

**WYROK**  
**z dnia 3 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 czerwca 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 roku przez **Odwołującego** – Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A. (Lider konsorcjum), Conbelts Bytom S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Katowicach, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A. (Lider konsorcjum), Conbelts Bytom S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A. (Lider konsorcjum), Conbelts Bytom S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** – Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A. (Lider konsorcjum), Conbelts Bytom S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Katowicach, na rzecz **Zamawiającego** - Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z siedzibą w Katowicach, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

W dniu 17 maja 2013 roku do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) - dalej jako: „ustawa Pzp”, odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum -

- 1) Lider Konsorcjum - Węglokoks S.A. z siedzibą w Katowicach
- 2) Członek Konsorcjum - Conbelts Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach. Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa taśm przenośnikowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12.2014 r.”, numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: DUUE 2013/S 088- 150112 z dnia 07 maja 2013 roku.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) wszczęciu postępowania, którego przedmiot jest tożsamy z przedmiotem zamówienia publicznego, które zostało wcześniej wszczęte (10 listopada 2012 roku), rozstrzygnięte i została w dniu 28 stycznia 2013 roku skutecznie zawarta umowa w sprawie realizacji tego zamówienia,
- 2) zamieszczeniu w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ” lub „specyfikacja”) postępowania, postanowień sprzecznych z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, będącego wynikiem rozstrzygnięcia zamówienia publicznego, a ponadto sprzecznych z zasadami współżycia społecznego,
- 3) określenie w SIWZ przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia w sposób odmienny od warunków udziału w postępowaniu wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 2 Kodeksem cywilnym (dalej jako: „k.c.”) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wszczęcie postępowania, która to czynność jest nieważna jako niezgodna z zasadami współżycia społecznego i zasadami uczciwej konkurencji,
- 2) art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez zamieszczenie we wzorze umowy postanowienia sprzecznego z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, będącego wynikiem rozstrzygnięcia zamówienia publicznego, a ponadto sprzecznego z zasadami współżycia społecznego, które to

postanowienie zezwala Zamawiającemu na realizację tylko 50% zamówienia względem przewidzianego w ofercie,

3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie we wzorze umowy postanowienia zezwalającego Zamawiającemu na realizację tylko 50% zamówienia, co w konsekwencji powoduje nieprecyzyjny i niejasny opis przedmiotu zamówienia,

4) art. 41 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 39 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w SIWZ istotnych postanowień dotyczących realizacji zamówienia, które nie zostały ujęte w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

I. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 punkt 7 ustawy Pzp jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku,

II. nakazanie Zamawiającemu takie sformułowanie postanowień SIWZ umowy, które zapewnią ważność umowy, poprzez uniknięcie możliwości jej wykorzystywania do niewywiązania się przez Zamawiającego ze zobowiązania wynikającego z poprzednio udzielonego zamówienia, w szczególności poprzez wykreślenie punktu III.4 Rozdziale IV SIWZ Istotne postanowienia umowy, ewentualnie

III. uzupełnienie treści ogłoszenia o zamówieniu o informacje wskazywane w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie,

IV. doprowadzenie opisu przedmiotu zamówienia do zgodności z przepisami, których naruszenie wskazano w niniejszym odwołaniu poprzez zapewnienie realizacji zamówienia w takiej części, która zaspokaja znane potrzeby Zamawiającego,

V. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez zamawiającego uregulowań prawa.

Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w wyniku udzielenia zamówienia w postępowaniu może zostać pozbawiony realizacji umowy, która została podpisana w zamówieniu poprzednim, w pełnym zakresie. Poza tym jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia

2007 roku, sygn. akt V Ca 2506/07 „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej.”

Zaznaczono, że ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się w dniu 07 maja 2013 roku, wobec czego termin do złożenia odwołania upływał 17 maja 2013 roku. Odwołanie złożono w terminie, uiszczając na wskazany rachunek wpis w odpowiedniej wysokości. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu wskazano, że według SIWZ przedmiotem zamówienia są dostawy nowych taśm przenośnikowych (CPV: 34312600-3 Gumowe przenośniki pasowe) wymienionych w formularzu cenowym - Taśma przenośnikowa tkaninowo-gumowa. Szczegółowa specyfikacja zamawiania została zawarta w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do SIWZ. Zamówienie realizowane będzie w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12.2014 r., sukcesywnie wg potrzeb Zamawiającego. Na dzień 17 czerwca 2013 roku został wyznaczony termin do składania ofert.

W dniu 10 listopada 2012 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o identycznej nazwie tj. „Dostawa taśm przenośnikowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12. 2014 r.”, nr postępowania ZP/M/4/2013, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: DUUE 2012/S 217-357768 z dnia 10 listopada 2012 roku („zamówienie poprzednie”).

W wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, została w dniu 28 stycznia 2013 roku zawarta umowa w sprawie realizacji zamówienia poprzedniego, której termin realizacji również został określony do 31 grudnia 2014 roku. Przedmiot zamówienia w postępowaniu pokrywa się z przedmiotem zamówienia poprzedniego, a dokładnie rzecz ujmując z zadaniem numer 2 zamówienia poprzedniego, tj. wszystkie elementy przedmiotu zamówienia z postępowania pokrywają się ze znaczną częścią zamówienia poprzedniego. Innymi słowy, każda pozycja z formularza cenowego stanowiącego załącznik do SIWZ postępowania jest identyczna ze znaczną częścią pozycji formularza cenowego zamówienia poprzedniego. Poza taką samą datą realizacji zamówień oraz przedmiotem obu zamówień, identyczne jest również miejsce dostawy przedmiotu zamówienia, co wynika zarówno z umowy dostawy taśm przenośnikowych zawarta w Katowicach dnia 28 stycznia 2013 roku pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym (§ 1 ust. 2), jak i punktu I.3 Rozdziału IV SIWZ Istotne Postanowienia Umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami miejsce dostawy w obu przypadkach zostało określone w następujący sposób:

- Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Mysłowice-Wesoła”  
Ruch Wesoła: ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice

Ruch Mysłowice: ul. Świerczyny 3, 41-400 Mysłowice

- Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Wieczorek” ul. Szopienicka 58, 40-431 Katowice

- Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Murcki - Staszic”  
Ruch Staszic : ul. Karolinki 1, 40-467 Katowice

Ruch Boże Dary : ul. Boya-Żeleńskiego 95, 40-750 Katowice

- Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Wujek”

Ruch Wujek: ul. Wincentego Pola 65, 40-596 Katowice

Ruch Śląsk: ul. Kalinowa 12, 41-707 Ruda Śląska

Wszczęcie przez Zamawiającego postępowania, które pokrywa się z przedmiotem postępowania już zakończonego, stanowi w ocenie Odwoływającego naruszenie obowiązujących przepisów prawa.

### **Zarzut nr 1**

Zdaniem Odwoływającego, poprzez takie działanie Zamawiający naruszył art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 2 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z doktryną prawa cywilnego (A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna., źródło LEX, 2012, komentarz do art. 58) zasady współżycia społecznego odwołują się do powszechnie uznawanych w całym społeczeństwie lub w danej grupie społecznej wartości i ocen właściwego, przyzwoitego, rzetelnego, lojalnego czy uczciwego zachowania. Zasady te obejmują nie tylko reguły moralne, lecz także obyczajowe. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach (tak wyrok SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 555/09, LEX nr 885035). Okoliczność, że Zamawiający de facto drugi raz chce kupić to samo stanowi w ocenie Odwoływającego naruszenie zasad uczciwego obrotu i rzetelności kupieckiej. Trudno przy tym znaleźć jakąś akceptowalną przyczynę wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trzy miesiące po podpisaniu umowy. Przez ten okres ani nie uległy zmianie ceny surowców ani nie zmieniła się sytuacja Zamawiającego. Wskazać również należy, że zawarcie umowy w postępowaniu spowoduje, że Zamawiający z pewnością nie wykona umowy dostawy taśm przenośnikowych zawartej w Katowicach dnia 28 stycznia

2013 roku zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w całości, z uwagi na zawarty w tej umowie mechanizm skorzystania z możliwości tylko 50% zamówień.

## **Zarzut nr 2**

Zamawiający w Rozdziale IV SIWZ Istotne postanowienia umowy w punkcie III.4 postanawia iż: „Zamawiający zobowiązuje się do złożenia zamówień na realizację przedmiotu umowy o wartości nie mniejszej niż 50% wartości umowy. W pozostałym zakresie Zamawiający zastrzega sobie prawo do nieskładania zamówień bez podawania przyczyny. Wykonawca oświadcza, iż w przypadku niezrealizowania przedmiotu umowy w wysokości do 50% wartości umowy w związku z niezłożeniem zamówień przez Zamawiającego - nie będzie dochodził przeciwko Zamawiającemu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. ”

Odwołujący wskazuje, że takie postanowienie jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto przeczy zasadom współżycia społecznego. Jeżeli chodzi o sprzeczność z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego to wskazać należy, że tą kwestię należy rozpatrywać w powiązaniu procedurą zamówień publicznych, w wyniku której zawierana jest dana umowa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wynika z tego przepisu opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący, by Wykonawca mógł złożyć rzetelną ofertę. Zgodnie zaś z art. 140 ust.1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Skoro Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę oferty na całość zamówienia, Wykonawca składa ofertę na całość, trudno znaleźć jakiegokolwiek racjonalne uzasadnienie dla postanowienia umownego, które uprawnia Zamawiającego do zrezygnowania z części zamówienia. Mając na uwadze specyfikę różnych branż, do których zastosowanie znajdują przepisy prawa zamówień publicznych, różnica w zamówionym towarze może co najwyżej wynosi kilka procent, w żadnym przypadku nie połowę towaru przewidzianego w ofercie.

Zacytowane wyżej postanowienie przeczy również zasadom współżycia społecznego oraz równości stron umowy. Podkreślić należy, że w tak ułożonym stosunku prawnym Wykonawca musi być przygotowany na wykonanie 100% zamówienia, co implikuje konieczność zabezpieczenia środków finansowych, potencjału ludzkiego, surowców na całość zamówienia, natomiast Zamawiający dyskrecyjnie podejmuje decyzje czy złoży zamówienia na całość czy też tylko na połowę wartości umowy, nie ponosząc z tego tytułu żadnej odpowiedzialności. Powyższe ma znaczenie zwłaszcza wówczas, gdy działalność

bieżąca wykonawcy finansowana jest z kredytem bankowym. W przypadku gdy pomimo sumarycznej wartości umowy wynoszącej 100, Zamawiający zamawia jedynie 50 może to grozić nawet wypowiedzeniem przez bank finansowania. Wskazać przy tym należy, że takie postanowienie nie przewiduje żadnego terminu do którego Zamawiający ma zdecydować czy chce realizacji zamówienia w całości czy w części, co w konsekwencji powoduje, że Wykonawca musi do końca trwania umowy mieć zaangażowane swoje moce przerobowe. Brak jest też jakiegokolwiek uzasadnienia dla tego typu postanowienia, biorąc pod uwagę że już zamówienie poprzednie przewiduje możliwość zrezygnowania przez Zamawiającego z części dostaw.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na uchwałę Sądu Najwyższego (uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 22 maja 1991 r., sygn. III CZP 15/91) w której sąd ten stwierdził, że „art. 353[1] kc wyrażający zasadę wolności umów, zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: natura stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego. Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385 § 3 kc) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie zwłaszcza przy umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o regulamin wydany przez profesjonalistę, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalająca na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałyby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej strony umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.”

### **Zarzut nr 3**

Zgodnie z 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.

Nie powinno ulegać jakiegokolwiek wątpliwości, że umowa (istotne postanowienia umowne) stanowi w części element opisu przedmiotu zamówienia. Zawarcie w umowie



postanowienia, że „Zamawiający zobowiązuje się do złożenia zamówień na realizację przedmiotu umowy o wartości nie mniejszej niż 50% wartości umowy. W pozostałym zakresie Zamawiający zastrzega sobie prawo do nieskładania zamówień bez podawania przyczyny”, powoduje, że przedmiot ten nie jest jednoznacznie i precyzyjnie określony. W takim wypadku uznać należy, że przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego np. na dostawę 100 metrów taśm przenośnikowych, stanowi albo 100 metrów taśm przenośnikowych albo 50 metrów taśm przenośnikowych albo 70 metrów taśm przenośnikowych, albo jeszcze w innej wartości w przedziale 50-100. Trudno uznać to za precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający mając pewność elastyczności dostaw wynikającą z poprzedniej umowy, może obecnie ze znacznie większą precyzją dookreślić granice zobowiązania. Proponowane w SIWZ w obecnym kształcie rozwiązanie, sprowadza się do niemożliwej do zaakceptowania sytuacji, w której Zamawiający mając dwie tożsame co do przedmiotu zamówienia umowy może żadnej z nich nie wykonać w całości, choć w pełni musi wykonać choćby jedną (przyjmując w przybliżeniu zbliżoną wartość tożsamej części umów) i obowiązek wykonania co najmniej 50% zakresu każdej z nich.

Nie negując potrzeby zapewnienia dostaw w sposób i w skali, które uwzględnią nieprzewidywalne zdarzenia mogące wystąpić w przedsiębiorstwie Zamawiającego - należy zwrócić uwagę, że możliwość zróżnicowania skali dostaw Zamawiający już ma. O ile uznał, że ponad tą już zamówioną skalę może potrzebować dodatkowych dostaw - może określić je precyzyjnie nie narażając się, że łącznie w obu umowach zostanie zmuszony do nabycia zbędnych dostaw.

#### **Zarzut nr 4**

Zdaniem Wykonawcy Zamawiający błędnie sformułował treść ogłoszenia o zamówieniu. W ogłoszeniu tym bowiem brak jest informacji, które zawarte są w punkcie II 1.4 Rozdziału IV SIWZ Istotne postanowienia umowy, a mianowicie że Zamawiający może złożyć zamówienie jedynie na 50% wartości umowy. Zgodnie z tym punktem SIWZ, Zamawiający zobowiązuje się do złożenia zamówień na realizację przedmiotu umowy o wartości nie mniejszej niż 50% wartości umowy. W pozostałym zakresie Zamawiający zastrzega sobie prawo do nieskładania zamówień bez podawania przyczyny. Takich danych w ogóle nie zawiera ogłoszenie. W ogłoszeniu w sekcji II pkt 2. „Wielkość lub zakres zamówienia” brak jest jakichkolwiek informacji w tym zakresie. Także w Sekcji III pkt 1.4). „Inne szczególne warunki” brak jest informacji, iż zamawiający bez podania przyczyny może zrezygnować z realizacji części umowy.

Takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu jak ma to miejsce w ogłoszeniu o zamówieniu narusza art. 41 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 39 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi przepisami ogłoszenie o zamówieniu ma

zawierać wszelkie istotne i specyficzne dla danego zamówienia informacje m.in. określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, w tym także informacje, że Zamawiający ma prawo zrealizować jedynie połowę zamówienia, co niewątpliwie stanowi istotną okoliczność związaną z udziałem w postępowaniu.

Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów, np. w wyroku z dnia 30 czerwca 2006 r., sygn. UZP/ZO/O-1861/06. Należy zauważyć także, że tak sformułowane ogłoszenie o zamówieniu narusza podstawową zasadę rządzącą prawem zamówień publicznych, a mianowicie zasadę uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Poprzez pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu zapisów, które zawiera punkt III.4 Rozdziału IV SIWZ Istotne postanowienia umowy, Zamawiający wprowadza wykonawców w błąd, gdyż brak wskazania takiego warunku sugeruje, iż Wykonawca w całości będzie realizował zamówienie. Ograniczenia w zakresie realizacji takiego zamówienia znajdują się dopiero w specyfikacji. Natomiast, jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 kwietnia 2003 r., sygn. akt V Ca 579/03: "Określenie warunków, jakie winni spełniać przyszli oferenci, winno wynikać już z treści ogłoszenia, tak aby czytający wiedział, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań i możliwości".

Mając powyższe na uwadze, nie powinno ulegać wątpliwości, że niniejsze odwołanie winno zostać uwzględnione, gdyż zostały naruszone przepisy ustawy, co niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 p.z.p.).

W zakresie zarzutu unieważnienia postępowania podniesiono, że stosownie do art. 93 ust. 1 punkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, a także stosownie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2012 r. KIO 480/12) wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie zasad współżycia społecznego w rozumieniu art. 58 § 2 k.c., co powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania może zostać uznana za nieważną, o ile nie zostaną do niej wprowadzone zmiany wskazane w żądaniach Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, odwołanie jest zdaniem Odwołującego uzasadnione i konieczne, a co za tym idzie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, przedstawiając szeroką argumentację w zakresie poszczególnych zarzutów.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, stanowisk i oświadczeń stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Sporządzenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję lub uniemożliwiać wykonawcy złożenie ważnej oferty może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając Go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Także sformułowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu w sposób niezgodny z przepisami Pzp stanowi o dopuszczalności korzystania przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ze środków ochrony prawnej i możliwości poniesienia szkody.

**Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny w sposób zgodny z rzeczywistością odzwierciedlony przez Odwołującego w odwołaniu, uznano iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Na wstępie należy wskazać, iż prawem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego obiektywnych, uzasadnionych potrzeb. W sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie zasadne, możliwe jest postawienie wymagań, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Brak możliwości spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego przez ogół wykonawców obecnych na danym rynku, w przypadku, gdy postawione wymagania są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu konkurencji oraz o nieprawidłowości poczynionego opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak jest możliwości dowolnego kształtowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego jest subiektywne preferencje, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceny naruszenia konkurencji należy dokonywać przez pryzmat

okoliczności zaistniałych w danym postępowaniu, sytuacji Zamawiającego, faktycznego stopnia ograniczenia konkurencji, przyczyn wprowadzenia ograniczeń, jak też ich skutków dla wykonawców uczestniczących w rynku. Bez względu na powyższe opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, ma wpływ na przebieg całego postępowania, zatem nie może on być ogólny, niedookreślony. Wszystkie wymagania Zamawiającego, które bierze On pod uwagę na etapie badania i oceny ofert powinny być jasne, z góry sprecyzowane i znane wykonawcom już w momencie przygotowania oferty, aby przyszłe decyzje Zamawiającego mogły być dla wykonawcy przewidywalne i zapewniać zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sfera, do której odnoszą się zarzuty Odwołującego, dotyczy w większej mierze wykonywania świadczenia wynikającego z wiążącej strony umowy, nie zaś opisu przedmiotu zamówienia. Część SIWZ zawierająca istotne postanowienia umowne jest odrębną częścią od części SIWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawierać ma dokładne i zrozumiałe określenie co jest przedmiotem świadczenia, uwzględniać ma wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, natomiast istotne postanowienia umowne określają główne obowiązki wynikające z mającego łączyć strony stosunku umownego, w tym odnoszą się do sposobu dostawy, miejsca dostawy, należnego wynagrodzenia, ustalają kary umowne za niedotrzymywanie określonych zobowiązań, przewidują kiedy i w jakich okolicznościach umowa może ulec rozwiązaniu, bądź wypowiedzeniu. Możliwe, a w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp konieczne, jest przewidzenie możliwości, które sanowały będą dopuszczalność dokonania zmiany wiążącej strony umowy. Istotne postanowienia umowne związane są z opisem przedmiotu zamówienia w takim zakresie, w którym umowa stanowi o jej przedmiocie, a więc w przedmiotowym przypadku o tym, co jest przedmiotem dostawy. W tej części nie dopatrzonego się naruszenia przepisów ustawy Pzp, na które wskazywał Odwołujący.

Przedmiot zamówienia jest opisany w sposób prawidłowy, zgodny z postanowieniami art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający wyspecyfikował jakie ilości danych materiałów będących przedmiotem dostawy zamawia. Opisał ich parametry, właściwości, ilości, wskazał jakie normy ma spełniać dana taśma. Odwołujący nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia sporządzono w sposób nieprecyzyjny, czy też niejednoznaczny. W ocenie składu orzekającego Izby zawiera on wszystkie niezbędne elementy, aby możliwe było złożenie ważnej oferty przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Odrębną kwestię stanowi kwestia sposobu wykonywania umowy, czyli sposobu dostarczania

przedmiotu świadczenia będącego przedmiotem dostawy do siedziby Zamawiającego, gdzie we wzorze umownym przewidziano możliwość rezygnacji z części zamówienia. Jednakże w tej części zapisów SIWZ nie dopatrzone zostało naruszenia przepisów Pzp. Dostrzeżenia wymaga, iż ustawa Pzp przewiduje możliwość zmian umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tylko w takim zakresie, w jakim zmiany oraz ich charakter określono w SIWZ. Jeżeli Zamawiający nie przewidziałby możliwości rezygnacji z części dostaw a zaistniałaby taka konieczność, to w tym zakresie nie mógłby zawartej uprzednio umowy zmienić. A warto podkreślić, iż po pierwsze Zamawiający wcale z tej możliwości nie musi skorzystać i może realizować umowę do końca, a po drugie, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to On określa swoje niezbędne potrzeby. Ograniczenie części świadczenia bez możliwości dochodzenia roszczeń ze strony wykonawców jest postanowieniem często spotykanym w postanowieniach umownych w reżimie Pzp. Za okoliczność uprawniającą do takiego opisu sposobu wykonywania zamówienia uznano specyfikę rynku, na którym prowadzona jest działalność Zamawiającego, a więc branży węgla kamiennego. Zamawiający ukształtował w ten sposób treść zobowiązań umownych, aby możliwe było zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb a jednocześnie możliwa była reakcja na zmienne realia rynkowe. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie zamierza zrealizować umowy. Na powyższe nie przedstawiono żadnego wiarygodnego dowodu, choć strony łączyły w przeszłości wzajemne zobowiązania umowne.

Zauważyć również należy, że nie istnieje żaden przepis, czy to Prawa zamówień publicznych, czy też innej ustawy, który zabraniałby Zamawiającemu rozpocząć nowe postępowanie, na przedmiotowo zbliżony zakres rzeczowy, w sytuacji gdy Zamawiający związany jest umową będącą wynikiem rozstrzygnięcia poprzedniego zamówienia publicznego. Nie uznano, że w tym zakresie Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad współzycia społecznego w płaszczyźnie stosunków kontraktowych. Nie sposób zakwalifikować jako sprzecznego z zasadami współzycia społecznego działania Zamawiającego, który przewiduje możliwość ograniczenia przedmiotu świadczenia. Odwołujący nie przedstawił dowodów, że działania Zamawiającego są celowe, że dążył On będzie celowo do niezrealizowania umowy w całości, nie będzie się wywiązał z obowiązków umownych. Ogłoszenie nowego postępowania, którego przedmiot jest zbliżony a nawet analogiczny do przedmiotu objętego umową wcześniej zawartą w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie powoduje automatycznie skutku w postaci rozwiązania tej umowy, czy też utraty przez nią mocy prawnej. Zamawiający nadal zobowiązany jest do wywiązania się z niej w określonym zakresie.

Niewątpliwie spostrzeżenia wymaga również okoliczność, iż zasada swobody umów doznaje na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń, zarówno w odniesieniu do swobody Zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego.

Co do zasady, to Zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje treść dokumentacji decydując o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach umownych. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami może ale nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto w momencie składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z postanowień umowy w sprawie zamówienia. Przywołania warte jest stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu (...) ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kc Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy” (sygn. akt XII Ga 314/11).

W przedmiotowym postępowaniu możliwe jest ujęcie w cenie kontraktowej w ofercie ryzyka związanego z niezrealizowaniem przedmiotu zamówienia w całości. A jednocześnie nie można odmówić stronie Zamawiającej takiego ukształtowania zapisów umownych, nie naruszają one bowiem żadnych przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż Zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, Zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne warunki umowy zostały określone przez Zamawiającego i sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem Zamawiający nie dopuścił się

nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją także w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami.

Odnośnie zarzutu o braku w ogłoszeniu w sekcji II pkt 2. „Wielkość lub zakres zamówienia” lub w Sekcji III pkt 1.4). „Inne szczególne warunki”, jakichkolwiek informacji, iż Zamawiający bez podania przyczyny może zrezygnować z realizacji części umowy, to podnieść należy, iż nie uznano, aby takie skonstruowanie treści ogłoszenia naruszało art. 41 pkt 4 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ to dwa uzupełniające się dokumenty stanowiące integralną całość. W przypadku przetargu nieograniczonego upublicznienie obu dokumentów następuje jednocześnie, tuż po ukazaniu się ogłoszenia. Wykonawcy dysponują więc i mogą zapoznać się ze wszystkimi istotnymi okolicznościami mającymi wpływ na skonstruowanie oferty. Zakres świadczenia w ogłoszeniu został przez Zamawiającego prawidłowo wskazany. Nie można także stwierdzić, że ogłoszenie zawiera treści odmienne, czy też sprzeczne z treścią SIWZ. Informacja o potencjalnej możliwości rezygnacji z realizacji części umowy znalazła odzwierciedlenie w zapisach SIWZ. W ocenie Izby nie uznano za konieczne umieszczanie tej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, ponieważ nie warunkuje ona w sposób bezwzględny decyzji wykonawcy o udziale w postępowaniu. Ponadto ustawa Pzp nie wymaga od Zamawiającego, aby obowiązkowo w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczał on informację dotyczącą warunków wykonywania umowy. Informacje takie obowiązkowo zawierać ma SIWZ, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Nie dopatrzone są także zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**