

Sygn. akt: KIO 2177/18

**WYROK**  
**z dnia 13 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**     **Katarzyna Odrzywolska**

**Członkowie:**             **Marzena Ordysińska**

**Anna Osiecka**

**Protokolant:**           **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 r. przez wykonawcę **Control Process S.A. 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego 00-908 Warszawa, ul. Gen. Witolda Urbanowicza 2**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., AGD Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k., 88-110 Jacewo, ul. Kwiatowa 23**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
  - 1.1. zmianę terminu realizacji zamówienia poprzez określenie tego terminu w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę w terminie do 31 maja 2020 r.;
  - 1.2. zmianę zapisu pkt 2.8. ppkt 4 SIWZ i nadanie mu brzmienia: „W przypadku wystąpienia przerw w realizacji umowy, z przyczyn o których mowa w pkt. 2.8.2).a) i b) realizacja umowy zostaje każdorazowo zawieszona na czas przerwy, bez skutków finansowych dla Zamawiającego (za wyjątkiem sytuacji gdy łączny czas

przerw będzie dłuższy niż 30 dni kalendarzowych). W przypadku, gdy łączny czas przerw przekroczy 30 dni kalendarzowych wykonawca będzie miał prawo żądać od zamawiającego zrekompensowania dodatkowych, udokumentowanych kosztów poniesionych przez wykonawcę wynikających z tytułu przerw w realizacji (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy). Termin wykonania umowy ulegnie wówczas zmianie o liczbę dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji” oraz załącznika nr 5 do SIWZ – projekt umowy w §2 ust. 8 i nadanie mu brzmienia: „W przypadku wystąpienia przerw w realizacji Umowy, z przyczyn o których mowa w ust. 6 pkt. 1 i 2 realizacja Umowy zostaje każdorazowo zawieszona na czas przerwy, bez skutków finansowych dla Zamawiającego (za wyjątkiem sytuacji gdy łączny czas przerw będzie dłuższy niż 30 dni kalendarzowych). W przypadku, gdy łączny czas przerw przekroczy 30 dni kalendarzowych wykonawca będzie miał prawo żądać od zamawiającego zrekompensowania dodatkowych, udokumentowanych kosztów poniesionych przez wykonawcę wynikających z tytułu przerw w realizacji (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy). Termin wykonania umowy ulegnie wówczas zmianie o liczbę dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji”;

- 1.3. zmianę zapisów pkt 2.8.6. i 2.8.8. SIWZ oraz załącznika nr 5 do SIWZ – projekt umowy w §3 ust. 13 i ust. 15 poprzez zdefiniowanie pojęcia „roboty zamienne”, których wystąpienie przewiduje zamawiający na etapie realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz opisanie warunków, na jakich zmiany te mogą zostać wprowadzone.
2. w pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne;
3. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości **23 600 zł. 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) 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:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego 00-908 Warszawa, ul. Gen. Witolda Urbanowicza 2** prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku komory bezodbiowej do badań impulsów HPEM i budowa komory do badań impulsów HPEM”, znak sprawy 165/DIR/2018 - dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 12 października 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 197-444559. W tym też dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

**Control Process S.A. 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** (zwany dalej „odwołującym”), działając na podstawie art 179 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na sporządzeniu SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz ustawy Kodeks cywilny (dalej „KC”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w zakresie wymaganego terminu wykonania zamówienia: do dnia 30.11.2019 r. od protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na teren budowy tj. w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia, jako termin zbyt krótki, oznaczony konkretną datą, naruszający zasady uczciwej konkurencji, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie,
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie

wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, na skutek nie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia zmian opisu przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym samym przedmiocie,

3. art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36ba ustawy Pzp w zw. z art. 143b ustawy Pzp poprzez: ograniczenie czasu, w którym wykonawca może zawrzeć umowę z podwykonawcą do 14 dni - licząc od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego - szczególnie w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia określono do dnia 30.11.2019 r. - § 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w zw. z § 6 ust. 6 oraz całkowity zakaz udziału w realizacji zamówienia przez dalszych podwykonawców - § 7 ust. 7 wzoru umowy, co stanowi niedozwoloną, wykraczającą poza uprawnienie ustawowe ingerencję w treść umów podwykonawczych,
4. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie zawarte w pkt 2.8. pkt 4 w zw. z pkt 2.8. pkt 2 lit a SIWZ z którego wynika, że zamawiający nie ponosi odpowiedzialności finansowej za przerwy w realizacji umowy wynikające z jego winy, czym przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia,
5. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 2 i 9 wzoru umowy kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad, stwierdzonych w okresie gwarancji w wysokości po 0,2 % wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień opóźnienia do 10 dni i po 1% wynagrodzenia umownego netto, za każdy dzień opóźnienia od 11 do 20 dnia, a po tym terminie zamawiający może od umowy odstąpić z winy wykonawcy lub dalej naliczać karę umowną w wysokości po 1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia. Limit kary umownej z ww. tytułu nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego netto, przy równoczesnym wymaganiu bardzo krótkich terminów na usunięcie wad lub awarii - nierealnych do zachowania - odpowiednio 5 i 1 dzień (§ 11 ust. 2 pkt 1 i 2), co przy szacowanej przez odwołującego wartości inwestycji na poziomie 56 mln. zł. netto, kształtuje karę umowną do 10 dni opóźnienia na poziomie 112.000 zł. (0,2% wynagrodzenia umownego netto), czym przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego),
6. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonywania robót

zamiennych w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej „STWiORB”) oraz w dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, bez możliwości podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia (SIWZ pkt. 2.8.6. i 2.8.8.), co skutkuje odpowiedzialnością finansową i terminową wykonawcy, nawet w sytuacji gdy błędy w dokumentacji projektowej obciążać będą zamawiającego - czym przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez:

1. określenie terminu realizacji zamówienia (zakończenia całości prac) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia tj. poprzez termin wyrażony w miesiącach od daty zawarcia umowy tj. w terminie do 17 miesięcy, licząc od daty zawarcia umowy, ewentualnie poprzez termin o co najmniej 6 miesięcy dłużej od obecnie wskazanego w SIWZ;
2. uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia zmian opisu przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie (nr sprawy 71/DIR/2018, ogłoszenie nr 2018/S 112-254147) - na skutek pytań wykonawców i odpowiedzi zamawiającego - wedle zestawienia stanowiącego załącznik nr 1 do odwołania;
3. zmianę zapisu §7 ust. 1 pkt 1 poprzez nadanie mu brzmienia: „przedłożenia zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą, przy czym wykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę podwykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy oraz pod warunkiem nie zgłoszenia przez zamawiającego na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń do jej postanowień, w terminie 14 dni od dnia otrzymania projektu umowy o podwykonawstwo” oraz wykreślenia §7 ust. 1 pkt 7 z projektu umowy i tym samym dopuszczenie udziału w realizacji zamówienia dalszych podwykonawców;
4. zmianę zapisu pkt 2.8 ppkt 4 SIWZ oraz § 2 ust. 8 wzoru umowy poprzez nadanie im brzmienia: „w przypadku wystąpienia przerw w realizacji umowy, z przyczyn o których mowa w pkt. 2.8.2. a) i b) realizacja umowy zostaje każdorazowo zawieszona na czas przerwy, bez skutków finansowych dla zamawiającego (za wyjątkiem sytuacji, gdy łączny czas przerw będzie dłuższy niż 30 dni - w takim wypadku wykonawca będzie

miał prawo żądać dodatkowego wynagrodzenia za pozostawienie w gotowości zaplecza budowy oraz wszelkie inne koszty wynikające z przerwy w realizacji, tj. zabezpieczenia robót etc.). Termin wykonania umowy może wówczas ulec zmianie o ilość dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji.";

5. określenie czasu reakcji na zgłoszenie zamawiającego - 1 dzień oraz po zdiagnozowaniu wady/awarii wyznaczenie przez zamawiającego racjonalnego terminu na usunięcie wady/awarii;
6. zmianę pkt. 2.8.6. i 2.8.8 SIWZ oraz odpowiednio § 3 ust. 13 i 15 wzoru umowy - poprzez wskazanie zasad do określania wynagrodzenia za roboty zamienne w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót, STWiORB oraz dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Podnosząc powyższe odwołujący, odnosząc się do stawianych w odwołaniu zarzutów, wskazywał co następuje:

#### Ad zarzutu w pkt 1

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia datą sztywną tj. do dnia 30 listopada 2018 r. W ocenie odwołującego powinien on, jako termin realizacji, określić czas trwania zamówienia poprzez okres wyrażony w miesiącach, licząc od daty zawarcia umowy. W przypadku gdy zamawiający zdecyduje się na podanie konkretnej daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia powinien z góry uwzględnić te wszystkie elementy faktyczne i prawne, które mogą spowodować przedłużenie się postępowania o udzielenie zamówienia i co za tym idzie, niemożność rozpoczęcia inwestycji we wskazanym terminie (w tym m. in. przewidzieć czas rozpatrywania i wnoszenia samych środków odwoławczych, które mogą spowodować, że wskazana w ogłoszeniu data nie będzie możliwa do wypełnienia przez każdego potencjalnego wykonawcę). W konsekwencji, w ocenie odwołującego, takie zastrzeżenie terminu narusza obowiązujące przepisy prawa i budzi od początku wątpliwości odnośnie prawidłowości przeprowadzonej procedury i możliwości skutecznego oraz ważnego zawarcia umowy. W świetle bowiem art. 387 § 1 KC o umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (tak co do niemożliwych do spełnienia świadczeń kontraktowych np. E. Łętowska w System Prawa Prywatnego). Również, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1557/16, cyt.: „Zamawiający oznaczając terminy przez daty kalendarzowe nie mając jednocześnie wpływu na datę faktycznego początku realizacji zamówienia wypełnia tym samym przesłankę niemożliwości świadczenia”. Wskazywał również na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r.,

sygn. akt: KIO 2177/14, w którym zwrócono uwagę, że zamawiający nie może w dowolny sposób kształtować przedmiotu zamówienia, lecz ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Tym samym przez brak precyzji we wskazaniu faktycznego terminu realizacji Zamówienia (niezależny od wykonawcy robót) nie jest możliwe ustalenie na tym etapie, jaki czasookres wykonania robót budowlanych pozostanie do dyspozycji wykonawcy. Okazać się może - z dozą graniczącą z pewnością, iż świadczenie do którego zobowiąże się wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie świadczeniem niemożliwym do spełnienia. Tym samym zamawiający uczynił ze swego uprawnienia do kształtowania treści SIWZ i ogłoszenia użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie zamawiającego na gruncie prawa cywilnego, do którego poprzez odniesienie w zakresie nieuregulowanym, ma również niniejsze postępowanie, nie może być uważane za wykonywanie prawa i nie może korzystać z ochrony.

Robota budowlana, będąca przedmiotem niniejszego postępowania, obejmuje szeroki zakres prac, które mogą być wykonane tylko tak szybko, jak pozwalają na to reżimy technologiczne. Zgodnie z przeprowadzonymi przez odwołującego wstępnymi analizami, termin określony przez zamawiającego, biorąc pod uwagę optymistyczny termin rozpoczęcia realizacji umowy na I kwartał 2019 r. (tj. przy założeniu rozstrzygnięcia postępowania bez zmiany terminu składania ofert i bez korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej), a także uwzględniając swoje profesjonalne doświadczenie w realizacji obiektów budowlanych o podobnym stopniu skomplikowania stwierdza, że umowa przewidująca termin realizacji na koniec listopada 2019 r. byłaby umową nieważną, jako umową o świadczenie niemożliwe. Odwołujący zwracał również uwagę, iż w poprzednim postępowaniu przetargowym dotyczącym tej inwestycji zamawiający wyznaczył termin zakończenia robót na 31 października 2019 r. W związku z tym okres od daty ogłoszenia o zamówieniu - 14 czerwca 2018 r. do daty zakończenia inwestycji wynosił 18,5 miesiąca. Obecnie okres ten wynosi 13,5 miesiąca (od ogłoszenia o zamówieniu z dnia 12 października 2018 r. do daty zakończenia inwestycji 30 listopada 2019 r.). Już w poprzednim postępowaniu okres na realizację kompletnego obiektu był krótki, obecny można uznać za nierealny. Należy zwrócić uwagę, iż postępowanie przetargowe zakończy się w okresie zimowym, w związku z czym pierwsze prace będzie można rozpocząć na wiosnę. Ponieważ obecnie zimy ulegają przesunięciu, można z dużą dozą pewności przyjąć, iż roboty będą mogły się rozpocząć najwcześniej w kwietniu 2019 r., co oznacza, iż na realizację inwestycji pozostanie 8 miesięcy.



