

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę **C. P. Spółka Akcyjna w K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy we W.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Uniwersytetowi Przyrodniczemu we W.** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - zmianę terminu zakończenia całości prac, tj. zaprojektowania i wykonania robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia wbudowanego na stałe, uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, określonego w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Termin realizacji zamówienia” w pkt. 4.1 poprzez określenie terminu w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać ten zakres zamówienia do dnia 31 sierpnia 2020 roku;
 - dostosowanie wszystkich innych terminów określonych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do terminu określonego w pkt. 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienionego na podstawie niniejszego wyroku
2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Przyrodniczy we W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **C. P. Spółkę Akcyjną w K.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Uniwersytetu Przyrodniczego we W.** na rzecz **C. P. Spółki Akcyjnej w K.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Centrum Biologii Stosowanej i Innowacyjnych Technologii Produkcji Żywności, wchodzącego w skład planowanego przedsięwzięcia priorytetowego pn. Regionalne Centrum Innowacyjnych Technologii Produkcji, Przetwórstwa i Bezpieczeństwa Żywności Uniwersytetu Przyrodniczego we W.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 lipca 2017 roku wykonawca C. P. SA w K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez niezamieszczenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszelkich istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2. art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 387 § 1 k.c. poprzez określenie terminu realizacji zamówienia (zakończenia całości prac) jako datę sztywną, uniemożliwiającą wykonanie przewidzianego zakresu robót, a co za tym idzie prowadzącą do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści s.i.w.z. poprzez:

- a) opublikowanie kompletnego wzoru umowy, zawierającego wszelkie istotne postanowienia umowy, które zostaną zawarte w treści umowy z wykonawcą,
- b) określenie terminu realizacji zamówienia (zakończenia całości prac) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez termin o co najmniej 24 miesiące dłuższy (tj. do dnia 31.08.2020 r.) lub w sposób zrelacjonowany do daty zawarcia umowy z wykonawcą i odpowiedni do zakresu prac.

Odwołujący podniósł, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności

zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy P.z.p., sporządzając s.i.w.z.

1. Zamawiający, wbrew wyraźnemu nakazowi wynikającemu z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia całości istotnych postanowień które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treści s.i.w.z. wynika bowiem, że wzór umowy stanowi załącznik nr 2 do s.i.w.z. W załączniku tym co prawda znajduje się dokument opisany jako „UMOWA NR: ...”, jednak zawiera zapisy wskazujące na jego niekompletność, gdyż:

- odsyła do dokumentów niebędących dokumentami publicznie, nieodpłatnie dostępnymi, tj. publikacji „Warunki Ogólne Kontraktu FJDIC, wydanie angielsko-polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FJDIC 1999), Warunki Kontraktu na Urządzenia i Budowę z Projektowaniem.” W ocenie odwołującego, takiego odesłania do nieprecyzyjnie określonego dokumentu nie sposób uznać za spełnienie ustawowego wymagania zawarcia w s.i.w.z. „istotnych dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy,

- wskazuje, że będzie istniał (lub istnieje, a nie został opublikowany) kolejny dokument o nazwie: „Warunki Szczególne Kontraktu, zmieniające, uzupełniające, wykreślające i wprowadzające dodatkowe klauzule do Warunków Ogólnych Kontraktu, przedstawione w załączniku nr ...” i dokument ten nie został przez zamawiającego opublikowany. Powyższe okoliczności powodują, że wykonawca nie zna treści przyszłej umowy, szczegółowych warunków i odpowiedzialności, gdyż nawet mimo próby ustalenia tych warunków na podstawie warunków ogólnych kontraktu FIDIC, mogą one zostać dowolnie zmienione dokumentem „Warunki Szczególne Kontraktu”, który to dokument z mocy umowy ma charakter nadrzędny nad warunkami ogólnymi. Istnienie takiego - nieopublikowanego - dokumentu potwierdza brzmienie pkt 6 umowy: „Faktury będą wystawiane zgodnie z zasadą ustaloną w klauzuli 14.6 i 14.10 Warunków Szczególnych Kontraktu. ” - co jasno wskazuje, że warunki te są elementem, który z mocy art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., jako dotyczące

istotnej kwestii, tj. dokonywania płatności wynagrodzenia Wykonawcy, winien zostać zawarty w s.i.w.z.,

- z pkt 4.2 s.i.w.z. wynika, że „Szczegółowe terminy dotyczące poszczególnych etapów realizacji zamówienia zostały opisane szczegółowo w załączniku nr 2 do SIWZ (wzór umowy)” - w załączniku nr 2 takie terminy nie zostały opisane,

- z pkt 4.3 s.i.w.z. wynika, że terminy realizacji zamówienia mogą ulec zmianie wyłącznie na warunkach określonych w umowie” - w żadnym dokumencie (s.i.w.z., załączniki) takie warunki nie zostały określone.

2. Zamawiający określił termin realizacji zamówienia datą sztywną, tj.: „Termin zakończenia całości prac , tj.: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia wbudowanego na stałe, uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie do dnia 31.08.2018 r. oraz spełnienia warunków otrzymania Ostatecznego Świadectwa Płatności do dnia 30.09.2018 r. Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek ustawa P.z.p. nie zabrania wprost takiego określania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, to należy mieć na uwadze, że nakłada konieczność takiego kształtowania postępowania, aby prowadziło ono do zawarcia ważnej i skutecznej umowy na gruncie kodeksu cywilnego. Tym samym postępowanie nie może prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, jak w ocenie odwołującego jest w tym przypadku.

Odwołujący stwierdził, że zadanie, będące przedmiotem niniejszego postępowania obejmuje szeroki zakres prac zarówno o charakterze budowlanym jak i projektowym, co zostało opisane w pkt 3.5 i 3.6 s.i.w.z., w skład których to prac wchodzi elementy całkowicie niezależne od wykonawcy, jak uzyskanie decyzji administracyjnej (pkt 3.6 ppkt 3), dokonanie uzgodnień administracyjnych (pkt 3.6 ppkt 4, 5, 8), gdzie racjonalnie działający wykonawca musi uwzględnić maksymalne, wynikające z przepisów prawa terminy przysługujące tym organom na wykonanie czynności.

Poza czynnościami o charakterze administracyjnymi, do wykonania pozostają prace projektowe oraz prace budowlane, 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 wrzesień 2017 r. (tj. przy założeniu rozstrzygnięcia postępowania bez zmiany terminu składania ofert i bez korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej) będzie wystarczający jedynie na wykonanie kompletnej dokumentacji i prac pozabudowlanych. Wobec tego, odwołujący, uwzględniając swoje profesjonalne doświadczenie w realizacji obiektów budowlanych o podobnym stopniu

skomplikowania stwierdził, że umowa przewidująca termin realizacji na koniec sierpnia 2018 r. byłaby umową nieważną, jako umową o świadczenie niemożliwe. W ocenie odwołującego, w tak krótkim, rocznym terminie trudno jest przeprowadzić cały proces budowlany (obejmujący fazę projektowania, uzgadniania dokumentacji, uzyskiwania niezbędnych decyzji uprawnionych organów, budowy i oddania do użytkowania) dla domu jednorodzinnego (będącego prostą, typową konstrukcją, bazującą często na gotowym projekcie), a przedmiot niniejszego postępowania jest zakresem robót o nieporównywalnie trudniejszej skali.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że ze względu na braki w s.i.w.z. w zakresie postanowień umowy, opisane w pkt. 1 nie jest możliwe określenie warunków zmiany terminu realizacji zamówienia (co zostało zasygnalizowane w pkt 4.3 s.i.w.z.) ani zasad, czy warunków odpowiedzialności wykonawcy za przekroczenie tego terminu, które - przy przyjęciu, że umowa nie jest nieważną - niewątpliwie nastąpi.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 lipca 2017 roku zamawiający poinformował, że uwzględni odwołanie w zakresie jednego z dwóch podniesionych w nim zarzutów, tj. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., poprzez niezamieszczenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający oświadczył, że:

- 1) przekazuje wykonawcy wraz z niniejszą odpowiedzią na odwołanie tekst umowy w sprawie zamówienia publicznego - informacja dla Wykonawców nr 1 (załącznik nr 1 do niniejszego pisma);
- 2) opublikował tekst umowy na swojej stronie internetowej w dniu 31.07.2017 r.
- 3) Dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert:
 - a) aktualny termin składania ofert to: 18.08.2017 r. godzina 11.00;
 - b) aktualny termin otwarcia ofert to: 18.08.2017 r. godzina 11.30.

Miejsce składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

W związku z powyższym zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu dotyczącego wzoru umowy i o nieorzekanie w tej kwestii.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2017 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez

niezamieszczenie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszelkich istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 roku oświadczył, że przedmiotowe zamówienie jest jednym z sześciu projektów wchodzących w skład przedsięwzięcia pod nazwą Regionalne Centrum Innowacyjne Technologii Produkcji, Przetwórstwa i Bezpieczeństwa Żywności Uniwersytetu Przyrodniczego we W. Jest to projekt dofinansowywany przez Województwo D., które wyznaczyło termin wykonania prac na koniec 2018 r. Zamawiający podjął i podejmuje starania o przedłużenie tego terminu, ale na razie bezskutecznie. W związku z tym, że jest to termin narzucony odgórnie, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 3.5. s.i.w.z. wykonawca wykona zaprojektowanie i wybudowanie obiektu naukowego laboratoryjnego z halą produkcyjną wraz z wyposażeniem montowanym na stałe, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Ma być to nowo wybudowany obiekt w kształcie litery L z subdominantą nad trzecią kondygnacją, po powierzchni zabudowy około 2200 m², powierzchni użytkowej pomocniczej ruchu – łącznie 5900 m², o kubaturze około 28 000 m³.

Budowa ma być poprzedzona rozebraniem istniejących dwóch parterowych obiektów warsztatowych i przeniesieniu istniejącego węzła cieplnego do sąsiedniego obiektu. Zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem 107 miejsc parkingowych i wycinką zieleni. W nowym obiekcie powinny być zastosowane nowoczesne rozwiązania, umożliwiające prowadzenie badań dla potrzeb przeniesienia wyników badań laboratoryjnych do warunków zbliżonych do produkcji przemysłowej w zakresie opracowań nowych technologii wytwarzania oraz receptur finalnych produktów żywnościowych.

Zamawiający w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Termin realizacji zamówienia” w pkt. 4.1 określił termin realizacji zamówienia w sposób następujący: „Termin zakończenia całości prac , tj.: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia wbudowanego na stałe, uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie do dnia 31.08.2018 r. oraz spełnienia warunków otrzymania Ostatecznego Świadectwa Płatności do dnia 30.09.2018 r.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Na wstępie Izba wskazuje, że odwołujący w sposób niewłaściwy dokonał kwalifikacji prawnej zakwestionowanej czynności zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 387 § 1 k.c. poprzez określenie terminu realizacji zamówienia (zakończenia całości prac) jako datę sztywną, uniemożliwiającą wykonanie przewidzianego zakresu robót, a co za tym idzie prowadzącą do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. W ocenie Izby zamawiający, wyznaczając termin zakończenia całości prac na dzień 31 sierpnia 2017 roku, naruszył art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia.

Podkreślenia wymaga, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 – 31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.

Izba przeanalizowała złożoną przez zamawiającego dokumentację postępowania, w tym zakres robót przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia i skonstatowała, że zakres wymaganych prac i czynności dla przedmiotowego zamówienia nie pozwala na przyjęcie, iż jego realizacja jest możliwa w terminie wymaganym przez zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonego przez odwołującego „Orientacyjnego harmonogramu prac projektowych”, w którym odwołujący przewidział dla poszczególnych czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia następujące terminy:

Opracowanie projektu rozbiórki, pozwolenie na rozbiórkę 3 parterowych budynków - ok.3-4 miesięcy

Wykonanie uzgodnień z gestorami sieci wraz z uzyskaniem wszelkiej dokumentacji i decyzji administracyjnych związanych z przełożeniem kolidujących sieci podziemnych z planowaną Inwestycją (w tym m.in. wodociąg, system kanalizacji sanitarnej, ks 150, 2 systemy kanalizacji deszczowej kd300, sieć ciepłna, linia energetyczna) – ok.3-6 miesięcy

Wykonanie uzgodnień z gestorami sieci ciepłowniczej wraz z uzyskaniem wszelkiej dokumentacji i decyzji administracyjnych związanych z przeniesieniem węzła ciepłego (do budynku F-3 oraz docelowo projektowanego budynku laboratorium) – ok.3-6 miesięcy

Uzyskanie decyzji na wycinkę drzew – ok.2-4 miesięcy

Uzyskanie decyzji Pozwolenie Konserwatorskie oraz niezbędnych opinii w tym zakresie – ok.3-6 miesięcy

Zaprojektowanie budynku laboratorium nie podpiwniczonego o trzech kondygnacjach z dominantą nad 3 kondygnacją, powierzchni zabudowy 2200m², powierzchni całkowitej ok.5900m² i kubaturze 28000m³ wraz z zaprojektowaniem i wybudowaniem przyłączy do mediów (m.in.; wody, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, gazu ziemnego, przyłącza ciepłowniczego, energetycznego, zasilania awaryjnego) z uwzględnieniem zapisów zawartych w opinii geotechnicznej oraz wykonaniem wszelkich badań i uzyskaniem decyzji niezbędnych do wykonania projektu:

I faza: Projekt technologii dla całego budynku laboratoryjnego – 2-3 miesiące

Projekt budowlany – 3 – 4 miesiące

Zaprojektowanie zagospodarowania terenu wokół planowanego budynku w nawiązaniu do istniejącego zagospodarowania : drogi, chodniki, miejsca parkingowe zgodnie z MPZP - ok. 107 miejsc parkingowych wraz z miejscami dla niepełnosprawnych, 6 stojaków na rowery, składowanie odpadów, wiata na gazy techniczne, zieleń):

Projekty wykonawcze - 4-5 miesięcy, 3 – 4 miesiące

Nadzór autorski 12-24 miesięcy

Wykonanie wszelkich uzgodnień z dostawcami urządzeń i linii technologicznych oraz wykonawcą i zamawiającym ok.3-6 miesięcy

Izba uznała przedłożony harmonogram za istotny dowód w sprawie, potwierdzający zasadność podnoszonych zarzutów. Odwołujący uwzględnił w nim wszystkie czynności

przewidziane zakresem prac w przedmiotowym postępowaniu, wskazał terminy niezbędne dla ich realizacji, uwzględnił również fakt, iż niektóre z czynności można wykonać równolegle z innymi. Zamawiający natomiast w ogóle się do przedmiotowego harmonogramu nie odniósł, nie zakwestionował danych w nim zawartych ani wniosków z niego płynących. Nie przedłożył również żadnego dowodu mogącego podważyć analizy dokonane przez odwołującego w zakresie możliwości wykonania zadania w wyznaczonym terminie. Jedyne argumenty zamawiającego sprowadzały się do stwierdzenia, iż taki termin został zamawiającemu narzucony przez Urząd Marszałkowski Województwa D., z którym zamawiający zawarł umowę na dofinansowanie zamówienia.

Co więcej, zamawiający na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 roku oświadczył, że dwukrotnie zwracał się do jednostki finansującej z wnioskiem o zmianę terminu realizacji zamówienia, jednakże działania te nie przyniosły skutku. Tym samym zamawiający niejako potwierdził zasadność zarzutu, iż w wyznaczonym przez niego terminie realizacja przedmiotu zamówienia nie jest możliwa.

Izba uznała zatem podniesiony zarzut za zasadny i orzekła zgodnie z żądaniem odwołującego.

Odnosząc się do wskazanej przez odwołującego kwalifikacji prawnej zarzutu Izba wskazuje, że podziela stanowisko Sądu Okręgowego w W. XXIII Wydział Gospodarczy zawarte w wyroku z dnia 28.06.2012r. sygn. akt XXIII GA 185/12, który wyraził pogląd, iż nie stanowi o nieważności umowy w świetle art. 387 K.c. okoliczność, iż jedynie termin dostawy nie może być dotrzymany i realizacja umowy nastąpi z opóźnieniem. Sąd Najwyższy natomiast w wyroku z dnia 29.11.2013r. I CSK 124/13 przesądził, iż art. 387 K.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Przedstawiony stan faktyczny zdaniem Sądu Najwyższego nie stanowi obiektywnej niemożności świadczenia tj. że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyrok SN z 22.04.2010r. VCSK 379/09nie publ. Z 20.03.2009r. II CSK IICSK 611/08, nie publik. : z dnia 8..02.2002r. IICKN 1015/99 nie publik.).

Zmiana kwalifikacji prawnej pozostaje bez wpływu na orzeczenie Izby. Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w G. w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem

proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....