

Sygn. akt: KIO 769/15

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44 – 109 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44 – 109 Gliwice, i:

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

2.2. zasądza od wykonawcy Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44 – 109 Gliwice na rzecz Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój kwotę 4 037 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Logistyki Materiałowej ul. Towarowa 1 44-330 Jastrzębie-Zdrój wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę dla kopalń JSW S.A. strzemion SDS do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V29 i V32/36 wg dokumentacji JSW S.A. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.” – nr sprawy: 78/P/DZZ/15.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 kwietnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 067-120813.

Publikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej jako: „SIWZ” nastąpiła na stronie internetowej Zamawiającego w dniu **7 kwietnia 2015 r.**

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Huta Łabędy Spółka Akcyjna, ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice **w dniu 14 kwietnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej** wobec następujących postanowień zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu, zwanego „ogłoszeniem” oraz treści SIWZ:

1) pkt 5 SIWZ i § 2 ust. 1 i ust. 3 Wzoru Umowy, w których nie określono, nawet w sposób przybliżony, terminu realizacji poszczególnych zamówień składanych w okresie obowiązywania umowy, co narusza przepis art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazujący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także art. 7 ustawy Pzp;

2) §1 ust. 4 Wzoru Umowy w zw. z postanowieniami pkt 4.4 zdanie drugie SIWZ (od słów: „Zamawiający zastrzega sobie [...]”) w zw. z pkt 2.15 lit. c) Ogólnych Warunków Umów (Załącznik nr 7 do SIWZ), w którym Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany ilości zamawianego asortymentu w sposób nieprecyzyjny, uniemożliwiający wykonawcom ostateczne określenie przedmiotu zamówienia, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazujący dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W związku z powyższym, wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:
 - i. określenie w SIWZ oraz we Wzorze Umowy terminu lub terminów realizacji poszczególnych zamówień składanych przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy;
 - ii. wykreślenie zapisów § 1 ust. 4 Wzoru Umowy;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W pierwszej kolejności wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający udostępnił SIWZ na swojej stronie internetowej z naruszeniem art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, jako, że, a SIWZ w dniu 7 kwietnia 2015 r., pomimo obowiązku udostępnienia w tym samym dniu co publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE.

W ocenie Odwołującego ogłoszenie i SIWZ zawierają postanowienia, które z uwagi na ich sprzeczność z przepisami ustawy Pzp powinny zostać uchylone lub zmienione.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający, w zakresie określenia terminu wykonania zamówienia, porzucił jedynie na wskazaniu okresu obowiązywania umowy, wskazując w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach SIWZ oraz Wzoru umowy w sposób następujący:

SIWZ:

„5. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Termin realizacji zamówienia - 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Dostawa poszczególnych części zamówienia następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określą ilości towaru, terminy oraz miejsca dostaw.”

Wzór Umowy:

„§ 2.

1. Dostawa i wydanie Towaru nastąpi częściami/~~jednorazowo~~* w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

2. Odbiorca przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji umowy spowodowanej koniecznością czasowego wstrzymania realizacji umowy w związku z recesją na rynkach światowych lub sytuacją kryzysową na rynku węgla i stali.

3. Dostawa poszczególnych części Towarów następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określą ich ilość, wymagane terminy oraz miejsca dostaw.”.

W kontekście powyższych postanowień SIWZ wskazał, że w świetle przepisów art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób uznać, iż powyżej cytowane zapisy są prawidłowe i wystarczające dla wykonawcy w celu przygotowania oferty.

Odwołujący zauważył, że analogiczne zapisy były przedmiotem odwołania wnoszonego przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym m. in. przez Zamawiającego w sprawie o sygn. KIO 2394/14, gdzie w wyroku, który zapadł w wyniku rozpoznania przywołanego odwołania, Izba nakazała Zamawiającemu „określenie terminów realizacji poszczególnych zamówień, poprzez określenie terminu, w którym wykonawca, po otrzymaniu zamówienia będzie zobowiązany dostarczyć określoną ilość produktów" (pkt 1.3 sentencji cytowanego wyroku).

W swoim uzasadnieniu powołał się na obszerny fragment zacytowanego przywołanego wyroku, z uwagi na analogiczną treść zaskarżonych postanowień, te same strony postępowania oraz uznanie przez Izbę odwołania w tym zakresie za zasadne.

Dalej wyjaśnił, że Odwołujący w postępowaniach, które zostały wszczęte przez Zamawiającego po dacie wydania ww. wyroku i zawierały zaskarżone postanowienia, zadawał Zamawiającemu pytania do treści SIWZ, wskazując na fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza uznała przedmiotowe zapisy za niedopuszczalne, a Zamawiający nie zmieniał jednak treści SIWZ.

Powołał się w tym zakresie na zapytanie Odwołującego do treści SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nr 48/P/DZZ/15 pn. „Dostawa dla kopalń JSW S.A. stojaków ciernych i stropnic podporowo-kotwiowych z terminem realizacji 18 miesięcy od daty zawarcia umowy.” i odpowiedź Zamawiającego na zadane pytanie.

Oświadczył, że uznanie przez Odwołującego za niezgodne z prawem, stosowanie przez Zamawiającego zapisów uznanych przez Izbę za niedopuszczalne skłoniło go do wniesienia po raz kolejny odwołania na treść SIWZ w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący przywołał również orzecznictwo Izby prezentowane poprzednio w przedmiotowym zakresie, według którego konieczne jest precyzyjne określenie w SIWZ terminu realizacji zamówienia, jako jednego z elementów prawidłowego i zgodnego z wymaganiami określonymi w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisanego przedmiotu zamówienia, mającego istotny wpływ na możliwość rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Również zaznaczył, że w doktrynie podkreśla się istotne znaczenie dokładnego określenia terminu realizacji zamówienia.

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że precyzyjne określenie terminu realizacji zamówienia stanowi niezbędny element prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, ma charakter kluczowy i determinuje możliwość rzetelnego sporządzenia oferty i kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

Wskazał również, że Izba w przywołanym wyroku KIO 2394/14, stwierdziła, iż określenie terminu realizacji zamówienia, w przypadku podziału zamówienia na części, powinno również dotyczyć każdej z części zamówienia.

Powyższego wymogu – zdaniem Odwołującego - nie spełnia z całą pewnością wskazanie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wyłącznie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślił przy tym, że co do zasady, zgodnie z §2 ust. 1 Wzoru Umowy, dostawa i wydanie przedmiotu umowy ma nastąpić częściami, podczas gdy ani w pkt 5 SIWZ, ani w §2 ust. 1 czy też §2 ust. 3 Wzoru Umowy Zamawiający nie określił, nawet w sposób przybliżony, terminu realizacji poszczególnych zamówień, co mógł uczynić chociażby poprzez wskazanie, że termin ten nie będzie krótszy niż x dni od daty złożenia zamówienia.

Według Odwołującego brak wskazania przynajmniej minimalnego terminu realizacji zamówień częściowych de facto uniemożliwia wykonawcom stwierdzenie, czy biorąc pod uwagę cykl produkcyjny, możliwości zapewnienia materiałów niezbędnych do wytworzenia poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, możliwości zapewnienia transportu do miejsc dostawy, itp. są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym złożyć ofertę w postępowaniu.

Zauważył, że Zamawiający składając poszczególne zamówienia może określać terminy ich realizacji jako zbyt krótkie, a tym samym niemożliwe lub niezwykle trudne do dotrzymania przez wykonawcę.

Jednocześnie zaznaczył, że w pkt 11.2 Ogólnych Warunków Umów stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ przewidziana została kara umowna za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę z zastrzeżeniem możliwości dochodzenia przez

Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego, gdyby kary umowne nie pokryły poniesionej szkody w pkt 11.12 OWU.

Obie te okoliczności, tj. brak określenia terminu realizacji zamówień w połączeniu z surowymi sankcjami za opóźnienie w ich realizacji – w ocenie Odwołującego - rodzą dla wykonawcy nadmierne i niczym nie uzasadnione ryzyko i de facto uniemożliwia wykonawcy rzetelne przygotowanie oferty zawierające realną wycenę przedmiotu umowy.

Drugi zarzut Odwołującego odnosił się do postanowienia pkt 4.4. SIWZ zdanie drugie, gdzie Zamawiający wprowadził zapis: „Zamawiający zastrzega sobie prawo korygowania ilości dostarczanego towaru, zgodnie z punktem 2.15. lit. c Ogólnych Warunków Umów, obowiązujących u Zamawiającego (załącznik nr 7 do SIWZ).”.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 2.15 lit. c) OWU stanowiących Załącznik nr 7 do SIWZ:

„2.15 Określona w Umowie ilość Towarów ustalona zostaje na podstawie dotychczasowego zużycia, przewidywanego zapotrzebowania Odbiorcy i może być zmieniona na poniższych zasadach:

c) Odbiorca uprawniony jest do niewykonania Umowy w zakresie nieprzekraczającym 50% wartości brutto Umowy. Niewykonanie przez Odbiorcę umowy w wyżej wymienionym zakresie nie wymaga podania przyczyn i nie stanowi podstawy jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Okoliczność wskazana w zdaniu pierwszym nie stanowi również podstawy do naliczenia kar umownych”.

Z kolei Odwołujący powołał się na §1 ust. 4 Wzoru Umowy zawierający następujące postanowienia:

„Wskazane powyżej ilości Towarów, przewidzianych dla poszczególnych pozycji pakietu mogą ulec zmianie. Odbiorca zastrzega sobie uprawnienie do złożenia zamówienia lub zamówień dostawy Towarów, stanowiących przedmiot jednego, kilku lub wszystkich zadań/~~pozycji pakietu/zadań lub pozycji pakietu~~* o wartości nieprzekraczającej łącznej wartości umowy. Przy ustalaniu zakresu wykonania umowy uwzględnia się tylko łączną wartość umowy.”.

Według Odwołującego powyższe postanowienia czytane łącznie wskazują na nieprecyzyjne określenie ilości zamawianego przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co ewidentnie narusza postanowienia art. 29 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że z jednej strony Zamawiający zastrzegł sobie możliwość

niewykonania 50% wartości brutto Umowy, z drugiej strony wskazując, że ilości zamawianego Towaru dla poszczególnych pozycji pakietu mogą ulec zmianie bez precyzyjnego wskazania w jaki sposób.

W kontekście powyższego wskazał, że w jednym postanowieniu Wzoru Umowy Zamawiający posługuje się zwrotem „pakiet” w innym - „pozycja pakietu”, a w jeszcze innym „zadanie”.

Zauważył również, że zgodnie z treścią pkt 4.3 SIWZ: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, według zadań - ilość zadań 2. Oferta może obejmować jedną lub obie części przedmiotu zamówienia (zadania).

Zadanie 1 - Strzeżenie SDS V29 wg dokumentacji JSW S.A. w ilości 58 773 szt.

Zadanie 2 - Strzeżenie SDS V32/36 wg dokumentacji JSW S.A. w ilości 433 059 szt.”.

Zdaniem Odwołującego, w związku z tym, iż dla każdego zadania przewidziano liczbę sztuk ogółem, bez podziału na pozycje czy też pakiety, zapis §1 ust. 4 Wzoru Umowy dotyczący możliwości zmian ilości Towarów, przewidzianych dla poszczególnych pozycji pakietu jest niedopuszczalny i niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

Niezrozumiałym dla Odwołującego jest również zastrzeżenie Zamawiającego poczynione w zdaniu drugim §1 ust. 4 Wzoru Umowy, zgodnie z którym „Odbiorca zastrzega sobie uprawnienie do złożenia zamówienia lub zamówień dostawy Towarów, stanowiących przedmiot jednego, kilku lub wszystkich zadań/~~pozycji-pakietu/zadań lub pozycji pakietu*~~ o wartości nieprzekraczającej łącznej wartości umowy. Przy ustalaniu zakresu wykonania umowy uwzględnia się tylko łączną wartość umowy.”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do zamówienia całości przedmiotu dostawy objętego Umową, ewentualnie z zastrzeżeniem możliwości braku realizacji umowy w zakresie 50% jej wartości brutto.

Zwrócił również uwagę, że postanowienie o możliwości niezrealizowania Umowy w zakresie 50% jej wartości brutto, znajduje się w §1 ust. 7 Wzoru Umowy, a postanowienie §1 ust. 4 nie odnosi się w żaden sposób do §1 ust. 7 Wzoru Umowy.

Zarzucił, że zapisy SIWZ i Wzoru Umowy, a także OWU są niekompatybilne, niedostosowane do przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania oraz podziału zamówienia na zadania, a nie pakiety i pozycje asortymentowe.

Stwierdził, że można jedynie domniemywać, jaka była intencja Zamawiającego i czy dotyczyła np. możliwości zastrzeżenia sobie prawa do zmiany ilości zamawianych towarów w ramach poszczególnych zadań i składania zamówień według rzeczywistych potrzeb Zamawiającego z zastrzeżeniem, że całkowita wartość umowy i ceny jednostkowe w ramach poszczególnych zadań pozostaną niezmiennione.

Nawet jeśli taka była intencja Zamawiającego, Odwołujący wskazał na sprzeczność takiego formułowania treści SIWZ i Wzoru Umowy z ustawą Pzp, a takie formułowanie treści SIWZ prowadziłoby do naruszenia art. 29 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, ale także do naruszenia art. 140 ustawy Pzp, jako, że zmiana ilości zamawianego asortymentu w ramach danego zadania na etapie realizacji umowy w ten sposób, że Zamawiający zamawia większą ilość w ramach jednego zadania kosztem zmniejszenia ilości w ramach drugiego zadania powoduje wykroczenie, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie byłby tożsamy z zakresem świadczenia zawartym w ofercie wykonawcy.

Ponadto, zarzucił, że wykonawca w takiej sytuacji nie wie de facto, ile danego rodzaju strzemion będzie zamawiał Zamawiający, bowiem cena każdego rodzaju strzemienia jest inna, a i sam proces produkcji i wykorzystywanych w jego toku materiałów jest różny, a tym samym precyzyjne opisanie ile i jakiego towaru oczekuje od wykonawcy w ramach danego zadania Zamawiający jest kluczowe z punktu widzenia konstruowania ceny oferty.

Odwołujący wskazał również, iż zapisy treści SIWZ oraz wzoru umowy w zakresie możliwości dokonywania przez Zamawiającego zmian ilościowych pomiędzy poszczególnymi zadaniami (pozycjami, pakietami) były już przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego w jednym z postępowań postępowaniu prowadzonych przez Zamawiającego w 2014 r.

Z uwagi na niejednoznaczność sformułowań zawartych w §1 ust. 4 Wzoru Umowy, w zw. z postanowieniami pkt 4.4 zdanie drugie SIWZ (od słów: „Zamawiający zastrzega sobie [...]”) w zw. z pkt 2.15 lit. c) Ogólnych Warunków Umów (Załącznik nr 7 do SIWZ), Odwołujący wnosil o nakazanie wykreślenia §1 ust. 4 Wzoru Umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 27 kwietnia 2015r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.29 ust.1, art.36 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający przygotował SIWZ w sposób opisujący przedmiot zamówienia jednoznacznie i wyczerpująco, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby pkt. 5 SIWZ i § 2 ust.1 i 3 wzoru umowy(załącznik nr 6 do SIWZ) określają w sposób dostateczny termin wykonania zobowiązania, który wynosi 12 miesięcy do daty zawarcia umowy. Powyższy termin – według Izby – spełnia wymagania art.36 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba reprezentuje pogląd, że postanowienie SIWZ, w którym dostawa poszczególnych części towarów następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określają ich ilość, wymagane terminy oraz miejsca dostaw nie narusza przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp.

Należy zaznaczyć, że szczegółowa kwestia terminów wykonania zamówień częściowych w ramach zamówienia nie jest uregulowana wprost na gruncie ustawy Pzp.

Stosownie do art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Jeżeli zatem ustawa Pzp nie normuje zagadnienia terminów częściowych w ramach ostatecznego terminu wykonania zamówienia, to w takim przypadku – w przekonaniu Izby – ma zastosowanie przepis 456 kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia.

W takim przypadku Zamawiający będzie zobowiązany do wyznaczenia terminu realizacji części zamówienia przy uwzględnieniu możliwości produkcyjnych wykonawcy oraz jego zdolności transportowych.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że takie jak obecnie w SIWZ ukształtowanie sposobu spełnienia świadczenia przez wykonawców jest uzasadnione, bowiem wykonawcy mają podstawy do oczekiwania od Zamawiającego przyjęcia terminu, który pozwala im na prawidłowe wykonanie zamówienia, bez narażania się na konsekwencje w postaci kar umownych, gdyby termin taki był sztywno określony.

Jednocześnie Izba uznała, że przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego jest kompletny, natomiast regulacje odnoszące się do terminów częściowych realizacji zamówienia są zastrzeżone korzystnie zarówno dla Zamawiającego, jak i Odwołującego, ponieważ uwzględniają zarówno potrzeby Zamawiającego, jak i możliwości produkcyjne oraz zdolności transportowe wykonawców.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego opartej o wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2014r., sygn. akt 2394/14 Izba stwierdziła, że był on wydany w zbliżonym stanie faktyczno-prawnym, jednak nie w takim samym.

Przedmiot zamówienia w tamtej sprawie był bardziej skomplikowany niż w rozpoznawanej, bowiem dotyczył obudowy chodnikowej, a nie strzemion SDS, a wobec tego również doprecyzowanie terminu realizacji zamówienia częściowego mogło być inaczej postrzegane przez skład orzekający w tamtym postępowaniu.

Nadto Izba oprócz przedstawionej wyżej motywacji prawnej zauważa, że Odwołujący zarówno w tej sprawie, jak i poprzedniej nie wnioskował o konkretny, określony czasowo termin. Dopiero na żądanie Izby wskazał na 14 dniowy termin realizacji od daty złożenia zamówienia częściowego.

Wymaga również wskazania, że w następstwie wyroku w sprawie o sygn. akt 2394/14 Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ wprowadzając termin 5 dniowy, czyli znacznie krótszy niż zgłaszany na rozprawie przez Odwołującego, a pomimo tego Odwołujący nie wniósł wtedy środka odwoławczego. Dodatkowo Izba ustaliła, że i te terminy Odwołujący przy poprzednich zamówieniach przekraczał.

Odwołujący na rozprawie potwierdził również, że dotychczas nie miał żadnych sporów sądowych z Zamawiającym, natomiast nie ma informacji czy były mu naliczane kary umowne z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Natomiast Zamawiający oświadczył na rozprawie, że dotychczasowa praktyka polegająca na braku określenia terminu częściowego nie pociągała za sobą jakichkolwiek sporów prawnych (sądowych, nie były naliczane kary umowne).

Z powyższych oświadczeń stron Izba wnioskuje, że nieokreślenie przez Zamawiającego terminu częściowego nie powodowało w przeszłości komplikacji kontraktowych.

Dowodem wykazującym taki stan rzeczy jest potwierdzenie zamówienia Odwołującego, w którym – jak przyznał Zamawiający - Odwołujący nie zgadzając się z zaproponowanym przez Zamawiającego terminem może zgłaszać uwagi w tym zakresie lub złożyć oświadczenie o braku uwag.

Poza tym Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił wpływu braku określenia terminu częściowego na niemożność oszacowania ceny ofertowej.

Z powyższych względów Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ostatecznie w związku z modyfikacją SIWZ przez Zamawiającego z dnia 24.04.2015 r. Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzut nr 2 odwołania dot. § 1 pkt 4 wzoru umowy w związku z postanowieniami pkt 4.4 zdanie 2 w związku z pkt 2.15. lit c ogólnych warunków umów (zał. nr 7 do SIWZ), wobec czego Izba uznała, rozpoznanie tego zarzutu za bezprzedmiotowe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....