

WYROK
z dnia 12 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2014 r. przez wykonawcę **K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Firma Handlowo-Usługowa „SEWRENA”, ul. Parkowa 2, 33-340 Stary Sącz,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica,**

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II: Przedmiot zamówienia, w punkcie II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji, Rozpoczęcie - przez wykreślenie daty „1.7.2014”;

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Firma Handlowo-Usługowa „SEWRENA”, ul. Parkowa 2, 33-340 Stary Sącz;

2.1 zasądza od zamawiającego Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89, 59-220 Legnica na rzecz wykonawcy K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Firma Handlowo-Usługowa „SEWRENA”, ul. Parkowa 2, 33-340 Stary Sącz, kwotę **19 251 zł 92 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) tytułem wpisu od odwołania, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Firma Handlowo-Usługowa „SEWRENA” z siedzibą w Starym Sączu - wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy kwasu solnego spożywczego TC/05/2014 (ogłoszenie o zamówieniu 2014/S 098-171024 z dnia 22 maja 2014 r.) prowadzonym przez zamawiającego - Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy.

Odwołujący wskazał zakresy kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia:

- 1) określającego termin realizacji dostawy w ciągu 24 godzin od otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu (pkt 4 SIWZ),
- 2) dopuszczającego możliwość wcześniejszego wypowiedzenia umowy bez określenia okoliczności, w których może to nastąpić (§ 5 ust. 6 wzoru umowy),
- 3) określającego możliwość ograniczenia liczby dostaw (ilości zamówienia) bez wskazania maksymalnego poziomu zmniejszenia,
- 4) wzoru umowy o karach umownych w zakresie, w jakim za to samo naruszenie przewidziano od wykonawcy karę dwukrotnie wyższą niż od zamawiającego (§ 4 ust. 7 lit. c i e),
- 5) postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w części, w jakiej określa termin początkowy realizacji zamówienia poprzez oznaczenie konkretnej daty kalendarzowej.
- 6) brak w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp” lub „ustawa” i innych przepisów prawnych:

- 1) art. 7 i art. 29 Pzp przez ustalenie nierealnego 24 godzinnego terminu wykonania dostawy od otrzymania zapotrzebowania, przez co utrudniono udział w przetargu dostawcom z miejscowości innych niż przyległe do siedziby zamawiającego, uprzywilejowując tym samym lokalnego dostawcę dotychczasowego,
- 2) art. 7 i art. 29 Pzp przez dopuszczenie możliwości wcześniejszego wypowiedzenia umowy bez wskazania warunków, w jakich może to nastąpić tj. z naruszeniem zasady pewności obrotu i bez stworzenia jakichkolwiek możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym

poziomie,

- 3) art. 7 w zw. z art. 29 Pzp przez wprowadzenie opisu umożliwiającego dowolne ograniczenie liczby dostaw bez wskazania maksymalnego poziomu zmniejszenia, co powoduje brak jakichkolwiek możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie,
- 4) art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez zróżnicowanie wysokości kar umownych w stopniu powodującym przekroczenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego,
- 5) naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 Pzp przez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej, jako momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia pomimo, że nie jest możliwe przewidzenie kiedy postępowanie zostanie zakończone, co uniemożliwia przygotowanie się do realizacji dostaw z należyтым wyprzedzeniem,
- 6) art. 41 pkt 7 oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 Pzp przez nie zamieszczenie w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, przez co ogłoszenie to zawierało inne informacje niż ogłoszenie opublikowane w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu przez:

- 1) ustalenie realnego, trzydniowego terminu na wykonanie dostawy, licząc od dnia otrzymania zapotrzebowania,
 - 2) sprecyzowanie okoliczności, których wystąpienie uprawniało będzie do wcześniejszego wypowiedzenia umowy,
 - 3) ustalenie maksymalnej ilości o jaką mogą zostać zmniejszone zamówienia w stosunku do ilości wskazanej w umowie,
 - 4) ustalenie jednakowej wysokości kar umownych dla obydwu stron za jednakowe naruszenie warunków umowy,
 - 5) ustalenie początkowego terminu realizacji zamówienia przez wskazanie miesięcznego terminu liczonego od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne,
 - 6) umieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia
- oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa przez pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał następujące okoliczności.

1. W treści SIWZ na dostawy kwasu spożywczego zamawiający na str. 3 zawarł opis, że dostawca zrealizuje każdorazową dostawę w ciągu 24 godzin od chwili otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu. Czas realizacji dostawy (maksymalnie 24 godziny) oznacza okres liczony od chwili otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu do czasu dostarczenia autocysterny na punkt rozładowczy w IMN O/Legnica. Powyższy opis powoduje, że realizacja zamówienia przez dostawców z odległych miejscowości jest niewykonalna i nierealna. Ustalenie takiego czasu reakcji, przy jednoczesnej możliwości złożenia zapotrzebowania o każdej godzinie doby (a więc także już po godzinach normalnej pracy przedsiębiorstwa np. w godzinach wieczornych za pomocą faksu) powoduje, że wykonawca będzie mógł podjąć przygotowania dostawy dopiero dnia następnego, podczas gdy czas reakcji liczony jest od momentu otrzymania zapotrzebowania. Realnie wykonawcy zostanie więc kilka godzin na dojazd i zorganizowanie załadunku u producenta kwasu i pokonanie autocysterną kilkuset kilometrów do miejsca dostawy. Jest to z oczywistych względów niemożliwe i niewykonalne, dlatego wykonawcy spoza terenu zamawiającego, nawet jeśli zdecydują się wziąć udział w przetargu, muszą uwzględniać konieczność doliczenia do ceny oferty wartości ewentualnych kar umownych za spóźnione dostawy, co zdecydowanie zmniejsza szanse wygrania przetargu i stawia ich w niewspółmiernie gorszej sytuacji od dostawców lokalnych. Dlatego odwołujący zarzuca, że opis ten wprowadzono do SIWZ w celu uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy, który nie dość, że zlokalizowany jest blisko zamawiającego, to posiada już doświadczenie w jakich godzinach i w jakim trybie zwykle składane są zapotrzebowania. O powyższym świadczy, że w latach poprzednich zamawiający kontraktował dostawy kwasu solnego z 3 dniowym terminem realizacji. Umowy z tych lat odwołujący przedłożył jako dowód na rozprawie. Zamówienie, obejmujące dostawy kwasu na rok 2014 i 2015 zostało przez zamawiającego ogłoszone pomimo, że odwołujący 3 tygodnie wcześniej wygrał u tego samego zamawiającego przetarg znak: TC/01/2014 na realizację tych samych dostaw kwasu solnego w 2014 r. Zamawiający najpierw próbował utrudnić zawarcie umowy odwołującemu, zapowiadał unieważnienie przetargu, a kiedy doszło już do zawarcia umowy, natychmiast ogłosił kolejny przetarg na te same (równoległe) dostawy, przy czym wprowadził opis o 24 godzinnym czasie reakcji, co ma uniemożliwić odwołującemu udział w tym zamówieniu. Jest to działanie niemieszczące się w jakichkolwiek legalnych granicach i niezgodzące z precedensami, tym bardziej, że w przetargu TC/01/2014 zamawiający przewidział 3 dniowy termin reakcji na zgłoszenie. Wszystko to wskazuje, że brak jest racjonalnych powodów ustalenia 24 godzinnego czasu reakcji. Nie wynika to ani z potrzeb, ani z dotychczasowego rytmu zaopatrywania zamawiającego w surowiec, a opis ten ma jedynie uprzywilejować dotychczasowego lokalnego dostawcę. W orzecznictwie podkreśla się, że wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia jest

faktycznie - preferowaniem dotychczasowego dostawcy i jest tym samym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z 23 sierpnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07, UZP/ZO/0-1031/07, UZP/ZO/O-1044/07, podobnie wyrok KIO z 22 lipca 2009 r. sygn. KIO/UZP 874/09). Dlatego odwołujący domaga się zmiany SIWZ w tym zakresie i ustalenia 3-dniowego czasu dostawy, bowiem dotychczas taki termin funkcjonował we wszystkich poprzednich zamówieniach na dostawy kwasu u zamawiającego.

2. We wzorze umowy zamawiający przewidział możliwość swobodnego wypowiedzenia umowy przed terminem, na który została zawarta, przy zachowaniu 2-miesięcznego okresu wypowiedzenia. Opis taki jest niedopuszczalny w umowach terminowych, bowiem jego zamieszczenie powoduje, że wykonawca nie ma możliwości ocenić jaki będzie nawet zbliżony realny poziom zamówienia. W każdej chwili może bowiem dojść do wypowiedzenia umowy, co spowoduje, że zakładane ilości dostaw nie zostaną zrealizowane. Problem ten był już przedmiotem orzeczeń KIO i sądów powszechnych, które wskazywały, że opis taki stanowi nadużycie przez zamawiającego pozycji zajmowanej w postępowaniu i powoduje brak możliwości zaplanowania nawet przybliżonego poziomu sprzedaży (wyrok KIO z dnia 29 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1839/09). Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1372/08) stwierdzono, że w takiej sytuacji wykonawcy nie mają możliwości skalkulowania ceny oferty w sposób, który zapewniałby im określenie rentowności przedsięwzięcia. Także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 r., (sygn. akt V Ca 1110/04) wskazano, że „wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że opisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie.” Intencja zamawiającego zamieszczającego taki opis nie jest trudna do przewidzenia, bowiem na przykładzie wspomnianego już postępowania TC/01/2014 r., zamawiający niezadowolony z wygranej innego wykonawcy niż oczekiwał, organizuje kolejny przetarg na ten sam przedmiot zamówienia, zмирzając do wcześniejszego rozwiązania zawartej umowy i zawarcia kolejnej z innym, preferowanym przez siebie wykonawcą.

Podobne zagrożenie rysuje się także w przedmiotowym postępowaniu, a kwestionowane opisy mają tego rodzaju niedopuszczalne praktyki umożliwić. Dlatego ww. opisy jako naruszające uczciwą konkurencję i niepozwalające zaplanować poziomu sprzedaży, a tym samym ustalić ceny, która zależy głównie od ilości dostaw, powinny zostać uszczegółowione przez wskazanie w jakich okolicznościach możliwe będzie

wypowiedzenie umowy.

3. Z tych samych przyczyn odwołujący uznał za niedopuszczalny opis zawarty na str. 3 SIWZ oraz odpowiadający mu opis w § 1 ust. 12 wzoru umowy, który pozwala zamawiającemu na nieograniczoną możliwość zmniejszenia liczby dostaw bez wskazania maksymalnego poziomu zmniejszenia. Jest oczywistym, że zamawiający nie może dokładnie przewidzieć ilości dostaw i pewien margines zmniejszenia ma prawo zakładać. Kwestionowany opis narusza jednak zasadę uczciwej konkurencji oraz pewności obrotu, bowiem nie wskazuje maksymalnego poziomu zmniejszenia dostaw, do jakiego uprawniony jest zamawiający. Powoduje to, że wykonawca nie może realnie zaplanować poziomu sprzedaży oraz ustalić odpowiedniej ceny. Dlatego odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu wprowadzenia opisów dotyczących maksymalnych ilości zmniejszenia, tak aby możliwe było ustalenie realnego poziomu sprzedaży i tym samym oferowanie odpowiedniej ceny.

4. We wzorze umowy zamawiający przewidział za to samo naruszenie dwukrotnie wyższą karę umowną od wykonawcy, w stosunku do kary ustalonej dla siebie (§ 4 ust. 7 litera c i e). Takie zróżnicowanie sytuacji stron powoduje naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, bowiem stanowi przekroczenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dlatego odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu zrównania odpowiedzialności obu stron do tego samego poziomu.

5. W treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że rozpoczęcie realizacji dostaw nastąpi od 1 lipca 2014 r. Takie ustalenie początkowego terminu realizacji dostaw stanowi naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 Pzp, bowiem nie jest możliwe przewidzenie kiedy postępowanie zostanie zakończone i czy od jego zakończenia do dnia 1 lipca 2014 r. zostanie tyle czasu, aby dostawca zawarł niezbędne umowy i zorganizował warunki do realizacji zamówienia. To z kolei uniemożliwia przygotowanie się do realizacji z należytym wyprzedzeniem. Biorąc przy tym pod uwagę 24 godzinny termin realizacji dostawy, wykonawca stoi przed sytuacją, w której bez wiedzy kiedy skończy się postępowanie i kiedy podpisze umowę, liczyć musi się z ewentualnością natychmiastowego zrealizowania dostawy, bez żadnego okresu na przygotowanie się do tego. Taka sytuacja naraża wykonawców na odpowiedzialność odszkodowawczą. Ponadto taki sposób ustalenia początkowego terminu realizacji zamówienia może prowadzić do pierwotnej niemożliwości świadczenia, która wystąpi w sytuacji, w której postępowanie nie zakończy się do 1 lipca br. np. z uwagi na wnoszone środki ochrony prawnej, co z kolei prowadziło będzie do konieczności unieważnienia postępowania. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 707/08) stwierdzono, że *wskazanie na etapie postępowania przetargowego konkretnej daty rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiająca rozpoczęcie*

usługi w wymienionej dacie.(...) Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacja w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”. Podobne tezy zawarto w wyroku Izby z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1123/10) uwzględniającym zarzut wadliwego wyznaczenia terminu kalendarzowego w postępowaniu na zakup usług oraz w wyroku Izby z dnia 9 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 54/10). Z powyższych względów odwołujący domaga się ustalenia terminu początkowego realizacji zamówienia poprzez wskazanie miesięcznego okresu liczonego od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne np. terminu miesięcznego.

6. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zamieszczono opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, przez co ogłoszenie to zawierało inne informacje niż ogłoszenie opublikowane w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej. Stanowi to naruszenie art. 41 pkt 7 oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 Pzp. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/KU 1/11, ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej *winny mieć identyczną treść, bez względu na rodzaj zamieszczenia czy też publikatora. Jest to szczególnie istotne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym oczywistym jest, że każdy z wykonawców mających dostęp obojętnie do którego z ww. ogłoszeń winien mieć możliwość zapoznania się z tą samą treścią.* W świetle powyższego konieczne jest nakazanie zamawiającemu zamieszczenia tych samych informacji we wszystkich wymienionych ogłoszeniach.

Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2014 r., zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem ustawowego terminu. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z zamiaru uzyskania zamówienia, które zgodne jest z profilem prowadzonej przez odwołującego działalności gospodarczej, a zaskarżone postanowienia uniemożliwiają jego uzyskanie.

Zamawiający Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy, wniósł o:
- oddalenie odwołania, - zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł na podstawie rachunków, które zamawiający dostarczy do akt sprawy w dniu rozprawy - zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

W uzasadnieniu zamawiający wyjaśnił, co następuje.

Ad 1. Zamawiający przyznał, że w SIWZ ustalił 24-godzinny termin realizacji dostawy z uwagi na ścisły reżim technologiczny obowiązujący u zamawiającego, który wymaga bezwzględnego utrzymania ciągłości procesu produkcyjnego, opartego na krystalizacji chlorku cynku z roztworu.

Przez takie określenie warunków przetargu zamawiający poszukuje wykonawcy, którego potencjał techniczny pozwoli na wsparcie technologii zamawiającego dynamicznymi dostawami *Just In Time*, których realizacja jest możliwa nie tylko przez posiadanie zakładu produkcyjnego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, ale również przez zorganizowanie magazynu buforowego kwasu, zapewniającego utrzymanie stałej ilości produktu na potrzeby zamawiającego.

Odwołujący FHU „Sewrena” K. S. może nie dysponować odpowiednim potencjałem technicznym i ekonomicznym, by świadczyć dostawy na rzecz zamawiającego, nie oznacza to jednak, że zamawiający ma obowiązek obniżyć swoje wymagania wobec dostawców i przyjąć możliwość świadczenia usług w sposób gorszy niż określono w SIWZ, zwłaszcza w kontekście konieczności wydatkowania środków pieniężnych w sposób oszczędny i celowy zgodnie z dyscypliną finansów publicznych.

W związku z brakiem możliwości zamawiającego do magazynowania kwasu solnego spożywczego, zarówno pod względem technicznym przez brak odpowiedniej infrastruktury magazynowej, jak i pod względem prawnym, z uwagi na brak takich opisów w pozwoleniu zintegrowanym wydanym przez Marszałka Województwa Dolnośląskiego, zamawiający wprowadził w technologii produkcji chlorku cynku techniki zarządzania jakością *Just In Time*, opartą o dostarczanie każdemu procesowi produkcyjnemu wszystkich potrzebnych elementów w wymaganym momencie i wymaganej ilości. Metoda zakłada organizację produkcji na zasadzie ciągnięcia surowców i półproduktów z wcześniejszych ogniw procesu, co umożliwia minimalizację zapasów i została wdrożona już w latach 50-tych XX wieku w zakładach Toyoty, a jej główną korzyścią jest zredukowanie czasu realizacji do minimum, co przynosi istotne oszczędności związane z redukcją zapasów.

Porównanie zasad udzielania zamówień w latach ubiegłych należy uznać za bezzasadne, z uwagi na zmianę technologii produkcji zamawiającego, wprowadzoną w celu ograniczenia strat produkcyjnych.

Zgodnie z tą zmianą, zamawiający zamierza zwiększyć zużycie kwasu solnego i w powiązaniu ze zmianą niektórych innych parametrów procesu, zwiększyć jego dynamikę i jakość otrzymywanego chlorku cynku.

Ponadto, zamawiający rozpoczął pracę badawczą dotyczącą odzysku ołowiu z odpadowych pyłów z produkcji miedzi, niezwiązaną z produkcją chlorku cynku.

Zamawiający prowadzi obie technologie w dwóch oddzielnych zakładach produkcyjnych w osobnych instalacjach, dlatego też podniesiony przez odwołującego fakt udzielenia uprzednio zamówienia na dostawy kwasu solnego w postępowaniu TC/01/2014 nie ma związku z przedmiotowym postępowaniem TC/05/2014.

Z uwagi na badawczo - doświadczalny charakter działalności zamawiającego (państwowego instytutu badawczego), opracowanie nowej technologii i związane z tym zwiększenie zapotrzebowania na kwas solny może wygenerować zwiększone obroty na tym rynku, co winno spotkać się z aprobatą podmiotów produkujących i pośredniczących w obrocie kwasem solnym.

Można domniemywać i odnieść wrażenie, że FHU „Sewrena” nie posiada technicznego i ekonomicznego potencjału, który pozwoliłby na pokrycie dodatkowego zapotrzebowania na kwas solny, podobnie jak nie ma możliwości spełnienia potrzeb zamawiającego w zakresie dynamicznego systemu dostaw.

Należy przy tym podkreślić, że zamawiający nie utrudniał wykonawcy FHU „Sewrena” podpisania umowy w uprzednim postępowaniu TC/01/2014, jak podniesiono w odwołaniu. Tekst umowy został niezwłocznie przesłany wykonawcy do podpisu, a zwrot podpisanych egzemplarzy odnotowano po upływie 60 dni, po wielu monitach w tej sprawie.

Ad 2. Zamawiający określił możliwość wypowiedzenia umowy przez jakąkolwiek ze stron z zachowaniem 2-miesięcznego terminu wypowiedzenia, co w świetle zwyczajowej praktyki rynkowej nie odbiega od innych rozwiązań stosowanych w umowach na dostawy materiałów i surowców. 2-miesięczny okres wypowiedzenia umożliwia znalezienie nowego dostawcy lub nowego klienta bez ingerencji w dynamikę obrotu danym produktem. Z uwagi na fakt, że rynek kwasu solnego nie jest rynkiem regulowanym, żadna ze stron stosunku prawnego nie będzie w stanie przewidywać zachowań rynku i utrzymać pewności obrotu drugiej strony. Tym bardziej zamawiający nie zamierza zawierać stosunków prawnych, których w obliczu radykalnych zmian warunków rynkowych nie mógłby w sposób cywilizowany wypowiedzieć. Trudne do skomentowania przewidywania odwołującego w stosunku do działań zamawiającego jakie miałby on podjąć w przyszłości, należy uznać jako niezwiązane z rzeczywistością.

Z uwagi na otwarty charakter procedur stosowanych przez zamawiającego, nie sposób zaakceptować twierdzenia odwołującego, jakoby celem zamawiającego byłoby udzielenie zamówienia z góry określonego wykonawcy.

Ad 3. Zamawiający w SIWZ określił wielkość miesięcznych dostaw na poziomie 65 ton 100% kwasu solnego spożywczego z możliwością zmniejszenia wielkości dostaw. Z uwagi na ścisłe powiązanie produkcji u zamawiającego z makroekonomiczną sytuacją globalnego przemysłu elektrochemicznego, nie ma możliwości określenia z całą pewnością wielkości zapotrzebowania na kwas solny w kolejnych okresach.

Ad 4. Odwołujący błędnie odczytał opublikowane w ogłoszeniu informacje. W SIWZ nie ma zróżnicowania kar umownych wobec stron stosunku zobowiązaniowego. Zarzut bezpodstawny.

Ad 5. Zamawiający nie określił konkretnej daty kalendarzowej, jako terminu rozpoczęcia świadczenia dostaw. Celem jednak doprecyzowania i uściślenia opisów SIWZ, zamawiający dokonał zmiany treści § 1 ust. 4 Istotnych Warunków Umowy, który obecnie brzmi: „Dokładne terminy dostarczenia poszczególnych partii produktu będą uzgadniane i potwierdzane pomiędzy stronami umowy drogą elektroniczną (poczta e-mail) lub telefonicznie bez dodatkowych pisemnych potwierdzeń. Pierwsze zamówienie zostanie złożone nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy. Dopuszcza się realizację dostaw na podstawie wcześniej opracowanego i obustronnie zatwierdzonego harmonogramu.”

Zmiana ma na celu uzależnienie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia od daty podpisania umowy i umożliwienie wykonawcy przygotowania pierwszej dostawy zgodnie z umową.

Ad 6. Zamawiający w dniu 28.05.2014 r. uzupełnił ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o wskazane informacje. Odwołanie w tej części należy uznać jako bezprzedmiotowe.

Podsumowując powyższe zamawiający uznał, że prawdopodobnie odwołujący FHU „Sewrena” K. S. nie dysponuje odpowiednim dla skali zamówienia potencjałem technicznym i ekonomicznym i w związku z tym zamierza wymusić ukształtowanie stosunku prawnego z zamawiającym w drodze orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Stanowi to poważne zagrożenie wolnorynkowych zasad konkurencji, czego dowodem jest fakt, że zamawiający zamówił już trzy dostawy w FHU Sewrena na mocy uprzedniego przetargu TC/01/2014, z czego żadna nie odpowiadała jakościowo przedmiotowi zawartej umowy.

Z uwagi na to, zamawiający poddał w wątpliwość istnienie ekonomicznego i prawnego interesu FHU „Sewrena” w udziale w postępowaniu TC/05/2014, nie doszło jeszcze bowiem do udokumentowanej dostawy zgodnej z przedmiotem zamówienia, co przy zawartych przez zamawiającego umowach na dostawy chlorku cynku będzie skutkowało powstaniem wymiernych strat finansowych.

Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi zarzutami odwołującego. Zamawiający ma uprawnienie działając w granicach określonych przepisami prawa, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, czy określenia ram jego realizacji (np. określenie ram czasowych jego realizacji). Zamawiający ma też prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych.

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że w opisach SIWZ jest ograniczenie

uczciwej konkurencji. Rozumowanie odwołującego jest błędne, gdyż nie można tego rozumieć w ten sposób, że zamawiający nie może ustalać standardów przez stawianie wymogów mających na celu wykonanie zamówienia zgodnie z jego założeniami.

Mając na względzie powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania oraz zastępstwa procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy - art. 39 Pzp. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, zatem brak jest podstaw by uznać, że nie jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania.

Obok wskazanej przesłanki warunkującej wniesienie odwołania - czynnej legitymacji procesowej wykonawcy, w art. 180 ust. 1 Pzp został uregulowany zakres odwołania - bierna legitymacja procesowa - odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenia zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Odwołujący wniósł odwołanie przedstawiając zarzuty w punktach 1-6. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, w kolejności zarzutów odpowiednio wskazanej w odwołaniu.

Na rozprawie odwołujący cofnął zarzuty 4 i 6 uzasadniając stanowisko następująco:

4) naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez zróżnicowanie wysokości kar umownych w stopniu powodującym przekroczenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego - zarzut został omyłkowo wskazany w tym odwołaniu oraz

6) naruszenie art. 41 pkt 7 oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 Pzp przez nie zamieszczenie w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny i spełnienia, przez co ogłoszenie to zawierało inne informacje niż ogłoszenie opublikowane w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców - zamawiający w dniu 28.05.2014 r. uzupełnił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o wskazane informacje.

Izba rozpoznała zarzuty przedstawione w punktach 1-3 i 5 odwołania w ich granicach, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp (Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), rozstrzygając o żądaniach przedstawionych w odwołaniu - § 34 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) - orzeczenie zawiera: pkt 4 - w przypadku wyroku - rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Izba miała na uwadze, że zarzutem jest wyraźne wskazanie konkretnej czynności zamawiającego mającej, zdaniem odwołującego, stanowić naruszenie przepisu prawa i określenie sposobu jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne, zarówno formułowanie, jak i doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania (wyrok z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13).

Odwołujący wskazał jednakową podstawę prawną dla wszystkich 4 zarzutów rozpoznanych na rozprawie - naruszenie art. 7 i art. 29 lub art. 7 w zw. z art. 29 Pzp - niezależnie od okoliczności faktycznych przypisanych poszczególnym zarzutom, odnoszących się do zasad przygotowania postępowania, wskazania terminu wykonania zamówienia, opisu sposobu wykonania zamówienia oraz zakresu związanego z realizacją umowy.

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Pzp wystąpi i będzie mogło być stwierdzone tylko wtedy, gdy będą miały miejsce i zostaną wykazane konkretne braki w kompletności lub jasności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiające poprawne przygotowanie oferty (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2272/12, 2333/12, 2349/12, 2350/12), natomiast ust. 2, gdy zostanie wykazana możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przez niezgodny z przepisami ustawy opis przedmiotu zamówienia.

Izba uznała jeden zarzut za udowodniony i w istocie przyznany przez zamawiającego i tego powodu uwzględniła odwołania, tj. zarzut - *5) dotyczący treści ogłoszenia o zamówieniu w części, w jakiej określa termin początkowy realizacji zamówienia przez oznaczenie konkretnej daty kalendarzowej.*

Zamawiający przyznał w toku rozprawy i przedłożył dokumenty, z których wynika, że w ogłoszeniu o zamówieniu podał datę rozpoczęcia realizacji zamówienia 1.07.2014 r., która jest datą nierealną w sytuacji, gdy termin składania ofert upływa w dniu 30 czerwca 2014 r.

W ogłoszeniu o zamówieniu *Sekcja II: Przedmiot zamówienia, II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji*, zamawiający podał daty - *Rozpoczęcie 1.07.2014, Zakończenie 31.12.2015.*

W pkt 5 SIWZ – zamawiający opisując: *Termin realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 31.12.2015 roku lub do czasu wyczerpania ilości objętej przedmiotem zamówień* - nie określił początkowej daty i nie wskazał innego zdarzenia oznaczającego rozpoczęcie terminu realizacji zamówienia.

W związku z wniesionym odwołaniem, zamawiający dokonał częściowej zmiany postanowienia w § 1 ust. 4 Istotnych warunków umowy - załącznik na 6 do SIWZ, dodając w treści opisu sposobu ustalania terminów dostarczania poszczególnych partii produktu, zdanie: *Pierwsze zamówienie zostanie złożone nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy* - opis odnoszący się do sposobu wykonania zamówienia i niewskazujący terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, gdyż *nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy* oznacza, że czynność może nastąpić po upływie 3 dni od daty zawarcia umowy w każdym czasie.

Zatem, jedynym wskazanym terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia jest termin podany w ogłoszeniu o zamówieniu - 1.07.2014, termin nierealny ze względu na termin składania i otwarcia ofert w dniu 30.06.2014 r. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający nie określił konkretnej daty kalendarzowej, jako terminu rozpoczęcia świadczenia dostaw, gdyż przeczy temu treść ogłoszenia o zamówieniu.

Zarzut odwołania dotyczy ogłoszenia o zamówieniu, stąd Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu wykreślenie tej daty. Natomiast określenie daty faktycznego rozpoczęcia realizacji zamówienia należy do uprawnień zamawiającego.

Doprecyzowanie i uściślenie opisów SIWZ przez zmianę treści § 1 ust. 4 Istotnych warunków umowy przez dodane zdanie - *Pierwsze zamówienie zostanie złożone nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy* - jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - *mające na celu uzależnienie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia od daty podpisania umowy i umożliwienie wykonawcy przygotowania pierwszej dostawy zgodnie z umową* - nie usuwa nierealności daty rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia wobec wskazanego terminu składania i otwarcia ofert.

Przepisy - art. 41 pkt 6 dotyczącego ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczącego SIWZ - zobowiązują zamawiającego do zamieszczenia w tych dokumentach terminu wykonania zamówienia. Terminy podane w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, wobec tożsamej treści wskazanych przepisów, powinny być również tożsame.

Izba uwzględniając zarzut - *wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu konkretnej daty kalendarzowej, jako momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia pomimo, że nie jest możliwe przewidzenie kiedy postępowanie zostanie zakończone* i powstałej w ten sposób kolizji w związku z wyznaczonym terminem składania ofert do dnia 30.06.2014 r. (argumentacja odwołującego podniesiona na rozprawie) - jako zasadny, nie podzieliła żądania odwołującego - *nakazania zamawiającemu ustalenia początkowego terminu realizacji zamówienia przez wskazanie miesięcznego terminu liczonego od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne*.

Termin wykonania zamówienia, w tym rozpoczęcia realizacji dostawy, należy do wyłącznych uprawnień zamawiającego i nie może być wynikiem nakazu, ze skutkiem dogodnym dla jednego z potencjalnych wykonawców.

Izba nie uwzględniła pozostałych rozpoznanych trzech zarzutów.

Zarzut 1. Naruszenie art. 7 i art. 29 Pzp przez określenie nierealnego terminu realizacji dostawy w ciągu 24 godzin od otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu (pkt 4 SIWZ).

Zamawiający opisał w pkt 4 SIWZ, że przedmiotem zamówienia są dostawy kwasu solnego spożywczego w ilości około 1170 ton stuprocentowego kwasu, do końca 2015 r., z realizacją comiesięczną co najmniej 65 ton/miesiąc HCl (w przeliczeniu na sto procent). Wskazał, że dokładne terminy dostarczenia poszczególnych partii produktu będą uzgadniane telefonicznie i potwierdzane pomiędzy stronami umowy drogą elektroniczną (poczta e-mail). Dopuścił realizację dostaw na podstawie wcześniej opracowanego i obustronnie zatwierdzonego harmonogramu. Określił też miejsce dostawy. W dalszej części opisu wskazał, że dostawca zrealizuje każdorazową dostawę w ciągu 24 godzin od chwili otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu. Czas realizacji dostawy (maksymalnie 24 godziny) oznacza okres liczony od chwili otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu do czasu dostarczenia autocysterny na punkt rozładowczy w IMN O/Legnica.

Opis ten powtórzył w § 1 ust. 1-5 Istotnych warunków umowy, stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia w SIWZ istotnych dla stron postanowień, 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.

Opisując czas dostawy poszczególnych partii kwasu w części podstawowej SIWZ i w Istotnych warunkach umowy, odpowiadających opisowi, o którym stanowi wskazany przepis dotyczący obligatoryjnych postanowień SIWZ, zamawiający wykazał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie zasadność wymagania zamieszczonego w SIWZ.

Izba uznała argumentację zamawiającego - że dostawa w określonym czasie jest niezbędna ze względu na reżim technologiczny utrzymania procesu, oparty na krystalizacji chlorku cynku z roztworu, oczekiwane dostawy *Just In Time*, zorganizowanie magazynu buforowego kwasu i zapewnienie utrzymania stałej ilości produktu na potrzeby zamawiającego, jak też rozpoczęcie prac badawczych dotyczących odzysku ołowiu, prowadzenie dwóch technologii w dwóch oddzielnych zakładach produkcyjnych w osobnych instalacjach, dodatkowe zlecenie firmy japońskiej - za zasługującą na uwzględnienie,

a zatem uzasadniająca ustalenie opisanego w SIWZ czasu dostarczenia kwasu, w postępowaniu o dostawę kwasu na zmienionych warunkach dostawy, wszczętym odrębnie mimo zawartej z odwołującym umowy na dostawę kwasu do końca 2014 r.

Izba nie uwzględniła uzasadnienia odwołującego przedstawionego w odwołaniu i na rozprawie, że przeszkodę w przedstawionym opisie dostawy w rozpoznawanym postępowaniu stanowi dotychczasowa praktyka zamawiającego (rytm zaopatrzenia zamawiającego) - dostarczanie kwasu w ciągu 3 dni od daty otrzymania zgłoszenia o zapotrzebowaniu, na potwierdzenie czego odwołujący złożył: wzór umowy załączony do SIWZ w postępowaniu TC/01/2014 oraz dwie umowy z 25 marca 2013 r. i z 12 kwietnia 2012 r. zawarte przez zamawiającego z PCC ROKITA S.A. w Brzegu Dolnym.

Istotnym argumentem wskazanym w odwołaniu jest kwestia dyspozycyjności odwołującego w realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że wymagany czas reakcji, w sytuacji złożenia zamówienia o każdej godzinie doby, w tym w godzinach wieczornych, umożliwi mu podjęcie czynności dopiero w godzinach normalnej pracy w dniu następnym. Nie może być w tej sytuacji zaskoczeniem stanowisko zamawiającego, że poszukuje wykonawcy dyspozycyjnego, którego potencjał będzie podstawą zabezpieczenia potrzeb zamawiającego w czasie opisanym w SIWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu art. 7 i art. 29 Pzp przez zamieszczenie w SIWZ postanowienia o czasie dostawy. Uznała za słuszne stanowisko przyjęte w orzecznictwie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy zabezpieczającej potrzeby zamawiającego, ocenione zgodnie z zasadami funkcjonowania tego podmiotu. Sposób realizacji zamówienia dostosowany jest do potrzeb zamawiającego, a nie do możliwości ewentualnego wykonawcy. Zatem, brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp, prowadzącemu postępowanie o dostawę kwasu na innych zasadach w odniesieniu do dostawy poszczególnych partii produktu niż dotychczas, ze względu na przedstawione w toku postępowania odwoławczego i niepodważone przez odwołującego, potrzeby związane z realizacją zadań.

Wskazywana w odwołaniu argumentacja o naruszeniu zasad postępowania z uwagi na lokalizację siedziby wykonawcy - dostawcy kwasu w poprzednich okresach - w bliskiej odległości od siedziby zamawiającego, nie może stanowić podstawy nakazania zamawiającemu zmiany czasu dostawy na 3 dni na zasadzie dotychczasowej, jak wnioskował odwołujący. Na rozprawie stwierdzono, że wskazany wykonawca jest jedynym w Polsce producentem kwasu solnego spożywczego zamawianego przez zamawiającego, natomiast dostawców jest wielu, również kilku przejawiających zainteresowanie aktualnym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Podnoszone kwestie dotyczące okoliczności zawarcia i realizacji umowy pomiędzy stronami do końca 2014 r., nie stanowiły przedmiotu oceny Izby, nie mogły mieć i nie miały wpływu na rozstrzygnięcie rozpoznanego odwołania.

Zarzuty 2 i 3 - naruszenie art. 7 i art. 29 lub art. 7 w zw. z art. 29 Pzp przez dopuszczenie możliwości wcześniejszego wypowiedzenia umowy bez określenia okoliczności, w których może to nastąpić (§ 5 ust. 6 wzoru umowy) (2) i określenie możliwości ograniczenia liczby dostaw (ilości zamówienia) bez wskazania maksymalnego poziomu zmniejszenia (3).

2. Zamawiający zamieścił w § 5 ust. 6 Istotnych warunków umowy postanowienie o możliwości rozwiązania przez każdą ze stron umowy za 2-miesięcznym okresem wypowiedzenia, złożonym na koniec miesiąca kalendarzowego (...). Postanowienia takie zamieszczał we wszystkich zawieranych umowach (potwierdzenie zamawiającego), czego dowodem są złożone na rozprawie przez odwołującego - wzór umowy zawartej z odwołującym i dwie poprzednie umowy z lat 2012-2013.

Jednocześnie w punkcie 19 SIWZ zamawiający wskazał w dwóch częściach dopuszczalne istotne zmiany postanowień zawartej umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp. W części I określił zakres dozwolonych zmian - punkty 1-4, w części II warunki dokonania zmian - punkty 1-7.

Oceniając powyższe Izba miała na uwadze, że przepisy ustawy Pzp stanowiące o umowach w sprawach zamówień publicznych (Dział IV) wskazują w art. 142 ust. 1, że umowę zawiera się na czas oznaczony. Wyjątki zostały określone w art. 143 ust. 1 i 1a.

W art. 144 ust. 1 Pzp ustawodawca dopuścił możliwość dokonywania zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w zakresie zmian nieistotnych - bez ograniczeń, natomiast w zakresie zmian istotnych - pod warunkiem, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W takiej sytuacji, na etapie SIWZ, nie ma możliwości naruszenia wskazanego przepisu.

Natomiast w art. 145 ust. 1 Pzp zostało określone uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji ziszczenia się przesłanek, o których stanowi przepis.

Wskazane przepisy nie stanowią o wypowiedzeniu umowy ani w sensie pozytywnym (przyzwolenia), ani w sensie negatywnym (zakazu). W przepisie art. 139 ust. 1 Pzp określono, że do umów, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący, reprezentowany na rozprawie przez profesjonalnego pełnomocnika, nie wskazał przepisu (podstawy prawnej) z zakresu umów o zamówienie publiczne, który został naruszony w wyniku postanowienia zamieszczonego w projekcie umowy. Zakwestionował

wyłącznie brak określenia okoliczności, w których może dojść do wypowiedzenia umowy (brak określenia warunków, w jakich może to nastąpić), jednocześnie w żądaniu co do rozstrzygnięcia zarzutu, zamieścił wymóg nakazania zamawiającemu sprecyzowania okoliczności uprawniających wypowiedzenie umowy, nie wskazując zakresu żadanego sprecyzowania, chociaż zamawiający przedstawił w pkt 19 SIWZ okoliczności istotnych zmian umowy.

Izba podnosi, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny, zatem odwołujący wskazując naruszenie przepisów ustawy przez czynność zamawiającego i żądając zobowiązania zamawiającego do wykonania czynności określonej w przepisie, winien wskazać treść wnioskowanej czynności. Wyrok Izby nakazujący zamawiającemu wykonanie czynności wskazuje postanowienia umowne, które mają być wykreślone lub zamieszczone we wzorze umowy.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r., sygnatura akt wskazana wyżej, że *możliwość modyfikacji wyrokiem żądań odwołującego sformułowanych względem treści SIWZ doznaje zasadniczych ograniczeń (...), Izba nie może sama, niejako wyręczyć strony i zadecydować jaki kształt powinna przyjąć SIWZ i jak powinna zostać poprawiona w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.*

3. Końcowa ocena pkt 2 odnosi się również do zarzutu przedstawionego w pkt 3. W konstrukcji zarzutu - ograniczenia liczby dostaw bez wskazania maksymalnego poziomu zmniejszenia, odwołujący powołał się na postanowienie SIWZ, w uzasadnieniu wskazał str. 3 SIWZ i § 1 ust. 12 wzoru umowy. W treści żądania nie określił zakresu możliwego dopuszczalnego zmniejszenia, poniżej którego udział odwołującego w postępowaniu byłby nieopłacalny, a zatem nie wskazał ograniczenia możliwości złożenia oferty.

Izba uznała, że zamawiający wskazując ilość dostawy w terminach realizacji przedmiotu zamówienia - do dnia 31 grudnia 2015 r. lub do czasu wyczerpania ilości objętej przedmiotem zamówienia bądź wartości umowy, określając odrębnie każdorazowo dokładne terminy dostarczenia poszczególnych partii produktu, z możliwością obustronnego przyjęcia harmonogramu dostaw oraz płatności na rzecz dostawcy po dostarczeniu każdej partii towaru, nie powoduje po stronie odwołującego niemożności realnego zaplanowania poziomu sprzedaży oraz ustalenia odpowiedniej ceny, zwłaszcza w sytuacji, gdy odwołujący jest aktualnym dostawcą kwasu na rzecz zamawiającego. Podobne postanowienia zamawiający zamieszczał w poprzednio zawartych umowach, w tym w zawartej z odwołującym.

Do nakazania zamawiającemu określenia maksymalnego zmniejszenia dostawy, jak wskazano w pkt 2, niezbędne jest sformułowanie granic zmniejszenia.

Zamawiający powołując się na określenie wielkości miesięcznych dostaw na poziomie 65 ton 100% kwasu solnego spożywczego oświadczył, że nie ma możliwości określenia z całą pewnością wielkości zapotrzebowania na kolejne okresy.

W świetle powyższego należało uznać, że ze względu na sposób realizacji dostawy - uzgadnianie dostawy każdej partii przed jej realizacją (24 godziny), także sposób zapłaty za każdą dostawę odrębnie, brak jest podstaw do uznania, że kwestionowane postanowienie umowne, adresowane w sposób jednakowy do wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, narusza przepisy art. 7 Pzp w zw. z art. 29 Pzp.

Zamawiający powołując się na orzecznictwo sądowe w zakresie kształtowania postanowień umownych - Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11 i Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III Ca 88/09, wskazał na brak podstaw do kwestionowania umowy dlatego, że mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla konkretnego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznając za zasadny zarzut 5 odwołania, orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....