### Ad zarzutu w pkt 2

Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opublikowana przez zamawiającego dokumentacja postępowania jest niepełna i nieprecyzyjna. Odwołujący zwraca uwagę, że w poprzednim postępowaniu (opublikowanym w dniu 14 czerwca 2018 r., w Dzienniku Urzędowym UE nr 2018/S 112-254147) zamawiający dokonał szeregu zmian i uzupełnień, jednak w obecnym brzmieniu SIWZ nie wprowadził sporej części modyfikacji. Takie zachowanie budzi wątpliwość odwołującego, co do kompletności SIWZ, co może wpłynąć na jakość złożonych ofert, a także przyczynić się do wydłużenia postępowania przetargowego, gdyż wykonawcy chcąc sporządzić rzetelną ofertę ponownie będą składać wnioski do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących zapisów SIWZ. Jednocześnie obecna SIWZ preferuje tylko jednego dostawcę komory bezodbićowej, który brał udział przy tworzeniu projektów będących częścią przedmiotowej dokumentacji. Obecne zapisy nie pozwalają na przystąpienie do przetargu przez inne firmy, które oferują podobne, ale nie identyczne rozwiązania techniczno- materiałowe. Jednocześnie zamawiający, w poprzednim postępowaniu przetargowym szeregiem odpowiedzi i zmian w SIWZ stworzył możliwość uczestnictwa dla tych firm, w związku z czym w obecnym postępowaniu taką możliwość również powinien stworzyć, a nie ograniczać konkurencję poprzez sztuczne zapisy niemające wpływu na efektywność oferowanej technologii. Odwołujący, do złożonego odwołania załączył listę zawierającą przykładowe zmiany, nie uwzględnione w obecnej SIWZ.

### Ad zarzutu w pkt 3

Odwołujący podnosił, że zamawiający w § 7 ust. 1 pkt 1 projektu umowy zawarł zapis wprowadzający ograniczenie czasu w którym wykonawca może zawrzeć umowę z podwykonawcą do 14 dni, licząc od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia określono do dnia 30 listopada 2019 r. ograniczenie takie stanowi niedozwoloną, wykraczającą poza uprawnienie ustawowe ingerencję w treść umów podwykonawczych. Co więcej ograniczenie terminu na zawarcie umowy do 14 dni, licząc od daty zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego, uniemożliwia zawarcie umowy podwykonawczej w terminach późniejszych. Artykuł 36a ust. 1 ustawy Pzp ustanawia prawo dla wykonawcy do powierzenia części zamówienia podwykonawcy, a zatem wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny - chyba że zamawiający ograniczy taką możliwość na podstawie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania, zatem do rzeczonoego ograniczenia w zakresie podwykonawstwa nie doszło.

Podkreślenia wymaga także, iż ograniczenia w prawie wykonawcy do powierzenia części zamówienia podwykonawcy, jako wyjątek od reguły, może zostać dokonane jedynie w dopuszczonych ustawą przypadkach. Regulacja zawarta w § 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy uniemożliwia jakąkolwiek zmianę podwykonawcy, a co więcej zamawiający w ogóle nie przewidział sytuacji losowej lub wystąpienia innych okoliczności, których nie można było przewidzieć.

#### Ad zarzutu w pkt 4

Zamawiający w pkt. 2.8 ppkt 4 SIWZ oraz § 2 ust. 8 wzoru umowy zawarł zapisy, z których wynika, iż nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za przerwy w realizacji umowy wynikające z jego winy. Odwołujący nie zgadza się z „faworyzowaniem” pozycji zamawiającego i ograniczeniem odpowiedzialności za przerwy w realizacji tylko dla wykonawcy. Proponowany przez odwołującego zapis wprowadza pewien bufor bezpieczeństwa, co więcej termin wykonania umowy może wówczas ulec zmianie o ilość dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji. W innym przypadku niemożliwe będzie określenie wysokości ryzyka, a przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

#### Ad zarzutu w pkt 5

Zamawiający w projekcie umowy, w § 13 ust. 1 pkt 2 i 9 przewiduje karę za dzień opóźnienia w usunięciu awarii lub wady na poziomie 112 000,00 zł netto (przy szacunkowej wartości inwestycji 56 mln zł netto). Jednocześnie w § 11 ust. 2 przewidziano bardzo krótkie terminy na usunięcie wad lub awarii (odpowiednio 5 dni i 1 dzień). Wymagania te są nierealne - niektóre wady w robotach budowlanych ze względu na technologię naprawy mogą być usuwane przez około 2 tygodnie. Jeśli chodzi o awarię, wymóg aby w ciągu 1 dnia pojawić się na terenie inwestycji, zdiagnozować awarię oraz dokonać jej naprawy jest sprzeczny z jakąkolwiek logiką. Po raz kolejny zamawiający nie uwzględnił sytuacji, w której może się okazać, iż w wyniku awarii potrzebne będą jakieś części zamienne, których nie da się dostarczyć w tak krótkim czasie. W związku z powyższym każdy wykonawca będzie musiał od razu skalkulować w cenie ofertowej ryzyka za nieterminowe usunięcie wad i awarii, co znacząco podniesie koszty inwestycji, a co za tym idzie zamawiający w nieracjonalny sposób będzie wydatkował pieniądze publiczne ze względu na zbyt rygorystyczne zapisy umowne. Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie jest instytucją wymagającą ciągłej pracy (jak np. elektrownie, oczyszczalnie ścieków etc.) a zatem wystarczające byłyby zapisy, które są stosowane w większości przetargów publicznych, tj. wymóg czasu reakcji na zgłoszenie zamawiającego np. 1 dzień oraz po zdiagnozowaniu wady/ awarii wyznaczenie przez zamawiającego racjonalnego terminu na ich usunięcie.

#### Ad zarzutu w pkt 6

Odwołujący wskazuje, iż zamawiający w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami nakłada na wykonawcę obowiązek wykonywania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót i STWiORB oraz w dokumentacji budowlanej i wykonawczej w sytuacji, gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, bez możliwości podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia (SIWZ pkt. 2.8.6. i 2.8.8.). Skutkuje to odpowiedzialnością finansową i terminową wykonawcy nawet w sytuacji, gdy błędy w dokumentacji projektowej obciążać będą zamawiającego - czym przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia tego rodzaju sprzeczne są także z konstrukcją wynagrodzenia ryczałtowego o którym stanowi art. 632 KC, gdzie zakłada się niezmiennosc wynagrodzenia za realizację określonego przedmiotu umowy. W ocenie zamawiającego ewentualne roboty zamienne, nie objęte dokumentacją przetargową tego wymogu nie spełniają. W konsekwencji, zamawiający winien wskazać zasady do określania wynagrodzenia za roboty zamienne w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót, STWiORB oraz dokumentacji budowlanej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Zamawiający, w dniu 23 października 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 26 października 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., AGD Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k., 88-110 Jacewo, ul. Kwiatowa 23**, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zamawiający w dniu 31 października 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 8 listopada 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Odnośnie zarzutu opisanego w pkt 3 złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania oraz wskazał, że dokonuje modyfikacji SIWZ w zakresie, w jakim odwołujący kwestionował cytowane w odwołaniu zapisy. Odnosząc się do zarzutu w pkt 5 oświadczył, że uwzględnia zarzut częściowo a w konsekwencji dokonuje zmiany zapisów SIWZ w zakresie, w jakim składa oświadczenie o uwzględnieniu.

W zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów w pkt 1-2, 4 i 6 uznał je za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu opisywanego w pkt 1 argumentował, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają zamawiającego co do sposobu określenia terminu realizacji umowy. Termin realizacji zamówienia może być zatem wyrażony liczbą dni, miesięcy czy lat ale także poprzez wskazanie konkretnej daty zakończenia zadania. Zamawiający przyjął 11- miesięczny termin realizacji zamówienia, po przeanalizowaniu wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji wskazanego zakresu robót. Zamawiający przewidział między innymi następujące terminy realizacji dla poszczególnych zakresów: roboty ziemne i przygotowawcze – I kwartał 2019 r.; roboty stanu surowego – II kwartał 2019 r.; roboty wykończeniowe, instalacyjne i rozruchowe – III kwartał 2019 r.; montaż 1-go wyposażenia wraz z odbiorami – IV kwartał 2019 r. Szczegóły realizacji dla poszczególnych prac zamawiający zawarł w tabeli. Zwracał ponadto uwagę, że wskazany termin wykonania zamówienia zdeterminowany jest faktem, że zamówienie jest częściowo finansowane ze środków z dotacji i niezbędne jest jego rozliczenie do 14 grudnia 2019 r.

W zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 wskazał, że uwzględnił on uwagi i sugestie wykonawców zgłaszane w ramach poprzedniego postępowania, adaptował je na potrzeby obecnego, zwiększając jednocześnie krąg potencjalnych wykonawców. Zwrócił jednocześnie uwagę, że obecnie prowadzone postępowanie jest nowym zamówieniem, z nowym opisem przedmiotu zamówienia a zatem zamawiający nie jest związany ani uwagami zgłaszanymi w ramach poprzedniego postępowania ani też modyfikacjami dokonanymi w wyniku zadawanych pytań do SIWZ w poprzednio prowadzonej procedurze.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest również zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp i KC poprzez zawarcie w SIWZ zapisów, że zamawiający nie ponosi odpowiedzialności finansowej za przerwy w realizacji umowy, wynikające z jego winy. Jego zdaniem zapis ten jest korzystny dla wykonawcy, albowiem jest podstawą dla zmiany terminu realizacji o okres zawieszenia na skutek powstałych okoliczności, bez konsekwencji finansowych.

Nie podlega również uwzględnieniu, w ocenie zamawiającego, zarzut dotyczący zastrzeżenia w SIWZ (w tym w projekcie umowy) możliwości wystąpienia robót zamiennych w toku realizacji przedmiotu zamówienia, bez konieczności podwyższenia wynagrodzenia. Odnosząc się do tego zarzutu zamawiający wskazał, że ustawa Pzp, określając zasady udzielania zamówień publicznych, nie stanowi jak należy traktować roboty zamienne (rozwiązania zamienne). Właściwe zatem wydaje się utożsamianie powszechnie znanych w procesie inwestycyjnym „robót zamiennych” z „rozwiązaniami zamiennymi”, o których stanowi art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy Prawo budowlane. Robót takich nie należy utożsamiać z robotami dodatkowymi, albowiem w przeciwieństwie do nich polegają one jedynie na tym, że wykonawca zamówienia zobowiązuje się do ich wykonania w sposób

odmienny od określonego w umowie, nie powodując jednak zmiany (zwiększenia) zakresu świadczenia wykonawcy zawartego w ofercie ani też zmiany wynagrodzenia, gdyż roboty takie muszą się bilansować. Konieczność wykonania takich robót zachodzi w sytuacji gdy:

- (i) materiały budowlane przewidziane w umowie do wykonania zamówienia nie mogą być użyte przy realizacji inwestycji z powodu zaprzestania produkcji i zastąpienia ich innymi;
- (ii) w trakcie wykonania zamówienia nastąpiła zmiana przepisów prawa budowlanego;
- (iii) w trakcie realizacji zamówienia zastosowano lepsze materiały budowlane bądź inną technologię wykonania robót.

W praktyce oznacza to, że dopuszcza się wykonanie robót zamiennych pod warunkiem, że nie wykraczają one poza kategorię określoną przy pomocy CPV a robota taka nie jest nowym, dodatkowym elementem, nie wkracza w nową klasę czy grupę CPV, a będzie jedynie zamianą określonych prac na inne w danej kategorii.

W konkluzji zamawiający stwierdził, że zapisy umowy w przedmiotowym postępowaniu sformułowane zostały w granicach swobody kontraktowej, są zgodne z prawem i nie naruszają zasad współżycia społecznego.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 8 listopada 2018 r., w związku ze zmianą przez zamawiającego zapisów SIWZ, złożył oświadczenie, że cofa zarzuty opisane w pkt 3 i pkt 5 odwołania. Odnośnie zarzutu sformułowanego w pkt 6, złożył oświadczenie, że w związku z wyjaśnieniami zamawiającego jak należy interpretować pojęcie „robót zamiennych” użyte w SIWZ, bez jednoczesnego wprowadzenia przez zamawiającego zmian w dokumentacji, modyfikuje swoje żądanie w tym zakresie i wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji odpowiednich zapisów SIWZ, z której w sposób jednoznaczny wynikało będzie, że definicję „robót zamiennych” należy odnosić do pojęcia, o którym stanowią przepisy ustawy Prawo budowlane, a ewentualne błędy wynikające z przekazanej dokumentacji projektowej nie będą obciążały wykonawcy.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest jednym z podmiotów, który zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu a sprzeczne z ustawą, wymienione wyżej, czynności zamawiającego mają wpływ na możliwość jego udziału w przetargu. Wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w formie płyty CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, dowodów zgłoszonych przez odwołującego i przedłożonych na rozprawie oraz treści umowy o udzieleniu dotacji celowej na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego, zawartej pomiędzy zamawiającym a Ministrem Obrony Narodowej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale I SIWZ jest budowa budynku komory bezodbiciowej do badań impulsów HPEM oraz budowa komory do badań impulsów HPEM. W zakresie przedmiotowego zadania znalazło się wykonanie budynku, stanowiącego obudowę samonośnej komory do badań impulsów HPEM, mieszczącego również pomieszczenia techniczne, sanitarne i socjalne. Obiekt podzielono na trzy bryły: myjnię i halę komory o konstrukcji stalowej oraz zaplecze laboratoryjno-socjalne o konstrukcji murowanej. Zgodnie z opisem zawartym w SIWZ budowa polegać ma na: rozbiórce istniejącego ogrodzenia; usunięciu karp wraz wykonaniem wykopów fundamentowych; posadowieniu budynku na ławach i stopach monolitycznych żelbetowych; wykonaniu ścian murowanych oraz ścian osłonowych z płyt warstwowych; wykonaniu

konstrukcji nośnej - stal ze stali profilowej; wykonaniu elewacji z blachy elewacyjnej tytanocynk; wykonaniu tynków wewnętrznych gipsowych; wykonaniu dachu z płyt warstwowych dachowych; wykonaniu stropu żelbetowego; wykonaniu sufitów podwieszanych kasetonowych na ruszcie; wykonaniu posadzek gresowych oraz z wykładzin elektrostatycznych; wykonaniu dróg i placu manewrowego; wykonaniu sieci wodociągowej, przyłącza wody i kanalizacji sanitarnej oraz robót sanitarnych i elektrycznych. Zakres zamówienia obejmuje również wykonanie wielkogabarytowej komory pomiarowej, przeznaczonej do prowadzenia badań odporności urządzeń lub zestawów urządzeń, w tym urządzeń lub zestawów urządzeń wielkogabarytowych, na oddziaływanie wysokomocowych pól elektromagnetycznych, w tym wysokoenergetycznych impulsów elektromagnetycznych High Power Microwave (HPM).

Izba ustaliła ponadto, że w Rozdziale III zamawiający określił wymagany termin wykonania zamówienia: do dnia 30.11.2019 r. od protokolarnego wprowadzenia wykonawcy na teren budowy. Jednocześnie w Rozdziale II pkt 2.8. przewidział możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, między innymi w zakresie terminu wykonania robót stwierdzając, że może on ulec zmianie z powodu okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu podpisania umowy (ppkt 2, lit od a do c): (a) z powodu zmian będących następstwem okoliczności po stronie zamawiającego w szczególności wstrzymania realizacji umowy przez zamawiającego; (b) z powodu stwierdzenia niezainwentaryzowanych instalacji lub robót mających wpływ na realizację przedmiotu umowy; (c) z powodu wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych utrudniających lub uniemożliwiających wykonawcy wykonywanie robót zewnętrznych zgodnie z warunkami technicznymi wykonywania i odbioru robót. Dalej wskazał, że zamawiający nie ma obowiązku przedłużania terminu wykonania umowy, jeżeli wykonawca w ciągu 7 dni roboczych od zaistnienia okoliczności, o których mowa w pkt. 2.8.2) b) nie zgłosi tego faktu wraz z uzasadnieniem w formie pisemnej do zaakceptowania przez zamawiającego. W przypadku zaakceptowania przez zamawiającego uzasadnienia zmiany terminu wykonania umowy, sporządzony zostanie aneks zmieniający termin wykonania umowy. Ponadto, w przypadku wystąpienia przerw w realizacji umowy, z przyczyn o których mowa w pkt. 2.8.2) lit. a) i lit. b) realizacja umowy zostaje każdorazowo zawieszona na czas przerwy, bez skutków finansowych dla zamawiającego. Termin wykonania umowy może wówczas ulec zmianie o ilość dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji. Zamawiający nie ma obowiązku zmiany terminu wykonania umowy, jeżeli wykonawca w dniu zaistnienia okoliczności, o których mowa w pkt. 2.8.2) lit. c) nie zgłosi tego faktu w formie pisemnej oraz nie udokumentuje występowania w/w okoliczności w ciągu 14 dni od ich wystąpienia, jednak

nie później niż na 7 dni przed upływem terminu wykonania umowy. Udokumentowanie polega np. na przedstawieniu wydruków temperatur i/lub opadów atmosferycznych, ze stacji meteorologicznej (zlokalizowanej najbliżej wykonywanych robót), z dni w których nie można było prowadzić robót. W przypadku zaakceptowania przez zamawiającego udokumentowania wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych, sporządzony zostanie aneks zmieniający termin wykonania umowy. Analogiczne zapisy zamawiający zawarł w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

W zakresie odnoszącym się do robót zamiennych, zamawiający w Rozdziale II SIWZ, pkt 2.8. ppkt 6, dopuścił możliwość wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy robót zamiennych w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót i STWiORB oraz w dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Zmiany te muszą być każdorazowo zatwierdzone przez zamawiającego, w formie protokołu konieczności, pod rygorem nieważności i nie mogą spowodować podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy.

