Sygn. akt: KIO 165/16

WYROK
z dnia 22 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2016 r. przez wykonawcę **W.S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Qumak Spółka Akcyjna w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – 2 Regionalnej Bazie Logistycznej w Warszawie** – zmianę terminu realizacji zamówienia w:
   1) Rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
   2) Ogłoszeniu o zamówieniu – sekcja II.2.1)2
   3) Załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których określony został termin realizacji zamówienia
      poprzez określenie tego terminu w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę w terminie 13 miesięcy od dnia zawarcia umowy
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W.S.** tytułem wpisu od odwołania.

   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** na rzecz **W.S.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok,
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 165/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na projekt, dostawę, instalację i uruchomienie lotniskowych Automatycznych Systemów Pomiarów Meteorologicznych (AWOS) w latach 2016-2017.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 lutego 2016 roku wykonawca W.S. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnego z prawem zaniechania przez zamawiającego czynności modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pierwotnie ustalonego końcowego terminu realizacji zamówienia w ramach zamówienia pewnego tj. 30 listopada 2016 r. przy dokonywaniu czynności modyfikacji treści s.i.w.z., w wyniku których termin składania ofert został przesunięty z dnia 8 września 2015 r.

na dzień 22 lutego 2016 r., wobec czego realizacja przedmiotu zamówienia w terminie przewidzianym w treści s.i.w.z. oraz ogłoszenia o zamówieniu nie jest możliwa. Same już tylko terminy, których długość jest niezależna od wykonawcy (tj. okresy badania, oceny ofert, oczekiwania na wydanie i uprawomocnienie się decyzji administracyjnych, czas leżących po stronie Zamawiającego testów i odbiorów) w sumie wynoszą co najmniej 274 dni, przy 282 dniach przewidzianych obecnie na realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Wobec licznych zmian ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania ofert, który obecnie wyznaczony jest na dzień 22 lutego 2016 r. a tym samym *de facto* znacznego skrócenia terminu na realizację przedmiotu zamówienia, wykonanie świadczenia w ramach zamówienia gwarantowanego (obligatoryjnego zakresu przedmiotu zamówienia) w wyznaczonym przez zamawiającego terminie do 30 listopada 2016 r. jest obiektywnie niemożliwe. Wynika to chociażby z wielości niezbędnych do wykonania czynności administracyjnoprawnych, w tym uzyskania niezbędnych pozwoleń i decyzji. W rezultacie, po stronie wykonawcy, którego oferta wybrana zostanie jako najkorzystniejsza, już z chwilą podpisania umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią § 12 tej umowy powstanie obowiązek zapłaty wysokich kar umownych. Ponadto, niewykonanie zamówienia w założonym przez zamawiającego terminie skutkować będzie utratą reputacji wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny (K.c.) w zw. z art. 5 K.c., art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 P.z.p - poprzez zaniechanie zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia gwarantowanego tj. 30 listopada 2016 r. przy kilkukrotnym dokonaniu zmiany terminu składania ofert z pierwotnego - dnia 08 września 2015 r. - ostatnio (w dniu 29 stycznia 2016 r.) na dzień 22 lutego 2016 r., co uczyniło niemożliwym wykonanie świadczenia w terminie i prowadzi do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej.
- art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 art. 38 ust. 4 P.z.p. - poprzez zaniechanie zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia gwarantowanego tj. 30 listopada 2016 r. przy kilkukrotnym dokonaniu zmiany terminu składania ofert z pierwotnego - dnia 08 września 2015 r. - ostatnio (w dniu 29 stycznia 2016 r.) na dzień 22 lutego 2016 r., a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji w ten sposób, że obecny, końcowy termin realizacji zamówienia odbiega od realnych możliwości i jest nieadekwatny do zakresu prac.
- art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 art. 38 ust. 4 P.z.p. - poprzez zaniechanie zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia gwarantowanego tj. 30 listopada 2016 r. przy kilkukrotnym dokonaniu zmiany terminu składania ofert z pierwotnego - dnia 08 września 2015 r. - ostatnio (w dniu 29 stycznia 2016 r.) na dzień 22 lutego 2016 r., a tym samym doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia terminu spełnienia świadczenia.
- art. 38 ust. 1a P.z.p. poprzez pozostawienie wniosku odwołującego z dnia 28 stycznia 2016 r. bez rozpoznania, mimo iż nie był to wniosek o wyjaśnienie treści s.i.w.z.
• art. 38 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez zaniechanie modyfikacji treści s.i.w.z. w zakresie terminu realizacji zamówienia gwarantowanego o czas niezbędny do należytego wykonania zamówienia pomimo kilkukrotnego przedłużania okresu składania ofert, znacznego skrócenia czasu do zrealizowania przedmiotu zamówienia, czyniącego wykonanie tego zamówienia w terminie, niemożliwym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia w:
1) Rozdziale IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
2) Ogłoszeniu o zamówieniu - sekcja II.2.1) 2.

---

3) Załącznikach do s.i.w.z. oraz ogłoszenia o zamówieniu, w których określony został termin realizacji zamówienia,

poprzez określenie tego terminu w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę w terminie 13 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 lipca 2015 r.,

Przedmiot zamówienia podzielono na zakres obligatoryjny (zamówienie gwarantowane) i zakres fakultatywny (zamówienie opcjonalne). Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II.2.1.) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia - rozdział IV Termin realizacji zamówienia ust. 1:
- Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, jednak nie później niż do dnia 30.11.2016 r.
- 3 kpi. AWOS + Centralny system monitorowania systemów AWOS - zamówienie gwarantowane.

Jednocześnie zamawiający wskazał zgodnie z rozdziałem XIII Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, że kryterium oceny ofert o wadze 10% jest Termin realizacji (suma dni)

Zamawiający nie przewidział także możliwości zmiany treści zawartej umowy w zakresie zmiany terminu realizacji bez ograniczeń. Zgodnie z treścią s.i.w.z. zamawiający dopuszczał zmiany treści zawartej umowy jedynie w zakresie:
1) pojawienia się nowych technologii umożliwiających skrócenie terminu realizacji Umowy lub podniesienie jakości usług realizowanych w ramach Umowy,
2) zmian lub wejścia w życie przepisów prawa polskiego w zakresie realizowanych prac,
3) zmian w innych, powiązanych z przedmiotem Umowy przedsięwzięciach realizowanych lub przewidzianych do realizacji przez Zamawiającego, których to zmian nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, wpływających na zakres, sposób lub terminy realizacji przedmiotu Umowy,
4) zmian w organizacji Zamawiającego, wpływających na zakres, sposób lub terminy realizacji przedmiotu Umowy,
5) zmian podejścia do realizacji wymagań opisanych w Załącznikach do Umowy, jeżeli taka zmiana wynika z nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego i Wykonawcy

okoliczności, które wystąpiły w trakcie realizacji przedmiotu Umowy oraz zmiana ta nie powoduje ograniczenia korzyści Zamawiającego,
6) zaistnienia innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej, skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania Umowy,
7) zaistnienia okoliczności siły wyższej, o której mowa w § 16 Umowy,
8) trudności z dostępem do miejsc instalacji Systemów,
9) urzędowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT), jeżeli zmiana stawki podatku od towarów i usług (VAT) powodować będzie zwiększenie lub zmniejszenie należnego wynagrodzenia Wykonawcy z Umowy, (kosztów umowy po stronie Wykonawcy), Zamawiający dopuszcza zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku naliczonego przez Wykonawcę;
10) zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku: zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia o kwotę równą wynikającej z tego tytułu różnicy;

Jednocześnie Zamawiający przewidział możliwość dokonania ww. zmian istotnych „w sytuacji gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy”,

Pierwotny termin składania ofert oznaczony został na dzień 8 września 2015 r. Przy założeniu wykorzystania przez Zamawiającego pełnego terminu związania ofertą (60 dni), czas pozostały na wykonanie zamówienia w zakresie dla 2016 r. wynosiłby około 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Należyta realizacja zamówienia w tym zakresie, w określonym dla niego terminie była wówczas możliwa.

Obecnie, z uwagi liczne modyfikacje treści s.i.w.z. (23 zmiany przy dziewięciokrotnej zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu], a co za tym idzie wynikającą z art. 12a P.z.p.

konieczność przedłużania terminu składanie ofert, termin składania ofert wyznaczony został na dzień 22 lutego 2016 r., co oznacza przesunięcie względem terminu pierwotnego o 164 dni (przeszło 5 miesięcy). Mimo tego, termin realizacji zamówienia nie został przez Zamawiającego zmieniony. Zgodnie z pkt. 1 rozdziału IX s.i.w.z., odwołującym się do treści

art. 85 ust 1 pkt 3 P.z.p., termin związania ofertą w postępowaniu wynosi 60 dni. Okres ten należy uwzględnić w całości z uwagi na złożony charakter zamówienia, interesy wykonawców oraz znaczną ilość podlegających ocenie dokumentów, które należy załączyć do oferty. Odwołujący podniósł, że przy założeniu, że wyboru najkorzystniejszej uda się wykonać przed upływem terminu związania ofertą, to nie wolno pomijać prawa wykonawców do złożenia środków ochrony prawnej i wynikających z tego przesunięć terminów. Oznacza to, że zawarcie przedmiotowej umowy nie nastąpi wcześniej niż w II kwartale 2016 r., nie wcześniej niż 70 dni od dnia otwarcia ofert. Reasumując, czas pozostały na wykonanie przedmiotu zamówienia wynosi obecnie 282 dni kalendarzowe. Jest to czas zbyt krótki na realizację przedmiotu zamówienia. Wynika to chociażby z konieczności uzyskania wymaganych decyzji i pozwoleń, zachowania zasad montażu, wymagań producentów oraz zasad sztuki budowlanej.

W ocenie odwołującego nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w terminie krótszym niż 13 miesięcy. Terminy, których długość jest niezależna od wykonawcy (przy założeniu, że określone ustawowo terminy zostaną przez poszczególne organy administracji zachowane):

- wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić w terminie 60 dni (termin wynikający z art. 85 ust. 1. pkt 3 ustawy P.z.p.),
- podpisanie umowy powinno nastąpić w terminie nie wcześniej niż 10 dni (art. 94 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.z.p.)
- wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego powinno nastąpić w terminie dwóch miesięcy (uprawomocnienie się decyzji - 14 dni),
- akceptacja projektu koncepcyjnego bez zastrzeżeń nastąpi w terminie 10 dni roboczych - zgodnie z § 2 ust 2 pkt. 1 zaproponowanego przez Zamawiającego wzoru umowy (zgłoszenie zastrzeżeń wydłuży termin akceptacji o kolejne 15 dni roboczych).
- wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę powinno nastąpić w terminie 65 dni (uprawomocnienie się decyzji -14 dni),
- zgłoszenie rozpoczęcia robót do nadzoru budowlanego powinno nastąpić w terminie 7 dni przed rozpoczęciem prac budowlanych,
- pozwolenie na użytkowanie powinno zostać wydane w terminie 30 dni (uprawomocnienie się decyzji -14 dni),

Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do terminów zależnych od organów administracji wskazać należy, iż zgodnie z art. 35 § 5 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, do terminów tych nie wlicza się okresów zawieszenia postępowania czy też opóźnień powstałych z przyczyn niezależnych od organów administracji. Okres oczekiwania na uprawomocnienie się decyzji (14 dni), wzięty został pod uwagę przy założeniu, że decyzja ta nie zostanie zaskarżona przez osoby trzecie.

W ocenie odwołującego, przy określaniu czasu niezbędnego na realizację przedmiotu zamówienia nie można również pominąć wynikających z zaproponowanego przez zamawiającego wzoru umowy dostawy (załącznik nr 5 do SIWZ) terminów przewidzianych na czynności zamawiającego związane z odbiorem prac w poszczególnych lokalizacjach. Przykładowo:

- zgodnie z § 7 wzoru umowy odbiór przez Zamawiającego testu akceptacyjnego SAT będzie trwał maksymalnie 7 dni,
- testy pracy operacyjnej systemu trwały będą maksymalnie 30 dni,
- ewentualne dodatkowe testy - 14 dni.

Ponadto, wobec zapisu § 7 ust 3 umowy: „po dokonaniu przez Zarządzającego Lotniskiem wpisu systemu AWOS i ICE-ALERT do wojskowego RLUN Wykonawca dokona deinstalacji systemów miniMetNet i MetNet oraz zapasowych systemów pomiarowych ZSPM-10 oraz złoży je w miejscy wskazanym przez Zarządzającego Lotniskiem". Jak wynika

zaś z § 7 Zarządzenia Nr 41 Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 grudnia 2013 r., w sprawie prowadzenia rejestru wojskowych lotniczych urządzeń naziemnych: „Szef Służby Ruchu Lotniczego w terminie 30 dni od dnia wpłynięcia wniosku, w którym mowa w § 5, wydaje wnioskodawcy zaświadczenie o wpisie lub odmowie wpisania WLUN do rejestru WLUN". Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 10 i 11 ww. Zarządzenia Nr 41 - wniosek o wpis powinien zawierać m.in. współrzędne miejsca instalacji WLUN według WGS - 84 oraz współrzędne miejsca instalacji anteny promieniującej według WGS-84, jeżeli dotyczy danego WLUN. Dane te będą dostępne dopiero po wykonaniu geodezyjnej dokumentacji powykonawczej, czyli po realizacji prac budowlanych związanych z systemem. Oznacza to, że dezinstalacja istniejących systemów może zostać wykonana nie wcześniej niż 30 dni od dnia przekazania Zamawiającemu niezbędnych danych do wniosku o wpis do WLUN o złożenia przez Zamawiającego tego wniosku.

Odwołujący stwierdził, że wskazany powyżej okres 274 dni uwzględnia jedynie czynności, których podjęcie jest obligatoryjne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wyliczony został przy jednoczesnym wzięciu pod uwagę faktu, iż niektóre z objętych tym

terminem czynności mogą być wykonywane równolegle. Na wykonanie projektów budowlanych, realizację robót budowlanych wymagających uzyskania pozwolenia, instalację i uruchomienie systemu oraz rozbiórkę istniejącego systemu AWOS, wykonawcy pozostanie zatem 8 dni, co zgodnie z logiką, doświadczeniem i sztuką budowlaną jest terminem niedorzecznym.

Odwołujący wskazał, że kwestia ewentualnej nieważności umów ze względu na pierwotną niemożliwość świadczenia, nie została uregulowana przez przepisy P.z.p. (zastosowanie znajdą przepisy K.c.). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przewidziana w art. 387 K.c. niemożliwość świadczenia polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. wydanym w sprawie o sygnaturze akt II CSK 611/08 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 stycznia 2005 r, wydany w sprawie o sygnaturze akt I ACa 1313/04, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2919/13 oraz uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2010 roku sygn. akt KIO/KD 12/10.

Odwołujący stwierdził, że po stronie wykonawcy, którego oferta wybrana zostanie jako najkorzystniejsza, *de facto* już z chwilą podpisania umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią § 12 tej umowy powstanie obowiązek zapłaty wysokich kar umownych. Dzienna kara umowna od wartości umowy brutto wyniesie ponad 120 000 zł. (według szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT) Każdy z oferentów zmuszony będzie zaliczyć przewidziane kary w maksymalnej wysokości określonej na 20% wartości umowy brutto czyli ok. 5 000 0000 zł. Brak korekty zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia z uwagi na przewidziane wzorem umowy kary umowne stanowił będzie o nadużyciu prawa zamawiającego, naruszeniu zasady równości stron i zgodnie z art. 5 K.c. nie będzie korzystało z ochrony prawa. Na sprzeczność takiego zachowania Zamawiającego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2012 r., wydany w sprawach połączonych - KIO 2631/12, KIO 2655/12, zgodnie z którym „umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowa nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych".

Odwołujący podniósł, że z art. 29 ust. 1 P.z.p. wynika dla zamawiającego obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaś w ust. 2 tego artykułu

ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Znaczące przedłużenie terminu składania ofert - z pierwotnie ustalonego 08 września 2015 r. na 22 lutego 2016 r., bez jednoczesnej zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 29 ust.

1 i 2 P.z.p. Przedmiot zamówienia opisany jest obecnie w sposób nieuwzględniający wszelkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do których niewątpliwie zaliczyć należy wymagania odnoszące się terminu spełnienia świadczenia. Treści zawarte w ogłoszeniu lub s.i.w.z. mają wpływ na wynik postępowania, gdyż w najwcześniejszej fazie postępowania zawężają albo rozszerzają krąg wykonawców mogących wykonać zamówienie lub decydujących się na podjęcie ryzyka wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie zamawiającego w przedmiocie zmiany końcowego terminu realizacji, przy zmianach treści ogłoszenia i treści s.i.w.z., dokonane było przez niego już wielokrotnie (ostatnio w dniu 29 stycznia 2016 r.). Odwołujący kilkukrotnie sygnalizował zamawiającemu konieczność zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia (w ramach wniosku o przesunięcie terminu z dnia 23 grudnia 2015 r., wniosku o przesunięcie terminu z dnia 29 stycznia 2016 r. oraz wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. z dnia 1 lutego 2016 r.). W odpowiedzi na pismo z dnia 23 grudnia 2015 r. zamawiający złożył wyjaśnienia z których wynika, że „w związku z istniejącym Planem Modernizacji Technicznej SZ RP oraz przepisami w zakresie wydatkowania środków budżetowych MON nie ma możliwości przesunięcia środków finansowych na rok następny, co za tym idzie dokonania proponowanej zmiany zapisu SIWZ. Ponadto, w opinii zamawiającego wykonanie przedmiotu umowy w terminach określonych w SIWZ jest możliwe do zrealizowania". Od momentu przekazania przytoczonych powyżej wyjaśnień zamawiający dokonał jeszcze dwukrotnego przesunięcia terminu składania ofert i tym samym kolejnego skrócenia czasu na realizację przedmiotu zamówienia. Mimo tego, zmierzający do zmiany przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia wniosek odwołującego z dnia 01 lutego 2016 r. o wyjaśnienie treści s.i.w.z. jak również wniosek Odwołującego wprost o zmianę terminu realizacji zamówienia pozostawione zostały przez Zamawiającego bez rozpoznania z powołaniem się przez niego na treść art. 38 ust. 1 a P.z.p. W odniesieniu do wniosku odwołującego z dnia 29 stycznia 2016 r. stanowiło to o naruszeniu przez zamawiającego rzeczonego przepisu, bowiem nie był to wniosek o wyjaśnienie treści s.i.w.z.

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lutego 2016 roku zamawiający wniósł o:
1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. jako wniesionego po terminie, ewentualnie

2. oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż na stronie 13 uzasadnienia, odwołujący sam wskazuje, że zaniechanie zamawiającego w przedmiocie zmiany terminu końcowego realizacji przy zmianach treści ogłoszenia i treści s.i.w.z., dokonało się już wielokrotnie. Podniósł przy tym, że ostatni wniosek o zmianę terminu końcowego realizacji zamówienia złożył zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2015 r.

Zamawiający stwierdził, że wnioski odwołującego o zmianę końcowego terminu realizacji zamówienia traktował jako wnioski o wyjaśnienia treści s.i.w.z. i przy ich rozpoznawaniu procedował zgodnie z art. 38 ustawy P.z.p. Po otrzymaniu wniosku z dnia 23 grudnia 2015 r., pomimo iż wpłynął on do zamawiającego już po upływie połowy wyznaczonego terminu na składanie ofert, zamawiający udzielił odpowiedzi i w dniu 30 grudnia 2015 r. wyjaśnił, że w związku z istniejącym Planem Modernizacji Technicznej SZ RP oraz przepisami w zakresie wydatkowania środków budżetowych MON nie ma możliwości przesunięcia środków finansowych na rok następny, a co za tym idzie proponowanej zmiany zapisu s.i.w.z.

Zamawiający podkreślił, że wniosek odwołującego z dnia 23 grudnia 2015 r. jest tożsamy z wnioskiem z dnia 28 stycznia 2016 r., w zakresie w jakim wniesiono odwołanie. Z treści odwołania nie wynika bowiem, aby odwołujący kwestionował także zaniechanie zamawiającego w zakresie, w jakim nie dokonał on zmiany kryteriów oceny ofert z terminu realizacji na gwarancję, a jedynie zaniechanie co do nieprzedłużenia terminu realizacji całości zamówienia. Dlatego też należy konsekwentnie przyjąć, że początek terminu do wniesienia odwołania w zakresie, w którym zostało ono ostatecznie wniesione przypada najpóźniej na dzień 30 grudnia 2015 r., kiedy to zamawiający udzielił wyjaśnień co do wniosku odwołującego z dnia 23 grudnia 2015 r.

Zamawiający stwierdził, że skoro odwołujący już w grudniu 2015 r. występował o zmianę postanowień s.i.w.z., które mu nie odpowiadały, tj. terminu końcowej realizacji zamówienia, tzn. już w tym momencie postanowienie to znane było odwołującemu, jako

naruszające jego prawa i już w tym momencie (a najpóźniej z chwilą odpowiedzi zamawiającego na jego wniosek o zmianę terminu realizacji zamówienia), powinien on wnieść odwołanie. Ponawianie wniosku - nawet w wersji istotnie rozszerzonej i z dodatkową argumentacją - nie może prowadzić do reaktywowania terminu na wniesienie odwołania.

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

11

W zakresie zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, iż sformułowanie zarzutu zaniechania wymagałoby uprzednio ustalenia istnienia ciążącego na zamawiającym obowiązku, którego ten ostatni by nie wykonał. Dopiero takie działanie - wbrew nałożonemu prawem obowiązkowi - można by bowiem uznać za zaniechanie.

Zamawiający stwierdził, iż literalna wykładnia art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. prowadzi do wniosku, że inicjatywa w zakresie zmiany postanowień s.i.w.z. leży wyłącznie po stronie zamawiającego. Taki sposób rozumowania zdaje się potwierdzać także dotychczasowe orzecznictwo Izby, która m.in. w wyroku z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. KIO 1099/14 wskazała, iż zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający w uzasadnionych przypadkach ma możliwość zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak jest jednak po stronie zamawiającego jakiegokolwiek obowiązku w tym zakresie. Jeśli więc w ocenie zamawiającego nie istnieją podstawy do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek pytań wykonawców, to trudno oczekiwać, że zamawiający dokona zmian zgodnie z treścią żądania zawartą w zapytaniu danego wykonawcy.

W zakresie zarzutu dot. niemożliwości pierwotnej świadczenia - art. 387 K.c w zw. z art. 14 i 139 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że żadne prawa natury, a także stan wiedzy i techniki nie wykluczają wykonania zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt V CSK 379/09, w którym stwierdzono, że przepis art. 387 § 1 K.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności zachowania przez te strony terminu spełnienia świadczenia.

W zakresie zarzutu nadużycia prawa podmiotowego oraz kar umownych - art. 5 KC, zamawiający stwierdził, iż nawet przy przyjęciu że oznaczony termin realizacji zamówienia byłby zbyt krótkim, to wprowadzona umownie możliwość naliczania kar umownych za opóźnienie w żadnym razie nie prowadzi do nieważności umowy ani nie jest też sama w sobie nadużyciem prawa podmiotowego. Co więcej, sam ustawodawca przewidział, w art. 484 § 2 K.c., możliwość miarkowania tejże kary umownej, co tyczy się zwłaszcza przypadku, kiedy zobowiązanie zostało już w znacznej części wykonane. Starannie działający wykonawca, który przystąpi do realizacji zamówienia niezwłocznie po zawarciu umowy i będzie je wykonywał w sposób należyty, nawet jeżeli nie zdąży wykonać zamówienia w całości do dnia oznaczonego w s.i.w.z. jako termin realizacji zamówienia, to z pewnością wykona przedmiot zamówienia w przeważającej większości. Ewentualne zaś opóźnienia będą wynikiem okoliczności, za które wykonawca nie poniesie odpowiedzialności. Te wszystkie okoliczności pozwolą na zmiarkowanie kary.

12

W zakresie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu - art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, iż na tak zaawansowanym etapie postępowania, tj. tuż przed terminem składania ofert i po wielu modyfikacjach s.i.w.z., kiedy większość wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu dokonuje ostatnich czynności związanych ze złożeniem oferty, zapewnienie równych szans, sprowadzać się powinno do powstrzymania się od ingerencji w tak wrażliwy element s.i.w.z. jakim jest termin realizacji zamówienia, mający przecież bezpośrednie przełożenie na cenę oferty.

Zamawiający podkreślił, że pomimo iż w niniejszym postępowaniu z pytaniami i wnioskami o wyjaśnienie treści s.i.w.z. występowało kilkanaście podmiotów, to na dzień po stronie odwołującego przystąpił zaledwie jeden z nich. Pozwala to domniemywać, że pozostali albo nie widzą zagrożenia odnośnie ustalonego przez zamawiającego terminu końcowego realizacji przedmiotu umowy, albo też, że są w stanie ryzyko to wycenić i uwzględnić w składanej ofercie.

W zakresie zarzutu nienależytego opisu przedmiotu zamówienia - art. 29 ustawy

P.z.p. zamawiający stwierdził, że odwołujący zakłada maksymalny możliwy termin na dokonywanie wszelkich czynności przez zamawiającego, co przecież z uwagi na interes samego zamawiającego nie powinno mieć miejsca. W szczególności chodzi tutaj o czynności związane z badaniem ofert. Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku wszelkich uzgodnień jakich wykonawca ma obowiązek dokonać z zamawiającym na etapie realizacji umowy. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że zamawiającego obciąża obowiązek współdziałania przy realizacji umowy i działając z należytą starannością powinien on dokonywać swoich czynności bez zbędnej zwłoki.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 27 lipca 2015 r.,

Przedmiot zamówienia podzielono na zakres obligatoryjny (zamówienie gwarantowane) i zakres fakultatywny (zamówienie opcjonalne). Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II.2.1.) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia - rozdział IV Termin realizacji zamówienia ust. 1:
- Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, jednak nie później niż do dnia 30.11.2016 r. - 3 kpi. AWOS + Centralny system monitorowania systemów AWOS - zamówienie gwarantowane.

Jednocześnie zamawiający wskazał zgodnie z rozdziałem XIII Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, że kryterium oceny ofert o wadze 10% jest Termin realizacji (suma dni)

Zamawiający nie przewidział także możliwości zmiany treści zawartej umowy w zakresie zmiany terminu realizacji bez ograniczeń. Zgodnie z treścią s.i.w.z. zamawiający dopuszczał zmiany treści zawartej umowy jedynie w zakresie:
1) pojawienia się nowych technologii umożliwiających skrócenie terminu realizacji Umowy lub podniesienie jakości usług realizowanych w ramach Umowy,
2) zmian lub wejścia w życie przepisów prawa polskiego w zakresie realizowanych prac,
3) zmian w innych, powiązanych z przedmiotem Umowy przedsięwzięciach realizowanych lub przewidzianych do realizacji przez Zamawiającego, których to zmian nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, wpływających na zakres, sposób lub terminy realizacji przedmiotu Umowy,
4) zmian w organizacji Zamawiającego, wpływających na zakres, sposób lub terminy realizacji przedmiotu Umowy,
5) zmian podejścia do realizacji wymagań opisanych w Załącznikach do Umowy, jeżeli taka zmiana wynika z nieprzewidzianych i niezależnych od Zamawiającego i Wykonawcy okoliczności, które wystąpiły w trakcie realizacji przedmiotu Umowy oraz zmiana ta nie powoduje ograniczenia korzyści Zamawiającego,
6) zaistnienia innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej, skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania Umowy,
7) zaistnienia okoliczności siły wyższej, o której mowa w § 16 Umowy,
8) trudności z dostępem do miejsc instalacji Systemów,
9) urzędowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT), jeżeli zmiana stawki podatku od towarów i usług (VAT) powodować będzie zwiększenie lub zmniejszenie należnego wynagrodzenia Wykonawcy z Umowy, (kosztów umowy po stronie Wykonawcy), Zamawiający dopuszcza zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku naliczonego przez Wykonawcę;
10) zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku: zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub

wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia o kwotę równą wynikającej z tego tytułu różnicy;

Jednocześnie zamawiający przewidział możliwość dokonania ww. zmian istotnych „w

sytuacji gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy",

Pierwotny termin składania ofert oznaczony został na dzień 8 września 2015 r.

W wyniku modyfikacji treści s.i.w.z. z 29 stycznia 2016 roku termin składania ofert wyznaczony został na dzień 22 lutego 2016 r. Termin realizacji zamówienia nie został przez zamawiającego zmieniony. Zgodnie z pkt. 1 rozdziału IX s.i.w.z., termin związania ofertą w postępowaniu wynosi 60 dni.

Odwołujący kilkukrotnie sygnalizował zamawiającemu konieczność zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia (w ramach wniosku o przesunięcie terminu z dnia 23 grudnia 2015 r., wniosku o przesunięcie terminu z dnia 29 stycznia 2016 r. oraz wniosku o wyjaśnienie treści s.i.w.z. z dnia 1 lutego 2016 r.). W odpowiedzi na pismo z dnia 23 grudnia 2015 r. zamawiający złożył wyjaśnienia z których wynika, że „w związku z istniejącym Planem Modernizacji Technicznej SZ RP oraz przepisami w zakresie wydatkowania środków budżetowych MON nie ma możliwości przesunięcia środków finansowych na rok następny, co za tym idzie dokonania proponowanej zmiany zapisu SIWZ. Ponadto, w opinii zamawiającego wykonanie przedmiotu umowy w terminach określonych w SIWZ jest możliwe do zrealizowania". Wniosek odwołującego o zmianę terminu realizacji zamówienia pozostawione zostały przez Zamawiającego bez rozpoznania z powołaniem się przez niego na treść art. 38 ust. 1 a P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, aczkolwiek nie wszystkie argumenty odwołującego należy uznać za trafione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z naruszeniem ustawowych terminów nie zasługuje na uwzględnienie.

W myśl art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Przepis art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p. znajduje również zastosowanie przy wnoszeniu odwołań na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu. Datą, od której rozpoczyna swój bieg termin na wniesienie odwołania na zmianę specyfikacji, jest dzień zamieszczenia zmiany specyfikacji na stronie internetowej zamawiającego. Jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu, termin na jego wniesienie rozpoczyna bieg od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przepis ten znajdzie również zastosowanie przy wnoszeniu odwołania na zaniechanie przez zamawiającego dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy konieczność modyfikacji wynika z innej, dokonanej przez zamawiającego zmiany s.i.w.z. Podkreślenia wymaga, iż każdorazowa zmiana przez zamawiającego terminu składania ofert jest nową czynnością zamawiającego i od daty jej dokonania należy liczyć terminy na ewentualne zaniechania zamawiającego związane z dokonaną modyfikacją. Odwołujący nie miał bowiem interesu w kwestionowaniu pierwotnie ustalonej daty wykonania zamówienia. Dopiero zmiany terminu składania ofert, skutkujące jednocześnie skróceniem terminu wykonania zamówienia, stanowiły podstawę do domagania się wydłużenia terminu realizacji zamówienia. Z uwagi na fakt, iż ostatnia zmiana terminu składania ofert miała miejsce w dniu 29 stycznia 2016 roku, odwołujący zasadnie od tej daty wyliczył termin na wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego zmiany terminu realizacji zamówienia.

Odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów, Izba uznała je za zasadne, za wyjątkiem zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 387 § 1 w zw. z art. 5 K.c., art.

art. 14, 139 ust. 1 oraz 38 ust. 4 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia gwarantowanego, co uczyniło niemożliwym wykonanie świadczenia w terminie i prowadzi do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej.

Podkreślenia wymaga, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych

czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 – 31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.

Izba przeanalizowała złożony przez zamawiającego dowód w postaci harmonogramu prac instalacyjnych i skonstatowała, że zakres wymaganych prac i czynności dla przedmiotowego zamówienia nie pozwala na przyjęcie, iż jego realizacja jest możliwa w terminie wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający przyjął w złożonym harmonogramie minimalne terminy na wykonanie niektórych prac i czynności, pewnych czynności w ogóle nie uwzględnił (np. ewentualnej konieczności wezwania wykonawców do uzupełnienia złożonych ofert lub możliwości wnoszenia środków odwoławczych), a niektóre przyjął błędnie (np. 10-dniowy termin na uprawomocnienie decyzji o lokalizacji CP). Złożony dowód Izba uznała zatem za niewiarygodny i nieuzasadniający podnoszonych przez zamawiającego argumentów.

Izba przeprowadziła dowód z harmonogramu przedłożonego przez odwołującego. Harmonogram ten należy uznać za istotny dowód w sprawie, potwierdzający zasadność podnoszonych zarzutów. Odwołujący uwzględnił w nim wszystkie czynności przewidziane zakresem prac w przedmiotowym postępowaniu, wskazał terminy niezbędne dla ich realizacji, uwzględnił również fakt, iż niektóre z czynności można wykonać równolegle z innymi.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny (K.c.) w zw. z art. 5 K.c., art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 P.z.p - poprzez zaniechanie zmiany końcowego terminu realizacji zamówienia gwarantowanego. W wyroku z dnia 28.06.2012r. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy sygn. akt XXIII GA 185/12, który wyraził pogląd, iż nie stanowi o nieważności umowy w świetle art.387 K.c.

okoliczność, iż jedynie termin dostawy nie może być dotrzymany i realizacja umowy nastąpi z opóźnieniem. Sąd Najwyższy natomiast w wyroku z dnia 29.11.2013r. I CSK 124/13 przesądził, iż art. 387 K.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Przedstawiony stan faktyczny zdaniem Sądu Najwyższego nie stanowi obiektywnej niemożliwości świadczenia tj. że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyrok SN z 22.04.2010r. VCSK 379/09nie publ. Z 20.03.2009r. II CSK IICSK 611/08, nie publik. : z dnia 8..02.2002r. IICKN 1015/99 nie publik.).

Fakt nieuwzględnienia powyższego zarzutu nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Izby wobec potwierdzenia pozostałych zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....