieterminowe wykonanie zobowiązania nawet w przypadku gdyby powodem tej zwłoki były działania czy zaniechania zamawiającego. Wobec powyższego wniósł o zmianę tego zapisu SIWZ tak, aby zwrot „kara z tytułu opóźnienia” zastąpić zwrotem „karą za zwłokę”.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut podniósł iż Kodeks cywilny nie wyklucza takiego sposobu ukształtowania kar umownych. Jest to możliwe w świetle dopuszczalnych umownych modyfikacji stosunków cywilnoprawnych (art. 353 (1) Kc). W przypadku odsetek za od nieterminowych płatności Kc od razu przewiduje ich naliczanie w związku z opóźnieniem, a nie zwłoką (art. 481 Kc). Prawo do odsetek za opóźnienie jest w niniejszym przypadku prawem Wykonawcy. Nie ma więc przeszkód do

tego, aby właśnie dla równowagi kary umowne dla zamawiającego też były naliczane za opóźnienie. Ponadto stwierdził, że w SIWZ brak jest postanowienia o odpowiedzialności wykonawcy bez względu na przyczynę. Tym samym fakt zawinienia mający wpływ na opóźnienie będzie mógł być wykazywany, w tym również wskazywanie na zawinienie zamawiającego. Wykonawca, który zostanie obciążony taką karą będzie mógł wykazywać, że obciążenie powstało nie z jego winy.

Odnosząc się to tego zarzutu Izba wskazuje, że kara umowna jest rodzajem sankcji cywilnoprawnej zastrzeżonej na wypadek szkód powstałych w wyniku niewłaściwego wykonania umowy. Umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną, zobowiązaniową i odpłatną, wiążącą inwestora z wykonawcą. Zakres istotnych elementów umowy o roboty budowlane łączącej inwestora z wykonawcą określa art. 647 Kodeksu cywilnego. Art. 476 k.c. rozróżnia dwa rodzaje opóźnień w wykonaniu zobowiązań przez dłużnika - opóźnienie zwykłe oraz opóźnienie kwalifikowane czyli zwłokę. Z opóźnieniem zwykłym mamy do czynienia wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpił z przyczyn od niego niezależnych, za zaistnienie których nie ponosi on odpowiedzialności. Z opóźnieniem kwalifikowanym, czyli ze zwłoką, mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, czyli z reguły przez niego zawinionych.

Zawierając umowę o roboty budowlane, każda ze stron umowy może liczyć się z poniesieniem ryzyka wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co oznacza, że każda z nich może mieć do drugiej roszczenia odszkodowawcze na tle stwierdzonego stanu niewykonania zobowiązania lub jego nienależytego wykonania. Kwestie te reguluje art. 483 Kodeksu cywilnego, który upoważnia do zastrzeżenia w umowie, w tym również w umowie o roboty budowlane, że „naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” nastąpi przez zapłatę określonej kwoty zwanej karą umowną. Kara umowna jest uważana w orzecznictwie za surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i nie może ona prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się którejkolwiek ze stron umowy. Art.353¹ zakłada swobodę w zawieraniu 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.”* Natomiast zgodnie z art. 473 k.c. strony umowy mogą rozszerzyć bądź ograniczyć zakres okoliczności, za które dłużnik będzie odpowiadał. W tym stanie, może dość do sytuacji, iż zwłoka jak i opóźnienie zwykłe nie będą się praktycznie między sobą różniły.

Zasada swobody umów nie jest nieograniczona i doznaje pewnych ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako lex

specialis w stosunku do regulacji k.c.. Z ogólnych proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialno prawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia(podobnie KIO w wyroku z dnia 14 marca 2012 r. sygn. akt KIO 399/12)

Odnosząc się do podnoszonego zarzutu, Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w bogatym orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 *in fine* k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.”

Dlatego też zamawiający winien ustalić obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy.

W zakresie zarzutu VI odwołujący domagał się aby zamawiający dokonał skreślenia pkt III.4.7 rozdziału 13 SIWZ oraz par. 4 ust. 7 pkt 7 wzoru umowy oraz par. 10 ust. 8 pkt 3 wzoru umowy. W punktach tych zamawiający określił, iż umowa z podwykonawcą musi zawierać zakaz dokonywania potrąceń i kompensat pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą lub dalszymi podwykonawcami, w tym zwłaszcza wynikających ze stosunków prawnych niezwiązanych z realizacją niniejszej umowy, chyba, że będą to czynności pisemnie uznane przez drugą stronę (§10 ust 8 pkt 3). Odwołujący wywodził, że takie postanowienia są sprzeczne z art. 498 kc oraz art. 499 kc, który nie wymaga dla skuteczności dokonania potrącenia pisemnego uznania przez drugą stronę.

Zamawiający dokonał częściowej modyfikacji tych postanowień doprecyzowując, że brak dokumentu na takie rozliczenia będzie przejawem braku zgody na dokonanie potrąceń i stosownie do art. 143 c ust. 5 pkt 2) Pzp lub art. 467 pkt 1), 3i 4) Kodeksu cywilnego będzie zarazem podstawą do zastosowania przewidzianej tam instytucji złożenia odpowiedniej kwoty do depozytu sądowego.

Zdaniem Izby zarzut ten jest niezasadny, gdyż zamawiający, który z mocy przepisów szczególnych odpowiada za dług cudzy, w tym wypadku za roszczenie podwykonawcy

wobec wykonawcy, ma prawo wiedzieć, czy w przypadku dokonania potrąceń należności podwykonawcy wobec wykonawcy, nawet z tytułu innych zobowiązań, to spowodowało to wygaśnięcie długu zamawiającego wobec podwykonawcy. Izba zgada się z argumentacją zamawiającego, że pozostawienie tego przepisu jest niezbędne dla zastosowania przez zamawiającego instytucji złożenia do depozytu sądowego kwoty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, którego podwykonawca pisemnie nie chce uznać.

W zakresie zarzutu VII odwołujący wnosił o skreślenie w §10 ust. 13 wzoru umowy słów: „w tym wszystkie roboty dodatkowe, które mogły zostać pominięte w sporządzonych przedmiarach robót lub postanowieniach umowy, lecz które są niezbędne do pełnego i należytego wykończenia przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”; oraz skreślenia w §1 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy słów: „wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy nie mogą być podstawą w przyszłości do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od zamawiającego oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót, czy też oczekiwania jakichkolwiek dodatkowych płatności”. W tym zakresie argumentował, że §10 ust. 13 wzoru umowy określa, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu obejmuje m.in. wszystkie roboty dodatkowe, które mogły zostać pominięte w sporządzonych przedmiarach robót lub postanowieniach umowy, lecz które są niezbędne do pełnego i należytego wykończenia przedmiotu umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a wykonawca nie ma możliwości wysuwania roszczeń wobec zamawiającego z tego tytułu. W §1 ust. 3 pkt 2) znajduje się zapis mówiący o tym, iż wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy nie mogą być podstawą w przyszłości do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od zamawiającego oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia robót, czy też oczekiwania jakichkolwiek dodatkowych płatności. Zapisy te powinny zostać bezwzględnie usunięte, gdyż przedmiot zamówienia powinien zostać przez zamawiającego opisany w sposób jednoznaczny, a wykonawca natomiast nie może przejąć na siebie ryzyka i odpowiedzialności za błędne/niedokładne opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazana przez odwołującego sytuacja jego zdaniem uzasadnia zastosowanie w takiej sytuacji instytucji robót dodatkowych.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut podniósł iż w rozdziale VIII SIWZ określił cenę jako wynagrodzenie ryczałtowe. Kwestionowany przez odwołującego zapis §10 ust. 13 jest wyłącznie konsekwencją takiego sposobu określenia wynagrodzenia. Wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem, które zgodnie z jego istotą określoną w art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, nierozłącznie związane jest z wystąpieniem ryzyk dotyczących „rozmiaru lub kosztów prac”, które obciążają wykonawcę. Zauważył ponadto, że zamawiający oczekuje od wykonawcy jako profesjonalisty, iż ten w sposób prawidłowy i

pełny dokona oceny kosztu wykonania zamówienia z uwzględnieniem ewentualnych ryzyk, które mogą wystąpić przy jego realizacji.

Zarzut ten jest niezasadny. Wskazać należy, że utożsamianie pojęć „zamówienia dodatkowe” z pojęciem: „roboty dodatkowe”, jest fundamentalnym błędem. „Zamówienie dodatkowe” to zamówienie „nie objęte zamówieniem podstawowym” (art. 67 ust. 1 Pzp), to nowe zamówienie (umowa), którego przedmiot wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego (art. 140 ust. 3 Pzp). Natomiast „roboty dodatkowe” („prace dodatkowe”) to roboty, które są objęte przedmiotem zamówienia (dziełem, obiektem) ale „nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego”. Roboty dodatkowe mogą wystąpić tylko przy zastosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego. Nie mogą one wystąpić przy zastosowaniu przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego zdefiniowanego w art. 632 Kc, ponieważ przepis ten po pierwsze nie zawiera takiego pojęcia, a po drugie jasno określa, że *Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.*

Tym samym wykonawca kalkulując cenę ofertową winien przyjąć – założyć ryzyko, iż wystąpi potrzeba wykonania pewnych prac dodatkowych, gdyż przy tak dużym zamówieniu trudno zakładać „idealistycznie”, że zamawiający będzie w stanie przewidzieć i opisać w 100% wszystkie niezbędne do wykonania prace. Zauważenia wymaga również, że w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, mogą wystąpić również pewne ułatwienia dla wykonawcy, powodujące zmniejszenie założonych kosztów. W jednym i drugim ww. przypadku cena ryczałtowa nie będzie mogła być zmniejszona.

Oczywiście powyższa sytuacja nie dotyczy przypadku konieczności wykonania znaczącego zakresu robót, nie przewidzianych w dokumentacji technicznej udostępnionej przez zamawiającego, ale wtedy taki wykonawca może skorzystać z możliwości przewidzianych przez przepis art. 632 § 2 kodeksu cywilnego.

W zakresie zarzutu VIII odwołujący domagał się skreślenia §14 ust. 2 pkt 6, który wprowadza i przewiduje karę umowną za każdy inny przypadek nienależytego wykonania umowy. Stwierdził, że dodanie kary umownej obejmującej tak szeroki zakres jak każde inne nienależyte wykonanie umowy (bez rozróżnienia istotności czy też nieistotności tego rozróżnienia) może powodować pewne nadużycia. Kary umowne mają stanowić przejaw sankcji dyscyplinującej dla strony umowy, lecz nie powinny prowadzić do wzbogacenia tej strony, na rzecz której zostały zastrzeżone, gdyż kara umowna ma doprowadzić do naprawienia szkody, a nie wzbogacenia strony umownej. Ponadto wnosił o doprecyzowanie, tego postanowienia, iż powyższa kara będzie mogła zostać naliczona przez zamawiającego

po wcześniejszym pisemnym wezwaniu skierowanym przez zamawiającego do Wykonawcy, w którym wskazany zostanie przypadek nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę oraz wyznaczony czas, nie krótszy niż 7 dni, na zaprzestanie nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę bądź na podjęcie działań.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut stwierdził, że powyższe uregulowanie nie narusza prawa. Stanowi ono domknięcie systemu kar umownych, a biorąc pod uwagę niewielką wysokość kary 500,00 zł za jeden przypadek (zwłaszcza, jeżeli się ją porówna z przedmiotem zamówienia) należy uznać, że ma on charakter porządkujący i dyscyplinujący wykonawcę nie stanowiąc realnego obciążenia finansowego. Nadto wskazał, że możliwość wymierzenia takiej kary jest potrzebna zamawiającemu, aby w szczególności zapewnić przestrzeganie na budowie i otoczeniu budowy porządku i przestrzegania przepisów bhp.

Wobec powyższego, Izba uznaje zasadność, by zamawiający biorąc pod uwagę także to iż budowa będzie miała kontakt z funkcjonującym obiektem służby zdrowia, miał możliwość wymierzania kar wykonawcy za niewłaściwe utrzymanie dróg dojazdowych do terenu szpitala w zakresie związanym z prowadzonymi robotami, a także przestrzegania przepisów bhp przez robotników wykonawcy itp.. Niezasadnym również jest wniosek, aby przed ukaraniem zamawiający wzywał pisemnie wykonawcę do zaprzestania naruszeń mogących być objętych ukaraniem. Instytucja takiego wezwania niweczyłaby sens wymierzania ww. kar, gdyż przestrzeganie przepisów bhp dla każdego wykonawcy winno być oczywiste. Izba nie dokonała doprecyzowania katalogu naruszeń za który mogą być wymierzone ww. kary, gdyż odwołujący takiego wykazu- katalogu nie określił.

W zakresie zarzutu IX podniósł, że §14 ust. 6 wzoru umowy przewiduje, iż w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek elementu przedmiot umowy, w tym również w przypadku uchybienia jakimukolwiek terminowi lub zagrożenia uchybieniem terminu, nie usunięcia wad w terminach wskazanych przez zamawiającego w okresie gwarancji, to zamawiającemu służy prawo wykonania zastępczego, lub usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy. Stwierdził, że przesłanki zlecenia wykonania zastępczego bądź usunięcia wad na koszt i ryzyko wykonawcy, zostały przez zamawiającego określone niejednoznacznie oraz w sposób godzący w zasadę równości stron. Przede wszystkim zamawiający zastrzegł sobie prawo zlecenia wykonania zastępczego w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, uchybienia terminowi, czy też wystąpieniem samego zagrożenia uchybienia, co zależy tylko i wyłącznie od jednostronnej decyzji zamawiającego, która nie musi być uzasadniona. Wskazał, iż przesłanką zlecenia wykonania zastępczego czy też usunięcia wad na koszt i ryzyko wykonawcy powinno być jego zawinione działanie. Nadto stwierdził, że należy ustalić iż zamawiający będzie uprawniony do wykonania zastępczego lub usunięcia wad na koszt i ryzyko Wykonawcy w przypadku zwłoki w dotrzymaniu któregokolwiek z terminu, trwającej dłużej niż 14 dni oraz

niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek elementu przedmiotu umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Jednakże może to nastąpić wyłącznie po wcześniejszym pisemnym wezwaniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawcy w którym wskazany zostanie sposób niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, oraz wyznaczony zostanie termin na podjęcie działań lub zaprzestanie zaniechań/uchybień, nie krótszy niż 14 dni.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, po pierwsze, częściowo zmodyfikował treść pierwotnej treści tego postanowienia, zobowiązując się do pisemnego wezwania wykonawcy do usunięcia wad przedmiotu umowy przed zastosowanie kary, a po drugie podał, że nie może się zgodzić na wskazanie sztywnego np. 7 dniowego terminu na wdrożenie wykonania zastępczego z następujących przyczyn. Po pierwsze wykonanie zastępcze przewidziane jest jako niedotrzymanie terminu, czyli okoliczności znanej wykonawcy. Po drugie nie z każdą poprawką czy niedociągnięciem można czekać aż 7 dni, np. zablokowane z uwagi na uszkodzenie zawiasów drzwi wejściowe należy naprawić w ciągu czasu liczonego w godzinach. Z tej przyczyny właściwsze jest przewidziane przez zamawiającego pisemne wezwanie z oznaczeniem terminu odpowiadającego okolicznościom danego przypadku.

Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny, biorąc pod uwagę żądanie wykreślenia części treści tego postanowienia, oraz nakazania zamawiającemu wydłużenia terminu do wdrożenia instytucji wykonania zastępczego, poprzez uprzednie wyznaczenie wykonawcy terminu na podjęcie działań lub zaprzestanie zaniechań/uchybień, nie krótszego niż 14 dni. Biorąc pod uwagę możliwość zaistnienia różnych sytuacji, w tym również wystąpienia usterek drobnych, aczkolwiek niekiedy bardzo uciążliwych, wydłużenie możliwości zamawiającego do zlecenia wykonania zastępczego dopiero po upływie 14 dni jest nieracjonalne. Izba zwraca uwagę, że można założyć również inne sytuacje kiedy prawidłowe wykonanie naprawy czy usunięcie usterek, będzie wymagało czasu nawet dłuższego niż 14 dni, jednakże odwołujący sytuacji tych nie rozdzielił i nie sformułował stosowanych żądań.

Izba zwraca uwagę na fakt, że w przypadku odwołania na SIWZ, na możliwość jego uwzględnienia ma wpływ oprócz zasadności zarzutów, także potrzeba jasnego sprecyzowania przez odwołującego żądania, tzn. wskazania, która treść postanowienia SIWZ dotyczące tego zarzutu winna być zmieniona **i na jaką**. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a równocześnie nie powodują naruszania zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami /por. wyroki KIO: z dnia 12 marca 2011 r. sygn. 402/11; z dnia 16 kwietnia 2012 r. sygn. 657/12.

Obowiązkiem odwołującego, a nie rolą Izby jest sprecyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających. Izba nie może za odwołującego formułować treści oczekiwanej zmiany, postanowień SIWZ, a tylko dokonuje oceny zasadność wnioskowanych zmian (por. wyrok KIO z 6 lutego 2014 roku sygn. akt KIO 123/14).

Izba zauważa, że zdanie trzecie ww. pkt 6 pozostaje w sprzeczności z dodanym zdaniem ostatnim tegoż punktu §14, gdyż wskazana w zdaniu trzecim całkowita swoboda zamawiającego „*czy i kiedy zdecyduje się na wykonanie zastępcze*” nie koresponduje z zobowiązaniem się zamawiającego do uprzedniego pisemnego wezwania wykonawcy do usunięcia stanu niezgodnego z wymogami wykonania zamówienia. Dlatego też zasadnym byłoby, aby zamawiający doprowadził powyższe treści do stanu zgodności.

W zakresie zarzutu X, odwołujący podniósł, że zamawiający przewidział w §17 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy przesłankę odstąpienia od umowy, w przypadku, gdy Wykonawca nie wykonuje robót zgodne z umową lub też nienależycie wykonuje swoje zobowiązania umowne. Wskazał, że zamawiający przewidział 11 różnych, bardzo szczegółowych, przesłanek odstąpienia od umowy przez zamawiającego, natomiast nie przewidział żadnej przesłanki odstąpienia od umowy przez wykonawcę. W związku z powyższym pozostawienie tak szerokiej przesłanki, jaką jest niejasne, niedookreślone stwierdzenie o nie wykonywaniu robót z umową lub też nienależytym wykonaniu zobowiązań umownych godzi w zasadę równości stron. Poza tym niezależniona jest ona całkowicie od występowania winy wykonawcy. W związku z powyższym może dojść do sytuacji, w której wykonawca z przyczyn całkowicie niezależnych nienależycie wykona zobowiązanie wynikające z umowy a zamawiający od umowy odstąpi obciążając wykonawcę karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego. Odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia całości ust. 1 § 17 projektu umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazał, że częściowo uwzględnił ten zarzut w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 14 maja 2014 r. § 17 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy. Nadto wskazał, że nie możliwym jest z góry przewidywać wszystkie podstawy do odstąpienia od umowy. Ponadto zdaniem zamawiającego trudno odnieść się do tego zarzutu, gdyż odwołujący nie wskazał w odwołaniu jakiegokolwiek modyfikacji treści tego postanowienia SIWZ, żądając wyłącznie jego wykreślenia. Stwierdził, że aby wprowadzić jakieś uprawnienie odwołującego do odstąpienia od umowy to trzeba je mieć, czyli wykonawca powinien był wskazać propozycje, kiedy takie odstąpienie, jego zdaniem, winno mieć miejsce.

Izba zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego. Argumentacja Izby co do potrzeby sformułowania na etapie odwołania treści żądania i zarzutu, który mógłby być wprowadzony do SIWZ, wskazana przy zarzucie IX, pozostaje aktualna również i w zakresie tego zarzutu.

W zakresie zarzutu XI odwołujący wskazał, że w §11 ust. 3 pkt 5) zamawiający

zastrzegł sobie prawo do korzystania z oprzyrządowania i materiałów eksploatacyjnych innych niż oferowane przez wykonawcę, jeżeli są równoważne i kompatybilne ze sprzętem dostarczonym przez wykonawcę z zachowaniem gwarancji. Na zapytanie ewentualne zamawiającego, co do równoważności i kompatybilności wykonawca jest zobowiązany udzielić jednoznacznej odpowiedzi w terminie 7 dni od dnia dostarczenia tego zapytania. Wobec tego wniósł o nakazanie zamawiającemu o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi na zapytanie zamawiającego z 7 do 30 dni. Wniósł również o dodanie zapisu, mówiącego o tym, iż zastosowanie przez zamawiającego oprzyrządowania lub materiałów eksploatacyjnych bez wcześniejszego zapytania skierowanego do Wykonawcy bądź w przypadku potwierdzenia przez Wykonawcę braku możliwości zastosowania oprzyrządowania lub materiałów eksploatacyjnych z powodu braku równoważności kompatybilności zwalniałoby Wykonawcę z gwarancji jakości oraz rękojmi udzielonych na dany sprzęt.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podał, że dokonał zmiany tego wymagania z 7 dni na 7 dni roboczych. Nadto dodał, że odwołujący niezbyt dokładnie odczytał treść tego postanowienia SIWZ, gdyż zamawiającemu chodzi tylko o samą odpowiedź na zapytanie o kompatybilność, a nie na dostarczenie oprzyrządowania czy materiałów eksploatacyjnych. Fakt udzielenia odpowiedzi na skierowane zapytanie w terminie 7 dni, jest spełnieniem tego postanowienia SIWZ.

Izba odnosząc się do treści wskazanego § 11 ust. 3 pkt 5 stwierdza, że treścią tego postanowienia jest faktycznie tylko potrzeba udzielenia odpowiedzi na zapytanie zamawiającego co do kompatybilności posiadanego przez zamawiającego oprzyrządowania i materiałów eksploatacyjnych. Uznaje, że w dobie szerokiego dostępu do wiadomości o właściwościach technicznych różnego rodzaju produktów, 7 dniowy termin jest wystarczający. Ponadto nie zasadnym byłoby wyłączenie przez zamawiającego z użytkowania określonego sprzętu przez okres, aż co najmniej 30 dni, w trakcie to którego wykonawca podałby informacje o kompatybilności oprzyrządowania i materiałów eksploatacyjnych. Żądany termin jest zdecydowanie zbyt długi. Kwestia podtrzymania prawa do gwarancji na dostarczony sprzęt, w przypadku braku udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi zamawiającemu będzie tylko skutkiem tego zaniechania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce – częściowo w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący