

**WYROK**

**z dnia 29 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **15 listopada 2013 r.** przez wykonawcę **Ensto Pol Sp. z o.o. ul. Starogardzka 17A, 83-010 Straszyn** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** w imieniu której postępowanie prowadzi: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok**, przy udziale wykonawców:

- A. SICAME Polska Sp. z o.o. ul. Pańska 73, lok. 900, 00-834 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. ASAJ Sp. z o.o. ul. Tetmajera 1, 08-110 Siedlce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie,**

**1.1.** nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym Istotnych Postanowień Umowy, w zakresie sprecyzowania minimalnej ilości osprzętu, który zostanie zakupiony w ramach umowy z wybranym wykonawcą zamówienia.

**1.2.** nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji w § 4 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowy, przez wskazanie, że zmiana miejsca dostawy może być wyznaczona jedynie w obrębie terytorium lokalizacji urządzeń sieci podmiotów, na rzecz których prowadzone jest postępowanie.

**2.** Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, w imieniu której postępowanie prowadzi: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Ensto Pol Sp. z o.o. ul. Starogardzka 17A, 83-010 Straszyn** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, w imieniu której postępowanie prowadzi: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok**, na rzecz odwołującego **Ensto Pol Sp. z o.o. ul. Starogardzka 17A, 83-010 Straszyn** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawę osprzętu do linii napowietrznych izolowanych nN oraz linii „gołych” SN”, ogłoszonym 5 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr 2013/S 214-373012, w dniu 15 listopada 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Ensto Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 5 listopada 2013 r. i dotyczy wszystkich 6 Zadań (części), na które podzielone jest zamówienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, w imieniu której postępowanie prowadzi PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
2. art. 7, art. 29 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 14 w związku z art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz stanowiący nadużycie prawa do kształtowania postanowień SIWZ i umowy;
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców;
4. innych przepisów wskazanych lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj.:

- 1) dokonania modyfikacji SIWZ i IPU poprzez określenie minimalnego stopnia realizacji zamówienia, które gwarantuje zamawiający, tj. minimalnego stopnia

realizacji umowy na poziomie 90% ceny, lub 80% ceny w każdym z asortymentów,

- 2) określenie minimum logistycznego dla zamówienia cząstkowego,
- 3) wykreślenie § 4 ust. 5 IPU, dającego zamawiającemu prawo do dowolnej zmiany miejsca dostawy, ponadto
- 4) wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego w odniesieniu do Zał. Nr 1A p.2.2. (uziemiacze),
- 5) o dopuszczenie oznaczenie logo/nazwa producenta i zakresu przekroju umieszczanego na osłonce przewodu, a oznaczenie typu na opakowaniu zbiorczym w odniesieniu do Zał. Nr 1A p.2.5 (oznakowanie),
- 6) o dopuszczenie możliwości zaoferowania uchwytów przelotowych o przekroju 25 - 120 mm<sup>2</sup> i oddzielnie uchwytów przelotowych o przekroju 16 mm<sup>2</sup> w odniesieniu do Zał. Nr 1B p.3.1.3 (uchwyty przelotowe),
- 7) o dopuszczenie możliwości zaoferowania opakowań kartonowych zamiast opakowań z tworzywa w odniesieniu do Zał. 1D, p.2.2 (pakowanie).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Według odwołującego, w wyniku naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie natomiast odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazywał nadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i jego uzyskanie. A zatem sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący sprecyzował następujące zarzuty odwołania.

Zarzut I. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia odwołujący poparł następującym orzecznictwem:

a) *„Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia może naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty.”* - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r sygn. akt KIO/UZP 1734/09;

b) orzeczenie z dnia 23 kwietnia 2009 r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726, w którym czytamy: *„Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji.”*

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia jest bowiem niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wyjaśniał, że przedmiot zamówienia stanowią sukcesywne dostawy osprzętu do ponad 30 lokalizacji. Zamawiający określił szereg elementów podlegających dostawie w bardzo krótkim czasie - pkt V.2 SIWZ określa, iż zamówienia częściowe będą realizowane w terminie nie krótszym niż 5 dni roboczych. Jednocześnie, osprzęt ma być dostarczany w ilościach każdorazowo podanych w zamówieniu.

Odwołujący podnosił, że w żadnym miejscu specyfikacji nie określono, jaką minimalną ilość realizacji zamówienia mają przyjąć wykonawcy, § 2 ust. 10 Istotnych Postanowień Umownych (dalej: IPU), stanowi, iż "Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia wobec zamawiającego w przypadku, gdy łączne wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 1 Umowy, będzie niższe od wynagrodzenia maksymalnego, o którym mowa w § 3 ust. 2. Ponadto Wykonawca oświadcza, że nie będzie dochodził roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego". Innymi słowy, warunkiem złożenia oferty i podpisania umowy jest zrzeczenie się roszczenia wobec zamawiającego.

Wykonawca nie może, więc mieć żadnej pewności, co do choćby minimalnej ilości danego elementu, jaka zostanie zamówiona.

Takie ukształtowanie postanowień SIWZ, zdaniem odwołującego prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie, w jakikolwiek sposób, przewidzieć ani ryzyka ani minimalnego wynagrodzenia, które uzyskają z realizacji zamówienia, a tym samym - nie mają możliwości oszacowania ceny oferty.

Podkreślał, że wskazywanie minimalnej ilości dostaw stanowi powszechną praktykę przy tego rodzaju zamówieniach. Zrozumiałą sytuacją jest, że zamawiający nie posiada wiedzy, co do dokładnego przyszłego zapotrzebowania na dane produkty, jednakże w perspektywie 12 miesięcy okresu realizacji umowy, powinien być w stanie wyznaczyć minimalną, gwarantowaną wykonawcy ilość dostaw. Ponadto, ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje odrębną instytucję w postaci prawa opcji, która z jednej strony umożliwia zamawiającemu jednostronne kształtowanie zakresu zamówienia, ale jednocześnie nie pozbawia wykonawców możliwości wyceny i oszacowania ryzyka takiego świadczenia. W przedmiotowym postępowaniu, ukształtowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie jest dostatecznie określony i utrudnia wykonawcom kalkulację ceny oferty.

Opis przedmiotu zamówienia poczytał odwołujący za niepełny, ze względu na specyfikę podlegających dostawie elementów. Aby zapewnić prawidłową realizację zamówienia, w tym również zachowanie kilkudniowego terminu dokonania dostawy, wykonawca powinien utrzymywać w magazynie zapas każdego rodzaju elementów objętych zamówieniem. Nie są to bowiem towary, w przypadku których możliwa jest produkcja bieżąca, w odpowiedzi na konkretne zapotrzebowanie odbiorcy. Po ustaniu 12-miesięcznego okresu obowiązywania umowy, możliwość zbycia pozostałych produktów, o specjalistycznym przeznaczeniu, będzie ograniczona. Tym samym, konieczne jest poniesienie znacznych wydatków początkowych, bez jakiegokolwiek możliwości przewidzenia czy i w jakim zakresie, choćby orientacyjnie, będzie je można pokryć z wynagrodzenia za realizację umowy.

Nieokreślenie minimalnych ilości produktów, które zamówi zamawiający stanowi ponadto naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż faworyzowany jest dotychczasowy dostawca przedmiotowego osprzętu, który posiada wiedzę, co do tego, które produkty najprawdopodobniej będą, lub nie będą zamawiane przez zamawiającego. Tym samym, podmiot taki szacując cenę zamówienia, będzie opierał się na innym zakresie informacji niż podany w SIWZ i posiadany przez pozostałych wykonawców.

Wobec powyższego, za zasadne przyjął odwołujący żądanie dokonania modyfikacji SIWZ i IPU poprzez określenie minimalnego stopnia realizacji zamówienia, które gwarantuje

zamawiający. Odwołujący wnosił o określenie minimalnego stopnia realizacji umowy na poziomie 90% ceny lub 80% ceny w każdym z asortymentów.

Odwołujący zarzucał, że wycenę oferty, a więc przedstawienie zamawiającemu rzetelnych i porównywalnych ofert, uniemożliwiają też za mało precyzyjne postanowienia SIWZ dotyczące transportu produktów. Zgodnie z SIWZ, koszty transportu do miejsca dostawy pokrywa wykonawca, § 5 ust. 14 IPU precyzuje, że wykonawca zobowiązany jest ponieść koszty rozładunku dostawy osprzętu; w tym zapewnić sprzęt do rozładunku w wyznaczonym miejscu dostawy. Oszacowanie kosztów nie jest możliwe, jeżeli zamawiający nie wskaże miejsca dostawy.

a. Ilości dostarczanych produktów, zgodnie z pkt V.2 SIWZ, będą każdorazowo określone w zamówieniach częściowych dla każdego miejsca dostawy. Nie określono przy tym minimalnej ilości zamawianego sprzętu dla jednej dostawy, tzw. minimum logistycznego. Oznacza to, że dostarczenie produktu do danej lokalizacji będzie konieczne, nawet w przypadku, gdy zamawiany będzie tylko jeden element, tańszy niż koszt samej dostawy. Niedoprecyzowanie SIWZ w zakresie minimalnej ilości produktów, na które może opiewać każdorazowe zamówienie częściowe, uniemożliwia wykonawcom rzetelną kalkulację ceny ich oferty.

Wykonawcy nie posiadają wystarczających informacji dla oszacowania ewentualnych kosztów i wyceny ryzyka realizacji zamówienia.

b. W SIWZ w pkt IV.6 określono miejsca dostaw dla poszczególnych oddziałów zamawiającego. Jednakże równocześnie, z § 4 ust. 5 IPU wynika, że: „Zamawiający na każdym etapie wykonywania umowy zastrzega sobie prawo do zmiany miejsca dostawy, przy czym miejsce to może być wyznaczone jedynie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zmiana miejsca dostawy nie wymaga zmiany umowy i może być dokonana w formie faxowego lub mailowego powiadomienia wykonawcy przez zamawiającego. Zmiana staje się skuteczna względem wykonawcy, jeśli została mu zakomunikowana najpóźniej na 3 dni przed datą dostawy, której dotyczy zmiana.” Prowadzi to do niejasności opisu przedmiotu zamówienia, gdy z jednej strony, zamawiający określa miejsca dostawy, (co jest pożądaną praktyką umożliwiającą wycenę tego elementu), a następnie, przewiduje *de facto* żądanie dostawy w dowolnym miejscu na terenie kraju. Określenie miejsca dostawy jest istotne ze względu na konieczność oszacowania kosztów, tym bardziej, iż § 5 ust. 14 IPU przewiduje, że wykonawca ponosi koszty rozładunku dostawy osprzętu; w tym zapewnienie sprzętu do rozładunku w wyznaczonym miejscu dostawy. O ile specyfika produktu nie przewiduje nadzwyczajnych kosztów związanych z rozładunkiem, o tyle możliwość dowolnej zmiany przez zamawiającego miejsca dostawy, może oznaczać według oceny odwołującego,

konieczność zapewnienia specjalistycznego sprzętu do rozładunku, wyłącznie ze względu na wybraną przez zamawiającego lokalizację, np. plac budowy.

Niejasne i niepełne oznaczenie przedmiotu zamówienia skutkuje niemożliwością prawidłowego oszacowania ceny oferty. Dlatego też, odwołujący wnosił o dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez:

- a. określenie minimum logistycznego dla zamówienia cząstkowego,
- b. wykreślenie § 4 ust. 5 IPU, dającego zamawiającemu prawo do dowolnej zmiany miejsca dostawy.

Przedstawioną wyżej argumentację, dotyczącą naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nie dość precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające wykonawcom prawidłową kalkulację ceny oferty, odwołujący wsparł następującym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej:

a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012.06.22, KIO 1207/12: *„Jakkolwiek, pomimo kontrowersji doktrynalnych w tym zakresie, skład orzekający Izby, nie wyklucza generalnego uprawnienia zamawiających do stosowania prawa opcji przy opisie przedmiotu zamówienia lub zastrzegania jednostronnego, umownego prawa odstąpienia od kontraktu, to jednak każdorazowo klauzule takie podlegały będą ocenie w świetle ich zgodności z zasadami i przepisami ustawy. Jak również możliwe i dopuszczalne jest nałożenie na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością, co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia (co może być związane np. z jego specyfiką), to jednak w świetle dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp, należy dążyć do minimalizacji tego typu niepewności. Powyższe może być osiągnięte np. przez możliwie jak najdokładniejsze opisanie i zobiektywizowanie kryteriów odstąpienia, umożliwiające ocenę ryzyka jego ziszczenia lub takie ograniczenie jego rozmiarów i zakresu, aby możliwa była jego sensowna wycena przez wykonawcę w ofercie. W rozpatrywanym przypadku zamawiający przewidział nazbyt arbitralną możliwość odstąpienia od realizacji zamówienia w zbyt wielkim zakresie, doprowadzając tym samym do nadmiernego stopnia niepewności, co do kształtu przedmiotu zamówienia/zobowiązania wykonawców.”*

b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010.11.16, KIO 2376/10: *„Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zważyć w tym miejscu należy, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego ma istotne znaczenie zarówno na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem wpływa na szacownie wartości*



*zamówienia a w konsekwencji na stosowane przez Zamawiającego regulacje prawne; jednocześnie opis przedmiotu zamówienia ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o postanowieniach przyszłej umowy. Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji może wpływać na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. (...) Automatyczne przejście pomiędzy ofertą złożoną w postępowaniu przetargowym a umową wzmacnia istniejący w art. 29 ust.1 ustawy obowiązek nałożony na Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia neutralnego opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.”*

Zarzut II. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym 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, czyli nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 K.c. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu (...) pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi K.c., w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353<sup>1</sup> K.c.”

Odwołujący wskazywał, że treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/459/11): *„Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.”*

W opinii odwołującego wskazywane powyżej wymagania dotyczące realizacji zamówienia, (z których każde znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach umowy), oprócz naruszenia przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, stanowią również nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego przy kształtowaniu warunków umownych.

Jak wskazuje utrwalone orzecznictwo KIO, jakkolwiek zasada swobody umów podlega na gruncie Pzp pewnym ograniczeniom, to przewaga zamawiającego w ustalaniu warunków przyszłej umowy nie może być nadmierna i prowadzić do rażącego pokrzywdzenia drugiej strony umowy.

W niniejszym postępowaniu, ukształtowanie wzoru umowy w sposób, który nakłada na wykonawcę bardzo szeroki i niemożliwy do oszacowania zakres obowiązków, jednocześnie nie gwarantując określonej wysokości świadczenia, należy uznać za naruszenie zasad współzycia i natury stosunku objętego umową – jak utrzymywał odwołujący.

Zarzut III. Ponadto, odwołujący domagał się rozpatrywania działań zamawiającego również w świetle naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, tj. ograniczony rynek zbytu specjalistycznego osprzętu. Zdaniem odwołującego, zamawiający funkcjonuje w zasadzie, jako monopolistyczny odbiorca, gdyż na swoim obszarze działania jest właścicielem całości sieci dystrybucyjnej. Tym samym, nadużywanie przez zamawiającego jego pozycji rynkowej w celu narzucenia wykonawcom rażąco niekorzystnych warunków umowy, stanowi naruszenie również art. 7 ust. 1 Pzp, ze względu na prowadzenie postępowania z uchybieniem zasadzie uczciwej konkurencji.

Zarzut IV. Według odwołującego, szereg wymagań postawionych przez zamawiającego w załącznikach do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - narusza zasady

uczciwej konkurencji określone w art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez stawianie nadmiernie rygorystycznych i nieuzasadnionych wymagań. Tymczasem brak jest obiektywnych podstaw dla ograniczania w tak znaczący sposób konkurencyjności postępowania, w szczególności - nie uzasadniają tego specyfika przedmiotu zamówienia i potrzeby zamawiającego, gdyż istnieją na rynku urządzenia o nieco innych parametrach, mogące spełniać przewidziane przez zamawiającego funkcje, natomiast wobec brzmienia OPZ, nie jest możliwe ich zaoferowanie, gdyż nie spełniają wszystkich dokładnie określonych przez zamawiającego parametrów. Mimo zatem, iż zamawiający nie wskazuje konkretnej nazwy producenta i teoretycznie dopuszcza rozwiązania równoważne - w rzeczywistości parametry urządzeń zostały dobrane w taki sposób, że istotnie ograniczają konkurencyjność postępowania.

Poniżej odwołujący przedstawił zarzuty odnoszące się szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia:

1. Zał. Nr 1A p.2.2. (uziemiacze)

- a. zamawiający wskazuje konkretne rozwiązanie techniczne uziemiaczy i konkretny wymiar trzpienia uziemiacza eliminując tym samym nie tylko możliwość uczciwej konkurencji, ale nawet zaproponowanie rozwiązania równoważnego (ze względu na określenie średnicy),
- b. odwołujący wyjaśniał, że dysponuje produktem umożliwiającym uziemianie linii wykorzystując dotychczasowe narzędzia stosowane w tzw. liniach gołych bez potrzeby ponoszenia dodatkowych kosztów na specjalne zestawy uziemiaczy do linii izolowanych - postanowienia SIWZ wyeliminowały zaoferowanie tego produktu.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.

2. Zał. Nr 1A p.2.5.(oznakowanie).

- a. zamawiający wskazuje sposób oznakowania osłonek końca przewodu poprzez oznaczenia typu i zakresu przekroju.
- b. odwołujący zwracał uwagę, że, sama osłonka nie jest częścią zamawianego produktu i jest rodzajem opakowania. Z uwagi na małe gabaryty osłonek są one oznaczane jedynie w sposób umożliwiający identyfikację zakresu stosowania i producenta (logo i/lub nazwa producenta) - co pozwala na zdefiniowanie typu produktu. Dane wymagane przez zamawiającego umieszczone są na opakowaniu zbiorczym.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania, w którym oznaczenie logo/nazwa producenta i zakresu przekroju jest umieszczane na osłonce przewodu, a oznaczenie typu jest oznaczane na opakowaniu zbiorczym.

3. Zał. Nr 1B p.3.1.3 (uchwyty przelotowe).

- a. zamawiający wymaga uchwytów przelotowych dla przewodów o zakresie 16 - 120 mm<sup>2</sup>. Odwołujący stwierdził, że standardowym rozwiązaniem jest stosowanie uchwytów przelotowych uniwersalnych o zakresie 25 - 120 mm<sup>2</sup>.
- b. w przekonaniu odwołującego - jest tylko jeden producent, który od niedawna oferuje uchwyt o zakresie 16 -120 mm<sup>2</sup>, a pozostali oferują uchwyty o zakresie 25 - 120 mm<sup>2</sup>.
- c. obecnie nie buduje się linii o przekroju 16 mm<sup>2</sup>. O ile linie takie występują, to zarówno odwołujący jak i inni producenci mają w swojej ofercie uchwyt o przekroju 16 mm<sup>2</sup>.

Wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania uchwytów przelotowych o przekroju 25 - 120 mm<sup>2</sup> i oddzielnie uchwytów przelotowych o przekroju 16 mm<sup>2</sup>.

#### 4. Zał. 1D, p.2.2 (pakowanie)

- a. zamawiający wymaga zastosowania opakowań z tworzywa, natomiast w opinii odwołującego - opakowania takie nie mają wpływu na właściwości zamawianych produktów.

Wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania opakowań kartonowych.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 listopada 2013 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, zgłosili następujący wykonawcy:

- A. w dniu 21 listopada 2013 r. w formie pisemnej - SICAME Polska Sp. z o.o. ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa - po stronie zamawiającego,
- B. ASAJ Sp. z o.o. ul. Tetmajera 1, 08-110 Siedlce w dniu 21 listopada 2013 r. w formie elektronicznej - po stronie odwołującego.

Zgłaszający przystąpienie wykonawcy, powoływali się na swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Przystępujący SICAME Polska Sp. z o.o. podnosił, że *„jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a zatem jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego w zakresie uzasadnionym w odwołaniu w pkt IV. I (uziemiacze), IV.3 (uchwyty przelotowe), IV.4 (pakowanie). Przystępujący podnosi, iż w jego interesie jest, aby zapisy opisu przedmiotu zamówienia, o których mowa wyżej, pozostały niezmienione, gdyż w ocenie Przystępującego Zamawiający w ww. zakresie nie naruszył przepisów ustawy Pzp, bowiem wymaga rozwiązań zgodnych z jego uzasadnionymi potrzebami, które mogą być zaoferowane przez różnych Wykonawców. Rozwiązania opisane w SIWZ są korzystne dla Przystępującego, gdyż może on przedstawić w tym zakresie konkurencyjną ofertę. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej interes*

*Przystępującego może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy, co w ocenie Przystępującego jest zapewnione w obecnym kształcie wskazanej części opisu przedmiotu zamówienia. Przystępujący stwierdza zatem, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego w pkt IV.1 (uziemiacze), IV.3 (uchwyty przelotowe) i IV.4 (pakowanie) uzasadnienia odwołania są niezasadne, a szczegółową argumentację przedstawi w formie pisma procesowego i/lub na rozprawie. Jednocześnie Przystępujący odstępuje od przedstawiania argumentacji w zakresie pozostałych zarzutów odwołania.”*

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców: SICAME Polska Sp. z o.o. oraz ASAJ Sp. z o.o.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu ze zmianami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze zmianami, protokołu postępowania z załącznikami.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody:

- 1) wnioskowane przez odwołującego:
  - a) pisma ASAJ Sp. z o.o. z 28.11.2013 r., że dostarczał zestawy do zakładania uziemiaczy przenośnych produkcji Ensto Pol Sp. z o.o.,
  - b) warunki zamówienia na dostawy osprzętu, stosowane przez Tauron Dystrybucja S.A. oraz Enea Operator Sp. z o.o.
- 2) wnioskowane przez zamawiającego oraz przystępującego SICAME Polska Sp. z o.o., że:
  - a) uziemiacze do linii izolowanych zapotrzebowane przez zamawiającego oferowane są przez wielu producentów, między innymi: NILED, MICHAUD, SICAME, TYCO, Zakład Doświadczalny Energetyki Białystok,
  - b) opakowania plastikowe do taśmy stalowej oferuje na rynku polskim kilku producentów, np. NILED, L&L, MICHAUD, SICAME.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestników postępowania, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Z akt dokumentacji przetargowej wynika następujący stan faktyczny.

Rozdział IV SIWZ Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa osprzętu do linii napowietrznych izolowanych nN oraz linii „gołych” SN”. Zamówienie obejmuje 6 części, zwanych też zadaniami, z których:

część 1 obejmuje: zaciski, złączki, osłonki i gniazda uziemiające do linii izolowanych napowietrznych samonośnych typu AsXSn,

część 2 obejmuje: uchwyty do trwałego zamocowania przewodu linii izolowanej,

część 3 obejmuje: osprzęt do napowietrznych linii gołych SN,

część 4 obejmuje stalowe taśmy mocujące,

część 5 obejmuje uchwyty kablowe,

część 6 obejmuje śruby i haki.

Zamawiający wskazał konkretne adresy dostaw do poszczególnych jednostek, oddziałów zamawiającego.

Termin składania ofert został przesunięty do dnia 8 stycznia 2014 r.

Postępowanie prowadzone jest na rzecz podmiotów:

PGE DYSTRYBUCJA S.A. Oddziały: w Białymstoku, Lublinie, Łódź -Miasto, Łódź- Teren, Rzeszów, Skarżysko-Kamienna, Warszawa, Zamość.

Pismem z dnia 21 listopada 2013 r. zamawiający poinformował, że zmianie ulegają ilości zamawianego osprzętu określone w specyfikacjach cenowych stanowiących załączniki nr 3A-3F do SIWZ. Obowiązujące zatem zmiany ilości określone zostają w pliku ”189 załączniki nr 3A-3F - modyfikacja 21.11.2013 r.”

Zamawiający potwierdził, że dokonał korekt wyliczenia ilości zapotrzebowanych, ale w dalszym ciągu są to jedynie wielkości szacowane, a nie takie które zobowiązuje się realnie zakupić.

Wzór umowy-IPU, stanowiący załącznik nr 12 do SIWZ zawiera następujące postanowienia.

§ 1. 1. Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania zadanie nr ...polegające na sukcesywnej dostawie .....(dalej zwanego osprzętem), na potrzeby PGE Dystrybucja S.A Oddział.....

2. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania osprzętu zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści niniejszej Umowy, Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy oraz na podstawie Oferty z dnia....

3. Wykonawca oświadcza, że dostarczany osprzęt jest:

- dopuszczony do stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej,
- wolny od wad,
- fabrycznie nowy, tj. wyprodukowany nie wcześniej niż 12 miesięcy licząc od daty dostawy,
- spełnia wymogi Zamawiającego, określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia tj. załączniku nr 1 do Umowy.

§ 2.1. Realizacja przedmiotu umowy następować będzie sukcesywnie, przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, na podstawie każdorazowo składanych przez Zamawiającego zamówień szczegółowych (zamówień cząstkowych) na formularzu, stanowiącym załącznik nr 4 do umowy bądź innym dokumencie wygenerowanym przez system informatyczny, będący w posiadaniu Zamawiającego Oddziału, przesłanym drogą elektroniczną lub fax-em na partię osprzętu objętą przedmiotem zamówienia szczegółowego.

2. Zamówienia realizacyjne uważać się będzie za skutecznie zlecone w dniu dokonania tej czynności.

3. W odpowiedzi na każdorazowo złożone zamówienie Wykonawca zawiadomi Zamawiającego (pisemnie lub faxem), z co najmniej 3 dniowym wyprzedzeniem, o zamierzonej dostawie.

4. Zamówienia cząstkowe będą realizowane w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych, liczonych od daty złożenia zamówienia przez Zamawiającego, chyba że Zamawiający określi inny dłuższy termin.

5. Wykonawca będzie obciążał Zamawiającego wartością osprzętu dostarczonego zgodnie z zamówieniem szczegółowym złożonym przez Zamawiającego, przy czym Wykonawca uwidoczni wartość i ilość dostarczonego osprzętu na fakturze z podaną numeracją w osobnych pozycjach, dotyczącą każdej partii dostarczanego osprzętu.

6. Każdorazowa dostawa zamówionego osprzętu będzie dokumentowana dokumentem WZ oraz Protokołem Odbioru, zawierającym numer realizowanego zamówienia, wystawionym w sposób umożliwiający pełną i jednoznaczną identyfikację pod względem ilościowym i asortymentowym przedmiotu dostawy.

7. Ustala się, że rozliczenie za przedmiot umowy będzie następowało odrębnymi fakturami wystawianymi za każde zrealizowane zamówienie. (...)

9. Wydanie przedmiotu dostawy Zamawiającemu oraz przejście własności osprzętu na Zamawiającego następuje z chwilą odebrania przez niego dostarczonej partii osprzętu w

określonych w Umowie miejscach dostawy (miejsce spełnienia świadczenia). Ryzyko wcześniejszej utraty lub uszkodzenia przedmiotu dostawy obciąża Wykonawcę, bez względu na okoliczność powierzenia przez Wykonawcę przedmiotu dostawy przewoźnikowi i nie ma wpływu na uprawnienia umowne Zamawiającego.

10. Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia wobec Zamawiającego w przypadku, gdy łączne wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 ust. 1 umowy, będzie niższe od wynagrodzenia maksymalnego, o którym mowa w § 3 ust. 2. Ponadto Wykonawca oświadcza, że nie będzie dochodził roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego.

### § 3. Wartość Umowy

1. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji sukcesywnych dostaw osprzętu za ceny jednostkowe wskazane w specyfikacji cenowej, stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy.

2. Łączna wartość całego zamówienia nie może przekroczyć kwoty wskazanej w specyfikacji cenowej, stanowiącej załącznik nr 2 do Umowy: wartość umowy (bez podatku VAT); zł, (słownie: złotych), podatek VAT wg stawki...%, wynosi:...zł, (słownie: ...złotych), wynagrodzenie umowne (z podatkiem VAT):...zł, (słownie:...złotych).

3. Za zrealizowaną dostawę partii osprzętu Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie zgodnie z wyliczeniem: ilość dostarczonego osprzętu pomnożona przez cenę jednostkową netto plus podatek VAT.

IPU § 4 ust. 5 Zamawiający na każdym etapie wykonywania umowy zastrzega sobie prawo do zmiany miejsca dostawy, przy czym miejsce to może być wyznaczone jedynie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zmiana miejsca dostawy nie wymaga zmiany umowy i może być dokonana w formie faxowego lub mailowego powiadomienia wykonawcy przez zamawiającego. Zmiana staje się skuteczna względem wykonawcy, jeśli została mu zakomunikowana najpóźniej na 3 dni przed datą dostawy, której dotyczy zmiana.

IPU § 5 ust. 14 przewiduje, że wykonawca ponosi koszty rozładunku dostawy osprzętu; w tym zapewnienie sprzętu do rozładunku w wyznaczonym miejscu dostawy.

### § 12 Rozwiązanie Umowy

Zamawiający może według swego wyboru bądź rozwiązać umowę z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia bądź odstąpić od Umowy w całości lub w części:

a) w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w jego interesie, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach; (...),



c) w razie dostarczenia osprzętu pochodzącego od producenta nie deklarowanego w ofercie przez Wykonawcę, w terminie 30 dni od daty powzięcia wiadomości o tej okoliczności;

e) w przypadku zmian w przepisach prawa zakładających zmiany wymagań dla osprzętu będącego przedmiotem umowy lub wynikających z tych zmian konieczności stosowania osprzętu o innych parametrach, funkcjonalności i możliwościach niż wynikające ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1, bez względu na termin wejścia w życie zmienionych wymagań i początek terminu ich stosowania, w terminie 30 dni od daty powzięcia wiadomości o tej okoliczności. (...).

Załącznik nr 8 do SIWZ oświadczenie o spełnianiu wymagań technicznych i jakościowych. Przystępując do postępowania nr LZA/WZP/189/2013 o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę osprzętu do linii napowietrznych izolowanych nN oraz linii „gołych” SN”, składając ofertę na zadanie/a nr .....oświadczam/y, że oferowane urządzenia, zgodne z przedmiotem zamówienia:

1. spełniają wszystkie wymagania określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 (A-F) do SIWZ oraz załącznikami nr 8.1. – 8.6. do SIWZ,
2. będą wolne od wad fizycznych i prawnych, w pełni sprawne na dzień dostawy, fabrycznie nowe (wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia dostawy),
3. posiadają karty katalogowe producenta, zawierające dane techniczne w zakresie wystarczającym dla jednoznacznej oceny jego właściwości, parametrów, zakresu stosowania.

Do niniejszego oświadczenia dołączam/y dokumenty zgodne z wymogiem Zamawiającego, określonym z rozdziale IX SIWZ. Jednocześnie oświadczamy, iż świadomi jesteśmy odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń.

SIWZ rozdział IV. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest sukcesywna dostawa osprzętu do linii napowietrznych izolowanych nN oraz linii „gołych” SN na potrzeby oddziałów Zamawiającego:

- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, ul. Elektryczna 13, 15-950 Białystok,
- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin, ul. Garbarska 21, 20-340 Lublin,
- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Miasto, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź,
- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Teren, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź,
- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów, ul. 8-go Marca 8, 35-065 Rzeszów,

- PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna, Al. Marsz. J. Piłsudskiego 51, 26-110 Skarżysko-Kamienna,
  - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-470 Warszawa,
  - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość, uf. Koźmiana 1, 22-400 Zamość.
2. Opis przedmiotu zamówienia, w tym wymagania techniczne i jakościowe, przedstawiony został w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 1 (A-F) do niniejszej SIWZ.
3. Zamówienie składa się z sześciu niezależnych zadań (części) opisanych w załącznikach nr 1 (A-F) do SIWZ. (...).
5. Dostawy będą realizowane na podstawie zamówień cząstkowych składanych przez Oddziały Zamawiającego na formularzach, których wzór stanowi załącznik nr 4 do Istotnych Postanowień Umowy (załącznik nr 12 do SIWZ) bądź innych dokumentach wygenerowanych przez system, będący w posiadaniu zamawiającego Oddziału, w dni robocze od poniedziałku do piątku, w godzinach 7:00-14:00.
6. Miejsca dostaw dla poszczególnych oddziałów Zamawiającego, zostały określone jak niżej tj. pod adresy Rejonów Energetycznych poszczególnych oddziałów Zamawiającego.

#### SIWZ rozdział V

1. Zamówienie będzie realizowane sukcesywnie przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
2. Zamówienia cząstkowe będą realizowane w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych, liczonych od daty złożenia zamówienia przez Zamawiającego, chyba że Zamawiający określi inny dłuższy termin, w ilościach każdorazowo podanych w zamówieniu.

IX. Wykaz dokumentów, jakie ma złożyć wykonawca na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

1. Karty katalogowe w języku polskim zawierające w niniejszym dokumencie wymagane parametry techniczne wraz z rysunkami.
2. Wzory deklaracji zgodności dla wszystkich zaoferowanych wyrobów, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 (A-F) do SIWZ.
3. Certyfikaty zgodności potwierdzające, że oferowane wyroby są zgodne z normami określonymi przez Zamawiającego, wydane przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie danej normy lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez jednostkę akredytującą, członka porozumienia EAMLA lub dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane

przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 (A-F) do SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że zamawiany osprzęt ma być wykorzystany przy eksploatacji linii, w tym ich bieżącego utrzymania i usuwania awarii, a nie w celach inwestycyjnych – budowy nowych linii. Zamawiający oświadczył również, że przy utrzymaniu sieci dystrybucyjnych zobowiązany jest stosować materiały potwierdzone badaniami i certyfikatami na zgodności z odnośnymi normami, w dostosowaniu do rozwiązań już istniejących sieci energetycznych - skoro dotyczy to eksploatacji.

Rozdział XV SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty.

3. Zawartość oferty: kompletna oferta musi zawierać ponadto:

3.1. formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,

3.2. formularz cenowy, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 (A-F) do SIWZ,

3.6. oświadczenie o spełnieniu wymagań technicznych i jakościowych, sporządzone na podstawie wzoru, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ,

3.7. szczegółową specyfikację oferowanego osprzętu w zakresie zadania, na które składana jest oferta, sporządzoną na podstawie wzoru, stanowiącego załączniki nr 8.1-8.5. do SIWZ

Wykonawca zobowiązany jest uzupełnić formularz przez oznaczenie producenta oraz typu oferowanego urządzenia, w ramach wyznaczonych przez zamawiającego parametrów technicznych.

XVIII. Opis sposobu wyliczenia ceny.

1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w polskich złotych [PLN], cyfrowo i słownie. (...).

3. Cena powinna być skalkulowana i wskazana w formularzu ofertowym w sposób jednoznaczny, uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Zamawiający z tytułu należytej oraz zgodnej z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia i obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.

4. Cena ofertowa określona przez Wykonawcę będzie obowiązywać przez cały okres ważności umowy i nie będzie podlegała zmianom.

5. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia określone zostały w IPU w sprawie zamówienia publicznego - załącznik nr 12 SIWZ.

6. Wykonawca zobowiązany jest do podania ceny jednostkowej /netto/ dla oferowanego osprzętu. (...).

#### XIX. Kryteria oceny ofert

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującym kryterium i jego znaczeniem: cena ofertowa - waga kryterium 100%. (...).

3. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

4. Za najkorzystniejszą w danym zadaniu zostanie uznana oferta z najniższą ceną.

Rozdział XXIII SIWZ. Informacje ogólne dotyczące umowy w sprawie niniejszego zamówienia.

6. Zamawiający dopuszcza zmiany treści umowy w uzasadnionych okolicznościach, dotyczące:

- a) wystąpienia siły wyższej, uniemożliwiającej bądź utrudniającej realizację przedmiotu Umowy,
- b) zmiany obowiązującej stawki podatku VAT,
- c) oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści Umowy,
- d) istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- e) terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy, które pomimo zachowania przez niego należytej staranności skutkują niemożnością dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia; w takim przypadku Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z uzasadnionym wnioskiem o zmianę terminu.

Zamawiający wyjaśnił, iż poprzez powyższy zapis rozumiał również, iż wykonawca w trakcie realizacji umowy może zwrócić się np. o zmianę terminu umownego dostarczenia oznaczonej partii towarów we wskazanym miejscu.

7. Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia może składać uzasadnione wnioski i propozycje zmiany sposobu wykonania zamówienia, które zmniejszą koszty wykonania zamówienia lub w inny sposób dostarczą Zamawiającemu pożytku.

8. W przypadku zmian w przepisach prawa zakładających zmiany wymagań dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia lub wynikających z tych zmian konieczności stosowania urządzeń o innych parametrach, funkcjonalności i możliwościach niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, bez względu na termin wejścia w życie zmienionych

wymagań i początek terminu ich stosowania, Zamawiający może wypowiedzieć umowę z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia.

## XXV. Aukcja elektroniczna

1. Zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp.

2. Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli dla każdego z zadań złożono odpowiednio co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu.

Specyfikacje cenowe Załączników 3A-F podawały szacunkowe ilości poszczególnych pozycji zamawianego osprzętu dla wskazanych Oddziałów terenowych zamawiającego, wymagały wypełnienia ceny jednostkowej dla tych pozycji oraz obliczenia wartości netto i brutto dostawy dla poszczególnych części zamówienia.

W załącznikach 8.1-8.6 wykonawca deklarował typ osprzętu, jego producenta oraz wybrane przez zamawiającego parametry techniczne.

W zakresie zarzutu IV odnoszącego się do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, podtrzymanego przez odwołującego na rozprawie:

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia załączników 1A-D do SIWZ zamawiający podał:

Zał. Nr 1A p.2.2.1) wymagania dla zacisków z gniazdami do uziemiania przewodów linii izolowanych „gniazda przeznaczone do uziemiania przewodów linii izolowanej uziemiaczami o średnicy sworznia 11 mm.”

Pod tabelą asortyment widnieje uwaga: Dla poszczególnych pozycji podano oznaczenie typu. Informacja ta stanowi jedynie formę uściślenia wymagań w zakresie parametrów technicznych dla objętego zamówieniem produktu. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie wyrobów równoważnych. W poz.13,14,15 tabeli widnieją gniazda przeznaczone do uziemiania przewodów linii izolowanej dla linii głównych: 16-35mm, 35-70mm, 50-120mm.

Zał. 1D Stalowe taśmy mocujące, p.2.2 Sposób opakowania.

Wyroby powinny być dostarczone w opakowaniu fabrycznym z tworzywa sztucznego, pozwalającym na ochronę przed uszkodzeniami mechanicznymi oraz umożliwiającym przenoszenie i dozowanie taśmy. Zamawiający zamieścił rysunek poglądowy taśmy wraz z opakowaniem.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest przedsiębiorcą działającym w branży związanej z przedmiotem zamówienia, posiada więc interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość wykazywania, że wskutek czynności zamawiającego - podjętych z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - został narażony na poniesienie szkody, będącej następstwem pozbawienia go możliwości złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 tej ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie zaś z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Ad. zarzut I i II. Modyfikacją SIWZ z dnia 21 listopada 2013 r. zamawiający dokonał w załącznikach 3A-F korekty szacunkowych ilości zamawianego osprzętu dla poszczególnych Oddziałów terenowych. Nie zmienił postanowień SIWZ, iż cała zamawiana ilość towarów ma charakter szacunkowy i nie jest wiążąca dla zamawiającego.

W tym zakresie, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający winien określić poziom, chociażby procentowo - minimalnej ilości towarów stanowiących przedmiot zamówienia, w odniesieniu do których umowa gwarantuje ich zakup.

Wobec powyższego, za zasadne przyjął odwołujący żądanie dokonania modyfikacji SIWZ i IPU poprzez określenie minimalnego stopnia realizacji zamówienia, które gwarantuje zamawiający. Poziom ten powinien określić zamawiający, według zapotrzebowania, co do którego posiada skonkretyzowane plany wykonawcze.

Brak określenia minimum realizacyjnego nie pozwala potencjalnym uczestnikom przetargu na prawidłowe oszacowanie kosztów i przyjęcia założeń ekonomiczności kontraktu przy wyliczeniu ceny oferty. Jest rzeczą powszechnie wiadomą, że producenci wyrobów, uzależniają wysokość cen, czy upustów od wielkości zakupów przez danego kontrahenta. Ma więc to istotne znaczenie dla obliczenia ceny oferty. Nie bez znaczenia będzie też konieczność utrzymywania odpowiedniego stanu zapasów magazynowych, aby sprostać wymaganiom dostawy pojedynczych partii towaru w ciągu 5 dni roboczych od daty ich zamówienia. Trafnie odwołujący wskazywał, że jeżeli nawet zamawiający w momencie udzielania zamówienia nie jest w stanie określić wiążących ilości towarów, które zakupi, to ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg procedur, uwzględniających taką

sytuacje. Chociażby wspomniane prawo opcji, wymienione w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, gdzie zamawiający może zastrzec w warunkach zamówienia, iż opcjonalnie poza zapotrzebowanym zakresem ilościowym, w zależności od własnego wyboru, może dokonać zakupu w granicach pewnej - oznaczonej puli towarów. W końcu istnieje także instytucja umów ramowych – definiowana w art. 99 i art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą, (a więc nie muszą) zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen, i o ile zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Skoro zamawiający chciał całkowicie wyeliminować zaciągnięcie zobowiązania umownego, co do ilości zakupowanego osprzętu, mógł sięgnąć do instytucji umowy ramowej, której zawarcie gwarantuje utrzymanie oferowanych cen, nie wiąże się natomiast z obowiązkiem udzielania zamówień realizacyjnych. Umowa dostawy definiowana na gruncie art. 2 pkt 2 ustawy Pzp polega na nabywaniu rzeczy, praw oraz innych dóbr w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy. Zamawiający zaś zastosował konstrukcję bardziej zbliżoną do umowy ramowej.

Odwołujący wykazał, przedkładając dowody, tj. dokumentację przetargowe Tauron Dystrybucja S.A. oraz Enea Operator Sp. z o.o., że stosowane warunki zamówienia na dostawę osprzętu przez innych operatorów sieci dystrybucyjnych respektując dyspozycje art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, określają minimalne ilości towarów, których nabycie gwarantuje umowa.

Izba uwzględniła również zarzut związany z okolicznością, że w § 4 ust. 5 IPU zamawiający zastrzegł sobie możliwość dostaw osprzętu do miejsc zlokalizowanych na całym terytorium RP. Zamawiający nie prowadzi działalności eksploatacyjnej własnych sieci dystrybucyjnych, dla których zakupuje osprzęt na tak rozległym obszarze. Stawiany wymóg należało zatem uznać za nadmierny i nie przydatny do celów realizacji przedmiotowego zamówienia – jak przyznał zamawiający, związanego z bieżącym utrzymaniem sieci i usuwaniem zaistniałych awarii, a nie z celami inwestycyjnymi. Nakazana zmiana zabezpiecza interes zamawiającego, gdyby w okresie przewidywanych 12 miesięcy trwania umowy doszło np. przekształceń własnościowych i do zmian w podziale sieci.

Odmienne stanowisko Izba zajęła wobec pozostałych zarzutów odwołania.

Zamawiający oznaczył miejsca dostawy, zatem umożliwił oszacowania kosztów - nawet gdy § 5 ust. 14 IPU przewiduje, że wykonawca ponosi koszty rozładunku dostawy osprzętu; w tym zapewnienie sprzętu do rozładunku w wyznaczonym miejscu dostawy. Nie stanowi odstępstwa od przyjętych zasad obrotu gospodarczego umowa o dostarczanie produktów loco magazyn zamawiającego, wyznaczony w umowie wyłącznie ze względu na

wybraną przez zamawiającego lokalizację. Wówczas konieczność zapewnienia specjalistycznego sprzętu do rozładunku może obciążać wykonawcę, który takie koszty powinien ująć w cenie oferty.

Nie było podstaw, aby nakazywać zamawiającemu oznaczenia minimum logistycznego dla jednej dostawy pod wskazany adres. Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający dalszą modyfikacją SIWZ wprowadził owe minimum logistyczne na poziomie 200,00 zł netto w odniesieniu do pojedynczej dostawy. Wykonawca, zarówno taki, który jest jak i nie jest producentem zamawianych towarów, może ustalić np. z przewoźnikami czy spedytorami warunki logistyczne i kontraktowe, wpisujące się w wymagania zamawiającego. Kwestionowane postanowienia nie stwarzają ograniczenia dostępu do zamówienia dla wystarczającej liczby wykonawców zdolnych należycie wykonać dane zamówienie. Stanowią warunki równe dla wszystkich uczestników przetargu. Problemy organizacyjne dostaw, leżą po stronie wykonawców ubiegających się o zamówienie i skalkulowania ceny oferty. Wymagania zamawiającego zostały sprecyzowane w sposób jednoznaczny, wynikają przy tym z uzasadnionych potrzeb. Wykonawca nawet, gdy musi się liczyć w warunkach zamówienia z pewnym zakresem niepewności, winien umieć rozpoznać te ryzyka i szacować ich finansowy wpływ przy wyznaczaniu ceny ofertowej. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Nie można pomijać, że umowy w sprawie zamówień publicznych w ogólności nie oznaczają się absolutną trwałością. Z przepisów ustawy wynika upoważnienie do ich rozwiązania w oznaczonych okolicznościach, które zamawiający przyjął także w warunkach SIWZ. Wykonawca zamówienia publicznego – stosownie do jego specyfiki musi się więc liczyć nawet z rozwiązaniem kontraktu, nie tylko z jego zawężonym zakresem, związanym z nakaznym określeniem jedynie minimum realizacyjnego. Odwołujący nie wykazał, ani że postanowienia SIWZ, czy wzoru umowy naruszają przepisy bezwzględnie obowiązujące ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego. W ogólności przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przyznaje wykonawcy legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, przy wykazaniu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie w związku z przepisami Kodeksu cywilnego. Podnoszenie, iż zamawiający naruszył wskazywane przepisy K.c. tj. art. 5 K.c., art. 353<sup>1</sup> K.c. przez dysproporcję obowiązków i uprawnień stron, nie stanowi wystarczającej przesłanki do uwzględnienia odwołania.

Wymaganie, aby zamówienia cząstkowe realizowane były w przeciągu 5 dni roboczych od daty zgłoszenia zapotrzebowania, nie sprzeciwia się przyjętym zasadom obrotu - sukcesywnych dostaw zależnych od bieżących potrzeb zamawiającego - w ramach wiążącej strony umowy długoterminowej. Nie można też omawiać zamawiającemu prawa do dokonywania zmian ilości w ramach zamówień realizacyjnych, czy wydawania dyspozycji



skierowania dostawy w inne miejsce, niż podane pierwotnie w zamówieniu, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z nakazanej zmiany § 4 ust. 5 IPU.

Ustawa Prawo zamówień publicznych, stanowi przepisy szczególne wobec postanowień Kodeksu cywilnego i wprowadza ograniczenia swobody umów, statutowanej art. 353<sup>1</sup> K.c., bowiem już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić 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 na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających własny interes, bowiem np. opóźnienia w dostawach realizacyjnych mogą skutkować dla zamawiającego negatywnymi konsekwencjami. W systemie zamówień publicznych, zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta, działa natomiast 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 także należy - co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców, że zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, czy też obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują jednoznaczne przesłanki wynikające z art. 353<sup>1</sup> K.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego), w powiązaniu z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - 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. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk - z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Tak też wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 (niepubl.). Dlatego też Izba, stosując art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, koncentruje się na nakazywaniu zamawiającemu usuwania takich nadmiernych i naruszających przepisy tej ustawy barier, które wyraźnie mogą oddziaływać na ilość złożonych w przetargu ofert, gwarantujących osiągnięcie dla zamówień publicznych korzystnych rynkowo cen i zamierzonych celów.

Nie jest zadaniem Izby, ustalanie w pełni symetrycznych warunków po obu stronach zamierzonego kontraktu. Izba uprawniona jest zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności, lub też unieważnienie czynności. Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z wyroku Izby, jest zmodyfikowanie postanowień SIWZ, skutecznie eliminujące stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Ad. zarzut nr III. Za zupełnie chybiony Izba uznała zarzut, że zamawiający poprzez sposób ukształtowania warunków przedmiotowego zamówienia nadużywa pozycji dominującej poprzez narzucanie uciążliwych warunków umowy na rynku właściwym - gdzie panują zbliżone warunki konkurencji. Po pierwsze nie jest to materia przynależna regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych i rozstrzyganiu sporów w tym zakresie, lecz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z dnia 21 marca 2007 r. ze zm.)

Ustawa ta reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz określa także organy właściwe w tych sprawach.

Zakaz praktyk ograniczających konkurencję, przywoływanych przez odwołującego sprowadza się do stosowania w umowach z osobami trzecimi uciążliwych warunków umów. Warunki IPU zostały ustalone jednolicie i nie stwarzają podmiotom ubiegającym się o zamówienie zróżnicowanych warunków konkurencji.

Po drugie, kwestionowane postanowienia, w ocenie Izby, wyłączając uwzględnione zarzuty odwołania, nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane postanowienia SIWZ, mogą znacząco zawęzić krąg wykonawców, zdolnych do prawidłowego wykonania zamówienia, którzy zdecydują się na złożenie oferty

Ad. zarzut IV odnoszącego się do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, podtrzymanego na rozprawie:

1. Zał. Nr 1A p.2.2.1) gniazda przeznaczone do uziemniania przewodów linii izolowanej.

Skoro w poz. 13,14,15 tabeli Zał. Nr 1A p.2.2.1) widnieją gniazda przeznaczone do uziemniania przewodów linii izolowanej dla linii głównych: 16-35 mm, 35-70 mm, 50-120 mm, oznacza to tym samym, że zamawiający potrzebuje uziemiaczy przewodów linii izolowanej. Nie stanowi nieprawidłowości, wskazanie przez zamawiającego średnicy sworznia 11 mm, skoro jest to wynikiem potrzeb zamawiającego, wynikających np. z dokumentacji technicznej. Zamawiający wskazując konkretne rozwiązanie techniczne uziemiaczy i konkretny wymiar sworznia uziemiacza kierował się tym, aby zamawiany element osprzętu nadawał się do wymiany elementu zużytego, czy też wymiany takiego, który uległ awarii. Zamawiający nabywa osprzęt do bieżącej eksploatacji linii dystrybucyjnych, musi więc zachować ich

zgodność z pozostałymi elementami. Nie ma obowiązku wymiany elementów zużytych, czy wadliwie działających w szerszym zakresie, stanowiącym zmianę istniejących rozwiązań technicznych, jeżeli nie zachodzi taka konieczność, powodowałby to bowiem zbędne koszty. Zamawiający nie mógłby uznać oferowania przez wykonawcę gniazda do uziemienia przewodów linii izolowanych, gdzie wykonawca zaoferowałby gniazdo, którego średnica sworznia byłaby inna niż 11mm, albowiem zakupuje osprzęt do bieżącego utrzymywania linii i odstępstwo od tego parametru powodowałoby, że zakupiony element nie mógłby być podłączony do uziemiaacza, który już w tej linii jest zainstalowany.

Wskazywana okoliczność, iż odwołujący dysponuje produktem umożliwiającym uziemianie linii - wykorzystując dotychczasowe rozwiązania osprzętu, stosowane w tzw. liniach gołych bez potrzeby ponoszenia dodatkowych kosztów na specjalne zestawy uziemiaaczy do linii izolowanych – nie stanowi żadnej podstawy do nakazywania zmian SIWZ. Zamawiający prowadzi roboty związane z utrzymaniem linii napowietrznych, w oparciu o dokumentację techniczną, i zobowiązany jest stosować przewidziane w niej materiały, które są dopuszczone do stosowania i objęte certyfikacją na zgodność z odnośnymi normami technicznymi - dotyczącymi szczególnych obiektów, jakimi są urządzenia elektrotechniczne.

Zamawiający jest organizatorem postępowania - według zapotrzebowania złożonego przez poszczególne Oddziały, a rozwiązanie, o którego dopuszczenia domagał się odwołujący - jakkolwiek istniejące, nie jest stosowane powszechnie we wszystkich Oddziałach zamawiającego. Ponadto, dla zmniejszenia ilości rodzajów stosowanego osprzętu, zamawiający ma pełne prawo wprowadzać standaryzację. Zamawiający może zamówić taki właśnie asortyment, redukujący liczbę stosowanych części i rodzajów osprzętu.

Nie można było pominąć, iż zamawiający przewidział rozwiązania równoważne opisywanym. Wniosek odwołującego o dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego – należało, zatem uznać za bezprzedmiotowy. Zostało nadto wykazane przez zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie wykonawcę SICAME Polska Sp. z o.o., że uziemiacze do linii izolowanych zapotrzebowane przez zamawiającego, oferowane są przez wielu producentów, między innymi: NILED, MICHAUD, SICAME, TYCO, Zakład Doświadczalny Energetyki Białystok.

## 2. Zał. 1D - Stalowe taśmy mocujące, p.2.2 Sposób opakowania.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że wymagane opakowanie z tworzywa sztucznego nie ma wpływu na właściwości zamawianego produktu. Wymóg, że wyroby powinny być dostarczone w opakowaniu fabrycznym z tworzywa sztucznego, pozwalającym na ochronę przed uszkodzeniami mechanicznymi oraz umożliwiającym przenoszenie i dozowanie taśmy - należało uznać za zasadny. Opakowanie takie zabezpiecza materiał

podczas jego stosowania, dodatkowo pełni funkcję dozownika (cięcia) na potrzebne odcinki, a więc spełnia przy tym istotne funkcje użytkowe.

Odwołujący nie kwestionował, iż wymóg ten wynikał również z postanowień załącznika nr 8.4 do SIWZ (dla zadania 4) szczegółowa specyfikacja oferowanego osprzętu poz. od 1 do 5 (opakowanie – tworzywo sztuczne rolka), które pozostały niezaskarżone. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Izba może orzekać w granicach zarzutów odwołania. Uwzględnienie zarzutu prowadziłoby również do niespójności postanowień SIWZ w tym zakresie.

Jeżeli nawet we wcześniejszym okresie zamawiający długotrwale dokonywał zakupu taśm mocujących w opakowaniach kartonowych, to nie oznacza, że musi to czynić nadal. Na tym właśnie polega konkurencja między wykonawcami, że produkt nowocześniejszy o szerszym spektrum użytkowym wypiera z rynku wyroby przestarzałe. Nie można zabraniać zamawiającemu wprowadzania innowacji technicznych, gdyż stanowiłoby to zaprzeczenie regułom konkurencyjności. Odwołujący na równych zasadach może zaoferować zapotrzebowany produkt, zamiast domagać się dopuszczenia wyrobu trudniejszego w stosowaniu - ze względu na rodzaj opakowania - który posiada w swojej ofercie.

Zarzut jako bezpodstawny - nie podlegał uwzględnieniu. Twierdzenia odwołującego, iż jest tylko jeden producent taśm w opakowaniu z tworzywa - pozostały nie wykazane. Wręcz przeciwnie, zamawiający oraz przystępujący SICAME udowodnili, że taśmy w takich opakowaniach jak zapotrzebował zamawiający, oferują producenci i dystrybutorzy: tj. NILET, Bandimex, L&L, Belos-PLP, SICAME, MICHAUD i Alpar, a więc asortyment ten jest dostępny i oferowany przez różne podmioty.

Ogólnie odnosząc się do szczegółowych zarzutów odwołania wobec przedmiotu zamówienia, w kontekście ich powyższego rozpatrzenia, Izba miała na uwadze, że zamawiany asortyment osprzętu wynikał z zapotrzebowania uczestników porozumienia zakupowego, opisanych w przedmiocie zamówienia, z dokumentacji technicznej eksploatowanych linii i wymagań odrębnych przepisów i norm technicznych. Izba przyjęła, że zamawiający działając racjonalnie, zakupuje materiały do stosowania, a nie na składowanie magazynowe.

Wykonawca nie może natomiast wskazywać - co zamawiający powinien zakupić. Środki ochrony prawnej nie służą celom ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w dostosowaniu do asortymentu, którym odwołujący się wykonawca dysponuje i chciałby go upłynnić. Kwestionowane postanowienia szczegółowe SIWZ - wymagań odnoszonych do opisu przedmiotu zamówienia, nie naruszyły wskazywanych przez odwołującego przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 Pzp poprzez

dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Postępowanie dowodowe potwierdziło natomiast naruszenie przepisów art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy, przez ukształtowanie postanowień SIWZ, prowadzących do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie w jakikolwiek sposób, przewidzieć minimalnego wynagrodzenia, które uzyskają z realizacji zamówienia, a tym samym - nie mają możliwości oszacowania istotnych elementów ceny oferty. Nie są też w stanie przewidzieć zasięgu terytorialnego dostarczania sprzedawanych partii towaru.

Dla wyeliminowania tego uchybienia względem wskazań art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – że zamawiający podaje wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – możliwe jest podanie chociażby procentowo ilości, którą zamawiający spodziewa się objąć zamówieniami realizacyjnymi, oraz ograniczenie zasięgu terytorialnego obowiązku dostaw osprzętu do rejonów eksploatowanych sieci, aby ułatwić wykonawcom przyjęcie założeń kalkulacyjnych ceny oferty na poszczególne zadania.

Stwierdzone naruszenia mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania – poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty, w sytuacji braku dostatecznych wskazówek co do rzeczywistego zakresu umowy, czy kosztów dostaw. Zamawiający poprzestał na oznaczeniu ilości szacunkowych poszczególnych pozycji zamawianego osprzętu, nie obligujących zamawiającego do zakupu tych ilości. Wielkości szacunkowe służą jedynie do celu obliczenia porównywalnych cen ofert na poszczególne części zamówienia w oparciu o wiążące ceny jednostkowe z oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, zatem kosztami należało obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania na podstawie § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....