

**Sygn. akt: KIO 2311/15**

**WYROK**

z dnia 10 listopada 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2015r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 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

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu skreślenie postanowień w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o zastrzeżeniu sobie prawa opcji tj. zmiany ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach:-30%/+20% w każdej części zamówienia.
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 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.10.2015 roku pismem z dnia 23.10.2015 roku.

Odwołujący to Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry zwany dalej „odwołującym”.

Zamawiający to Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie ul. Marcina Kasprzaka 25; 01-224 Warszawa zwana dalej „zamawiającym”, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem postępowania jest „Dostawa fabrycznie nowych reduktorów średniego ciśnienia gazu do 60m<sup>3</sup>/h dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” znak sprawy: 2015/PSG1/WP-000018.

Podstawę prawną wniesionego odwołania stanowi art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2013 r. poz. 907z późniejszymi zmianami ) zwanej dalej „ustawą Pzp.”.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegającej na zastrzeżeniu w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) prawa opcji, tj. prawa do zmniejszenia o 30% lub zwiększenia o 20% ilości zamawianych reduktorów w każdej części zamówienia.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.:

1. art. 29 ust.1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez umieszczenie przez zamawiającego w SIWZ w pkt. 4.2 zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach: -30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umowy”.
2. art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zakresie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez umieszczenie przez zamawiającego w SIWZ w pkt. 4.2 zapisu: „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach: -30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umowy”.

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

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie usunięcia zapisu w pkt 4.2 SIWZ w zakresie prawa opcji do zmniejszenia o 30% lub zwiększenia o 20% ilości zamawianych reduktorów w każdej części zamówienia.

Odwołujący powołał się na interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz na możliwość poniesienia szkody w wyniku zastosowania cytowanych wyżej postanowień 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 reduktorów przy braku możliwości ich sprzedaży.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział w zakresie każdej części zamówienia oddzielnie prawo opcji, tj. prawo do zmniejszenia o 30% lub zwiększenia o 20% ilości zamawianych reduktorów. Odwołujący kwestionuje treść tego zapisu podnosząc, iż zapis ten powoduje tak dużą rozpiętość zamawianych przez zamawiającego ilości reduktorów, że odwołujący jako ewentualny wykonawca zamówienia może ponieść szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na realizację produkcji reduktorów, przy braku możliwości ich sprzedaży. Dodatkowo odwołujący poprzez taki zapis zamawiającego nie może skalkulować optymalnej ceny do oferty.

Zamawiający umieszczając w pkt 4.2 SIWZ prawo opcji uchyla się od precyzyjnego podania ile reduktorów ostatecznie odbierze od wykonawcy w ramach podpisanej umowy, pomimo przedstawienia tych ilości w Załączniku nr 2 SIWZ. Zamawiający szacuje te ilości w zakresie -30% i +20% bazując na ilościach podanych w Załączniku nr 2 SIWZ. W ten sposób zamawiający przerzuca 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 2 SIWZ ilości reduktorów, Zamawiający nie musi ich zakupić.

Zamawiający pośrednio unika też w ten sposób ogłoszenia kolejnego przetargu na zakup ilości reduktorów, które potrzebowałyby gdyby ilości z pierwszego przetargu były niewystarczające. Poprzez zapis w SIWZ o prawie opcji, tj. prawie zmniejszenia w zakresie o 30% lub zwiększenia o 20% ilości reduktorów ukrywa nieprecyzyjne przygotowanie obecnego postępowania szkodząc tym samym wykonawcom. Nieprecyzyjne przygotowanie postępowania jest zdaniem odwołującego naruszeniem art. 29 ustawy Pzp., które wymaga przygotowania postępowania tak, aby przedmiot zamówienia opisany był w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, a nie 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 reduktorów, które zakupi zamawiający. Tak więc inna cena będzie dla ilości wskazanej w Załączniku nr 2 SIWZ, a inna dla ilości pomniejszonych o 30% lub powiększonych o 20% w ramach opcji którą określił zamawiający.

Poza tym zamawiający zapisem w pkt 4.2 SIWZ może dowolnie wpływać na ilości odbieranych reduktorów od wykonawców, którzy zostali wybrani w różnych częściach postępowania (na podstawie najkorzystniejszej oferty) składając im w ramach podpisanej umowy zamówienia zmniejszone lub zwiększone ilości reduktorów. Zamawiający może zgodnie z zapisem SIWZ w pkt 4.2 zmniejszyć jednemu wykonawcy odbiór reduktorów o 30% a drugiemu zwiększyć o 20%. 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 4.2 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 reduktorów dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez zamawiającego i znacząco odbiega od tej ilości reduktorów dla zakupu, których ogłoszony został przetarg.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że zamawiający wykorzystując możliwość wynikającą z prawa opcji (pkt 4.2 SIWZ) może unikać w ten sposób zakupu reduktorów, dla którego musiałby przeprowadzić dodatkowe postępowanie przetargowe, gdyż kwota wynikająca z ilości reduktorów, które potrzebowałby gdyby ilości z pierwszego przetargu były niewystarczające. Poprzez zapis w SIWZ o prawie opcji, tj. prawie zmniejszenia w zakresie o 30% lub zwiększenia o 20% ilości reduktorów 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 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 reduktorów, które zakupi zamawiający. Tak więc inna cena będzie dla ilości wskazanej w Załączniku nr 2 SIWZ, a inna dla ilości pomniejszych o 30% lub powiększonych o 20% w ramach opcji którą określił zamawiający.

Poza tym zamawiający zapisem w pkt 4.2 SIWZ może dowolnie wpływać na ilości odbieranych reduktorów od wykonawców, którzy zostali wybrani w różnych częściach postępowania (na podstawie najkorzystniejszej oferty) składając im w ramach podpisanej umowy zamówienia zmniejszone lub zwiększone ilości reduktorów. Zamawiający może zgodnie z zapisem SIWZ w pkt 4.2 zmniejszyć jednemu Wykonawcy odbiór reduktorów o 30%, natomiast drugiemu zwiększyć o 20%. 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 4.2 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 reduktorów dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez zamawiającego i znacząco odbiega od tej ilości reduktorów dla zakupu, których ogłoszony został przetarg.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że zamawiający wykorzystując możliwość wynikającą z prawa opcji (pkt 4.2 SIWZ) może unikać w ten sposób zakupu reduktorów, 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.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że 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 współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia 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 ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia 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 reduktorów i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany.

Akceptacja takiej zmiany zamówienia jak to określa pkt 4.2 SIWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe wnioski, odwołujący wnosi o nakazanie usunięcia zamawiającemu zapisu pkt 4.2 w SIWZ, a wszelkie potrzeby zakupu innych (większych) ilości reduktorów powinny znaleźć się w kolejnych postępowaniach z wyszczególnieniem dokładnych ich ilości.

Odwołujący nadmienia, iż problem prawa opcji był przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie nr KIO/2207/15, zakończoną korzystnym dla Odwołującego orzeczeniem z dnia 22.10.2015 roku.

Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2015 roku udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający w całości kwestionuje stanowisko odwołującego. Bezspornym jest, że w treści SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo opcji to jest zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach w granicach: -30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowiła zmiany umowy. Zamawiający w całości kwestionuje wszystkie zarzuty odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska przedstawił stanowisko doktryny. Przepisy ustawy dają zamawiającemu prawo z skorzystania z opcji. Próbę definicji prawa opcji podjął Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 16 grudnia 1975 roku w sprawie (TS 40/73 ECR 975/10/01663 wskazując, że:..."(...)w zakresie w jakim prawo opcji działa w umowie zawartej przez zamawiającego, stanowi klauzulę umożliwiającą zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną(...)". Z powyższego postanowienia wyroku zamawiający wywiódł uprawnienie umowne do jednostronnego kształtowania zakresu umowy. Dla zamawiającego prawo opcji przynajmniej jemu uprawnienie do odmiennego kształtowania zakresu zamówienia, szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy, a tym samym możliwość przez niego wyboru zakresu świadczenia umowy o zamówienie publiczne. „Prawo opcji może polegać na rozszerzeniu zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą lub mogą towarzyszyć zamówieniu podstawowemu Zakres objęty prawem opcji może również nie być tożsamy z zamówieniem podstawowym. Forma opcji jest też wprowadzona do umowy możliwość zwiększenia ilości niektórych pozycji asortymentowych, przy równoczesnym zmniejszeniu ilości innych pozycji asortymentowych”. Źródło <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/-/artykul/prawo-opcji-i-zamowienia-uzupelniajace-jako-sposoby-zwiekszenia-zakresu-zamowienia>. Zamawiający przywołał także stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych: „W konsekwencji specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego”. Przywołał również orzeczenia KIO: z dnia 11 stycznia 2008 roku Sygn. akt KIO/UZP 22/07 (niedopuszczalne jest wskazanie tylko górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, która na pewno



wyda na potrzeby realizacji zamówienia(...)Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie”. Wyrok KIO z dnia 28 maja 2013 roku Sygn. akt KIO 1168/13 Zamawiający przewidując prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna się opierać każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji”. Jednocześnie „brak określenia przez zamawiającego w jakich okolicznościach i na jakich warunkach będzie zmniejszał zakres opcji nie stoi na przeszkodzie dla wyceny ofert, bo wykonawca musi wycenić cały zakres zamówienia, w tym poszerzony i nie utrudnia uczciwej konkurencji gdy wszyscy wykonawcy w analogiczny sposób obowiązani są dokonać swojej kalkulacji”. Przywołano dalej kolejne orzeczenia Izby: Wyrok z dnia 26 listopada 2014 roku KIO 2394/14 Zakładanie opcji wykonania zamówienia należy uznać za zasadne i słuszne, gdyż zmuszanie Zamawiającego do udzielania zamówienia, na które nie posiada środków finansowych stałoby w sprzeczności z zasadami racjonalnej gospodarki finansowej. (...)Instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo zakłada minimalny poziom zamówienia, który na pewno zostanie zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać”. Wyrok z dnia 03.10.2014 KIO 1944/14 (...) oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji (...)To w jaki sposób zostanie to uczynione przez oferenta, w szczególności, czy wykonawca kalkulując swoją ofertę przyjmie- według posiadanego doświadczenia, znajomości rynku, etc – iż pewien zakres może nie zostać w ostateczności zrealizowany, stanowi własną decyzję wykonawcy, wynik jego strategii kalkulowania ceny, budowania ceny i przyjęcia zgody na poniesienie ryzyk wynikających z tego rodzaju założeń. Nie zasługuje natomiast na aprobatę próba przeniesienia na zamawiającego ryzyk gospodarczych, które w naturalny sposób obciążają wykonawcę przy kalkulowaniu swojej oferty, w dodatku gdy wynikają one z istoty prawa opcji”. Wyrok KIO 2172/13; 2177/13 Odmienne niż w przypadku zamówień uzupełniających opcja nie jest ograniczona wartością procentową w stosunku do zamówienia podstawowego. Kolejne przywołane wyroki KIO to z dnia 21.05.2013 roku KIO 1024/13 Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art.29 ust.1 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez wskazanie w pkt 3.3. SIWZ uprawnienia do skorzystania z prawa opcji przez ściśle określone podmioty, polegającego na możliwości zwiększenia zamówienia

do 20 % w stosunku do podstawowego zakresu zamówienia wskazanego w rozdziale II Specyfikacji Technicznej oznaczonego jako Grupa 1; (...)Zatem prawo opcji zostało opisane precyzyjnie, a wykonawcy mają możliwość określenia minimalnego zakresu zamówienia, które na pewno zostanie zrealizowane. W konsekwencji nie sposób mówić o naruszeniu art.29 ust.1 w zw. Z art.7 ust.1 Pzp. Na koniec krótkiej analizy orzecznictwa zamawiający przywołuje Wyrok z dnia 6 września 2012 roku KIO 1807/12 „mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. Skoro w stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia, taki stan rzeczy można zakwalifikować jako dziabanie stanowiące obejście przepisów P.z.p.” (...) Izba uznała, że mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne” będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy”.

Zamawiający przywołane orzeczenia KIO kwituje stwierdzeniem ”Dopiero w tej sytuacji można mówić o naruszeniu przepisów ustawy. W niniejszym postępowaniu prawo opcji jest na znacznie niższym poziomie.

W części III odwołania zamawiający przedstawił wyjaśnienia jak poniżej.

W ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego są w całości niezasadne.

Głównymi czynnikami niezależnymi od zamawiającego, które mają wpływ na ostateczną ilość reduktorów zamawianych w ramach zawartej umowy są:

1. wymiany awaryjne reduktorów, których zamawiający, pomimo dołożenia należytej staranności nie jest w stanie oszacować. Na liczbę awarii mają wpływ takie okoliczności jak: warunki atmosferyczne w zimie, zawilgocenie sieci gazowej związane z awariami sieci oraz występującymi opadami; wiek reduktorów zamontowanych na sieci.
2. Liczba przyłączanych nowych odbiorców gazu. Zamawiający nie jest w stanie określić ilości nowych odbiorców przyłączanych w trakcie roku. Termin przyłączenia do sieci wynosi do 6 miesięcy od daty zawarcia umowy przyłączeniowej. W związku z tym w trakcie przygotowywania postępowania zamawiający nie jest w stanie określić ilości przyłączeń do sieci. Poza tym w trakcie przygotowywania postępowania

zamawiający nie wie do jakiej sieci klient będzie przyłączany, co jest uzależnione od lokalizacji planowanej inwestycji (miejsce przyłączenia do sieci decyduje o niezbędności montażu reduktora). Termin zakończenia inwestycji a więc przyłączenia i montażu może ulec zmianie z przyczyn niezależnych od zamawiającego np.: brak zgody właścicieli i konieczność zaprojektowania nowej trasy, brak uregulowanych stanów prawnych nieruchomości, rezygnacja z przyłączenia.

3. Montaż reduktorów po wstrzymaniu dostaw z przyczyn niezależnych takich jak: remonty instalacji w budynkach; montaż po karnym wstrzymaniu dostaw z powodu braku zapłaty.

Powyżej określone przypadki stanowią 85% czynności montażowych wykonywanych na zamawianych reduktorach. Stanowią one duże zakłócenia w planowaniu, których nie może uniknąć zamawiający nawet przy dołożeniu należytej staranności. Tylko 15 % wynika z wymian planowych, które można określić co do ilości.

Kolejnym problemem wpływającym na brak możliwości jednoznacznego określenia ilości zamawianych reduktorów jest problem z określeniem wielkości/ typów reduktorów, który zależy jest od następujących czynników:

1. Awaria reduktora i jego wymiana na ten sam typ z uwagi na konstrukcję układu redukcyjno-pomiarowego;
2. Przyłączanie odbiorców, którzy deklarują różne ilości zapotrzebowania gazu;
3. miejsce montażu, które decyduje o typie reduktora.

Szczególnie odzwierciedla się to w przypadku reduktorów do 10m. sześć./godz., które stanowią 95% zamówienia i w postępowaniu występują w 9 różnych i nie zastępujących się wzajemnie typach.

Liczba czynników wpływających na zapotrzebowanie reduktorów jest na tyle duża, iż zamawiający nie może w sposób jednoznaczny określić liczby zamawianych reduktorów danego typu (odmiany) i z tego powodu korzysta z prawa opcji.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu odwołującego co do powtarzalności reduktorów w poszczególnych częściach zamówieniach zaprzecza twierdzeniom odwołującego. Wyjaśnia, że reduktory w poszczególnych częściach zamówienia są reduktorami innych typów, które są definiowane przez: przepustowość, sposób uruchamiania; rozwiązań konstrukcyjnych to jest układu króćców, przyłączy oraz wymiarów gabarytowych. Poszczególnych typów reduktorów nie można stosować zamiennie.

Zamawiający podkreśla, że poprzednie postępowania były prowadzone z zastosowaniem prawa opcji, którego warunki nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców.

W celu zobrazowania braku możliwości precyzyjnego określenia przez zamawiającego ilości reduktorów przedłożono cztery tabele, które potwierdzają konieczność korzystania z prawa opcji.

Podsumowując argumentację zamawiający stwierdza, że nie ma wpływu na większość czynników jak i nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności, które powodują konieczność wymiany reduktorów.

Odnosząc się do przedstawionych tabeli Nr 1 i Nr 2 z 2015 roku za pierwsze trzy kwartały to przedstawiają one szacowane wielkości zakupu reduktorów z faktycznie dokonanymi wymianami reduktorów. Z porównania tych danych wynika, że szacowane ilości zamawiającego przewyższały znacznie ilości zużytych reduktorów a spowodowane było to łagodną zimą. Niemniej w innym roku sytuacja może diametralnie się odmienić, co potwierdzają dane liczbowe zawarte w pozostałych tabelach.

Zamawiający podkreśla, że różnice nie wynikają z niewłaściwego oszacowania ilości reduktorów do zakupu a tylko z powodu czynników, których nie może przewidzieć i okoliczności na które nie ma wpływu.

Następne tabele Nr 3 i Nr 4 są kolejnym dowodem na to, że zamawiający nie ma możliwości precyzyjnego oszacowania ilości reduktorów do zamówienia.

Zamawiający na bazie tabeli Nr 3 i Nr 4 wywiódł następujące wnioski. Cytuję „Na przestrzeni lat 2012 -2014 ilość czynności dotyczących nowych ustawień związanych z przyłączeniem Odbiorców kształtowała się między 66% - 161%w stosunku do średniej z danego Oddziału, a w przypadku wymian awaryjnych na poziomie 70% -130 % (zgodnie z tabelą nr 3). Dodatkowo z tabeli nr 4 warto zwrócić uwagę na różnice w ilościach wykonanych czynności w poszczególnych Oddziałach w kolejnych latach. Na tym przykładzie można dobrze zobrazować konieczność zagwarantowania prawa opcji na rzecz Zamawiającego zarówno na plus jak i na minus.”(...)”W ocenie Zamawiającego zebrane dane liczbowe najlepiej obrazują brak możliwości precyzyjnego określenia ilości zamawianych reduktorów, a co za tym idzie konieczność zapewnienia Zamawiającemu możliwość korzystania z przewidzianego prawem prawa opcji zarówno na plus jak i minus. Powyższe potwierdza również tabela obrazująca procentową wartość czynności wykonanych w poszczególnych latach do średniej wartości z tych lat. Rozbieżności są znaczne.”

W części IV zamawiający odniósł się do zarzutów odwołującego.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że uchyla się od precyzyjnego ustalenia ilości zamawianych reduktorów czy też przerzuca na wykonawcę ciężar ustalenia

rzeczywistych ilości potrzebnych zamawiającemu. Wyjaśnienia z punktu III odpowiedzi na odwołanie wskazują na brak możliwości podania tych ilości chociażby z powodu nieprzewidywalnych warunków atmosferycznych w zimie.

W ocenie zamawiającego nie naraża on wykonawcy na straty, ponieważ gwarantuje minimalny poziom zakupu, który z całą pewnością zostanie odebrany od wykonawcy. Ponadto umowy są zawierane na krótki okres czasu a postępowania organizowane są w sposób regularny.

Nie można obarczać zamawiającego obowiązkiem zakupu reduktorów, które nie są jemu potrzebne w toku działalności gospodarczej. Zamawiającemu grozi zarzut niegospodarności a co za tym idzie zarzut naruszenia dyscypliny finansowej.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem, że postępowanie przygotował nieprecyzyjnie i dlatego stosuje prawo opcji oraz, że unika kolejnych przetargów.