Zapisy powyższe kwestionował odwołujący, wnosząc w dniu 22 października 2018 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego 26 października 2018 r. zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., AGD Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k., 88-110 Jacewo, ul. Kwiatowa 23.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowo oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

Izba uznała za zasadny zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ winien dokładnie sprecyzować swoje potrzeby, ale jednocześnie nie



może on narzucać konkretnego produktu czy preferować w jakikolwiek sposób jednego wykonawcy. Z kolei zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają od zamawiającego, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zniechęcają także wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Niedopuszczalne są również takie zapisy, które w sposób nadmierny przerzucają ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należycie wywiązać się z zawartej umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu.

Faktem jest, że to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania i ma prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, jednakże winien mieć on zawsze na względzie ograniczenia wynikające z treści art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa, choć nie wprowadza po stronie zamawiającego obowiązków takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, nie może to jednak prowadzić do jego sformułowania w taki sposób, iż realizacja zamówienia stanie się z określonych przyczyn niemożliwa np. poprzez wskazanie nierealnego terminu realizacji zadania.

W niniejszej sprawie zamawiający argumentował, iż określony przez niego termin realizacji robót jako określonej daty tj. do dnia 30 listopada 2019 r. związane jest z umową nr 16/DNiSW/2018/3300011298/77 o udzieleniu dotacji celowej na realizację inwestycji budowlanej, zawartą pomiędzy zamawiającym a Ministrem Obrony Narodowej. Zgodnie z nią zamawiający ma obowiązek rozliczyć przekazane środki finansowe do 15 grudnia 2019 r. Jednocześnie wskazywał, że tylko termin wykonania zadania opisany w SIWZ umożliwi mu pozyskanie środków w ramach udzielonej dotacji.

Izba zwraca uwagę, że określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one zatem ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz (w tym przypadku) związane z technologią wykonywania robót budowlanych. W ocenie Izby zamawiający nie

wyjaśnił z jakich powodów opisał przedmiot zamówienia, określając termin realizacji poprzez wskazanie tej właśnie daty. Nie można bowiem uznać za takowe wyjaśnienie jedynie powoływanie się na zapisy umowy o udzieleniu dotacji.

Przedstawiony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie harmonogram realizacji projektu jest nierealnym już choćby z tego powodu, że przewiduje wprowadzenie wykonawcy na plac budowy 1 grudnia 2018 r. Biorąc pod uwagę okoliczność, że wyznaczony przez zamawiającego termin otwarcia ofert to 22 listopada 2018 r. (który, w związku z niniejszym odwołaniem, ulegnie zapewne przesunięciu), postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej, a zatem po dokonaniu oceny ofert zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów, następnie je ocenić, po wyborze oferty zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego – data wprowadzenia na roboty jest datą niemożliwą do dotrzymania. Sam zamawiający na rozprawie przyznawał, że sporządzony przez niego harmonogram jest jedynie „przykładowy”, wykonawca powinien pewne prace wykonywać równolegle, w taki sposób aby dotrzymać określonego przez zamawiającego terminu, jednakże nie potrafił wskazać, które z wymienionych w tabeli zakresów prac mogłyby być realizowane jednocześnie (oprócz tych, których wykonanie w tym samym czasie przewidział w tabeli).

Orzekając Izba wzięła pod uwagę harmonogram realizacji dla tego zadania, sporządzony przez odwołującego i prezentujący realne, jego zdaniem, terminy wykonania poszczególnych zakresów robót, uwzględniające zarówno warunki klimatyczne panujące w kraju, technologię wykonania poszczególnych robót, jak też terminy dostaw i montażu bezodbiornych komór do badań impulsów HPEM (zgodnie z oświadczeniem jednego z producentów na montaż komory potrzeba około 6 miesięcy), wskazujący jako możliwy do dotrzymania termin wykonania zamówienia – 31 maja 2020 r. (harmonogram ten przewiduje jednocześnie wprowadzenie na roboty w pierwszym możliwym terminie, biorąc pod uwagę procedurę wyłonienia wykonawcy w postępowaniu, jak też ograniczenia technologiczne związane z faktem, że wykonywanie robót ziemnych, fundamentów czy przyłączy ciepłych jest niemożliwe przy temperaturach poniżej 5 st. Celsjusza a więc w warunkach, które w Polsce występują do około połowy marca – okres zimowy). Zamawiający nie odniósł się do zaprezentowanego przez odwołującego harmonogramu, zwracając jedynie uwagę, że w przypadku gdy temperatury panujące na zewnątrz będą uniemożliwiały realizację robót, zamawiający zawrze stosowny aneks do umowy z wykonawcą.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, dotyczącej konieczności wykorzystania środków pozyskanych w ramach dotacji, którą to zamawiający zobowiązany jest rozliczyć do połowy grudnia 2019 r. Izba zwraca uwagę, iż fakt zawarcia umowy o dofinansowanie nie może stanowić jedynej przesłanki dla określenia terminu wykonania

zadania. Zamawiający winien mieć na uwadze realną możliwość wykonania robót w określonym czasie, w konsekwencji czego zawierać stosowne umowy przewidujące przekazanie środków na dany cel. Izba zwróciła uwagę, iż z preambuły do umowy o dotację wynika, że zawierana jest ona w związku z przygotowanym planem inwestycji budowlanych na lata 2018 – 2022. Zgodnie z jej §2 ust. 1 przedmiotowe zadanie przewidziano jako inwestycję na lata 2016 – 2019, jednakże zapisy umowy nie wykluczają kontynuacji finansowania robót po roku 2019. Jak sam przyznał zamawiający na rozprawie umowy na dany rok, przyznające zamawiającemu środki w określonej wysokości, zawierane są w grudniu danego roku na następny rok. Również na rok 2018 przewidziano dofinansowanie inwestycji w kwocie ponad 3 mln zł. (zgodnie z §2 ust. 2 umowy), które to środki nie zostaną jednak wykorzystane, co będzie wymagało aneksu do zawartej umowy.

Izba zwróciła również uwagę, że niniejsze postępowanie jest drugim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym przez zamawiającego. W poprzednio prowadzonym przetargu (znak sprawy zamawiającego 71/DIR/2018, opublikowanym w Dz.U.U.E. pod nr 2018/S 112-254147 w dniu 14 czerwca 2018 r.) wyznaczony termin realizacji zamówienia był jedynie o miesiąc krótszy w stosunku do wyznaczonego w tym postępowaniu. Pomimo zatem upływu kilku miesięcy od wszczęcia poprzedniej procedury przetargowej, zamawiający wyznaczył prawie tożsamy termin wykonania umowy, co potwierdza, że ustalając termin realizacji zamówienia kierował się nie realnymi możliwościami wykonawców, ale koniecznością rozliczenia dotacji w określonym terminie.

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut odwołującego za zasadny i nakazała zamawiającemu zmianę Ogłoszenia o zamówienia i SIWZ w zakresie tego terminu, zgodnie z żądaniem odwołującego w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę do 31 maja 2020 r.

W zakresie naruszenia art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie zawarte w pkt 2.8. pkt 4 w zw. z pkt 2.8. pkt 2 lit a SIWZ z którego wynika, że zamawiający nie ponosi odpowiedzialności finansowej za przerwy w realizacji umowy wynikające z jego winy, czym przekroczone granicę swobody umów i obarczonego wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego oraz uchybiono obowiązkowi jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia - Izba uznała zarzut odwołującego za zasadny

Na wstępie należy zauważyć, że Izba, w ramach przyznanych jej uprawnień, odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów. W odniesieniu do umów brak jest szczegółowych regulacji, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego

uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W warunkach „rynkowych”, gdy umowę zawierają dwa równorzędne podmioty, jej poszczególne zapisy powstają w wyniku konsensusu obu umawiających się stron. W przypadku umów, zawieranych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również do takiego konsensusu dochodzi, albowiem zamawiający precyzuje swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie tych wymagań zgadza, albo nie. Ze swojej strony wykonawca ma również wpływ na kształtowanie warunków w taki sposób, iż w ramach zadawanych pytań do treści SIWZ zwraca uwagę zamawiającemu na istnienie w treści projektu umowy takich zapisów, które z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia są nieakceptowalne czy nawet niemożliwe do spełnienia. Z drugiej jednak strony w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojakiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Co do drugiego z wymienionych ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zawrzeć w treści SIWZ "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 treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia zapisów umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Tym samym w przypadku, gdy zamawiający konstruuje zapisy projektu umowy w sposób sprzeczny z tymi zasadami Izba może orzec o naruszeniu przez niego przepisów ustawy. W niniejszej sprawie skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający przekroczył granice swobody umów, wyznaczone przez zasady współżycia społecznego, przewidział bowiem w pkt 2.8. ppkt 2 lit. a), iż „termin wykonania robót może ulec zmianie z powodu okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu podpisania umowy z powodu zmian będących następstwem okoliczności po stronie zamawiającego w szczególności wstrzymania realizacji umowy przez zamawiającego”, nie określając jednocześnie jakie uprawnienia przysługują z tego tytułu wykonawcom lub jakie obowiązki leżą po stronie zamawiającego, który jednostronnie podejmuje decyzje o konieczności wystąpienia takiej przerwy. A zatem, w myśl obowiązujących zapisów, zamawiający może przerwać roboty budowlane na dowolny okres, a wykonawca robót będzie musiał ponosić koszty z tym związane. Ponadto, pomimo określonego przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia w postaci konkretnej daty wykonania zobowiązania, wystąpienie przerwy w realizacji nie musi pociągać za sobą konieczności przesunięcia terminu wykonania umowy, co w konsekwencji może być związane z naliczeniem wykonawcy kar za nieterminowe wykonanie kontraktu (jak zwrócił uwagę odwołujący zgodnie z §13 ust. 1 wzoru umowy przewidziano kary umowne za opóźnienie w realizacji zamówienia).

W konsekwencji, w ocenie Izby, zapisy takie powodują naruszenie zasad określonych przepisami KC. Skoro bowiem zamawiający może jednostronnie podjąć decyzję o wystąpieniu przerwy w wykonywaniu robót, nie będąc jednocześnie zobligowanym do przedłużenia terminu realizacji, a także pokrycia kosztów ponoszonych przez wykonawcę (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy), który pozostaje na placu budowy, stwierdzić należy, że rozkład obowiązków i uprawnień stron w umowie, rozumiany jako konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień, został zachwiany.

Z powyższych powodów Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut, nakazując zamawiającemu zmianę treści SIWZ (w tym projektu umowy), w sposób opisany w sentencji orzeczenia.

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonywania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót i STWiORB oraz w dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy bez możliwości podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia (SIWZ pkt. 2.8.6. i 2.8.8.), co skutkuje odpowiedzialnością finansową i terminową wykonawcy, nawet w sytuacji gdy błędy w dokumentacji projektowej obciążać będą zamawiającego - czym przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu, Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej, w zakresie odnoszącym się do zlecenia robót zamiennych w trybie ustawy Pzp. Należy zauważyć, że przepisy nie definiują pojęcia „roboty zamienne”, jednakże nawiązuje ono do pojęcia „rozwiązań zamiennych”, jakim posługuje się ustawa Prawo budowlane. Ich istotą jest wprowadzenie odmiennego rozwiązania w stosunku do rozwiązania przewidzianego w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia. Zmiana ta nie prowadzi do zmiany ilościowej, lecz może prowadzić do zmiany jakościowej w zakresie szeroko pojętego przedmiotu zamówienia. Z robotami zamiennymi mamy zatem do czynienia w szczególności w przypadku, gdy (za zgodą projektanta – jeśli jest ona wymagana zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo budowlane) określone roboty wykonywane są z wykorzystaniem innych materiałów, technologii czy urządzeń niż przewidziane w pierwotnej dokumentacji projektowej.

Zlecając przedmiotowe prace zamawiający winien mieć na uwadze również przepis art. 140 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ograniczenie to nie wyklucza zatem dokonania niewielkich modyfikacji świadczenia wykonawcy w ramach ogólnie określonego przedmiotu zamówienia, zwiększającym użyteczność tego świadczenia (np. użycie materiałów tej samej jakości, użycie urządzeń o większej wydajności, bez pogorszenia innych parametrów eksploatacyjnych). Zamawiający nie powinien jednak w ramach robót zamiennych otrzymać niczego ponad to, co stanowiło przedmiot zamówienia. Roboty zamienne muszą zatem zostać wykonane w miejsce robót pierwotnie przewidzianych w dokumentacji a nie dodatkowo, ponad pierwotne zobowiązanie wykonawcy. Dokonywanie przedmiotowych zmian nie może bowiem prowadzić do faktycznego udzielenia nowego zamówienia.

Przenosząc to na realia rozpoznawanej sprawy zauważyć należy, że zamawiający w pkt 2.8. ppkt 6 SIWZ dopuścił możliwość wystąpienia robót zamiennych w trakcie realizacji

przedmiotu umowy, w stosunku do przewidzianych w przedmiarze robót i STWiORB oraz w dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w sytuacji gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Ppkt 8 z kolei stanowił, że zmiany te nie mogą spowodować podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, określonego w umowie jako wynagrodzenie ryczałtowe. Analogiczne zapisy zawarto w projekcie umowy - §3 ust. 13 i ust. 15. Odwołujący podnosił, że w związku z brakiem definicji tego pojęcia w przepisach ustawy Pzp nawet w sytuacji, gdy wystąpią błędy w dokumentacji projektowej, które to związane będą z poniesieniem przez wykonawcę dodatkowych kosztów (wykonanie projektu zamiennego, użycie droższych materiałów czy zmiana technologii robót), zamawiający traktował będzie te prace jako roboty zamienne. Tymczasem w ocenie odwołującego takie zmiany winny być traktowane jako roboty dodatkowe, wykraczające poza pierwotny zakres zamówienia i za ich wykonanie winno przysługiwać wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu, złożył oświadczenie, że uwzględni przedmiotowy zarzut w części, wyjaśniając jednocześnie co rozumie pod pojęciem robót zamiennych. Z taką interpretacją odwołujący zgodził się, jednakże wskazał, że definicję tego pojęcia zamawiający winien ująć w treści SIWZ oraz w projekcie umowy, aby uniknąć wątpliwości na etapie realizacji zamówienia. Na posiedzeniu zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wskazując, że użyte przez niego pojęcie nie budzi wątpliwości i odnosi się do „rozwiązań zamiennych”, o których mowa w przepisach ustawy Prawo budowlane. Jednocześnie pełnomocnik zamawiającego podnosił, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na etapie przed złożeniem oferty jest zapoznanie się z przekazaną przez zamawiającego dokumentacją projektową, przedmiarem robót, STWiORB a w przypadku, gdy stwierdzi on, iż w dokumentach tych występują błędy lub nieścisłości, winien je zgłosić zamawiającemu w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji, jeżeli na etapie realizacji zamówienia stwierdzone zostaną błędy w dokumentacji, a wykonawca nie zgłosił ich wcześniej, jego obowiązkiem jest, jeśli zajdzie taka konieczność, wykonać projekty zamienne, wszelkie zmiany uzgodnić z projektantem i ponieść wszystkie koszty związane z wprowadzeniem tych zmian i realizacją robót. To, w ocenie zamawiającego, mieści się w pojęciu „robót zamiennych” i winno być dokonane w ramach przysługującego wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego.

Skład orzekający zwraca uwagę, że zamawiający przyjął inną interpretację pojęcia „roboty zamienne” w złożonej odpowiedzi na odwołanie, jego ustne stanowisko potwierdziło natomiast, iż oczekuje od wykonawców ponoszenia wszelkich kosztów wynikających z konieczności wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, nawet w przypadku gdy wady w dokumentacji będą leżały po stronie zamawiającego. Tym samym słuszne są obawy

odwołującego, dotyczące obarczenia wykonawcy kosztami z tytułu konieczności wykonania robót dodatkowych (a nie zamiennych) w stosunku do pierwotnie opisanych w dokumentacji przetargowej. Z powyższych względów Izba uwzględniła zarzut, nakazując zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ i projektu umowy stosownych zapisów, definiujących rozumienie przez niego pojęcia „robót zamiennych”.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek nie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia zmian opisu przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym samym przedmiocie

W tym zakresie Izba zwraca uwagę, co podkreślane było niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesowi obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podnosząc, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w SIWZ, nie uwzględnił zmian wprowadzonych w opisie przedmiotu zamówienia, dokonanych przez zamawiającego w poprzednio prowadzonym postępowaniu znak sprawy 71/DIR/2018. Podnosił, że brak uwzględnienia tych zmian spowodowało, że odwołujący nie może złożyć oferty w tym postępowaniu. Na okoliczność powyższego przedstawił oświadczenie firmy specjalizującej się w dostawie i montażu bezodbciciowych komór do badań impulsów HPEM, wraz z zestawieniem tabelarycznym prezentującym zakres dokonanych przez zamawiającego zmian w poprzednim postępowaniu oraz ich wpływ na krąg potencjalnych



wykonawców. Z prezentowanego wykazu wynika, że pierwotne zapisy SIWZ w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego o nr sprawy 71/DIR/2018 powodowały, że jedynym wykonawcą będącym w stanie zrealizować dostawę komory była firma Comtest Engineering BV/ AP-Flyer Sp. z o.o. Dopiero w rezultacie wprowadzonych zmian dokumentacji krąg potencjalnych dostawców poszerzył się, umożliwiając wykonanie dostaw przez dwie inne firmy (w tym podwykonawcę firmę Astat Sp. z o.o., składającego oświadczenie).

Zamawiający, odnosząc się do zarzutów odwołującego w tym zakresie zwracał uwagę, że obecnie prowadzone postępowanie jest nową procedurą o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący ma możliwość formułowania pytań do SIWZ, jeśli w jego ocenie zapisy zawarte w dokumentacji są nieprecyzyjne czy z określonych powodów winny ulec zmianie. Ponadto wskazywał, że wprowadził stosowne zmiany do dokumentacji, umożliwiające złożenie oferty w zakresie obejmującym dostawę komory, przez co najmniej kilku potencjalnych dostawców. Odwołujący nie potrafił sprecyzować które z wymienionych przez niego zapisów zostały uwzględnione w treści dokumentacji, zwracając uwagę na krótki czas jaki miał na przeanalizowanie poszczególnych zapisów.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba przede wszystkim wzięła pod uwagę treść art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a zamawiający, w ocenie Izby, ani nie wskazał które z zapisów ani też nie przedstawił dowodów (oprócz ogólnego w swej treści oświadczenia podwykonawcy – firmy Astat Sp. z o.o.) wskazujących na to, iż zamawiający ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie tylko do jednego dostawcy komory.

Izba zwraca uwagę że, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....