

WYROK
z dnia 26 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-950 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 wykreślenia z treści SIWZ postanowienia pkt. 4.5 od zwrotu „lub” do końca treści tego punktu oraz pkt 15.1 SIWZ
- 1.2 doprecyzowanie postanowienia treści pkt. 4.6 SIWZ poprzez ustalenie, że zmiany ilości zamawianych towarów mogą dotyczyć tylko poszczególnych elementów przedmiotu umowy objętych danym zadaniem,
- 1.3 określenie terminów realizacji poszczególnych zamówień, poprzez określenie terminu, w którym wykonawca, po otrzymaniu zamówienia będzie zobowiązany dostarczyć określoną ilość produktów
- 1.4 nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia, dalszych postanowieniach SIWZ, wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **Huty Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** kwotę **18 936 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wykonawcy wspólnie udzielający zamówienia:

1. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju, Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44 - 330 Jastrzębie - Zdrój,
2. Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice,
3. Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16, 40 - 022 Katowice, zwani dalej „Zamawiającym”

prowadzą, jako Zamawiający sektorowi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę dla kopalń JSW S.A., KW S.A. i KHW S.A. obudowy chodnikowej w łącznej ilości 154.067 ton z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, oznaczonym numerem referencyjnym: 35/P/DZZ/15.*

W dniu 5 listopada 2014 roku zamawiający opublikował treść o ogłoszenia o zamówieniu wraz z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Od postanowień SIWZ wykonawca Huta Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Zawadzkiego 45, 44 - 109 Gliwice, zwana dalej „Odwołującym” wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) od treści postanowień SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia w treści SIWZ:

- 1) pkt IV.2.2) ogłoszenia, w którym nie wskazano adresu strony Internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna, co narusza przepis art. 41 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać wskazanie takiej strony internetowej;
- 2) pkt 4.5. akapit drugi oraz 15.1. SIWZ oraz § 2 ust. 1 akapit drugi Wzoru Umowy, w którym zastrzeżono możliwość niewykonania umowy pomimo dokonania wyboru oferty, w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co narusza przepis art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, zgodnie z którym w przypadku, w którym cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający może jedynie unieważnić postępowanie albo zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 3) pkt 4.6. SIWZ oraz § 2 ust. 3 Wzoru Umowy, w których Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany ilości zamawianych towarów w ramach poszczególnych pozycji asortymentowych i składania zamówień według rzeczywistych potrzeb, co narusza art. 29 ust. 1 Pzp nakazujący dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny;
- 4) pkt 11.1. i 11.3. SIWZ, zgodnie z którymi Wykonawca jest zobowiązany podać w formularzu oferty cenę jednostkową netto, cenę jednostkową netto z transportem, całkowitą cenę netto wraz z transportem, całkowitą cenę brutto wraz z transportem oraz procentową

stawkę podatku od towarów i usług, a cena ma obejmować wszystkie opłaty, ubezpieczenia i podatki oraz wszelkie inne koszty związane z wykonaniem zamówienia w związku z pkt 9.2. zdanie drugie Ogólnych warunków umów obowiązujących w JSW S. A. stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ, zgodnie z którym cena wskazana w umowie uwzględnia również koszt wszelkich odsetek liczonych od 31 dnia po dniu odbioru do dnia dokonania przez Odbiorcę płatności, jednakże nie później niż do 120 dnia od daty doręczenia faktury VAT oraz § 4 ust. 1 Wzoru Umowy, w którym zastrzeżono, że płatność ceny nastąpi w terminie do 120 dni od daty wpływu do Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury, co narusza przepis art. 36 ust. 1 pkt 12 pzp poprzez określenie sposobu obliczenia ceny w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości co do tego, czy wykonawca do ceny oferty winien doliczyć odsetki, o których mowa w pkt 9.2. zdanie drugie Ogólnych warunków umów obowiązujących w JSW S. A.;

5) pkt 3 Ogólnych warunków umów obowiązujących w JSW S. A., który nie określa maksymalnego okresu składowania towarów dostarczonych w ramach realizacji umowy do składu konsygnacyjnego, po którego upływie wykonawca uprawniony byłby do żądania odebrania towarów ze składu konsygnacyjnego przez Zamawiającego, co narusza przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakazujący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego, zgodnie z którym treść stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się zasadom współżycia społecznego w związku z art. 139 ust. 1 pzp;

6) załącznik nr 1 do Wzoru Umowy, w którym nie określono stawki wynagrodzenia przysługującego Zamawiającym z tytułu umowy składu konsygnacyjnego, która to stawka w odniesieniu do JSW S. A. nie jest również określona w innych postanowieniach dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności w postanowieniach Ogólnych warunków umów obowiązujących w JSW S. A., co narusza przepis art. 29 ust. 1 pzp nakazujący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

7) pkt 5.1., 5.3. SIWZ i § 3 ust. 1 Wzoru Umowy, w których nie określono, nawet w sposób przybliżony, terminu realizacji poszczególnych zamówień składanych w okresie obowiązywania umowy, a dodatkowo wprowadzono możliwość jednorazowego zamówienia przez Zamawiającego wszystkich towarów objętych umową, co narusza przepis art. 36 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp nakazujący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- I. wskazanie w pkt IV.2.2) ogłoszenia adresu strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna;
- II. wykreślenie pkt 4.5. akapit drugi i pkt 15.1. SIWZ oraz § 2 ust. 1 akapit drugi Wzoru Umowy;
- III. doprecyzowanie pkt 4.6. SIWZ i § 2 ust. 3 Wzoru Umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że zmiany ilości zamawianych towarów mogą dotyczyć wyłącznie poszczególnych elementów przedmiotu umowy objętych danym zadaniem;
- IV. zamieszczenie we Wzorze Umowy w odniesieniu do dostaw realizowanych na rzecz KW S. A. i JSW S. A. wyłączenia stosowania pkt 9.2. zdanie drugie Ogólnych warunków umów obowiązujących w JSW S. A.
- V. zamieszczenie we Wzorze Umowy postanowienia określającego w sposób jednolity maksymalny okres przechowywania towarów dostarczonych przez wykonawcę w ramach realizacji umowy w składzie konsygnacyjnym, po którego upływie wykonawca będzie uprawniony do żądania odebrania towarów ze składu konsygnacyjnego przez Zamawiającego;
- VI. określenie w Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy stawki wynagrodzenia przysługującego Zamawiającym z tytułu umowy składu konsygnacyjnego;
- VII. określenie w SIWZ oraz we Wzorze Umowy terminu realizacji poszczególnych zamówień składanych przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy oraz usunięcie postanowienia § 3 ust. 1 zdanie drugie Wzoru Umowy przewidującego możliwość jednorazowego zamówienia wszystkich towarów objętych umową;

Przechodząc do przedstawienia uzasadnienia podniesionych zarzutów żądań Izba podaje, że w związku ze zmianą przez Zamawiającego niektórych postanowień SIWZ Odwołujący na etapie posiedzenia oświadczył, że cofa zarzuty i odpowiadające im żądania wymienione w pkt 1; 4 i 6. Wobec powyższego zarzuty te zostają pominięte.

W zakresie zarzutu ozn pkt 2 Odwołujący podniósł, że w pkt 15.1. SIWZ Zamawiający wskazał iż w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty będzie wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będzie on uprawniony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej „z zastrzeżeniem braku gwarancji wykonania Umowy w sprawie zamówienia publicznego”, co ma oznaczać, że Zamawiający będzie uprawniony do niewykonania umowy. Ponadto w pkt 4.5. akapit drugi oraz § 2 ust. 1 akapit drugi Wzoru Umowy zastrzeżono, że takie niewykonanie umowy nie stanowi podstawy do kierowania względem Zamawiającego roszczeń o zapłatę kar umownych lub jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych.

Powyższe postanowienia stanowią rażące naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp i wprowadzają nieznaną na gruncie prawa zamówień publicznych instytucję dokonania

wyboru oferty bez gwarancji wykonania umowy. zamówienia, będzie on uprawniony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej „z zastrzeżeniem braku gwarancji wykonania Umowy w sprawie zamówienia publicznego”, co ma oznaczać, że Zamawiający będzie uprawniony do niewykonania umowy. Ponadto w pkt 4.5. akapit drugi oraz § 2 ust. 1 akapit drugi Wzoru Umowy zastrzeżono, że takie niewykonanie umowy nie stanowi podstawy do kierowania względem Zamawiającego roszczeń o zapłatę kar umownych lub jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp określa w sposób wyczerpujący możliwości, jakimi dysponuje zamawiający w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - zamawiający może wówczas podwyższyć tę kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej i dokonać wyboru oferty, a w przypadku braku możliwości podwyższenia tej kwoty zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania. Nadto wskazał, że rozwiązanie przewidziane w w/w postanowieniach w sposób rażąco narusza interes wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę i naraża go na realne ryzyko znacznych strat finansowych. Mając na względzie, że Zamawiający w SIWZ i Wzorze Umowy nie określił w żaden sposób terminu realizacji poszczególnych zamówień częściowych, a co więcej w § 3 ust. 1 zdanie drugie Wzoru Umowy zastrzegł sobie nawet możliwość jednorazowego zamówienia wszystkich towarów stanowiących przedmiot umowy, oczywistym jest, że wykonawca nie mógłby zwlekać z podjęciem w/w działań, w tym w szczególności z zakupieniem materiału. Wykonawca musiałby podjąć działania przygotowawcze i wydatkować w tym celu znaczące środki finansowe nie mając żadnej gwarancji, że jakkolwiek część przedmiotu umowy zostanie przez Zamawiającego ostatecznie zamówiona.

Ponadto stwierdził, że możliwość odstąpienia od umowy, jest ograniczona do wyjątkowych sytuacji, w których następuje istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Nie sposób zatem uznać, że zamawiający może w SIWZ przewidzieć możliwość niewykonania umowy w całości bez zaistnienia takich wyjątkowych okoliczności, a jedynie uzależnić ją od swojego swobodnego uznania.

W zakresie zarzutu ozn. nr 3 Odwołujący podał, że Zamawiający zastrzegł w pkt 4.6. SIWZ oraz § 2 ust. 3 Wzoru Umowy, możliwość zmiany ilości zamawianych towarów w ramach poszczególnych pozycji asortymentowych i składania zamówień według rzeczywistych potrzeb z zastrzeżeniem, że całkowita wartość dostaw nie przekroczy wartości umowy oraz że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji asortymentowych nie ulegną zmianie. Podniósł, że nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do swobodnego ustalania na etapie realizacji umowy ilości poszczególnych elementów przedmiotu umowy objętych danym zadaniem. Jednakże z zaskarżonych postanowień SIWZ i Wzoru Umowy może

wynikać możliwość dokonywania przez Zamawiającego zmian ilościowych pomiędzy poszczególnymi zadaniami, w przypadku gdy z jednym wykonawcą zawarta zostanie umowa obejmująca więcej niż jedno zadanie, zgodnie z treścią SIWZ. Zadania nr 4-9 obejmują dostawę tych samych rodzajów drzwi obudowy w takiej samej ilości w każdym zadaniu. Jednocześnie w pkt 14 SIWZ Zamawiający przewidział dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Może się zatem zdarzyć, że ten sam wykonawca wygra różne aukcje (w zadaniach 4-9), jednak z innymi cenami. W takim przypadku zostałaby z nim zawarta umowa na kilka zadań rodzajowo i ilościowo tożsamy, a cenowo odmiennych. Zamawiający, na podstawie w/w postanowień SIWZ i Wzoru Umowy byłby wówczas uprawniony do dokonywania przesunięć ilościowych pomiędzy zadaniami poprzez zwiększanie ilości towarów zamawianych w ramach zadania, w którym wykonawca zaoferował niższą cenę i zmniejszanie ilości towarów objętych zadaniem, w którym zaoferował wyższą cenę (lub nierealizowanie w ogóle takiego zadania). Tym samym Zamawiający miałby nieograniczoną możliwość manipulowania ceną, za którą będzie realizowane zamówienie.

W związku z powyższym, z uwagi na niejednoznaczność sformułowań zawartych w pkt 4.6. SIWZ i § 2 ust. 3 Wzoru Umowy, w ocenie Odwołującego konieczne jest ich doprecyzowanie poprzez wyraźne wskazanie, że Zamawiający będzie uprawniony do określenia ilości poszczególnych elementów przedmiotu umowy zamawianych w ramach danego zadania, a nie będzie uprawniony do dokonywania zmian ilościowych pomiędzy poszczególnymi zadaniami.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 5 podniósł, że zgodnie z pkt 5.4. SIWZ, miejscem dostaw towarów dostarczanych w ramach umowy na rzecz KW S. A. oraz JSW S. A. będą składy konsygnacyjne przy kopalniach tychże Zamawiających. Zgodnie z § 2 ust. 1 Ogólnych warunków umów (dalej jako „owu”) obowiązujących w KW S. A. oraz pkt 3.5. owu obowiązujących w JSW S. A., Zamawiający przechowują towary w składach konsygnacyjnych odpłatnie w ramach usługi składów konsygnacyjnych.

Zgodnie z § 1 ust. 13 pkt 1 i 2 owu obowiązujących w KW S. A., wykonawca ma prawo do wystąpienia do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o dokonanie odbioru ze składów konsygnacyjnych towarów o okresie zalegania dłuższym niż 90 dni kalendarzowych, licząc od daty dostawy towarów, a Zamawiający jest zobowiązany do odebrania towarów ze składów konsygnacyjnych w terminie do 5 dni roboczych licząc od daty otrzymania wniosku wykonawcy. Tym samym maksymalny okres odpłatnego składowania towarów w składzie konsygnacyjnym jest określony w sposób jednoznaczny. Wykonawca ma zatem możliwość oszacowania maksymalnych kosztów, jakie będzie musiał ponieść z tytułu świadczenia przez Zamawiającego usługi składu konsygnacyjnego, co ma istotne znaczenie dla prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

Natomiast owu obowiązujące w JSW S. A. nie zawierają postanowień określających maksymalny okres, po którego upływie Zamawiający na wniosek wykonawcy jest zobowiązany do odebrania towarów ze składu konsygnacyjnego. Oznacza to, że Zamawiający może przechowywać towary wykonawcy w składzie konsygnacyjnym nawet przez cały okres obowiązywania umowy, a więc nawet przez 16 miesięcy (w przypadku przedłużenia jej obowiązywania na podstawie § 2 ust. 2 Wzoru Umowy), a wykonawca będzie zobowiązany przez cały ten okres uiszczać z tego tytułu wynagrodzenie.

Rozwiązanie to jest tym bardziej niemożliwe do zaakceptowania, jeśli wziąć pod uwagę, że zgodnie z pkt 4.5 akapit pierwszy SIWZ oraz § 2 ust. 1 akapit pierwszy Wzoru Umowy Zamawiający może nie wykonać umowy nawet w 50 %, a zgodnie z § 3 ust. 1 zdanie drugie Wzoru Umowy, może zamówić jednorazowo nawet wszystkie towary objęte umową. W świetle wszystkich przywołanych postanowień SIWZ i Wzoru Umowy możliwa jest zatem sytuacja, w której JSW S. A. dokona jednorazowego zamówienia wszystkich towarów objętych umową, następnie przez okres kilkunastu miesięcy będzie odpłatnie przechowywać je w składzie konsygnacyjnym, a ostatecznie odbierze jedynie 50 % towarów dostarczonych przez wykonawcę. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego konieczne jest wprowadzenie w odniesieniu do dostaw realizowanych na rzecz JSW S. A. maksymalnego terminu przechowywania towarów w składzie konsygnacyjnym, analogicznie jak w przypadku owu obowiązujących w KW S. A., tak aby warunki realizowania dostaw na rzecz obu tych Zamawiających były jednolite.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 Odwołujący podniósł, że Zamawiający, w zakresie określenia terminu wykonania zamówienia, poprzestał jedynie na wskazaniu okresu obowiązywania umowy, czego w świetle przepisów art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 29 ust. 1 pzp nie sposób uznać za prawidłowe i wystarczające. Podniósł, że zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie KIO, precyzyjne określenie terminu realizacji zamówienia stanowi jeden z elementów prawidłowego i zgodnego z wymaganiami określonymi w art. 29 ust. 1 Pzp opisanego przedmiotu zamówienia, mający istotny wpływ na możliwość rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Podniósł, że precyzyjne określenie terminu realizacji zamówienia stanowi niezbędny element prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, ma charakter kluczowy i determinuje możliwość rzetelnego sporządzenia oferty i kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

Powyższego wymogu nie spełnia zdaniem Odwołującego wskazanie przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu wyłącznie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, że co do zasady, zgodnie z § 3 ust. 1 Wzoru Umowy, przedmiot umowy ma być realizowany i dostarczany Zamawiającemu partiami, na podstawie zamówień częściowych. Tymczasem ani w pkt 5.1., 5.3. SIWZ, ani w § 3 Wzoru Umowy Zamawiający

nie określił, nawet w sposób przybliżony, terminu realizacji poszczególnych zamówień, co mógł uczynić chociażby poprzez wskazanie, że termin ten nie będzie krótszy niż x dni od daty złożenia zamówienia. Brak wskazania przynajmniej minimalnego terminu realizacji zamówień częściowych de facto uniemożliwia wykonawcom stwierdzenie, czy biorąc pod uwagę cykl produkcyjny, możliwości zapewnienia materiałów niezbędnych do wytworzenia poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, możliwości zapewnienia transportu do miejsc dostawy, itp. są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym złożyć ofertę w Postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności zarzut niespełniania przez odwołującego wymogów z art. 179 ust 1 ustawy Pzp dotyczącego braku wykazania interesu w podnoszeniu ujętych w odwołaniu zarzutów, a w szczególności brak wykazania przez Odwołującego szkody jaką miałby ponieść w wyniku takiego sformułowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ. Ponadto podniósł, że nie jest zobowiązany do wskazania zarówno konkretnej wielkości przedmiotu zamówienia, jaką nabędzie w wyniku tego postępowania, jak i terminu w jakim wystąpi do wykonawców o dokonanie dostawy zamawianych produktów, gdyż takie stanowiska uzasadnia przepis art. 456 kodeksu cywilnego.

Szczegółowe przedstawienie stanowiska Zamawiającego będzie następowało przy rozpatrywaniu danego zarzutu przez Izbę.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-950 Katowice, który w trakcie rozprawy poparł stanowisko prezentowane przez Odwołującego i wniósł uwzględnienie odwołania.

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

Odwołanie zostaje uwzględnione. Zarzut nieuwzględniony zostaje przez Izbę oddalony.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia specyfikacji. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu

przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówień w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i tym samym braku możliwości uzyskania zamówienia i zysku z nim związanego. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO 124/14).

Wobec powyższego Izba nie uznała za zasadne stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia w zakresie podnoszonych zarzutów przesłanki możliwości poniesienia szkody w wyniku takiej treści postanowień SIWZ.

Nadto Izba stwierdza, że przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ obejmujących opis przedmiotu zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie powoduje, że ta nowa treść wprowadzona do SIWZ powoduje zgodność treści postanowień SIWZ z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto zauważenia wymaga fakt, iż nie tylko prawem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego obiektywnych, uzasadnionych potrzeb. W sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie zasadne, możliwe jest postawienie wymagań, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców lub zakres realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak jest możliwości dowolnego kształtowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego jest subiektywne preferencje, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceny naruszenia konkurencji należy dokonywać przez pryzmat okoliczności zaistniałych w danym postępowaniu, sytuacji Zamawiającego, faktycznego

stopnia ograniczenia konkurencji, przyczyn wprowadzenia ograniczeń, jak też ich skutków dla wykonawców uczestniczących w rynku. Bez względu na powyższe opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, ma wpływ na przebieg całego postępowania, zatem nie może on być ogólny, niedookreślony. Opis przedmiotu zamówienia zawierać ma dokładne i zrozumiałe określenie co jest przedmiotem świadczenia, uwzględniać ma wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Możliwe, a w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp konieczne, jest przewidzenie możliwości, które sanowały będą dopuszczalność dokonania zmiany wiążącej strony umowy.

Izba odnosząc się do podnoszonej w zarzutach kwestii naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 353¹ kc dotyczącego swobody umów pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego zaznacza, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów Pzp., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle Pzp. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czym go niewątpliwie stroną silniejszą. Zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu) por. wyroki KIO 2149/13; KIO 161/14 oraz wyrok SO Sygn. akt: XXIII Ga 924/14.

Ponadto zwrócenia uwagi wymaga fakt iż Zamawiający podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidywał prawo opcji w wykonywaniu zamówienia. Izba, z analizy treści SIWZ stwierdza, że brak jest podstaw, aby uznać, że taka opcjonalność w zakresie prawnym istnieje. Zakładanie opcji wykonania zamówienia należy uznać za zasadne i słuszne, gdyż zmuszanie Zamawiającego do udzielenia zamówienia, na które nie posiada środków finansowych stałoby w sprzeczności z zasadami racjonalnej gospodarki finansowej. Jednakże aby mówić o opcji w zamówieniach publicznych to przedmiot zamówienia winien być określony jednoznacznie w całym zakresie w specyfikacji, oraz projekcie umowy. Prawo opcji polega na wyodrębnieniu w ramach udzielanego zamówienia zakresu obligatoryjnego, tj. ilości minimalnej (gwarantowanej) oraz zakresu fakultatywnego, którego udzielenie jest zależne od zamawiającego. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać.

W tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie określił jednoznacznie poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, ale w ogóle w pkt 4.5 zastrzegł możliwość niewykonania umowy w całości, cyt. „*Zamawiający jest uprawniony do niewykonania umowy*”. Dlatego też brak jest podstaw do stwierdzenia iż przedmiotowe zamówienie będzie wykonane z zastrzeżeniem opcji tj. możliwością niezrealizowania określonej części umowy.

Powyższe ustalenia Izby co do kwestii braku interesu Odwołującego w podnoszeniu zarzutów odwołania oraz prawa opcji w wykonaniu zamówienia pozostają aktualne dla rozstrzygnięcia niżej omówionych zarzutów, bez potrzeby ponownego pełnego ich powielania.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego nr 2 dotyczącego, że Zamawiający w treści pkt 4.5 oraz pkt 15.1 SIWZ stwierdził, że w przypadku „*gdy kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będzie niższa od ceny oferty najkorzystniejszej, Zamawiający może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastrzeżeniem braku wykonania umowy, tzn. Zamawiający będzie uprawniony do niewykonania umowy*”. Zdaniem Odwołującego takie ustalenie w sposób rażąco narusza przepis art. 93 ust.1 pkt.4 Pzp. Natomiast Zamawiający stwierdził na rozprawie iż po pierwsze Odwołujący w skutek takiego postanowienia SIWZ nie może ponieść szkody, a ponadto podał, że ma prawo w sytuacji zastrzeżenia sobie prawa niewykonania umowy, aby w takiej sytuacji wykonać tylko umowę

do kwoty która wskazał podczas otwarcia ofert. Nadto dodał, że jego zdaniem naruszenie przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 nastąpiłoby tylko wtedy, gdyby Zamawiający zastrzegłby sobie prawo unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, kiedy cena najkorzystniejszej oferty byłaby niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba stwierdza, że zgodnie z treścią przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania jeżeli „*cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*” Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący i próba obchodzenia tego przepisu zastrzeżeniem o ewentualnym wykonaniu zawartej umowy tylko do kwoty zaoferowanej na otwarciu ofert, jest jego rażącym naruszeniem. Dlatego też Izba nakazała dokonanie odpowiednich zmian w SIWZ poprzez wykreślenie treści wskazanej w żądaniu Odwołującego. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut Izba uznała za zasadny.

W zakresie zarzutu ozn. numerem 3 dotyczącym możliwości zmiany ilości zamawianych towarów pomiędzy zadaniami Zamawiający swoją argumentację w tym zakresie odniósł prawie w całości do kwestii że Odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu tych postanowień SIWZ. Ponadto stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego uprawnienie Zamawiającego do przenoszenia wielkości realizacji poszczególnych zadań w ramach jednej umowy utrudnia temu wykonawcy udział w postępowaniu, albo w jaki sposób miałby przynieść mu szkodę. Stwierdził, że niezależnie od kwot uzyskanych w trakcie aukcji wykonawca zawsze powinien oferować taką cenę, która pokryje wszystkie jego koszty w zakresie realizacji zamówienia. Nadto dodał, że wg jego interpretacji treści postanowień SIWZ, Zamawiający będzie miał prawo dokonać przesunięcia ilości zamawianych towarów pomiędzy zadaniami, ale tylko w sytuacji, gdy te zamówienia będą wynikały z jednej umowy.

Izba odnosząc się do tego zarzutu stwierdza w oparciu o ww. ustalenia iż brak jest podstaw do kwestionowania interesu Odwołującego w kwestionowaniu przedmiotowych postanowień SIWZ. Ponadto stanowisko Zamawiającego iż będzie mógł w ramach zastrzeżeń umownych dokonywać zakupów w różnym zakresie w odniesieniu do różnych zadań Izba uznaje za naruszające nie tylko przepis art. 29 ust.1, ale także art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że Zamawiający dokonał podziału całości zamówienia na 17 zadań (części), wśród których zadania objęte zadaniem 5 – 9 są takimi samymi zadaniami, dotyczącymi tego samego przedmiotu o takich samych parametrach i w takiej samej ilości. Fakt ten zdaniem Zamawiającego może zwiększać konkurencyjność gdyż ofertę mogą złożyć wykonawcy dysponujący mniejszym potencjałem wytwórczym. Natomiast Zamawiający na rozprawie stwierdził, że jeśli w ramach jednej umowy wykonawca zaoferuje

w różnych zadaniach dotyczącym tego samego przedmiotu różne ceny, to Zamawiający będzie mógł w zadaniu tańszym nabyć 100 % ilości zamawianego produktu, a w drugim droższym nie dokonać żadnego zakupu. Taka sama sytuacja może mieć miejsce jeśli ten sam przedmiot zamówienia będzie objęty różnymi umowami, od wykonawcy oferującego dostawę po niższej cenie Zamawiający będzie miał prawo zakupić więcej produktów niż od innego wykonawcy droższego.

Zdaniem Izby zauważenia wymaga, że prawem i rolą wykonawcy w trakcie aukcji, przy podziale zamówienia na części, jest możliwość oferowania dostawy produktów w różnych częściach–zadaniach, za różną cenę. Wykonawca może w jednej części zamówienia zaoferować dostawę po cenie zapewniającej mu pokrycie kosztów i uzyskanie satysfakcjonującego zysku, a w drugiej i kolejnej po cenie np. niższej lub jeszcze korzystniejszej, tak aby kompensując cenę oferowanych dostaw uzyskać możliwość dostawy całości towaru po cenie rynkowej. Zamawiający dopuszczając stosowanie aukcji elektronicznej musi zaakceptować jej wynik. Nie może dokonywać różnicowania pomiędzy wykonawcami czy zadaniami, ustalając że tańszy produkt nabędzie w większej wysokości, a droższy w niższej, bądź nie nabędzie go wcale. Takie stanowisko zdaniem Izby jest niedopuszczalne, Zamawiający zmniejszający w sposób dowolny ilość nabywanych towarów czy to w ramach umowy czy pomiędzy zadaniami nie może różnicować – faworyzować wykonawców w tym zakresie.

Dlatego też powyższy zarzut Izba uznała za zasadny i dokonała jego uwzględnienia..

W zakresie zarzutu ozn. nr 5 dotyczącego braku ustalenia terminu przechowywania towarów dostarczonych do Zamawiającego w składach konsygnacyjnych Zamawiający podał, że przedstawiona przy wcześniejszych zarzutach argumentacja dotycząca braku interesu odwołującego pozostaje aktualną w odniesieniu do tego zarzutu. Nadto dodał, że Zamawiający określił w ogólnych warunkach umowy w pkt 3.11 i 3.12, że maksymalny termin przechowywania towarów na składach może wynosić 16 miesięcy, a tym samym wykonawca, składając ofertę, winien wziąć tą kwestię pod uwagę, natomiast, jeśli chodzi o dostawy do KHW, to podaje, że w związku z tym, iż nie dysponuje on składem, towary będą dostarczane bezpośrednio do magazynu i z chwilą przyjęcia do magazynu przechodzą one na własność Zamawiającego. W związku z tym nie ma możliwości naliczenia przez Zamawiającego opłat za ich przechowywanie.

Izba biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt iż nie jest sporny okres przechowywania towarów na składzie w KW SA, uznaje stanowisko Zamawiającego co do możliwości określenia przez wykonawcę przybliżonego terminu przechowywania towarów w składzie konsygnacyjnym, a tym samym i kosztów z tym związanych, za zasadne. Wobec takiej sytuacji brak jest podstaw do uznania zasadności stanowiska Odwołującego, że brak podania tych terminów uniemożliwia mu skalkulowanie kosztów oferty. Niewątpliwym jest, że

każdy profesjonalny wykonawca winien tak skalkulować koszty wykonania zamówienia, aby uwzględniał on również ryzyka mogące wystąpić w trakcie jego realizacji.

Wobec powyższego powyższy zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W zakresie kolejnego zarzutu oznaczonego nr 7 Odwołujący podniósł, że w SIWZ Zamawiający nie określił nawet w sposób przybliżony terminów realizacji poszczególnych zamówień.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podniósł, że Odwołujący zapomina, iż możliwość zaniechania określenia w umowie terminów realizacji poszczególnych zamówień częściowych wynika wprost z treści przepisu art. 456 K.c., a żaden przepis Pzp nie wyłącza wspomnianego uprawnienia Zamawiającego. Jednocześnie jego zdaniem Odwołujący nie zauważa, że przywołany przepis nakładając na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia możliwości wykonawcy oraz sposobu spełnienia świadczenia, dlatego też takie ustalenia SIWZ w pełni zabezpieczają jego interesy i wystarczająco chronią przed negatywnymi konsekwencjami przywołanych przez Odwołującego, rzekomych nadużyć Zamawiającego. Ponadto na rozprawie dodał, że nie jest zasadne określenie ścisłego, jednolitego terminu na dostawę określonej partii towarów do Zamawiającego dla wszystkich wykonawców, gdyż, ich zdolności produkcyjne są różne. Ten fakt Zamawiający ustalił w trakcie korespondencji mailowej z potencjalnymi wykonawcami i tak np. jeden z wykonawców może wykonać taką samą dostawę w terminie nr 7 dni, innemu potrzebny jest termin dużo dłuższy np. miesiąc. Dlatego też brak podania jednolitego terminu umożliwia Zamawiającemu dopasowywanie terminu dostawy od możliwości technicznych i produkcyjnych danego wykonawcy. Przeciwno temu ostatniemu stanowisku oponował na rozprawie Odwołujący twierdząc, że w takiej sytuacji Zamawiający będzie mógł arbitralnie ustalać terminy dostaw dla każdego z wykonawców, co może spowodować faworyzowanie jednych wykonawców, a innym będzie ustalał nierealne terminy i będzie naliczał kary za nieterminowe wykonanie zamówienia.

Izba odnosząc się do stanowisk stron i przystępującego w zakresie tego zarzutu na wstępie stwierdza, że Zamawiający w sposób niezasadny dokonuje żonglowania przepisami ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Zamawiający powołuje się na prawo opcjonalnego wykonania zamówienia. W tym zakresie, co Izba stwierdziła powyżej, że przy tak opisanym sposobie ustalania wielkości realizacji zamówienia trudno jest potwierdzić, że Zamawiający zastosował w tym postępowania zasady opcji, gdyż nie ustalił jakkolwiek gwarantowanej ilości produktów, które w ramach zamówienia nabędzie od jednego czy kilku wykonawców. W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) oraz KIO z 23 lipca 2010 r. (sygn. Akt: KIO/UZP 1447/10) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia, bez wskazania wielkości gwarantowanej, minimalnej.

Odnosząc się do możliwości stosowania w zamówieniach przepisu art. 456 kodeksu cywilnego, zauważyć należy, że możliwość stosowania przepisów kodeksu cywilnego wynika między innymi z przepisu art. 14 Pzp który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wzajemna relacja pomiędzy obiema ustawami polega na tym, że Kodeks cywilny zawiera regulacje ogólne, w stosunku do których przepisy Pzp stanowią *lex specialis*. Dlatego też tylko w zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 456 kc *Jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia.*

Tym samym istotną jest kwestia, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może nie określić terminów realizacji poszczególnych zamówień częściowych. W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 29 ust.1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom uzyskać pewność co do poszczególnych elementów zamówienia, oczekiwań zamawiającego oraz obowiązków ciążących na wykonawcy, który będzie zamówienie realizował. Termin rozpoczęcia świadczenia usług należy uznać za element istotny, którego znajomość jest dla wykonawców niezbędna, po pierwsze do tego, aby w wyniku oceny własnych możliwości technicznych i organizacyjnych podjąć decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia, po drugie - zagwarantować należyte przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia po podpisaniu umowy. Ponadto z treści przepisu art. 36 ust.1 pkt 4 wynika, że w SIWZ musi obligatoryjnie znaleźć się określenie terminu bądź sposobu jego określania. Niewątpliwym jest, że w przypadku podziału zamówienia na części – zadania, to sposób określania terminu winien dotyczyć także części zamówienia, gdyż część może być przedmiotem odrębnej umowy wykonawcy z Zamawiającym. W tym zakresie zasadnym jest przywołanie orzeczenia KIO gdzie Izba stanęła na stanowisku, że termin rozpoczęcia świadczenia powinien być tak wyznaczony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania każdemu podmiotowi biorącemu udział w postępowaniu - wyrok z 12 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10. Wynika to z faktu, że wykonawca podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu musi skalkulować czy przewidziany przez Zamawiającego termin pozwoli mu na przygotowanie się do świadczenia usług.

Dlatego też w przedmiotowym postępowaniu powoływanie się na przepis art. 456 kc przy naruszeniu przepisu art. 29 ust 1 i 36 ust.1 pkt 4 jest niezasadne. Przepisy ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają pierwszeństwo przed przepisami kodeksu cywilnego, a te mogą być stosowane tylko wtedy gdy danej kwestii ustawa Pzp nie reguluje.

Brak wskazania terminu realizacji zamówienia oraz stwierdzenie Zamawiającego iż będzie on dostosowywał terminy dostaw dla poszczególnych wykonawców, w zależności od ich możliwości produkcyjnych i technologicznych jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7ust.1 Pzp).

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ w tym zakresie i określenia minimalnego – realnego terminu dostawy, takiego samego dla każdego z wykonawców. Izba nie nakazała ustalenia zgodnie z żądaniem Odwołującego minimalnego terminu na poziomie 14 dni od daty złożenia zamówienia przez Zamawiającego, gdyż uznała, że Zamawiający ma prawo w sposób płynny regulować dostawy produktów i termin dostawy może być uzależniany od wielkości zamawianej partii towarów. Dlatego też Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut w części.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący