

Sygn. akt: KIO 2207/15

WYROK

z dnia 22 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2015r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2015r. **przez odwołującego:** Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach ul. Nakielska 42/44; 42-600 Tarnowskie Góry w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie ul. Kasprzaka 25; 01-224 Warszawa

przy udziale: przystępującego: APATOR METRIX S.A. z siedzibą w Tczewie ul. Grunwaldzka 14; 83-110 Tczew **po stronie odwołującego**

i

przy udziale: przystępującego: ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie przy ul. Stawowej 71; 43-400 Cieszyn **po stronie odwołującego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu skreślenie postanowień w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o

zastrzeżeniu prawa opcji tj. prawa do zmiany ilości zamawianych gazomierzy w granicach: -20% /+15 % w ramach każdej części zamówienia oddzielnie;

2. kosztami postępowania obciąża Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie ul. Kasprzaka 25; 01-224 Warszawa i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach ul. Nakielska 42/44; 42-600 Tarnowskie Góry;

2.2. zasądza od Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie ul. Kasprzaka 25; 01-224 Warszawa kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach ul. Nakielska 42/44; 42-600 Tarnowskie Góry stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) zwanej dalej „pzp” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.” znak sprawy: 2015/PSG1/WP-000019, polegającej na zastrzeżeniu w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia prawa opcji, tj. prawa do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1/ naruszenie art. 29 ust.1 pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez umieszczenie w SIWZ w pkt 1.5 zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. prawo do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umów”.

2/ naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zakresie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez umieszczenie przez Zamawiającego w SIWZ w pkt 1.5 zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. prawo do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umów”.

3/ naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w treści SIWZ prawa cytowanej wyżej opcji bez należytego określenia warunków zmiany umowy o realizację zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie usunięcia zapisu w pkt 1.5 SIWZ w zakresie prawa opcji do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia.

Odwołujący przywołał interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku zastosowania cytowanych wyżej zapisów SIWZ.

Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanego zapisu SIWZ prowadzić może do uniemożliwienia Odwołującemu udziału w postępowaniu i w wykonaniu ewentualnej umowy,

gdyż zakłada powstanie po jego stronie szkody w postaci konieczności poniesienia nakładów na realizację produkcji gazomierzy przy braku możliwości ich sprzedaży.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił stosowną argumentację formalną i prawną.

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający przewidział w zakresie każdej części zamówienia oddzielnie prawo opcji, tj. prawo do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy. Odwołujący kwestionuje treść tego zapisu podnosząc, iż zapis ten powoduje tak dużą rozpiętość zamawianych przez Zamawiającego ilości gazomierzy, że Odwołujący jako ewentualny wykonawca zamówienia może ponieść szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na realizację produkcji gazomierzy, przy braku możliwości ich sprzedaży. Dodatkowo Odwołujący poprzez taki zapis Zamawiającego nie może skalkulować optymalnej ceny do oferty.

Zamawiający umieszczając w pkt 1.5 SIWZ prawo opcji uchyla się od precyzyjnego podania ile gazomierzy ostatecznie odbierze od Wykonawcy w ramach podpisanej umowy, pomimo przedstawienia tych ilości w Załączniku nr 1 SIWZ. Zamawiający szacuje te ilości w zakresie -20% i +15% bazując na ilościach podanych w Załączniku nr 1 SIWZ. W ten sposób Zamawiający przrzucza na Wykonawcę ciężar ustalenia rzeczywistych ilości potrzebnych Zamawiającemu i ryzyko poniesienia strat w związku z tym, że pomimo przygotowania przez Wykonawcę podanych w Załączniku nr 1 SIWZ ilości gazomierzy Zamawiający nie musi ich zakupić.

Zamawiający pośrednio unika też w ten sposób ogłoszenia kolejnego przetargu na zakup ilości gazomierzy, które potrzebowałyby gdyby ilości z pierwszego przetargu były niewystarczające. Poprzez zapis w SIWZ o prawie opcji, tj. prawie zmniejszenia w zakresie o 20% lub zwiększenia o 15% ilości gazomierzy ukrywa nieprecyzyjne przygotowanie obecnego postępowania szkodząc tym samym Wykonawcom. Nieprecyzyjne przygotowanie postępowania jest zdaniem Odwołującego naruszeniem art. 29 pzp. które wymaga przygotowania postępowania tak, aby przedmiot zamówienia opisany był w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a nie z podaniem ilości z zastrzeżeniem, że może ona ulec zmianie.

Kwestionowany zapis nie pozwala Odwołującemu należytego skalkulowania optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nie szacowanej ilości gazomierzy które zakupi Zamawiający. Tak więc inna cena będzie dla ilości wskazanej w Załączniku nr 1 SIWZ, a inna dla ilości pomniejszonych o 20% lub powiększonych o 15% w ramach opcji, którą określił Zamawiający.

Poza tym Zamawiający zapisem w pkt 1.5 SIWZ może dowolnie wpływać na ilości odbieranych gazomierzy od Wykonawców, którzy zostali wybrani w różnych częściach postępowania (na podstawie najkorzystniejszej oferty) składając im w ramach podpisanej umowy zamówienia zmniejszone lub zwiększone ilości gazomierzy. Zamawiający może zgodnie z zapisem SIWZ w pkt 1.5 zmniejszyć jednemu Wykonawcy odbiór gazomierzy o 20%, natomiast drugiemu zwiększyć o 15%. Sytuacja taka będzie powodować nieuczciwą konkurencję poprzez możliwość nierównego traktowania wykonawców, na których zostanie przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co również stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

Ustawodawca dał zamawiającym możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich indywidualne interesy, ale prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi.

Zdaniem Odwołującego, takie opisanie przedmiotu zamówienia jak to zostało wyrażone w pkt 1.5 SIWZ być może chroni interes Zamawiającego, ale do takiej ochrony dochodzi kosztem wykonawców i nie może być uznane za neutralne i nieutrudniające uczciwej konkurencji.

Przyjęcie możliwości tak znacznego zmniejszenia lub zwiększenia ilości gazomierzy dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego i znacząco odbiega od tej ilości gazomierzy dla zakupu, których ogłoszony został przetarg.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający wykorzystując możliwość wynikającą z prawa opcji (pkt 1.5 SIWZ) może unikać w ten sposób zakupu gazomierzy dla którego musiałby przeprowadzić dodatkowe postępowanie przetargowe, gdyż kwota wynikająca z ilości prawa opcji przekracza wartość progową, dla której należy przeprowadzić postępowanie przetargowe.

W takiej sytuacji konieczne jest zaś ogłoszenie kolejnego przetargu na daną ilość gazomierzy a nie zastrzeżenie zmniejszenia lub zwiększenia dostaw w ramach jednego postępowania.

Rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje.

Istnienie kwestionowanego zapisu w SIWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń Wykonawcy.

Reasumując odwołujący zaznaczył: przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się więc brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współzycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy i zapewnić wtedy mają równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyk. W żadnym przypadku nie powinny powodować powstania tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (vide: wyrok z dnia 18.05.2015 r. Sygnatura akt KIO 897/15).

Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż planowane przez Zamawiającego warunki zmiany umowy w postaci omawianej opcji są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie ilości kupowanych gazomierzy i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany.

Akceptacja takiej zmiany zamówienia jak to określa pkt 1.5 SIWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe wnioski, Odwołujący wnosi o nakazanie usunięcia Zamawiającemu zapisu pkt 1.5 w SIWZ, a wszelkie potrzeby zakupu innych (większych) ilości gazomierzy powinny znaleźć się w kolejnych postępowaniach z wyszczególnieniem dokładnych ich ilości.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 20 października 2015 roku wnosząc o oddalenie odwołania w całości, przywołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów oraz prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na poparcie swojego stanowiska co do prawa w trakcie realizacji zamówienia zarówno zwiększania jak i zmniejszania zamówienia w poszczególnych częściach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Zamawiający organizuje przetarg na dostawę gazomierzy dla swoich oddziałów zlokalizowanych w całej Polsce.

Na rozprawie pełnomocnicy zamawiającego wyjaśnili, że od 2013 roku nastąpiła restrukturyzacja spółek gazownictwa na terenie całego kraju poprzez utworzenie jednej spółki na teren całej Polski a dotychczasowe spółki pełnią w ramach jej struktury funkcję oddziałów. Od tego też czasu przetargi na dostawy materiałów eksploatacyjnych w tym gazomierzy organizuje zamawiający zapewniając zaopatrzenie dla wszystkich oddziałów z terenu kraju.

Bieżące zamówienie zostało podzielone na 30 części z opisaniem rodzajów gazomierzy, które częściowo co do tożsamości pokrywają się a częściowo różnią się parametrami technicznymi.

Natomiast wspólnym charakterystycznym postanowieniem jest, że w każdej z części zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia o 20 % lub zwiększenia o 15% wskazanej w poszczególnej części ilości gazomierzy.

Na tak sformułowane warunki nie wyraża zgody odwołujący jak i przystępujący do postępowania wykonawcy po stronie odwołującego. Co prawda przyznają, że już w poprzednich postępowaniach istniało postanowienie o prawie opcji zarówno zwiększenia jak i zmniejszenia ilości dostaw w trakcie realizacji zamówienia w poszczególnych częściach. Niemniej jak oświadczyli na rozprawie zarówno odwołujący jak i przystępujący, zamawiający to jest poprzednio działające spółki gazownictwa na terenie kraju z tego zapisu nie korzystały a co najwyżej korzystały z możliwości zwiększenia dostaw. Natomiast po restrukturyzacji spółek i utworzeniu jednej spółki na terenie kraju już przed przystąpieniem do realizacji zamówienia zamawiający skorzystał z możliwości zmniejszenia dostaw. Ponadto wykonawcy zwrócili uwagę, że na poczet realizacji dostaw uruchamiają produkcję, do której zamówienia materiałowe trwają nawet do 6 miesięcy a zamawiający jest ich jedynym odbiorcą w kraju a za granicą nie ma odbiorców z uwagi na krajowe parametry techniczne gazomierzy (rozstaw gazomierzy charakterystyczny tylko dla Polski). W ogóle w Polsce jest czterech producentów gazomierzy, które to gazomierze nabywa zamawiający.

Powyższym okolicznościom przedstawiciele zamawiającego na rozprawie nie zaprzeczyli.

Natomiast zamawiający podkreślił, że jego działania uwzględniają sytuację producentów ale nie może ponosić za nich ryzyka gospodarczego prowadzenia działalności gospodarczej. Zamawiający prawo opcji uzasadnił brakiem możliwości jednoznacznego określenia ilości potrzebnych jemu to jest jego oddziałom prowadzącym dystrybucję gazu do odbiorców końcowych zarówno indywidualnych jak i przemysłowych. Przede wszystkim co około 10 lat istnieje obowiązek ponownej legalizacji gazomierzy. Przy czym pierwszej oceny ich dalszej przydatności po zdementowaniu oceniają jego pracownicy dokonując tzw. preselekcji. Po czym gazomierze przekazywane są do jednostek legalizujących celem po pozytywnej legalizacji ich ponownego montażu u odbiorców. Według doświadczenia zamawiającego do ponownego montażu nadaje się około 20-30 procent zdementowanych gazomierzy. Ponadto konieczność zakupu gazomierzy wynika z planów inwestycyjnych to jest nowych podłączeń do sieci, których szacuje się na poziomie około 50 tysięcy rocznie. Z uwagi na charakterystyczne w Polsce problemy z wywłaszczaniem terenów pod inwestycje brak jest możliwości precyzyjnego określenia terminu zakończenia planowanych inwestycji. Ponadto ilość koniecznych do nabycia gazomierzy wynika z awarii technicznych, które też zależą od warunków pogodowych zwłaszcza na ich poziom mają wpływ mroźne zimy a co również jest nie do przewidzenia. Tak samo jak nie jest możliwe do przewidzenia ewentualne uszkodzenia gazomierzy przez klientów w tym konieczności demontowania dla celów dowodowych w sądzie w związku z manipulacjami przy licznikach jak i nie płaceniem za dostawę gazu.

Odwołujący nie zaprzeczył wyjaśnieniom złożonym przez zamawiającego.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający bezpodstawnie powołał się na prawo zastosowania opcji, o której wspomina art.34 ust.5 ustawy Pzp. w związku z ustalaniem wartości zamówienia.

Należy przede wszystkim zwrócić uwagę na okoliczność, że art.34 ustawy Pzp. jak również jego ust.5 reguluje ustalanie wartości przy usługach lub dostawach powtarzających się okresowo. Z istoty przedmiotu zamówienia to jest dostawy gazomierzy nie wynika, że przedmiotem są dostawy powtarzające się okresowo. Natomiast ustawa w art. 34 reguluje wartość zamówienia z uwzględnieniem największego zakresu zamówienia z uwzględnieniem prawo opcji. Należy w tym miejscu posłużyć się słownikiem wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem Warszawa 2000 str. 362 Autor prof. Władysław. Kopaliński gdzie opcja jest zdefiniowana jako prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. Przy czym jak już wyżej podkreślono w myśl art.34 ustawy Pzp. można prawo to w zamówieniach

publicznych stosować do usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Dla przykładu (...) W przypadku zamówień publicznych chodzi np.: o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu zamówienia po leasingu, przy czym zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem, a w drugim leasing rzeczy ruchomej.(...) str. 166 akapit 9 komentarz wydanie trzecie Prawo zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2007.

Reasumując powyższy wywód zamawiający nie ma prawa w niniejszym postępowaniu i o udzielenie zamówienia publicznego powoływać się na prawo opcji z uwagi na przedmiot zamówienia a po drugie prawo opcji nie polega na zwiększaniu czy też zmniejszaniu tożsamyh ilości świadczonych usług czy też dostaw. Taka próba stosowania ustawy pzp. w tym przypadku przez zamawiającego sektorowego nie zasługuje na uwzględnienie.

W przypadku przedmiotowego zamówienia co do określenia ilości świadczonych dostaw ma zastosowanie art. 32 ustawy Pzp, który wymusza na zamawiającym jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. W tym wypadku nie tylko co do parametrów technicznych gazomierzy ale co do ich ilości a jego nie zastosowanie świadczy o naruszeniu art. 29 ust.1 ustawy Pzp., w myśl której zamawiający określa w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiot zamówienia.

Stosowanie przez zamawiającego prawa opcji do ustalenia ilości zamawianych gazomierzy stanowi naruszenie art.29 ust 1 ustawy Pzp. i nie zasługuje na ochronę oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w myśl art.29 ust.2 jak i art.7 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący wykazał, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w poszczególnych jego częściach (powtarzają się gazomierze o tych samych parametrach technicznych) umożliwia zamawiającemu regulowanie dostawami poprzez zmniejszanie dostaw w jednych częściach (np. do 20 %) i zwiększania w innych częściach (np o 15 %) bez uruchamiania nowego przetargu.

Na marginesie należy tylko wskazać, że zamawiający na rozprawie nie wykazał obiektywnych trudności, które dawałyby jemu prawo do twierdzenia, że nie jest w stanie jednoznacznie określić wielkości zamówienia jak i nie wykazał, że ma prawo obarczania kosztami wykonawców z tytułu zmiany ilości odbieranych gazomierzy na etapie realizacji zamówienia. Słuszny jest, również zarzut odwołującego co do naruszenia art.144 ust. 1 ustawy pzp. o zakazie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Słuszna jest także argumentacja odwołującego co do braku możliwości wyceny przedmiotu zamówienia w sytuacji gdy to zamówienie może być realizowane czy to w

wielkości o 20 procent niższej czy też o 15 procent wyższej od wielkości ustalonych dla poszczególnych części zamówienia.

W powyższym stanie rzeczy Izba na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp stwierdziła naruszenie przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu a mających wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Izba nie zasądziła na rzecz pełnomocnika odwołującego kosztów zastępstwa z uwagi na brak przedstawienia rachunku (faktury VAT) co wymagane jest w myśl przywołanego powyżej § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r.

Przewodniczący: