

**Sygn. akt: KIO/UZP 222/08**

**WYROK**  
**z dnia 28 marca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2007 r.** .w Warszawie odwołania wniesionego przez **Centralę Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Józefa Lompy 14, 40-955 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **27 lutego 2008 r.**<sup>1</sup>

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia**

2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Centralę Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Józefa Lompy 14, 40-955 Katowice**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 602 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset dwa złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Centrali Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Józefa Lompy 14, 40-955 Katowice**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty kosztów postępowania odwoławczego zaliczonej z wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Centrali Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Józefa Lompy 14, 40-955 Katowice**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę stóp podporowych do obudowy chodnikowej do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008 r.” Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13 lutego 2008 r. (nr 2008/S 30-040996).

W dniu 27 lutego 2008 r. (pismem z tej samej daty) Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Odwołującym” wniosła protest na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności w zakresie zapisów umowy, której istotne postanowienia stanowią załącznik nr 5 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. naruszenie art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 473 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą k.c.” poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ ustępu 6, działu 2;
2. naruszenie art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 473 § 2 ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ ustępu 2, punkt a), działu 9;
3. naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 353(1) ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ w dziale 2 ustęp 6 oraz dziale 9 ustęp 2 zapisów, które rażąco przeczą zasadzie równości stron poprzez naruszenie zasady swobody umów;
4. naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 381 ustawy k.c. i art. 6 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 139, poz. 1323; z 2004 r., Nr 19, poz. 177; Nr 96, poz. 959; Nr 173, poz. 1808) poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ ustępu 14 w dziale 2.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów ogłoszenia oraz SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów prawa.

Pismem z dnia 3 marca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 4 marca 2008 r.

Pismem z dnia 7 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 marca 2008 r.; wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2008 r.).

Przedmiotowe odwołanie zostało nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 marca 2008 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie zarzucanych naruszeń przepisów prawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 473 § 2 ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ ustępu 6, działu 2 potwierdził się.

Zamawiający w dziale 2 „cena i warunki płatności” ustęp 6 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zawarł zapis „Wykonawca nie może dochodzić roszczeń odszkodowawczych w przypadku, kiedy suma zamówień będzie niższa od wartości umowy określonej w ustępie 1”.

Zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz w załączniku nr 1 „Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia oraz wymagania prawne i parametry techniczno-użytkowe” do SIWZ opisał szczegółowo przedmiot zamówienia – na dostawę stóp podporowych do obudowy chodnikowej. Jednocześnie w rozdziale IX SIWZ „Termin realizacji zamówienia i okres gwarancji” określił, iż dostawy stóp podporowych będą realizowane „(...) zgodnie z terminem dostawy określonym w umowie” i SIWZ, tj. „w roku 2008” a wymagany termin realizacji dostawy od daty przekazania zamówienia to okres „do 7 dni”. W żadnym z postanowień specyfikacji Zamawiający nie wskazał, iż dostawa przedmiotu zamówienia (w całości) nastąpi tylko wtedy, gdy nie wystąpią w kopalniach okoliczności o charakterze „siły wyższej”, tj. „nieprzewidziane zdarzenia mające charakter naturalny” i tym samym niezależne od Zamawiającego. Ograniczenie to zawarł dopiero w załączniku nr 5, określającym istotne postanowienia umowy, wskazując jednocześnie, iż istnieje możliwość zrealizowania umowy w mniejszym zakresie.

Zamawiający nie wprowadził do umowy żadnego minimum dostawy, uznając – jak podkreślił na rozprawie - iż ewentualne zmniejszenie ilości dostaw jest spowodowane naturalnymi zagrożeniami występującymi w górnictwie, jak i związane jest z zawodowym charakterem prowadzonej działalności.

Skład orzekający uznał, iż z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić.

Zamawiający nie może bowiem ograniczyć wykonawcy w realizacji dostawy, gdyż na wykonawcy ciąży obowiązek wytworzenia i dostarczenia rzeczy periodycznie, natomiast na Zamawiającym obowiązek zapłaty ceny za dostarczony produkt. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której to na wykonawcę przerzucony jest cały ciężar i ryzyko niezrealizowania umowy oraz wyłączona jest możliwość dochodzenia roszczeń z tego tytułu przez wykonawcę.

„Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do ewentualnego (...) ograniczenia umownego zakresu świadczenia wykonawcy w trakcie jego realizacji. (...) w chwili zawierania umowy opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie.” Natomiast „zapis (...), z którego wynika, że dostawcy nie przysługuje roszczenie z tytułu

zamówienia mniejszej (...) ilości towaru (...) wymaga modyfikacji” , a treść umowy „powinna być zmodyfikowana w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, iż zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt X Ga 88/06; wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2005 r., sygn. akt V Ca 1110/05).

Zamawiający przygotowując SIWZ, a więc szacując wartość zamówienia i ustalając warunki jego realizacji powinien był, biorąc pod uwagę okoliczności niezależne od Zamawiającego (*vis maior*), które mogą wystąpić przy tego rodzaju działalności, i w oparciu o wcześniej realizowane zamówienia, dotyczące stóp podporowych (w tym zakresu w jakim zostały wcześniejsze umowy zrealizowane) ustalić minimum, w ramach którego dostawa zostanie zrealizowana. Brak tego minimum dostawy powoduje - jak słusznie podnosi Odwołujący - przesłankę odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W tej sytuacji (zgodnie z art. 471 ustawy k.c.) wykonawcy (wierzycielowi) przysługuje roszczenie o wykonanie świadczenia, a więc zamówienie określonych wyrobów, albo też roszczenie o naprawienie szkody, które Zamawiający bezpodstawnie wyłączył poprzez umieszczenie w istotnych postanowieniach umowy kwestionowanego zapisu, tym samym naruszając art. 473 § 2 ustawy k.c., gdyż nie można wyłączyć odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie.

Brak ustalenia minimum zrealizowanych dostaw przy tak dużym zamówieniu może prowadzić również do braku porównywalności cen w składanych Zamawiającemu ofertach. Wykonawcy bowiem mogą w bardzo różny sposób wycenić ryzyko braku realizacji dostaw dla Zamawiającego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający powinien w tym zakresie dokonać modyfikacji SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 473 § 2 ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ ustępu 2, punkt a), działu 9 oraz zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 353(1) ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ w dziale 2 ustęp 6 oraz dziale 9 ustęp 2 zapisów, które rażąco przeczą zasadzie równości stron poprzez naruszenie zasady swobody umów potwierdziły się.

Zamawiający w dziale 2 „cena i warunki płatności” ustęp 6 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zawarł zapis „Wykonawca nie może dochodzić roszczeń odszkodowawczych w przypadku, kiedy suma zamówień będzie niższa od wartości umowy określonej w ustępie 1”. Natomiast w dziale 9 „Kary umowne” ustęp 2 załącznika nr 5 do SIWZ zastrzegł, iż: „zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy kary umowne:

- a) w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy, gdy wykonawca odstąpi od umowy, z zastrzeżeniem ust. 6 działu 2 – „cena i warunki płatności” załącznika nr 5 do SIWZ (Istotne postanowienia, które wprowadzone zostaną do umowy) lub
- b) w wysokości 10% umownej wartości brutto towaru określonego każdorazowo w niezrealizowanym zamówieniu, gdy Wykonawca odstąpi od zamówienia, z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający”.

Jak już wyżej wskazano zapis działu 2 ustęp 6 jest nieprawidłowy i w konsekwencji powyższego należy uznać, iż powinna być zmodyfikowana SIWZ także w zakresie zapisu działu 9 ustęp 2.

Obecny zapis działu 9 ustęp 2 wyłącza możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez wykonawcę w sytuacji zrealizowania umowy w zmniejszonym zakresie, a także wprowadza dysproporcję pomiędzy stronami umowy, doprowadzając do sytuacji, gdzie pozycję zdecydowanie dominującą ma Zamawiający, który w sposób całkowicie dowolny i nieuprawniony ogranicza prawa drugiej strony, od początku ustawiając ją w zdecydowanie gorszej pozycji, w tym także procesowej. To właśnie wykonawca, nie znając wielkości zamówienia, które ma być realizowane ponosi całkowite ryzyko braku pełnej realizacji zamówienia, pozostając w gotowości do jej realizacji, gdy tymczasem Zamawiający wyłącza swą odpowiedzialność w przypadku zmniejszenia zamówienia, jak również ogranicza wykonawcy możliwość dochodzenia kar umownych, tylko do wartości niezrealizowanej części zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający odstąpi od realizacji umowy z przyczyn leżących po jego stronie.

Powyższe wskazuje, iż przy obecnym zapisie, doszło także do nieuprawnionego naruszenia art. 353(1) ustawy k.c., i przekroczenia dopuszczalnej ustawą swobody kształtowania treści stosunku prawnego przez strony.

Zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 381 ustawy k.c. i art. 6 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 139, poz. 1323; z 2004 r., Nr 19, poz. 177; Nr 96, poz. 959; Nr 173, poz. 1808) zwanej dalej „ustawą o terminach zapłaty” nie potwierdził się.

Zamawiający w dziale 2 „cena i warunki płatności” ustęp 14 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zawarł zapis, iż „W przypadku opóźnień w płatnościach kwestia regulowania odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji”.

Ustawa o terminach zapłaty określa uprawnienia wierzyciela i obowiązki dłużnika w związku z terminami zapłaty w transakcjach handlowych. Jednocześnie wskazuje, iż po zaistnieniu określonych w niej zdarzeń, „można żądać” i „przysługują” odsetki ustawowe oraz „odsetki w wysokości odsetek za zwłokę”. Natomiast jeżeli termin zapłaty nie został

określony w umowie odsetki przysługują za okres „(...) – do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego”. Oznacza to, iż dniem wymagalności określonego świadczenia będzie dzień określony w pisemnym wezwaniu do zapłaty.

Z powyższego wynika, iż ustawa o terminach zapłaty reguluje już kwestie terminu zapłaty, możliwości dochodzenia odsetek oraz ich wysokości, a więc te kwestie, które - zdaniem Odwołującego - powinny być zawarte w załączniku nr 5. Ustawa o terminach zapłaty niewątpliwie ma pierwszeństwo przed kwestionowanym zapisem i nie stoi z nim w sprzeczności.

Jednocześnie należy podnieść, iż nie doszło do naruszenia art. 481 kodeksu cywilnego, gdyż ustawa o terminach zapłaty ma charakter szczególny w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego i ma pierwszeństwo przed przedmiotowymi przepisami.

Nie doszło także do naruszenia art. 381 ustawy k.c., gdyż dotyczy on uprawnień wierzyciela do świadczenia niepodzielnego, co w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca, gdyż Zamawiający w SIWZ (rozdział IV) dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania określone w załączniku nr 1 do SIWZ (11 zadań), co powoduje, iż każdy z potencjalnych wykonawców (wierzycieli) może samodzielnie dochodzić spełnienia całego świadczenia, oczywiście w ramach zawartej umowy.

Zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 353(1) ustawy k.c., poprzez zamieszczenie w załączniku nr 5 do SIWZ w dziale 5 ustęp 2 zapisów, które rażąco przeczą zasadzie równości stron poprzez naruszenie zasady swobody umów nie potwierdził się.

Zarzut ten został rozpatrzony przez Izbę, gdyż był on podniesiony w proteście (treść uzasadnienia protestu - str. 8), a istotna jest treść określonego dokumentu (w tym przypadku protestu), a nie jego forma. Okoliczność, iż Odwołujący wyraźnie nie wyspecyfikował przedmiotowego zarzutu obok innych zarzutów zawartych na stronie drugiej protestu, nie oznacza, iż odwołanie w tym zakresie nie było poprzedzone protestem.

Zamawiający w dziale 5 „Badania kontrolne” ustęp 2 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” umieścił zapis, iż „W przypadku wystąpienia niezgodności w parametrach technicznych w stosunku do parametrów określonych w dokumentacji złożonej do przetargu kosztami badań zostanie obciążony wykonawca”, jednocześnie zastrzegając sobie, w określonych sytuacjach, „prawo odstąpienia od umowy”. Odstąpienie od umowy, z winy wykonawcy, a więc i z obowiązkowym naliczeniem kar umownych, nastąpi jedynie wtedy, gdy powtórna kontrola materiałów z losowo wybranej partii dostawy wykaże wystąpienie po raz drugi niezgodności w parametrach określonych w dokumentacji złożonej do przetargu. Tak więc nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż dostawa już jednej wadliwej stopy podporowej skutkuje odstąpieniem od umowy. Następuje to, jak

przyznał Zamawiający na rozprawie, dopiero na skutek ustaleń powtórnej, także negatywnej próby, przeprowadzonej przez specjalną certyfikowaną jednostkę, a więc zgodnie z przyjętymi w tym zakresie zasadami określonymi w obowiązującej normie.

Skład Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, iż zastrzeżenie możliwości odstąpienia od umowy na skutek niezgodności parametrów technicznych towaru z dokumentacją złożoną do przetargu pozostaje w sprzeczności z działem 4 „Gwarancja” załącznika nr 5 do SIWZ. Czym innym jest gwarancja, a czym innym badania kontrolne dotyczące zgodności parametrów technicznych z odpowiednią normą.

Gwarancja określa m.in. obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy właściwość określonego wyrobu nie odpowiada właściwości wskazanej przez gwaranta, oraz w jakim terminie reklamowane wyroby będą wymieniane na wyroby wolne od wad.

Zapis działu 4 nie zawiera zapisu jakoby gwarancją objęte były także wady wyrobu związane z niedochowaniem odpowiednich norm, a jedynie wskazuje, iż w przypadku wymiany – w ramach gwarancji - wyrobu na nowy wolny od wad wyrób, ten ma odpowiadać także odpowiednim normom.

W załączniku nr 1 do SIWZ, punkt III „Wymagane parametry”, podpunkt 3 Zamawiający wskazał, iż „stopy podporowe powinny spełniać wymagania normy PN-88/G-15000/06 w zakresie punktów 2.2.b, 3.1 i 3.4”

Z analizy treści „Polskiej Normy” PN-88 G-15000/06 wynika, iż wymagania w stosunku do stóp podporowych wskazane przez Zamawiającego w SIWZ są ujęte prawidłowo i wskazują potencjalnym wykonawcom, jakie wymogi powinien spełnić oferowany przez nich wyrób – stopy podporowe. Natomiast kwestia sposobu badania spełnienia wymagań norm wynika także z tej normy, jak i normy PN-85/G-15000/01, do której norma PN-88 G-15000/06 odsyła i nie musi być ona określona w SIWZ bądź w załącznikach do SIWZ. Zamawiający słusznie kwestii tych nie reguluje w treści istotnych postanowień umowy, gdyż w przypadku ich zaistnienia korzysta się wprost z zapisów zawartych w tych normach.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 538 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*