Zamawiający zwraca uwagę na czas dojścia do realizacji umowy od powzięcia planów zakupu przez wszczęcie, przeprowadzenie procedury przetargowej oraz zawarcie umowy. Natomiast liczba czynników w trakcie realizacji umowy, które mogą wpłynąć na ostateczną wielkość zamówienia jest zbyt duża.

Nie można żądać od zamawiającego zakupu liczników, które nie będą przez niego wykorzystane. Zamawiający musi mieć pewną elastyczność w ilości zamawianych reduktorów.

Zamawiający sektorowi od wielu lat dokonują zakupu z prawem opcji zarówno In minus jak i In plus. Nieprawdą jest, że wykonawca w takiej sytuacji nie może należycie skalkulować ceny, ponieważ cena jest zależna od faktycznej a nie szacowanej ilości sztuk zakupu.

Zamawiający na odparcie takiej argumentacji przywołuje stanowisko KIO z dnia 03.10.2014 KIO 1944/14 przywołane powyżej w sprawie

Wyrok z dnia 03.10.2014 KIO 1944/14 (...) Dla zapewnienia uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy oraz wskazanie tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz tej części, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Zamawiający jest uprawniony do żądania otrzymania wyceny oferty na cały zakres przedmiotu zamówienia.(...)

To w jaki sposób zostanie to uczynione przez oferenta, w szczególności, czy wykonawca kalkulując swoją ofertę przyjmie- według posiadanego doświadczenia, znajomości rynku, etc

– iż pewien zakres może nie zostać w ostateczności zrealizowany, stanowi własną decyzję wykonawcy, wynik jego strategii kalkulowania ceny, budowania ceny i przyjęcia zgody na poniesienie ryzyk wynikających z tego rodzaju założeń. Nie zasługuje natomiast na aprobatę próba przeniesienia na zamawiającego ryzyk gospodarczych, które w naturalny sposób obciążają wykonawcę przy kalkulowaniu swojej oferty, w dodatku gdy wynikają one z istoty prawa opcji”.

Wykonawca nie ma prawa przerzucać ryzyka gospodarczego na zamawiającego i żądania określenia w sposób jednoznaczny ilości zamawianych reduktorów, wobec ilości i rodzaju czynników wpływających na wielkość zamówienia.

Niezrozumiałym dla zamawiającego jest zarzut uniknięcia przeprowadzenia dodatkowego postępowania. Tym bardziej, że umowa nie ma charakteru długoterminowego. Postępowania są prowadzone regularnie. Brak racjonalnego uzasadnienia dla którego zamawiający nie miałby prawa korzystać z opcji.

Zamawiający spełnił wszystkie powyżej wskazane w orzecznictwie i doktrynie wymagania albowiem określił minimalny i maksymalny zakres zamówienia.

Przedmiot zamówienia oznaczył w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Z całą pewnością zamiarem ani skutkiem działań zamawiającego nie jest obejście przepisów ustawy Pzp. Nigdy żaden wykonawca nie zakwestionował prawa opcji. Takie działania zamawiającego mają charakter utrwalonej praktyki rynkowej, umożliwiają uelastycznienie zamówień składanych przez zamawiającego.

W podsumowaniu zamawiający stwierdza.

Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił prawo opcji.

Zamawiający określił zarówno minimalny jak i maksymalny poziom zamówienia.

Ilość czynników wpływających na wielkość zamówienia jest na tyle duża jak i zmienna, że nie jest możliwe na etapie przygotowania dostaw precyzyjne określenie wielkości dostaw.

Przedmiot zamówienia został określony w sposób prawidłowy.

Zamawiający musi mieć możliwość pewnej elastyczności w zakresie ilości zamawianych dostaw.

Zamawiający takimi wnioskami zamknął uzasadnienie udzielonej odpowiedzi wnosząc o oddalenie odwołania.

## **Krajowa Izba ustaliła i zważyła co następuje**

### **Izba ustaliła**

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu w dniu 20.10.2015 roku opublikowanym w Dzienniku urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2015/S 203-369397.

Na podstawie Ogłoszenia o zamówieniu Izba ustaliła jak poniżej. Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, której głównym przedmiotem działalności jest produkcja, transport oraz dystrybucja gazu i energii cieplnej uruchomiła postępowanie pod nazwą: dostawa fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu do 60 m<sup>3</sup>/h . Miejscem dostaw jest obszar działania zamawiającego a dostawy mają być realizowane dla oddziałów zamawiającego w Gdańsku, Zabrze, Wrocławiu, Warszawie i Tarnowie. Zamówienie podzielone jest na części a oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części. Całkowita wielkość zamówienia to 56.778 sztuk reduktorów z podziałem na 17 części. Reduktory w poszczególnych częściach zamówienia różnią się cechami technicznymi takimi jak: przepustowością, sposobem uruchamiania ( manualnie, automatycznie), miejscem lokalizacji (np.: do małych szafek), parametrami kątowymi oraz różnymi ich ilościami w poszczególnych częściach. Z oświadczenia zamawiającego na rozprawie wynika a czemu odwołujący nie zaprzeczył, że w każdej z 17 części zamówienia znajdują się reduktory, których parametry nie powtarzają się w innych częściach. Z treści ogłoszenia o zamówieniu wynika także, że zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w wysokości do 20 % wartości zamówienia podstawowego. Jak również co stało się przedmiotem zarzutu odwołującego, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach :-30/+20% w każdej części zamówienia. Czas realizacji zamówienia to termin rozpoczęcia dnia 01.02.2016 roku i zakończenie 31.01.2017 roku (okres dwunastomiesięczny).

Na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Izba ustaliła jak poniżej. W części 3.Opis przedmiotu zamówienia 3.1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu w łącznej prognozowanej ilości 56 778 sztuki dla 5 oddziałów Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w tym: 3.1.1. Oddział w Gdańsku: 4.467 sztuk; Oddział w Tarnowie 25 621 sztuk; Oddział w Warszawie 16.645 sztuk; Oddziały we Wrocławiu 4.331 sztuk; Oddział w Zabrzu 5714 sztuk. 3.2. Szczegółowe informacje na temat reduktorów objętych zamówieniem oraz ich ilości zawiera Tabela dla części 1-17 zawarta w załączniku nr 5.3.3.2. Fabrycznie nowe i pochodzenie z bieżącej produkcji o roku produkcji zgodnym z rokiem dostawy (przy czym w I kwartale

danego roku dopuszcza się dostawę reduktorów wyprodukowanych w poprzednim roku)

3.3.17. Minimum piętnastoletni okres żywotności

4. Zasady realizacji przedmiotu zamówienia.

4.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach: -30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umowy.

4.4. Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających w wysokości 20% wartości szacunkowej zamówienia.

5. Termin i miejsce realizacji zamówienia.

5.2. Dostawy będą realizowane najwcześniej od 31 stycznia 2016 roku zgodnie z harmonogramami dostaw. Każdorazowa dostawa powinna być zrealizowana w terminie nie dłuższym niż 15 dni kalendarzowych od dnia złożenia pisemnego/elektronicznego zamówienia.

13. Opis sposobu obliczenia ceny.

13.1 Wykonawca określi cenę całkowitą oferty brutto, zgodnie z zasadami w Załączniku nr 1 do SIWZ. Cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności Wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

13.3 Cena podana w ofercie przez wykonawcę nie podlega zmianom przez okres realizacji zamówienia, z zastrzeżeniem postanowień zawartych w pkt 16.2 SIWZ. Zamawiający, zgodnie z art.144 Ustawy, przewiduje możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w zakresie zmiany polegającej na 16.2.1. zmniejszeniu wartości umowy w przypadku skorzystania z prawa opcji polegającego na zmniejszeniu maksymalnie o 30 % ilości zamówionych reduktorów, w ramach każdej z części zamówienia odrębnie. 16.2.2. zwiększeniu wartości umowy w przypadku skorzystania z prawa opcji polegającego na zwiększeniu maksymalnie o 20% ilości zamówionych reduktorów, w ramach każdej z części zamówienia odrębnie.

14. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

14.1. Zamawiający wybierze najkorzystniejszą ofertę kierując się poniższymi kryteriami oceny ofert: cena całkowita brutto: 95 %; czas realizacji dostawy: 2% ( od 15dni - 0 pkt do 5 dni -2 pkt); bez przeglądowny okres eksploatacji: 3% (15 lat - 0 pkt do 30 lat 3,0 pkt). Z Formularza ofertowego załącznik nr 1 do SIWZ jak i z Formularza cenowego fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu do 60 m<sup>3</sup>/ załącznik nr 2 do SIWZ wynika co następuje. Wykonawcy w formularzu ofertowym mają zadeklarować ceny brutto na poszczególne części z 17 części zamówienia z adnotacją w pkt 6) podane ceny i wartości zawierają wszystkie koszty wykonania zamówienia, jakie poniesie zamawiający w przypadku wyboru naszej oferty i do końca jego realizacji nie ulegną zwiększeniu a w pkt 7) zamówienie na dostawę reduktorów zostanie wykonane w całości za wynagrodzenie skalkulowane w oparciu o stawki określone w ofercie (Załącznik nr 2 Formularz cenowy), w ten sposób, że stawki jednostkowe podane w ofercie zostaną przemnożone przez liczbę dostarczonych Zamawiającemu reduktorów danego typu i danej części. Tak obliczone wynagrodzenie uwzględniać będzie całość kosztów i wydatków poniesionych przez nas w związku z realizacją zamówienia. Obliczone wynagrodzenie



zostanie powiększone o należny podatek od towarów i usług. Załącznik nr 2 do SIWZ to tabela p.n. Formularz cenowy, który zawiera 17 pozycji odpowiadających siedemnastu częściom zamówienia. W każdej pozycji tabeli znajdują się między innymi kolumny o treści: dane techniczne reduktorów; nazwa producenta; ilość reduktorów wynikająca z Ogłoszenia o zamówieniu na każdą z części; cena jednostkowa, wartość zamówienia netto i brutto. Załącznik nr 12 Umowa §1 ust.2 Przedmiotem dostawy są fabrycznie nowe reduktory, o roku produkcji zgodnym z rokiem dostawy i właściwościach zgodnych z danymi określonymi w Załączniku nr 2 do niniejszej umowy, z zastrzeżeniem, iż Reduktory dostarczone w I kwartale 2016r. lub w okresie od 1 stycznia 2017 do dnia 29 stycznia 2017 r. mogą być wyprodukowane w roku poprzedzającym rok dostawy i w § 2 ust.3 pkt 2) zdanie drugie "O ile strony umowy nie uzgodnią inaczej zmniejszenie ilości reduktorów nie może przekroczyć 30% liczby reduktorów w danym kwartale, a zwiększenie nie może przekroczyć 20 % liczby Reduktorów w danym kwartale.". W § 12 Postanowienia końcowe ust. 4 Zamawiający, zgodnie z art.144 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 roku poz.907 ze zm. ) przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie: pkt1) zmniejszeniu wartości umowy w przypadku skorzystania z prawa opcji polegającego na zmniejszeniu maksymalnie o 30% ilości zamówionych reduktorów w ramach w każdej z części zamówienia odrębnie i pkt) 2 zwiększeniu wartości umowy w przypadku skorzystania z prawa opcji polegającego na zwiększeniu maksymalnie o 20% ilości zamówionych reduktorów, w ramach każdej z części zamówienia odrębnie.

W załączniku Nr 13 do SIWZ przedstawiono tabelaryczny Harmonogram dostaw na każdą z 17 części zamówienia. Poszczególne kolumny tabeli zawierają następujące dane: przepustowość reduktora, sposób uruchamiania, układ króćców, przyłącze wlotowe/wylotowe, kwartały, wielkości dostaw w poszczególnych kwartałach, podsumowanie wielkości dostaw rocznie.

### **Na rozprawie strony złożyły następujące wyjaśnienia i oświadczenia.**

Zamawiający na okoliczność braku możliwości jednoznacznego ustalenia poziomu zamówień to jest ilości reduktorów wskazał na następujące okoliczności, składając oświadczenia jak poniżej.

Jako dowód na twierdzenie braku możliwości jednoznacznego określenia swoich potrzeb powołał się na załączone do odpowiedzi na odwołanie tabele, które wskazują na potrzebę zastosowania prawa opcji. Przedmiot zamówienia to reduktory, które są elementem sieci

gazowniczej i co do zasady montowane są przy liczniku. Powodem braku możliwości jednoznacznego oszacowania ilości potrzebnych reduktorów są warunki atmosferyczne, na które zamawiający nie ma wpływu oraz które trudno przewidzieć. Powyższe powoduje, że zamawiający nie może dokładnie oszacować ilości koniecznych reduktorów, stąd konieczność skorzystania z prawa opcji. Zamawiający wskazuje, że reduktor jest bardzo podatny na czynniki atmosferyczne, szczególnie w zimie, ponieważ niskie temperatury powodują ich zamarzanie a w konsekwencji konieczność wymiany. W tabeli nr 2 do odpowiedzi na odwołanie przedstawiono kształtowanie się realizacji zamówień na poszczególne oddziały. Zamawiający posiada 6 oddziałów na terenie kraju i przedstawia szacunkową ilość reduktorów określoną w liczbach, dalej pokazuje ilość faktycznie odebranych reduktorów w 3 kwartałach a w ostatniej kolumnie tabeli pokazuje poziom wykonanych zamówień. W przypadku Wrocławia wystąpiło przekroczenie na poziomie 111% do szacowanych zamówień. Przyczyna tego przekroczenia to nowi odbiorcy, których ilość była znacznie wyższa, niż średnioroczna planowana przez zamawiającego. Szacując np. ilość nowych odbiorców zamawiający opiera się na danych historycznych za okres nie dłuższy jak 3 lata. Zamawiający wskazuje na główne trzy przyczyny, które wpływają na brak możliwości jednoznacznego określenia ilości potrzebnych reduktorów. Po pierwsze wymiany awaryjne spowodowane warunkami zimowymi nie do przewidzenia (duże różnice temperatur pomiędzy dniem a nocą powodują skraplanie wilgoci i jej zamarzanie, które to powoduje awarię reduktora; z powodu tej awarii reduktor przestaje transportować gaz do odbiorcy, następnie jest on wymieniany. Drugą przyczyną braku możliwości oznaczenia ilości jest ilość przyłączanych nowych odbiorców. Zgodnie z prawem energetycznym wniosek zgłoszony o podłączenie do sieci gazowniczej powinien być zrealizowany w terminie 6 miesięcy od terminu zawarcia umowy o przyłączenie. Zamawiający nie posiada wiedzy na temat potencjalnych nowych odbiorców. Reduktory będące przedmiotem zamówienia montowane są na gazociągach, do których przyłącza się niewielkich odbiorców, są to najczęściej domy jednorodzinne oraz bloki mieszkalne lub nieduży przemysł. Większość to jest około 95% reduktorów dotyczy domów jednorodzinnych bądź bloków mieszkalnych, których zapotrzebowanie na gaz sprowadza się do ogrzewania i gotowania. Kolejnymi przyczynami są remonty instalacji gazowniczych u odbiorcy. W związku z prowadzonymi pracami remontowymi na instalacji gazowej u odbiorcy lub też przez wspólnoty mieszkaniowe wstrzymywana jest dostawa gazu, po czym wznowiana jest dostawa po zakończeniu. Wtedy też następuje konieczność wymiany reduktorów, które zostają zdjęte przy wstrzymaniu dostawy gazu i po wznowieniu dostawy następuje montaż nowego reduktora. Planów remontowych u odbiorców zamawiający nie jest w stanie przewidzieć. Dosłownie każdego dnia może być zgłoszony wniosek do oddziałów lokalnie i z dnia na dzień istnieje potrzeba zamknięcia przepływu i wymiany reduktora. Kolejną przyczyną jest wstrzymanie dostawy z

powodu niepłacenia za dostawy gazu. Zamawiający wykonuje czynności wstrzymania gazu, demontuje gazomierz i reduktor a po uregulowaniu należności u sprzedawcy gazu, zamawiający otrzymujemy zlecenie, aby ponownie zamontować reduktor i gazomierz. Zamawiający eksploatuje sieci gazowe niskiego i średniego ciśnienia, przy czym przy niskim ciśnieniu nie ma potrzeby montowania reduktorów, Konieczność montowania reduktorów występuje przy średnim ciśnieniu. Zamawiający eksploatuje również inne sieci, ale nie jest to przedmiotem tego postępowania. Zauważa, że generalnie liczba odbiorców, którzy przyłączają się do sieci nie równa się ilości reduktorów, dlatego, że w zależności od tego, przy jakiej sieci odbiorca jest zlokalizowany istnieje bądź nie istnieje konieczność montażu reduktora. Według oświadczenia zamawiającego są to okoliczności, na które zamawiający nie ma wpływu. W związku z tym zamawiający uważa, że powinno być zastrzeżone dla zamawiającego prawo opcji.

Zamawiający sytuację zobrazował również w układzie wymiany awaryjne i nowe przyłączenia. Rozpiętości w poszczególnych latach, tj. 2012, 2013 i 2014 z powodu wymian awaryjnych czy nowych przyłączeń w kontekście średniej wartości z tych lat wskazywane są odstępstwa, które kształtują się na poziomie nawet od 66% do 161%. Pierwsze to były nowe ustawienia, wystąpiły w oddziale Gdańsk, natomiast znaczny rozrzut wymian awaryjnych od 70 do 120 % - odnotowano w oddziale w Zabrze. Odnośnie ostatniej tabeli tj. łączna ilość czynności wykonywanych na reduktorach w latach 2012-2014 w poszczególnych oddziałach wskazuje na znaczne różnice w ilości reduktorów w poszczególnych latach w samych oddziałach. Zamawiający uważa, że 85% wymian nie jest wymianami planowanymi, które można określić precyzyjnie. Planowe wymiany, zamawiający określa na poziomie 15% i dotyczą one wymiany reduktorów starszego typu, które zamawiający jest zobowiązany wymienić. Czas użytkowania reduktora waha się od 15 do 30 lat i zależy od technologii reduktora. Również planowana wymiana reduktorów wynika z przebudowy sieci gazowniczej z niskiego na średnie ciśnienie i wynikająca stąd konieczność zamontowania reduktorów. Również takie wymiany zamawiający wykonuje w związku z wymianą gazomierzy, które są wymieniane po 10-15 latach. Podkreśla, co samej zasady, że prawo opcji jest przewidziane w art. 34 ust. 5 i nie mówi się tam o dostawach powtarzających się. Natomiast zamawiający przybliżył okoliczności, których nie może dokładnie określić, jeżeli chodzi o zapotrzebowanie na reduktory. W związku z powyższym według zamawiającego zastosowanie prawa opcji jest uzasadnione naturą prowadzonej przez zamawiającego działalności. Odnosząc się do zarzutów w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. zamawiający stwierdza, że z zastosowaniem prawa opcji przedmiot został opisany w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Wykonawca ma zagwarantowane co najmniej 70% zamówienia. Stwierdza,

że rynek wykonawców jest stały, bo od szeregu lat, do 4 wykonawców na rynku polskim i europejskim bierze udział w postępowaniach. Dopiero dzisiaj wykonawca kwestionuje prawo opcji, a to dlatego, że ubiegłoroczna zima była wyjątkowo łagodna i Zamawiający montował mniej reduktorów. Zamawiający podkreśla, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 zamawiający stwierdza, iż zarzut nie został sprecyzowany, ponieważ jest gołosłowny a to dlatego, że rynek producentów jest stały i znany. Prawo opcji jest ustalone i fakt jego ustalenia nie ma wprost przełożenia na konkurencję. Takie rozstrzygnięcie zostało przyjęte w wyroku KIO z 21 maja 2013 r. KIO 1024/13, w którym Zamawiający przewidział prawo zmniejszenia zamówienia czyli prawo opcji. W tamtym orzeczeniu KIO nie stwierdziła naruszenia ani art. 29 ani art. 7 ust. 1 i 2. Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy, tj. nieuzasadnionej zmiany umowy, to zarzut ten również nie jest uzasadniony ani we wstępie ani w uzasadnieniu odwołania. Prawo opcji, to nie jest zmiana umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy, zatem nie jest wymagane sprecyzowanie warunków jego zastosowania (prawa opcji). Uważa, że są określone zasadnicze ilości zamówień i każdy prawidłowy handlowiec powinien umieć przygotować stosowną ofertę, aby realizować umowę zgodnie z ewentualnym prawem opcji. Potwierdzają to poprzednie zamówienia, w których było prawo opcji a wykonawcy, w tym odwołujący, nie składali zastrzeżeń w zakresie prawa opcji. Powołuje wyrok KIO z 3 października 2014 r. KIO 1944/15. Zamawiający uważa, że prawo opcji, czyli ryzyko zwiększenia lub zmniejszenia ilości dostaw jest zjawiskiem codziennym, stosowanym w praktyce handlowej, nie tylko w zamówieniach publicznych, w związku z tym uważa zarzuty odwołania za nieuzasadnione. W związku z podziałem zamówienia na części nie ma możliwości manipulowania zamówieniami pomiędzy poszczególnymi częściami, ponieważ wyspecyfikowane rodzaje reduktorów i ich parametry techniczne nie umożliwiają zmniejszania zamówień w jednych częściach na rzecz zwiększania zamówień w pozostałych częściach. Reasumując każda część zamówienia jest na inny rodzaj reduktora to jest o innych parametrach technicznych, niż w pozostałych częściach. W zał. nr 13 do SIWZ ustalono harmonogram dostaw na poszczególne części z podziałem na okresy kwartalne. Zamówienia są realizowane w okresach kwartalnych, przy czym zwraca uwagę na treść par. 2 ust. 3 pkt 2 umowy, w którym określa się warunki uzgodnienia. Zapis jest tak sformułowany, że wyklucza zamawiającemu prawo skorzystania z całej wielkości opcji np. w jednym czy 2 kwartałach, może korzystać z prawa opcji proporcjonalnie do ustalonego harmonogramu na dany kwartał nie przekraczając +20 lub -30%, chyba że uzgodnienia będą inne. Jest to zapewnienie kontynuacji dostaw przez wykonawcę i jest to ograniczenie ryzyka po stronie wykonawcy, że skorzystamy z prawa opcji np. w jednym kwartale.

Z kolei odwołujący na rozprawie udzielił wyjaśnień, składając następujące oświadczenia.

Prezes zarządu odwołującego odnosząc się do formułowania na rozprawie celu postępowań zamówień publicznych przez zamawiającego zwraca uwagę, że tym celem jest również zaspokojenie potrzeb konsumentów. Owszem, prawo opcji jest prawem zamawiającego, jest to prawo podmiotowe, ale nie bez ograniczeń. Chciałby przywołać w tym miejscu kodeks cywilny, który ma zastosowanie, a jego jedną z głównych zasad, że nie można czynić ze swego prawa użytku narusza obowiązujące zasady współżycia społecznego oraz wykracza poza społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa. Generalnie korzystanie z prawa opcji nie może prowadzić do groźących rażących strat i trudności w spełnieniu świadczenia dostaw. Przywołuje w tym miejscu obowiązujące zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. W myśl tej zasady obowiązują w miarę jednakowe szanse i ryzyka. Owszem prawo opcji było stosowane przez spółki gazownicze, ale do czasu powstania zamawiającego, który skumulował ich działalność nie są prowadzone tak jak do tej pory przez każdą spółkę odrębne postępowania, co dawało odwołującemu możliwość udziału w 6 postępowaniach i niepowodzenie w jednym z nich gwarantowało udział i szansę uzyskania zamówienia w następnym postępowaniu. Poprzednio były prowadzone odrębne postępowania w czasie a nie skumulowane w jednym postępowaniu tak jak teraz. Uważa, że postawienie prawa opcji narusza zasadę zachowania równowagi ekonomicznej odwołującego, ponieważ zapisy te prowadzą do możliwości manipulacji ceną i przerzucenia ryzyka na jedną stronę. Przez manipulowanie ceną rozumie brak możliwości kalkulacji ceny, ponieważ zamówienie nie jest jednoznacznie określone, inaczej należy kalkulować cenę, gdy zamówienie jest określone na poziomie minimalnym, a inaczej, kiedy kalkulowanie na poziomie maksymalnym. Na pewno inna cena jest, kiedy zamawiający skorzysta z prawa opcji, a inna, kiedy zamawiający z niego nie skorzysta. Aktualnie ustalone prawo opcji uniemożliwia kalkulację ceny na poziomie ekonomicznej racjonalności zapewnienia zysku. Uważa, że nie można dokonywać sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia, a zastosowanie w realizacji prawa opcji, np. przez zmniejszenie dostaw powoduje ryzyko sprzedaży towarów poniżej kosztów wytworzenia. Przyznaje, że prawo opcji zarówno w górę jak i w dół było w postępowaniach, kiedy funkcjonowały samodzielne oddziały, ale w praktyce stosowano nominał lub w plusie oraz przesunięcia w terminie. Potwierdza, że w tym roku, mimo zawartej umowy, otrzymał zamówienie pomniejszone o 30procent. Potwierdza, że zamawiający składa na poszczególne kwartały zamówienia i te poszczególne kwartały są zmniejszane ilościowo o około 30%.Tabele, które zostały przedstawione na rozprawie przez zamawiającego nie są elementem dowodowym. Uważa, że te tabele są jednym z narzędzi w szacowaniu potrzeb zamawiającego. Dokonując analizy tabeli przyznaje, że są rzeczywiście oddziały, gdzie jest duża rozbieżność realizacji w poszczególnych okresach, w szczególności

Gdańsk i Poznań. W pozostałych oddziałach uważa, że poziom zamówień nie różni się znacząco. Odnosząc się do tabeli nr 3 dla przykładu podaje oddział Tarnów, Warszawa, tam zamówienia wahają się w granicy 10%, co widać w tabelach. Są rozbieżności w oddziale Poznań, ale są mniejsze od ilości potrzeb. Uważa, że tabele są narzędziem do analizowania potrzeb. Zamówienia odwołujący realizuje w ciągu 15 dni od otrzymania zamówienia. Zamawiający po zawarciu umowy przed realizacją zamówień zawiadamia, że w tym roku korzysta z prawa opcji na zasadzie pomniejszenia o 30%. Umowa realizowana jest od stycznia do stycznia, podpisujemy ją w miesiącu grudniu roku poprzedzającego. Umowy realizowane są na podstawie harmonogramu załączonego do umowy. Praktyka jest taka, że uruchamia się produkcję na szcztąkowe zamówienie. Musimy przygotować produkcję do harmonogramu. Zamówienie stanowi podstawę do uruchomienia produkcji, bo zamówienie musimy zrealizować w ciągu 15 dni. Podstawą uruchomienia naszej produkcji jest całościowa, roczna umowa. Zamawiamy detale i części z wyprzedzeniem 3-4 miesięcznym – membrany, korpusy, króćce. Czas oczekiwania na dostawę tych części wynosi od 3 do 4 miesięcy. Mając umowę produkujemy na magazyn. Są wyznaczone osoby przez zamawiającego, które mają pieczę nad umową i uzgadniają z oddziałami ilość zamawianych reduktorów. Uważa, że skoro w zał. nr 5 zamawiający potrafił określić z dokładnością do 1 sztuki np. część 4 - 2 551, to zaprzecza sobie. Uważa, że stosując proste wyliczenia np. pomniejszając całość zamówienia o 30% uzyskuje kwotę, która obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania jako zamawiającego sektorowego. Przyjmując cenę jednostkową 140 zł dla reduktorów na zadania 1-9, opcja -30%, 16 134 sztuki, daje to kwotę około 2 260 000 zł, przy obowiązku stosowania ustawy od 414 000 euro, tj. około 1 600 000 zł, tj. osobne zamówienia na same zadania 1-9. Przy zwiększeniu o 20% uzyskuje się kwotę blisko obowiązku ustawowego, tj. 1 500 000 zł. Z samego SIWZ wynika, że reduktory mają dobrze pracować w temperaturze -30 do +60 stopni, w związku z tym podawane okoliczności skraplania wody zdarzają się, ale nie są standardem. Pełnomocnik odwołującego radca prawny uważa, że zamawiający ma silniejszą pozycję, ale nie ma prawa dyktatu. Zwraca uwagę, że produkcja w przypadku reduktorów jest produkcją ściśle techniczną, wymaga planowania czynności organizacyjnych, nie jest to produkcja pary butów, ponieważ odbiorcą naszych reduktorów jest praktycznie tylko zamawiający. Dalej Prezes Zarządu odwołującego oświadcza do protokołu, że dotychczas niewielkie ilości zakupywali monterzy prywatni, ale zamawiający zabronił tego i nabywają reduktory jedynie za pośrednictwem zamawiającego. Jeżeli mamy zamówienie na 30 000 reduktorów skorzystanie z prawa opcji powoduje, że dostawy odpada ok. 10 000 reduktorów, które przechodzą na magazyn odwołującego. W tym roku np. zamawiający powiadomił w maju co do umowy realizowanej od miesiąca stycznia, że będą zamówienia zmniejszone globalnie o 30.000. Podkreśla jakie znaczenie techniczne dla bezpieczeństwa ma reduktor, ponieważ jest to element sieci i jeżeli chodzi o skutki

nieprawidłowego działania gazomierza, to jest to kwestia złego pomiaru gazu ale jeżeli chodzi o reduktor to może to polegać np. na przepływie gazu wtedy, kiedy nie powinien. Posiada co najmniej 3 systemy bezpieczeństwa przed wzrostem czy zanikiem ciśnienia. Gdyby się tak zdarzyło, że reduktor się nie zamknie na skutek braku przepływu i zostanie podany później przepływ, a np. eksploatowana jest starsza kuchenka gaz może przez takie elementy się wydostawać. Cieszy jego, kiedy nie słyszy informacji o niekontrolowanym przepływie gazu i uniknięciem nieszczęść. Nie wyobraża sobie, żeby nie miał na magazynach zapasów na 4-5.000 produkcji reduktorów, w sytuacji gdy musi zgodnie z umową dostarczyć reduktory w ciągu 15 dni. Pełnomocnik odwołującego radca prawny w głosie końcowym stwierdza, że można sobie zadać retoryczne pytanie co by było, gdyby w tym przypadku nie było prawa opcji - czy zamówienia byłyby realizowane. Uważa, że nie ma przeszkód realizowania zamówień uzupełniających. Także uważa, że zamówienie jest zawsze realizowane na podstawie szacunku, przy czym również podkreśla, że nie może być tak, że tylko jedna strona ma ponosić koszty, w tym wypadku ze stosowania prawa opcji. Owszem, są prawa podmiotowe, ale one są zawsze uwarunkowane i zamawiający nie może ich używać dowolnie ze szkodą dla drugiej strony, dlatego domagamy się równowagi stron. Wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zgodnie z przepisami.

Pełnomocnik radca prawny zamawiającego wnosi o oddalenie odwołania. Uważa, że zarzuty są bezzasadne. Zwraca uwagę na okoliczności, w jakich działa zamawiający, jest to działalność specyficzna, w związku z tym zastosowane zostało prawo opcji. Zamawiający nie może wydatkować środków finansowych niegospodarnie. Odwołujący zgadzał się z prawem opcji i godził się na nie w umowach. Nieuzasadnione jest powoływanie na zasady współżycia społecznego i dyktat o naruszeniu reguł sprawiedliwości czy zasad współżycia społecznego można mówić, gdy dysproporcja obowiązków i praw zawarta w umowie jest rażąca, a w przypadku takiego prawa opcji, jakie przewidział zamawiający, nie można stwierdzić tej rażącej dysproporcji. Rzeczywistość działalności zamawiającego wskazuje na potrzebę przy realizacji podwyższenia lub obniżenia realizowanych dostaw, przy czym należy podkreślić, że spośród wykonawców tylko odwołującemu nie pasuje prawo opcji, a przecież wszyscy wykonawcy mają je przypisane w takim samym zakresie, tj. dla wszystkich jest określona w takim samym zakresie. Domyślam się, że z przyczyn wewnętrznych odwołujący nie godzi się na prawo opcji. Uważa, że dostawa reduktorów to zamówienia powtarzające się okresowo, bo wynikają ze stałych zapotrzebowań na takie reduktory spowodowane awariami a także nowymi przyłączeniami i standardowymi wymianami. Prawo opcji ma zastosowanie do naszej działalności. Co do problemu przechowywania reduktorów, to nie jest to np. towar psujący się i wykonawca może zaoferować w następnym postępowaniu lub też na inny rynek. Owszem potwierdzając, iż przy reduktorach należy szczególnie dbać o ich poziom

techniczny, to niemniej stwierdza fakt, że rocznie około 20 000 jest wymienianych. Okoliczność ta potwierdza, że są awaryjne. Podsumowując stwierdza, że w zakresie działalności zamawiającego konieczne jest stosowanie prawa opcji, a taki zapis, jaki stosuje do prawa opcji zamawiający nie utrudnia wykonawcom złożenia oferty i realizacji umowy.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę reduktorów gazowniczych o różnych parametrach technicznych. Zamówienie zostało podzielone na 17 części i w każdej z tych części zastrzeżono prawo opcji polegające na możliwości zmniejszenia o 30% albo zwiększenia o 20 % zamówionych ilości reduktorów. Uwzględnione „prawo opcji” ma zagwarantować zamawiającemu na etapie wykonania umowy zaspokojenie faktycznych, bieżących potrzeb, których na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie jest w stanie dokładnie określić. Zamawiający przygotowując postępowanie w oparciu o posiadane dane statystyczne z poprzednich lat ustala ilość zamawianych reduktorów na kolejne 12 miesięcy prowadzonej działalności gospodarczej. Przy czym w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzega, że w trakcie realizacji dostaw ma prawo zakupić faktycznie więcej lub mniej reduktorów niż zamówił podpisując z wykonawcą umowę. W tym postępowaniu zamawiający określił możliwy poziom odstępstw realizowanych dostaw w dół o 30 % lub w górę o 20 % w stosunku do ilości zamówionych dostaw. Taką konieczność sformułowania prawa opcji zamawiający wywodzi z racji prowadzonej działalności gospodarczej jaką jest produkcja, transport oraz dystrybucja gazu i energii cieplnej. Zamawiający podnosi, że specyfika jego działalności uniemożliwia jednoznaczne określenie, na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, jaką faktycznie ilość reduktorów będzie potrzebował w okresie realizacji umowy. Przy czym realizacji dostaw wymaga się w ciągu 15 dni od zgłoszenia zamówienia a krótsze terminy dostaw są dodatkowo punktowane na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako powód braku możliwości określenia jednoznacznej ilości docelowych dostaw reduktorów zamawiający wskazuje szereg okoliczności jak poniżej. Wśród nich awarie reduktorów w szczególności z powodu ich zamarzania w warunkach zimowych. Także wymienia podłączanie do sieci nowych odbiorców w związku z powadzonymi inwestycjami mieszkaniowymi czy użytkowymi. Wskazuje na wymianę reduktorów w związku z ponownymi uruchomieniami odbioru u odbiorców, u których nastąpiło wstrzymanie dostaw np. z powodu zalegania z zapłatą czy sprawami sądowymi. Kolejne okoliczności to uruchomienia po wykonaniu remontu w instalacjach wewnętrznych budynku np. prowadzonego przez wspólnoty mieszkaniowe. Zamawiający dowodząc swoich



twierdzeń przedstawił dane statystyczne w tabelach obrazujących rozbieżności pomiędzy planowanymi ilościami reduktorów a ilościami zrealizowanymi w poszczególnych oddziałach jak również w poszczególnych latach. Zamawiający stwierdza, że tylko 15 % całego zapotrzebowania może określić w sposób gwarantujący w pełnym zakresie odbiór zamówionych reduktorów. Zamówienia powyższe odnoszą się do planowanych wymian reduktorów w związku z ich zużyciem eksploatacyjnym. Natomiast pozostałe 85 procent zamówień reduktorów to zamówienia gdzie nie może zamawiający jednoznacznie określić ilości potrzeb na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym zamawiający, na podstawie art.34 ust.5 ustawy Pzp przewidującym prawo opcji, znajduje dla siebie uprawnienie do podwyższania czy obniżania poziomu dostaw w trakcie realizacji umowy dostawy. Zgodnie z przywołanym przepisem „Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji” (art.34 ust.5 ustawy Pzp.).

Z kolei odwołujący na tak sformułowane prawo opcji podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art.29 ust.1 ustawy Pzp jak i art.7 ust.1i ust.2 oraz art.144 ust.1 ustawy Pzp. wnosząc o usunięcie postanowienia o prawie opcji. Zgodnie z tym postanowieniem „Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji t.j. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach:-30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umowy”.

Odwołujący jako kontrargument przeciw postanowieniu regulującym prawo opcji przywołał art. 29 ust.1 ustawy Pzp. w myśl którego 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.

Uzupełniająco przywołał art.7 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp. o treści „1.Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. 2.Czynności związane z przygotowaniem postępowania przygotowują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 144 ust.1 ustawy Pzp. zgodnie z którym „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

Zdaniem odwołującego korzystanie z prawa opcji przez zamawiającego jest nadużyciem prawa, ponieważ każde prawo należy stosować zgodnie z jego przeznaczeniem. Odwołujący co prawda przyznał, że w poprzednich postępowaniach istniały postanowienia co do prawa opcji i to zarówno zmniejszenia jak i zwiększenia zakupów w stosunku do wielkości ustalonych w SIWZ. Przy czym zamawiający do tej pory stosując prawo opcji korzystał jedynie z możliwości zwiększenia zamówień jak i zmieniał terminy dostaw ustalonych w rocznym harmonogramie z podziałem na kwartały. Zwrócił uwagę na konieczność co najmniej kilkumiesięcznego wyprzedzenia procesu zamawiania części u kooperantów w stosunku do daty rozpoczęcia produkcji jak i obowiązku realizowania dostaw w terminie najpóźniej 15 dni od daty zlecenia. Ponadto wskazał na okoliczność uruchamiania produkcji tylko na potrzeby zamawiającego, ponieważ ze względów technicznych nie jest możliwa do sprzedania poza zamawiającym. Wyjaśnił, że nieduże ilości zakupywali prywatni przedsiębiorcy ale nawet oni ostatnio otrzymali zakaz od zamawiającego, który nakazał im zaopatrywać się u siebie. Niepokojącym zjawiskiem dla odwołującego jest fakt, że ostatnio zamawiający po zawarciu umowy zawiadamia o zmniejszeniu dostaw wykorzystując postanowienie SIWZ o możliwości zmniejszenia dostaw nawet o 30 % w stosunku do ilości wynikających z ogłoszeniu o zamówieniu. Takie prawo po stronie zamawiającego w ocenie odwołującego jest bezpodstawne i stanowi dyktat zamawiającego wobec wykonawcy narażając jego na produkcję na tzw. magazyn bez możliwości odsprzedaży innym nabywcom.

Dla Izby znaczącą okolicznością przy rozstrzygnięciu sprawy jest fakt, że na rozprawie strony nawzajem nie zaprzeczyły podnoszonej argumentacji swoich racji czy też uwarunkowań funkcjonowania przedstawianych w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie jak też w wyjaśnieniach na rozprawie. Tak więc stan faktyczny sprawy odnoszący się do uwarunkowań funkcjonowania zamawiającego jak i odwołującego Izba uznaje za bezsporny. Natomiast spór dotyczy uprawnienia zamawiającego ustalenia prawa opcji przy zamówieniach dostawy reduktorów używanych w gazownictwie w formule -30% lub + 20 % ilości obowiązujących w każdej z 17 części zamówienia.

Zdaniem zamawiającego ma on prawo do ustalenia prawa opcji, które wynika wprost z regulacji powyżej cytowanego art.34 ust.5 ustawy Pzp . Natomiast odwołujący uważa, że jest ono wyrazem dyktatu i żąda skreślenia postanowień o prawie opcji powołując się na art.29 ust.1; art.7 ust.1i 2 oraz art.144 ust.1 ustawy Pzp. cytowane powyżej.

Izba dokonując rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów odwołania przeprowadziła badanie i ocenę charakteru dostaw reduktorów objętych zamówieniem w kontekście obowiązujących przywołanych powyżej przepisów prawa. Z przedstawionych powyżej treści odwołania,

odpowiedzi na odwołanie oraz wyjaśnień stron na rozprawie wynika stan jak poniżej. Zamawiający jest podmiotem prowadzącym działalność w zakresie produkcji, transportu oraz dystrybucji gazu i energii cieplnej a odwołujący producentem organizującym produkcję reduktorów na potrzeby zamawiającego.

Co do przepisów prawa umożliwiających sformułowanie prawa opcji na poziomie -30%/+20% od ilości wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu („Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji t.j. zmianę ilości sztuk zamawianych reduktorów w granicach:-30%/+20% w każdej części zamówienia. Zmiana taka nie będzie stanowić zmiany umowy”) to zamawiający przywołuje art.34 ust.5 ustawy Pzp. („Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”).

Izba wskazuje, że w ustawie Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp.) nie jest wprost zdefiniowane co należy rozumieć przez „prawo opcji” i w jakim zakresie, w jakich okolicznościach może występować w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej ustawa Pzp. takie prawo wymienia i to w przywoływanym oraz cytowanym powyżej przepisie art.34 ust.5 tejże ustawy. Sam przepis art.34 ust.5 ustawy Pzp. znajduje się w części ustawy Pzp. mającej na celu regulację etapu przygotowania postępowania to jest w rozdziale 2, które regulują takie między innymi zagadnienia jak: sposób opisanie przedmiotu zamówienia (art.29 ustawy Pzp.), zasady ustalania wartości zamówienia w tym dynamicznego systemu zakupów oraz wartości umowy ramowej (art.32 ustawy Pzp.), wartości zamówienia na roboty budowlane (art.33 ustawy Pzp.) oraz wartości zamówienia na usługi i dostawy powtarzające się okresowo (art.34 ustawy Pzp.). W ocenie Izby skoro nie ma ustawowej definicji prawa opcji to należy posłużyć się definicją potoczną, zwyczajową, której definicje można odszukać w Słowniku wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych Władysław Kopaliński Tom V Wydawnictwo Rzeczpospolita W-wa 2007r. str. 42: opcja znaczy prawo podjęcia decyzji (np.: wydania książki przez wydawcę; zmiany ładunku a. portu przeznaczenia statku przez armatora) lub dokonania wyboru (np. obywatelstwa, zwł. na terytorium przechodzącym pod nową władzę) w określonym terminie. Czy też za Słownikiem Języka Polskiego Państwowe Wydawnictwo Naukowe wydanie 1984 rok str.524 opcja 1.mors. prawo wyboru portu załadowania lub wyładowania, rodzaju towaru i ustalenia jego ilości, zastrzeżone w umowie przewozu towarów morzem 2.praw. prawo swobodnego wyboru obywatelstwa, wynikające najczęściej z międzynarodowych umów cesyjnych; dokonać opcji 3. praw. w prawie autorskim: zastrzeżone prawo wydawnictwa do publikowania jakiegoś dzieła.

Zaprezentowane powyżej definicje opcji wskazują na użycie tego pojęcia w trzech różnych przestrzeniach życiowych to jest w prawie morskim, prawie autorskim i prawie stanu cywilnego. Mimo tak różnych zaprezentowanych dziedzin użycia tego pojęcia wspólnym wyznacznikiem jest prawo wyboru(decyzji) czy to przez armatora, czy to przez obywatela, czy to też przez wydawcę. Prawo wyboru w tych przypadkach odnosi się do portu załadowania lub wyładowania, rodzaju towaru i ustalenia jego ilości, bądź wyboru obywatelstwa, czy też prawo wydawcy do wydania dzieła.

Zdefiniowane powyżej słowo opcja zostało użyte jako prawo opcji w art.34 ust.5 w polskiej ustawie Prawo zamówień publicznych jak również w Dyrektywie 2004/18WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dyrektywa klasyczna). Artykuł 9 ust.1 dyrektywy klasycznej Metody obliczania szacunkowych wartości zamówień publicznych, umów ramowych oraz dynamicznego systemu zakupów brzmi: „1. Podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia”.

Powyżej przywołano regulacje odnoszące się do definicji wartości zamówienia (art.32); wartości zamówienia na roboty budowlane (art.33) oraz wartości zamówienia na usługi i dostawy powtarzające się okresowo (art.34). W tym ostatnim z artykułów ustawodawca przewidział dla usług i dostaw prawo opcji przy ustalaniu wartości zamówienia. Takie tylko wzmianki znajdują się zarówno w dyrektywie klasycznej jak i ustawie Pzp. w zakresie prawa opcji. Reasumując ani ustawa Pzp., ani dyrektywa klasyczna nie zawierają definicji prawa opcji. Polski ustawodawca dokonując implementacji prawa opcji przyjął taką samą metodę szacunkowej regulacji zagadnienia prawa opcji w ustawie prawo zamówień publicznych. W związku z tym, że na przestrzeni lat w tej instytucji nie dokonano żadnych zmian aktualny jest urzędowy komentarz jaki ukazał się od początku obowiązywania przepisu art.34 ust.5 ustawy Pzp. Tym komentarzem jest Prawo Zamówień Publicznych Komentarz wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2007. Na jego stronie 166 znajduje się „Przepis ust.5 dotyczy ustalenia wartości zamówienia w sytuacji , gdy zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji. Opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. W przypadku zamówień publicznych chodzi np.: o prawo wykonania usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu czy też prawo odkupienia przedmiotu po leasingu, przy czym zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi w pierwszym przykładzie najem, a w drugim leasing rzeczy ruchomej. Podstawę ustalenia wartości zamówienia jest największy możliwy zakres tego zamówienia z

uwzględnieniem prawa opcji. Przewidziane prawo opcji trzeba przy tym rozróżniać od zamówienia uzupełniającego.” Powyższa cytowana definicja prawa opcji jest najbliższej i najwierniejsza słownikowemu znaczeniu słowa „opcja”. Charakterystycznym i decydującym o jego znaczeniu elementem tej definicji jest to, że świadczenie objęte prawem opcji nie jest tożsame z świadczeniem podstawowym zobowiązania wykonawcy. Przy czym funkcjonują w obrocie prawnym również odmienne komentarze słowa „prawo opcji”, które dopuszczają w ramach tej instytucji poprzez rozszerzenie jej definiowania jako możliwość również zmianę wolumenu zamówienia poprzez zwiększenie jego ilości czy też przedłużenie czasu trwania umowy najmu a decyzja w tym zakresie pozostaje w sferze decyzyjnej wyłącznie zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający chcąc skorzystać z prawa opcji może to uczynić poprzez rozszerzenie zamówienia o konkretny przedmiot ale nietożsamym z przedmiotem zamówienia niemniej związany z zamówieniem podstawowym. W innym przypadku w ocenie Izby skorzystanie z prawa opcji stanowi obejście przepisów prawa zamówień publicznych a co ma miejsce w sytuacji rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba nie podziela stanowiska zamawiającego o możliwości rozszerzenia jak również zawężenia ilości zamawianych reduktorów w poszczególnych częściach zamówienia. Przyjmując teoretycznie za akceptowalne stanowisko o możliwości na podstawie art.34 ust.5 ustawy Pzp. zmiany ilości zamawianych przedmiotów tożsamych do zamówienia podstawowego to treść tego przepisu mówi o „największym możliwym zakresie tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji przy ustaleniu wartości zamówienia” i nie przewiduje możliwości zmniejszenia wartości zamówienia wskutek stosowania prawa opcji. Natomiast w ocenie Izby przyjęta formuła w Ogłoszeniu o zamówieniu jak również Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o prawie zamawiającego zwiększenia w granicach 20 % oraz jednoczesnej możliwości zmniejszenia zamówienia w granicach 30 % stanowi także niedopuszczalne obejście obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazujący na okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty, które to przygotowanie polega na zaoferowaniu zamawiającemu stosownej ceny. Opisany przedmiot zamówienia, który zaskarżono nie wyczerpuje przesłanek określonych w art.29 ust.1 ustawy Pzp., cytowany powyżej, w zakresie jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby opisanie przedmiotu zamówienia przez zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do jednoczesnego zmniejszania jak i zwiększania wolumenu ilościowego reduktorów w poszczególnych 17 częściach zamówienia jest niedopuszczalne w związku z wytyczną art.29 ust.1, który mówi o jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jako pojęcie jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia

można kwalifikować podanie konkretnej ilości reduktorów w danej części zamówienia, co zostało zresztą uczynione ale tę konstrukcję niweczy prawo zamawiającego zarówno do zwiększenia jak i zmniejszenia ilości reduktorów w trakcie jego realizacji zamówienia. Dodatkową argumentacją za niedopuszczalnością takich postanowień jest okoliczność, że może nie wprost wynika to z Ogłoszenia ale jednoznacznie wynika z postanowień projektu umowy cytowanego powyżej, że minus 30 procent czy plus 20 procent to są górne granice podwyższenia czy też obniżenia pułapu dostawy. Zrozumiałym dla Izby jest zaskarżenie tego rodzaju postanowień pod nazwą „prawo opcji”, ponieważ postępowanie ma charakter konkurencyjny to jest przetargu nieograniczonego i wybierana jest najkorzystniejsza oferta w oparciu o dominującą w kryteriach cenę ( 95 procent znaczenia – cytowane kryteria oceny ofert powyżej w ustaleniach). Nawet gdyby przyjąć, że zmiany ilościowe są prawem opcji to brak uzasadnienia logicznego realizowania dodatkowych zamówień za tę samą cenę. Gdyby prawo dopuszczało prawo opcji na zasadzie zwiększania czy też zmniejszania wolumenu zamówień to zamawiający powinien dopuścić wycenę odrębną dla poszczególnych części zamówienia. Można tylko na marginesie wskazać, że zmniejszenie ilości zamówień powinno skutkować podwyższeniem ceny a zwiększenie zamówień powinno skutkować obniżeniem ceny (artykuł Monitor zamówień publicznych kwiecień nr 04/128/2015 Prawo opcji Pani Katarzyna Beldowska str. 27).

Niedopuszczalność prawa opcji w wersji wynikającej z zaskarżonej SIWZ wynika także z bezspornych ustalonych okoliczności, że reduktory wyprodukowane na zamówienie zamawiającego a nie odebrane w ramach proponowanego prawa opcji nie mogą podlegać odsprzedaży na rzecz innych odbiorców. Jak na rozprawie odwołujący podniósł niewielkie ilości zakupywali drobni przedsiębiorcy ale na skutek wprowadzonego zakazu przez zamawiającego mogą zaopatrywać się tylko u zamawiającego. W ocenie Izby nie jest to nieuprawnione stanowisko zamawiającego ze względów bezpieczeństwa obrotu urządzeniami do gazownictwa słuszne jest utrzymanie nadzoru zamawiającego ale w niniejszej sprawie jest to dowód na to, że nadprodukcji wykonawca nie odsprzeda w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji to jest zmniejszenia dostaw. Przeciw ustanawianiu prawa opcji poprzez zmniejszanie zamówień po zawarciu umowy jest także okoliczność, że w myśl obowiązującego wzoru umowy przedmiotem nabycia mogą być tylko reduktory wyprodukowane w bieżącym roku a odstępstwa dotyczą tylko przełomu roku gdzie dopuszcza się ubiegłoroczną produkcję. Natomiast jak odwołujący wyjaśnił proces zamówień na komponenty do produkcji reduktorów musi wyprzedzać produkcją od trzech do czterech miesięcy a realizacji dostawy zamawiający wymaga w ciągu 15 dni (dodatkowo punktuje skracanie tego okresu w ramach kryteriów oceny ofert – ustalenia Izby powyżej) w związku z tym jak wyjaśnił na rozprawie odwołujący na magazynie zawsze posiada kilka tysięcy

reduktorów. Powyższe okoliczności stanowiące przedmiot wyjaśnień na rozprawie Izba uznała jako bezsporne, ponieważ zamawiający im nie zaprzeczył. W związku z powyższym w ocenie Izby nie mieści się w granicach ryzyka ponoszenie przez wykonawcę ryzyka nie odebrania 30 % zamówień. Tym bardziej, że zamawiający jest profesjonalnym podmiotem a po zmianach organizacyjnych od 2013 roku monopolistą w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Izba biorąc pod uwagę okoliczności uniemożliwiające zamawiającemu jednoznaczne ustalenie ilości reduktorów wymienianych czy instalowanych w okresie 12 miesięcznego okresu realizacji zamówienia (awarie, nowe podłączenia odbiorców, remonty instalacji gazowniczych, sprawy sądowe) wzięła również pod uwagę wyjaśnienia odwołującego. Z wyjaśnień odwołującego a czemu zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył przed reorganizacją w 2013 roku kiedy zamówienia organizowały samodzielne spółki, które aktualnie funkcjonują jako oddziały zamawiającego pomimo zapisu zarówno o obniżaniu oraz podwyższaniu w praktyce stosowano tylko zwiększenie dostaw. Dopiero po reorganizacji i połączenia spółek w strukturę jednolitą w skali kraju zamawiający zaczął korzystać z zmniejszania zamówień. Niemniej Izba odnosząc się czy to do zwiększania czy zmniejszania dostaw nie podziela stanowiska zamawiającego co do jego prawa ustalania takich zasad z uwagi na to, że świadczenia te są tożsame z podstawowym przedmiotem zamówienia. Niemniej Izba odniosła się do nich z powodu wyjaśnień składanych na rozprawie na okoliczność uzasadnienia ustalenia zaskarżonego prawa opcji.

Również odnosząc się na marginesie do argumentacji zamawiającego co do charakteru jego zamówień jako powtarzających się okresowo przez co wyczerpujących dyspozycje art. 34 ust.5 Izba zważyła jak poniżej. W ocenie Izby zamówienia reduktorów nie mają charakteru zamówień powtarzających się okresowo. Chociaż znowu brak w ustawie Pzp. definicji zamówień powtarzających się okresowo to za przywołanym już powyżej Komentarzem urzędowym pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 164 "Jeżeli dane zamówienie powtarza się co pewien czas i nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy i dlatego realizowane jest w częściach, stosownie do aktualnych potrzeb powinno być uznane za świadczenie powtarzające się okresowo. W razie, gdy taka możliwość „skumulowania” poszczególnych części istnieje, nie należy ich traktować jako „dostaw lub usług powtarzających się okresowo” , lecz jako zamówienie udzielane w częściach , przypominające świadczenie jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną z góry określoną całość, którą będzie obiektywnie przewidywalny zakup danych dostaw lub usług w trakcie całego roku. Każdorazowy pojedynczy zakup nie jest „zamówieniem na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo” , lecz stanowi część całorocznego zamówienia. Przypadek taki powinien być traktowany jako udzielenie zamówienia w częściach. Gdy zamawiający może z góry przewidzieć zakres

całorocznych zakupów i możliwe jest ich jednorazowe nabycie, lecz z jakiś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych) dokonuje zakupów sukcesywnie, wartością każdorazowego zamówienia będzie przewidywana łączna wartość danych dostaw lub usług w danym roku” . Również w wyroku NSA w Warszawie z dnia 18 lutego 2014 roku Sygn. akt II GSK 1904/12 Sąd stwierdził: ”skoro sens pojęcia usług powtarzających się okresowo należy ustalać na gruncie języka potocznego. W tym rozumieniu usługi takie to te, które z różnych powodów mogą być realizowane w różnych okresach. Okresowość takich usług może wynikać z ich natury(rodzaju przedmiotu świadczenia) albo z innych względów, choćby przepisu prawa albo potrzeb zamawiającego. Niewątpliwie usługi ubezpieczeniowe to usługi powtarzające się okresowo.” Czy też (...) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo kolejnym kryterium klasyfikującym będzie niemożność ich jednorazowego wykonania celem realizacji interesu zamawiającego. W związku z tym możliwość zaspokojenia również będzie decydować o uznaniu zamówienia za okresowe(...)Wskazana wyżej niemożność jednorazowego zaspokojenia jest bowiem w zamówieniach okresowych niezależna od woli stron. Przykładem będzie choćby dostawa materiałów biurowych, która nie może być traktowana jako zamówienie powtarzające się okresowo, ponieważ może zostać zrealizowana jednorazowo, a interes gospodarczy zamawiającego bynajmniej na tym nie ucierpi” Andrzej Banasik Pojęcie zamówień na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo. ABC nr 103883 <http://lex.online.wolterskluwer.pl>. Tak więc zamówienie na reduktory realizowane w umowach rocznych z harmonogramem dostaw kwartalnych nie jest zamówieniem powtarzającym się okresowo a takimi zamówieniami na dostawy i usługi zajmuje się regulacja art.34 ustawy Pzp.

Powyższe zagadnienia Izba rozważyła na marginesie sprawy z uwagi na to, że postanowienie o obniżeniu czy też zaniżeniu ilości zamawianych reduktorów w ocenie Izby nie stanowi prawa opcji w rozumieniu art.34 ust.5 ustawy Pzp. na które powołuje się zamawiający. Tym bardziej, że zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające będące jedną z form rozszerzenia dostawy o świadczenia tożsame (zgodne z przedmiotem zamówienia). Natomiast wobec stwierdzenia naruszenia art.29 ust.1 jak i art. 7 ust.1 i ust.2 w zakresie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba stwierdziła ich wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy pzp. Izba również stwierdziła interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp, ponieważ kwestionowane postanowienia uniemożliwiają czy co najmniej utrudniają uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji orzeczenia.

Izba nie odniosła się do zarzutu naruszenia art.144 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ odwołujący na tę okoliczność oprócz sformułowania zarzutu naruszenia prawa nie przedstawił



okoliczności faktycznych i prawnych na poparcie zarzutu a czego wymaga art. 180 ust.3 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 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 koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych

**Przewodniczący:** .....

