

WYROK
z dnia 16 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 roku przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

- 1) **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- 2) **TORPOL OIL&GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- zmianę opisu Gwarantowanego Parametru Technicznego Grupy A - „Hałas w środowisku” w Załączniku nr 11 do Umowy o Kompleksową realizację Inwestycji, Tabela 1 („Parametry Gwarantowane Grupy A”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Poziom natężenia dźwięku generowanego przez urządzenia tłoczni, z wyłączeniem Agregatów Sprężarkowych, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, Dz. U. nr 120 poz. 826 z późn. zm. nie powinien przekraczać dla zabudowy zagrodowej”;

- usunięcie z Załącznika nr 11 do Umowy o Kompleksową realizację Inwestycji, Tabela 2 („Parametry Gwarantowane Grupy B”) następujących pozycji:

B1 („poziom emisji hałasu 1m od obudowy Agregatu, na wysokości 1,5 m”),

B3 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu powietrza (do spalania) do Agregatu”),

- B4 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy oleju”),
B5 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu/wylotu powietrza do wentylacji obudowy wewnętrznej Agregatu”),
B6 („poziom emisji hałasu 1 m od zaworu antypompażowego sprężarki gazu”),
B7 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnic gazu procesowego”),
B8 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy agregatów prądotwórczych”),
B9 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania bezwzględne”),
B10 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania względne”);
- zmianę opisu pozycji B12 i B13 w Załączniku nr 11 Tabela 2 („Parametry Gwarantowane Grupy B”), poprzez nadanie im następującego brzmienia:
„B12 - dla Urządzeń - drgania bezwzględne”,
B13 - dla Urządzeń drgania względne”;

2. a także nakazuje uwzględnienie powyższych zmian w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenia o zamówieniu, OPZ, SIWZ oraz wzorze umowy;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - b) zasądza od Zamawiającego – **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Odwołującego **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

UZUASADNIENIE

W dniu 8 stycznia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1579) (dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania pn.: <<Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Tłoczni Kędzierzyn”>> prowadzi Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie złożono na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na nieprawidłowym ukształtowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ”), zarzucając, Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym Agregatów Sprężarkowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 14 i 139 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego („Kc”) poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w Umowie o Kompleksową realizację Inwestycji w zakresie dotyczącym Agregatów Sprężarkowych w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- 3) art. 353¹ w związku z art. 578, 638, w związku z art. 556 Kc, art. 647 i art. 5 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, poprzez wprowadzenie do Załącznika nr 11 do Umowy o Kompleksową realizację Inwestycji parametrów gwarantowanych (A1 i A2 w zakresie w jakim dotyczą natężenia dźwięku generowanego przez Agregaty Sprężarkowe, oraz B1, B3, B4, B5, B6, B7, B8, B9, B10), w stosunku do których Wykonawca ma zagwarantować: 1) ich osiągnięcie podczas Pomiarów Gwarancyjnych przeprowadzonych po Ruchu próbnym oraz Ruchu regulacyjnym - co stanowi warunek odbioru Inwestycji przez Zamawiającego oraz 2) utrzymanie wartości ww. parametrów w całym okresie gwarancji, w sytuacji, kiedy rzeczony parametry dotyczą urządzeń dostarczanych przez Zamawiającego, tj. Agregatów Sprężarkowych,

a jednocześnie Wykonawca nie będzie miał żadnej relacji prawnej z producentem Agregatów Sprężarkowych.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ (wyłączających odpowiedzialność Wykonawcy za dotrzymanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych dotyczących Agregatów Sprężarkowych, tj. urządzeń nie będących w jego zakresie dostaw):

- zmianę opisu Gwarantowanego Parametru Technicznego Grupy A - „Hałas w środowisku” w Załączniku nr 11 do Umowy o Kompleksową realizację Inwestycji, Tabela 1 („Parametry Gwarantowane Grupy A”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Poziom natężenia dźwięku generowanego przez urządzenia tłoczni, z wyłączeniem Agregatów Sprężarkowych, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, Dz. U. nr 120 poz. 826 z późn. zm. nie powinien przekraczać dla zabudowy zagrodowej:”;

- usunięcie z Załącznika nr 11 do Umowy o Kompleksową realizację Inwestycji, Tabela 2 („Parametry Gwarantowane Grupy B”) następujących pozycji:

B1 („poziom emisji hałasu 1m od obudowy Agregatu, na wysokości 1,5 m”),

B3 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu powietrza (do spalania) do Agregatu”),

B4 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy oleju”),

B5 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu/wylotu powietrza do wentylacji obudowy wewnętrznej Agregatu”),

B6 („poziom emisji hałasu 1 m od zaworu antypompażowego sprężarki gazu”),

B7 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnic gazu procesowego”),

B8 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy agregatów prądotwórczych”),

B9 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania bezwzględne”),

B10 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania względne”);

- zmianę opisu pozycji B12 i B13 w Załączniku nr 11 Tabela 2 („Parametry Gwarantowane Grupy B”), poprzez nadanie im następującego brzmienia:

„B12 - dla Urządzeń - drgania bezwzględne”,

B13 - dla Urządzeń drgania względne”;

2) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.12.2017r. (nr publikacji: 2017/S 247-520798). SIWZ została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 27.12.2017r. Termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 06.01.2018 r. Z uwagi jednak na to, że jest to dzień i ustawowo wolny od pracy, jak i sobota, termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 08.01.2018 r.

(poniedziałek). W związku z tym Odwołujący zachował termin do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. *Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (...). Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem* (tak wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., sygn. akt: KIO 2036/10). Postanowienia SIWZ (w tym zapisy umowy) zostały sformułowane w sposób sprzeczny z prawem, tj. przepisami Pzp oraz kodeksu cywilnego. W konsekwencji, Odwołujący nie jest w stanie przygotować prawidłowej oferty w postępowaniu (brak możliwości prawidłowego oszacowania ryzyk związanych z realizacją Umowy). Istnieje również realne zagrożenie zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia objętego postępowaniem.

W uzasadnieniu podniesiono, że przedmiotem zamówienia jest: budowa tłoczni gazu w Kędzierzynie-Koźlu wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Inwestycja obejmuje: 1). opracowanie i uzgodnienie u Zamawiającego zamiennego Projektu Budowlanego, projektu wykonawczego tłoczni wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego; 2). montaż trzech Agregatów Sprężarkowych dostarczonych przez Zamawiającego (Dostawa Inwestorska); 3). budowę tłoczni gazu Kędzierzyn wraz z infrastrukturą towarzyszącą; 4). wykonanie dokumentacji powykonawczej; 5). uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu Zamówienia („OPZ”). Zgodnie z OPZ (punkt III. 1 (c)) realizacja inwestycji obejmuje w szczególności *„wybudowanie planowanej inwestycji z wykorzystaniem 3 sztuk Agregatów Sprężarkowych (zgodnie z definicją ujętą w Umowie o kompleksową realizację Inwestycji) o mocy 7,68 każdy produkcji SIEMENS typu SGT-200 dostarczonych przez Zamawiającego (Dostawa Inwestorska w zakresie określonym w załączniku nr 27 do OPZ)”*.

Definicję zarówno Agregatu Sprężarkowego, jak i Dostaw Inwestorskich zawiera Umowa o kompleksową realizację Inwestycji („Umowa”) w Artykule 1 („Definicje”). Zgodnie z Umową Agregat Sprężarkowy to *„dostarczony przez Zamawiającego w ramach Dostawy Inwestorskiej agregat sprężarkowy produkcji Siemens typu SGT 200 wraz z układem*

sterowania agregatem, oraz systemami pomocniczymi, tj. zespół urządzeń, instalacji oraz oprogramowania zgodny ze specyfikacją zawartą w załączniku 27 do Opisu Przedmiotu zamówienia, który należy doposażyć tak, aby tworzył funkcjonalną całość". Z kolei Dostawy Inwestorskie to „Materiały wskazane w OPZ, zakupione przez Zamawiającego i przekazane Wykonawcy w celu realizacji Inwestycji, w tym Agregaty Sprężarkowe”. Agregaty Sprężarkowe (jak i inne Dostawy Inwestorskie) należy odróżnić od Materiałów oraz Urządzeń, które i zgodnie z odpowiednimi definicjami ma dostarczyć Wykonawca.

Opis wymaganych przez Zamawiającego Parametrów Gwarantowanych Grupy A oraz Parametrów Gwarantowanych Grupy B zawiera Załącznik nr 11 do Umowy.

Gwarantowane Parametry Grupy A (Tabela 1) - „Hałas w środowisku (zgodnie z wymaganiami przepisami prawa oraz decyzjami administracyjnymi, w tym Decyzją Środowiskową) - wymagają, że „Poziom natężenia dźwięku generowanego przez urządzenia tłoczni zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku. Dz.U. nr 120, poz. 826 z późn. zm. nie powinien przekroczyć dla zabudowy zagrodowej:” odpowiednich wielkości mierzonych w dB (A) w godzinach 6:00-22:00 dla parametru A1 i godzinach 22:00-6.00 dla parametru A2. Z opisu tego parametru wynika zatem, że obejmuje natężenie dźwięku generowanego przez wszystkie urządzenia tłoczni, czyli zarówno przez Urządzenia (dostarczane przez Wykonawcę, jak i przez Agregaty Sprężarkowe.

Gwarantowane Parametry Grupy B (Tabela 2) obejmują 3 grupy parametrów: Emisja hałasu (parametry B1-B8), Poziom drgań (parametry B9-B13) oraz Parametry techniczne (parametr B14). Ogółem jest to grupa obejmująca 14 parametrów, z czego 9 dotyczy tylko i wyłącznie Agregatów Sprężarkowych: B1 („poziom emisji hałasu 1m od obudowy Agregatu, na wysokości 1,5 m”), B3 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu powietrza (do spalania) do Agregatu”), B4 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy oleju”), B5 („poziom emisji hałasu 1 m od wlotu/wylotu powietrza do wentylacji obudowy wewnętrznej Agregatu”), B6 („poziom emisji hałasu 1 m od zaworu antypompazowego sprężarki gazu”), B7 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnic gazu procesowego”), B8 („poziom emisji hałasu 1 m od chłodnicy agregatów prądotwórczych”), B9 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania bezwzględne”), B10 („dla urządzeń w zakresie Agregatu Sprężarkowego - drgania względne”).

Zgodnie z Umową (Artykuł 18 ust. 1) Wykonawca udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady tylko w odniesieniu do Materiałów i Urządzeń (dostarczanych przez Wykonawcę). Także obowiązek zapewniania w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości obsługi serwisowej (w tym przeglądów), który ma być prowadzony przez serwisantów producenta urządzeń lub przez odpowiednio przeszkolonych przez serwis producenta serwisantów Wykonawcy, dotyczy tylko Materiałów i Urządzeń (Artykuł 18 ust. 9 Umowy). A contrario:

Wykonawca na podstawie Umowy nie udziela gwarancji jakości i rękojmi za wady w stosunku do Agregatów Sprężarkowych, nie jest zobowiązany również do prowadzenia serwisu i przeglądów gwarancyjnych Agregatów Sprężarkowych.

Jednocześnie, wartości objęte Parametrami Gwarantowanymi stanowią podstawowe kryteria odbioru Inwestycji, a ich dotrzymanie w okresie gwarancji objęte jest zakresem odpowiedzialności Wykonawcy. Zgodnie z postanowieniem Artykułu 18 ust. 11 Umowy Wykonawca ma zagwarantować („gwarantuje”):

- 1) osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych Grupy A i Parametrów Gwarantowanych Grupy B, wymienionych odpowiednio w Tabeli 1 i Tabeli 2 Załącznika Nr 11 do Umowy podczas Pomiarów Gwarancyjnych przeprowadzonych po Ruchu próbnym oraz Ruchu regulacyjnym (przed Odbiorem Końcowym), oraz
- 2) utrzymanie wartości Parametrów Gwarantowanych Grupy A i Parametrów Gwarantowanych Grupy B w całym okresie gwarancji.

Osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych Grupy A oraz Parametrów Gwarantowanych Grupy B jest warunkiem odbioru Inwestycji przez Zamawiającego (vide: definicja Odbioru Końcowego - str. 6, Artykuł 12 ust. 7 pkt in fine).

Skutki nieosiągnięcia (niedotrzymania) wymaganych wartości Parametrów Gwarantowanych są opisane odpowiednio w ust. 12 i 13 przedmiotowego Artykułu 18. Zgodnie z regulacją:

- 1) w przypadku nieosiągnięcia któregokolwiek z wymaganych Parametrów Grupy A w trakcie pomiarów przeprowadzanych przed Odbiorem Końcowym, Zamawiający uprawniony będzie do odmowy odbioru inwestycji i odstąpienia od Umowy w całości, natomiast w odniesieniu do Parametrów Gwarantowanych Grupy B Wykonawca zobowiązany będzie do doprowadzenia do wartości gwarantowanych, przy czym Zamawiający uprawniony będzie do żądania kary umownej za opóźnienie w dokonaniu Odbioru Końcowego (Artykuł 23 ust. 1 pkt1);
- 2) w przypadku przestania dotrzymywania jakiegokolwiek z Parametrów Grupy A w okresie gwarancji, będzie to traktowane jako wada istotna Inwestycji, i w przypadku bezskuteczności prac naprawczych Zamawiający będzie miał prawo odstąpić od Umowy, natomiast w przypadku niedotrzymania jakiegokolwiek z Parametrów Grupy B Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzenia prac doprowadzających do osiągnięcia ich wartości gwarantowanych, przy czym Zamawiający uprawniony będzie do żądania kary umownej za opóźnienie w dokonaniu Odbioru Końcowego (Artykuł 23 ust. 1 pkt 11).

W konsekwencji zatem, zakres świadczenia Wykonawcy ma obejmować również ponoszenie odpowiedzialności za spełnianie (dotrzymywanie) Parametrów Gwarantowanych Grupy A („Hałas w środowisku”) w zakresie, w jakim natężenie dźwięku generowane będzie przez Agregaty Sprężarkowe oraz tych Parametrów Gwarantowanych Grupy B, które

dotyczą tylko i wyłącznie Agregatów Sprężarkowych (B1, B3, B4, B5, B6, B7, B8, B9, B10). Odpowiedzialność ta przejawia się w tym, że osiągnięcie tych parametrów warunkuje odbiór Inwestycji przez Zamawiającego, oraz że na Wykonawcy ciążyć będzie obowiązek usuwania wad polegających na nieosiągnięciu parametrów przed odbiorem lub nieutrzymaniu (niedotrzymaniu) w okresie gwarancji (co stanowi de facto objęcie gwarancją Agregatów Sprężarkowych).

Odwołujący podkreślił, że to do zakresu obowiązków Zamawiającego należy dostawa wspomnianych Agregatów Sprężarkowych oraz nadzór nad ich montażem (zgodnie z postanowieniem Artykułu 5 ust. 1 pkt 39 Umowy do obowiązków Wykonawcy należy umożliwienie „wstępu na Teren Budowy podmiotowi odpowiedzialnemu z ramienia Zamawiającego za nadzór nad montażem i Rozruchem Agregatów Sprężarkowych”).

Agregaty Sprężarkowe podczas pracy generują hałas oraz wibracje (drżania) o danym poziomie (dla których wartości graniczne Zamawiający ustalił w Załączniku Nr 11 do Umowy - Tabela 1 i Tabela 2). Wykonawca nie będzie w stanie stwierdzić (pomimo dochowania należytej staranności), czy dostarczone przez Zamawiającego Agregaty Sprężarkowe nadają się do wykonania Zamówienia zgodnie z Umową, tj. w szczególności w zakresie dotrzymywania wskazanych powyżej Parametrów Gwarantowanych (vide: art. 634 Kc). Wykonawca w żaden sposób nie ma wpływu na wartości hałasu oraz drgań po zamontowaniu Agregatów Sprężarkowych. Jedynie producent tych urządzeń (SIEMENS AG) jest w stanie zagwarantować spełnienie przedmiotowych parametrów gwarantowanych. Wykonawca, przed przeprowadzeniem stosownych pomiarów, nie posiada technicznych możliwości weryfikacji, czy urządzenia dostarczone przez Zamawiającego spełniają dane poziomy Parametrów Gwarantowanych. W przypadku, gdy Agregaty Sprężarkowe nie osiągną wartości gwarantowanych Parametrów Gwarantowanych, Wykonawca nie będzie w stanie wyegzekwować naprawy wyżej wymienionej wady przez ich producenta, który dostarczył je bezpośrednio do Zamawiającego. Wykonawca (siłą rzeczy) nie będzie miał bowiem żadnej relacji prawnej z producentem Agregatów Sprężarkowych (SIEMENS AG). W konsekwencji to tylko Zamawiający będzie uprawniony do domagania się od producenta Agregatów Sprężarkowych wykonania stosownych prac naprawczych i usuwania wad (w celu odbioru lub w ramach gwarancji i rękojmi za wady). Jednocześnie to Wykonawca zobowiązany jest do pokrycia kosztów prac naprawczych mających na celu osiągnięcie wszystkich Parametrów Gwarantowanych Grupy A i Grupy B (Artykuł 18 ust. 12 i 13 Umowy).

Ponadto, Zamawiający w powyższym zakresie nie przekazał wykonawcom dalej idących informacji umożliwiających oszacowanie kosztów gwarancji na elementy będące obecnie w jego posiadaniu. Wykonawcy nie dysponują przede wszystkim informacjami o zobowiązaniach gwarancyjnych przyjętych przez producentów tych elementów o obecnym

stanie technicznym tych elementów, warunkach i sposobie ich dotychczasowego przechowywania. Dysponentem wskazanych informacji jest Zamawiający i to on w tym zakresie powinien wziąć na siebie ciężar sprecyzowania przedmiotu zamówienia.

Tym samym, informacje przekazane przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do Agregatów Sprężarkowych nie pozwalają Wykonawcom na przyjęcie na siebie zobowiązania dotrzymania odpowiednich parametrów przez tych urządzeń. Same wartości wyjściowe dotyczące tych elementów, bez przeprowadzenia odpowiednich pomiarów, nie obrazują rzeczywistego stanu Agregatów Sprężarkowych, będących przedmiotem Dostaw Inwestorskich, stąd też skala ryzyk, które miałby przyjąć na siebie potencjalny Wykonawca jest nie do oszacowania na etapie przygotowywania oferty. Co więcej, każdy z potencjalnych wykonawców ryzyka te oszacować może na zgoła odmiennym poziomie, co doprowadza do ryzyka otrzymania nieporównywalnych ofert. Opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na precyzyjną identyfikację i kwantyfikację tychże ryzyk, należy z kolei uznać za wadliwy z perspektywy przepisów ustawy Pzp wskazanych w petitum odwołania.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważył, że zgodnie z przepisem art. 353¹ Kc 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 (zob. P. Machnikowski, Swoboda umów według art. 3531 KC. Konstrukcja prawna, C.H. BECK 2005).

Polski ustawodawca jako ograniczenia swobody kontraktowania uznał zatem następujące okoliczności: 1) przepisy ustawy, 2) właściwość (naturę) stosunku oraz 3) zasady współżycia społecznego (por. R. Trzaskowski, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 3531 K.C., Zakamycze 2005).

Norma wyrażona w art. 353¹ Kc należy do kategorii norm *iuris cogentis*, a więc naruszenie któregokolwiek z wymienionych w tym przepisie kryteriów swobody kontraktowej uruchamia sankcję nieważności, którą art. 58 KC odnosi do każdej czynności sprzecznej z prawem, chyba że przepisy przewidują inną sankcję. Wprawdzie treść art. 58 Kc nie odwołuje się do natury zobowiązania, a tym samym nie sankcjonuje jej naruszenia - niemniej jednak należy przyjąć, iż czynność prawna naruszająca naturę stosunku zobowiązaniowego jest sprzeczna z normą art. 353¹ Kc, ergo jest zatem również sprzeczna z ustawą w myśl normy art. 58 Kc (M. Łolik, Współczesne prawo kontraktów - wybrane zagadnienia, Legalis, 2016; K. Osajda, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis, 2017, Nb 39). Wskazuje się, że przy badaniu, czy ukształtowany mocą konkretnej umowy stosunek prawny mieści się w granicach dopuszczalnych prawem, należy badać nie tylko jego treść, lecz również cel (K. Osajda, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis, 2017, Nb 25).

Ukształtowanie stosunku prawnego w Umowie przez Zamawiającego, w zakresie Agregatów Sprężarkowych, ze wskazanych przyczyn wykracza poza granice wyznaczone przez przepis art. 353¹ Kc, jako sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane (art. 647 Kc) oraz naturą stosunku gwarancji (art. 577 i nast. Kc), a także sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (słuszności kontraktowej).

Należy także przypomnieć, że zgodnie z Umową Zamawiający uprawniony jest do naliczenia Wykonawcy kar umownych za opóźnienie w dokonaniu odbioru Inwestycji z powodu nieosiągnięcia Parametrów Gwarantowanych przez Agregaty Sprężarkowe (Artykuł 23 ust. 1 pkt 1) oraz za opóźnienie w usuwaniu wad polegających na nieutrzymaniu Parametrów w okresie gwarancji (Artykuł 23 ust. 1 pkt 11), w kontekście braku jakichkolwiek instrumentów prawnych po stronie Wykonawcy w zakresie związanym z Agregatami Sprężarkowymi (możliwość wpływu na ich dostawcę, w szczególności w zakresie prac naprawczych), które to instrumenty w całości znajdują się po stronie Zamawiającego.

Przepis art. 578 KC stanowi z kolei, że: *„Jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy”*. Jest to co prawda przepis dyspozytywny - możliwe rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy na inne niż wady fizyczne właściwości rzeczy, niemniej zgodnie z poglądem doktryny (nauki prawa) niedopuszczalne byłoby jednak poszerzenie zakresu odpowiedzialności gwaranta o wady wynikłe z czynników lub okoliczności, na które gwarant nie mógł mieć żadnego wpływu (E. Łętowska, Prawo umów, s. 428; J. Jezioro, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2017, art. 578, Nb 2; E. Habryn-Chojnacka, w: Gutowski, Komentarz, t. II, art. 578, Nb 5). Wskazuje się, że uzasadnieniem dla tego poglądu jest odwołanie się do „natury” stosunku gwarancji w rozumieniu przepisu art. 353¹ Kc. Okres gwarancji obejmuje bowiem korzystanie z rzeczy, na jakie gwarant nie ma zwykle rzeczywistego wpływu, czyli w konsekwencji nie może być obciążony odpowiedzialnością za wady, których przyczyny mają „zewnątrzny” charakter zależny od kupującego lub innych osób (J. Jezioro, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2017, art. 578, Nb 3). Tym bardziej zatem sprzeczne z „naturą” gwarancji jest obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za wady, na które nie ma on wpływu w żadnym zakresie, gdyż nie ponosi odpowiedzialności i za dostawę i dostawcę (producenta) Agregatów Sprężarkowych.

Przykładem normatywnym powyższego podejścia ustawodawcy jest przepis art. 638 ust. 1 zdanie drugie Kc, zgodnie z którym *„Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego”*.

W ocenie Odwołującego proponowane zmiany SIWZ, nie spowodują konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4b Pzp).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ oraz wzoru umowy przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy:

- 1) IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) TORPOL OIL&GAS Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Odwołujący na rozprawie podtrzymywał odwołanie w całości i wnosił o jego uwzględnienie. Do stanowiska tego przyłączyli się wykonawcy przystępujący po stronie Odwołującego.

Zamawiający nie przedstawił pisemnego oraz ustnego stanowiska i pozostał całkowicie bierny wobec treści postawionych zarzutów.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istotne dla rozstrzygnięcia sporu i biorąc powyższe ustalenia pod uwagę uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem aktualnym nadal po nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2016 roku, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: <<Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11), Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)". Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu

w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: "W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych." (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)>> (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił i nie próbował nawet bronić ustalonego opisu przedmiotu zamówienia oraz kształtu przyszłej umowy wykazując swoje uzasadnione potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia w pierwotnie ustalonym kształcie.

Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający ustalił opis przedmiotu zamówienia oraz wyznaczył warunki kontraktowe, w sposób, który może utrudniać wykonawcom dostęp do przedmiotowego zamówienia i możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty, przede wszystkim w zakresie oszacowania ryzyka kontraktowego i ponoszenia odpowiedzialności za elementy przyszłego stosunku zobowiązaniowego, na które wykonawca wybrany do realizacji kontraktu w ogóle nie będzie miał wpływu.

Niewątpliwie treścią zamówienia objęty jest montaż agregatów dostarczanych w ramach dostaw inwestorskich przez samego Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający

próbuje całą odpowiedzialność za te materiały przerzucić na wykonawcę, podczas gdy to Zamawiający dokonał wyboru podmiotu, który dostarczy agregaty i to Zamawiający jest stroną takiej umowy. Tymczasem próbuje on nałożyć na wybranego wykonawcę odpowiedzialność za potencjalne wady produktu i jego parametry jakościowe związane z poziomem hałasu, uzależniając od tego osiągnięcia oczekiwanego poziomu parametru odbiór całej inwestycji. Przewidziano także kary umowne za przekroczenie określonych norm emisyjnych, podczas gdy wykonawcom nie przekazano elementarnej wiedzy na temat poziomu hałasu generowanego przez urządzenie. Taki opis przedmiotu zamówienia Izba uznała za nieodpowiadający zasadom określonym w przepisach Pzp i nakazała stosowne zmiany SIWZ.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów związanych z ustaleniem kształtu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przyznać należy, iż to Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiemu ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany 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. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami

współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współzycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia lub zmian wynagrodzenia, rozszerzenie zasad odpowiedzialności wykonawcy realizującego kontrakt. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby zasada swobody umów została o tyle przekroczona, o ile Zamawiający starał się przerzucić wszelką odpowiedzialność na

wykonawcę za materiały dostarczane przez samego siebie i uzależnił w ogóle obiór inwestycji od osiągnięcia określonego poziomu parametrów przez urządzenie, które sam wybrał. Z jednej strony, zgodnie z zapisami wzoru umowy, wykonawca odpowiada za przeprowadzone prace budowlane i wybudowany obiekt oraz dostarczone przez siebie materiały, z drugiej zaś strony Zamawiający uzależnia osiągnięcie efektu inwestycyjnego od spełnienia poziomu parametrów dla urządzeń podzielonych na grupy A i B, w których głównymi generatorami hałasu są sprężarki dostarczone przez Zamawiającego. Te dwa elementy i cele stoją ze sobą w sprzeczności. O ile właściwe jest ukształtowanie zasad odpowiedzialności nawet na zasadzie ryzyka za elementy zależne od wykonawcy, o tyle za niewłaściwe należy uznać uzależnianie celu inwestycji od elementu niezależnego od wykonawcy. Wykonawca może odpowiadać za wadliwy montaż dostarczonych urządzeń, natomiast przyjęcie odpowiedzialności za wady tkwiące w samym urządzeniu należy uznać za nadmierną.

Słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący, że wykonawca w żaden sposób nie ma wpływu na wartości hałasu oraz drgań po zamontowaniu agregatów sprężarkowych. Podmiotem, który może zagwarantować spełnienie parametrów gwarantowanych jest producent tych urządzeń. Wykonawca, przed przeprowadzeniem stosownych pomiarów, nie posiada technicznych możliwości weryfikacji, czy urządzenia dostarczone przez Zamawiającego spełniają dane poziomu parametrów gwarantowanych. Nie może zatem być tak, że odbiory częściowe, a także odbiór końcowy zależy jest od urządzeń dostarczonych przez podmiot trzeci (który nie pełni na zadaniu roli podwykonawcy), który jako jedyny zna możliwości techniczne urządzeń. Także obciążanie wykonawcy karami umownymi oraz przewidzenie odstąpienia od umowy w całości z powodu wad agregatów uznać należy za przekraczające zasadę swobody umów.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmiany SIWZ, wzoru umowy i dokumentacji przetargowej w zakresie i kształcie określonym w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego

Przewodniczący: