



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

UZP/DP/027/123/15/JK
KW- 8435 /15

Warszawa, dnia 10 listopada 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie

ul. Czerniakowska 100, 00-454 Warszawa

za pośrednictwem:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: Zamawiający:

[redacted] spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

[redacted]

ul. [redacted]

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [redacted]

[redacted]

[redacted]

ul. [redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

Odwołujący:

[redacted]

[redacted]

[redacted]

ul. [redacted]

reprezentowany przez pełnomocników:

radcę prawnego [REDAKTED]

[REDAKTED]

[REDAKTED]

(doręczenia na adres Odwołującego)

**Przystępujący do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego:**

1) [REDAKTED] Spółka Akcyjna z siedzibą
w [REDAKTED]

ul. [REDAKTED]

reprezentowany przez pełnomocników:

[REDAKTED]

[REDAKTED]

2) [REDAKTED] Spółka Akcyjna z siedzibą
w [REDAKTED]

ul. [REDAKTED]

reprezentowany przez pełnomocnika:

[REDAKTED]

(doręczenia na adres Przystępującego)

sygn. akt KIO 2207/15

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2015 r.
(sygn. akt: KIO 2207/15)**

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2015 r. wydany w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2207/15.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 34 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez Izbę, że „prawo opcji”, o którym mowa w ww. przepisie może być zastosowane tylko w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo, podczas, gdy taki wniosek nie wynika z brzmienia ww. przepisu, nadto brak jest podstaw prawnych nie tylko w przepisie art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, ale również w innych przepisach ustawy Pzp do ograniczania możliwości stosowania prawa opcji wyłącznie do usług i dostaw powtarzających się okresowo;
- 2) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania, na skutek błędnego stwierdzenia przez Izbę, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, tj. art. 32 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 144 ustawy Pzp w sytuacji, gdy stan faktyczny niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów w badanym przez Izbę postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o zmianę wyroku poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego – ██████████ ██████████ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ ██████████

Ponadto wnoszę o:

1. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust.10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp,
2. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego, zgodnie z art. 102 k.p.c.

UZASADNIENIE:

Uzasadniając postawione przeciwko zaskarżonemu wyrokowi zarzuty, Skarżący wskazuje, co następuje:

I.

Zamawiający – ██████████ ██████████ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa fabrycznie nowych ██████████ mieszanych dla ██████████ Spółki ██████████ ██████████

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu prawo opcji.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na zastrzeżeniu w treści SIWZ prawa opcji, tj. prawa do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołanie i nakazała 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.

Z uzasadnienia wyroku wynika, że Izba uznała, iż Zamawiający w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mógł zastosować prawa opcji, bowiem art. 34 ust. 5 ustawy Pzp reguluje ustalanie wartości przy usługach lub dostawach powtarzających się okresowo, a z istoty przedmiotu zamówienia – dostawy gazomierzy nie wynika, że przedmiotem są dostawy powtarzające się okresowo. Izba uznała zatem, że skoro przedmiot zamówienia nie ma charakteru dostawy powtarzającej się okresowo, to Zamawiający nie mógł w niniejszym przypadku zastosować prawa opcji. Izba wskazała ponadto, że *„prawo opcji nie polega na zwiększaniu czy też zmniejszaniu tożsamyh ilości świadczonych usług czy też dostaw”*.

Izba wskazała, że w przypadku przedmiotowego zamówienia, co do ilości świadczonych dostaw ma zastosowanie art. 32 ustawy Pzp, który wymusza na Zamawiającym jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Niezastosowanie tego przepisu co do ilości gazomierzy i co do parametrów technicznych gazomierzy stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający określa w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiot zamówienia. Powyższe – w ocenie Izby – stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba uznała, że słusznie Wykonawca podnosił, że brak jest możliwości wyceny przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy to zamówienie może być realizowane w wielkości o 20% niższej, czy też o 15% wyższej od wielkości ustalonych dla poszczególnych części zamówienia.

Z zaprezentowanym przez Izbę poglądem prawnym, a także z zaskarżonym rozstrzygnięciem nie można się zgodzić, a to z następujących względów:

II.

1.

Podstawowy zarzut niniejszej skargi sprowadza się do kwestionowania przez Skarżącego prawidłowości dokonanej przez Izbę wykładni przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp.

Izba uznała, że prawo opcji może być zastosowane tylko w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Wniosek taki nie wynika z brzmienia przepisu art. 34 ust. 5 ustawy

Pzp, który jako jedyny w ustawie Pzp reguluje kwestie prawa opcji. Przepis ten stanowi, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Jak wynika z powyższego, w treści ww. przepisu nie ma mowy o tym, żeby warunkiem zastosowania prawa opcji było to, że usługa lub dostawa powtarzać ma się okresowo.

Izba uznała, że cały przepis art. 34 ustawy Pzp reguluje ustalanie wartości przy usługach lub dostawach powtarzających się, a co za tym idzie, również art. 34 ust. 5 dotyczy dostaw lub usług powtarzających się. Wniosek taki wyciągnąć można z użycia przez Izbę w uzasadnieniu skarżonego wyroku następującego sformułowania: „*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*”. Wniosek taki jest całkowicie błędny.

Przepis art. 34 ustawy Pzp reguluje zasady ustalania wartości zamówienia. Przepis ten składa się z pięciu ustępów, stanowiących odrębne jednostki redakcyjne i zawierających odrębne regulacje wskazujące, jak należy ustalać wartość zamówienia w odniesieniu do różnych rodzajów zamówień, różnych przedmiotów zamówień, czasu na jaki udzielane jest zamówienia oraz instytucji przewidzianych w ustawie Pzp, wykorzystywanych przez zamawiającego, tj:

- ustęp 1 reguluje sposób ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo;
- ustęp 2 zawiera zakaz ustalania podstawy wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo w ten sposób, aby uniknąć stosowania ustawy;
- ustęp 3 reguluje sposób ustalenia wartości zamówienia przy zamówieniach określanych na czas: nieoznaczony, oznaczony - nie dłuższy niż 12 miesięcy, oznaczony - dłuższy niż 12 miesięcy
- ustęp 4 reguluje sposób ustalenia wartości zamówienia dla zamówień obejmujących usługi bankowe lub inne usługi finansowe
- ustęp 5 reguluje sposób ustalania wartości zamówienia na usługi i dostawy, gdy przewidziane zostało prawo opcji.

Jak wynika z powyższego, jedynie ustępy 1 i 2 dotyczą usług lub dostaw powtarzających się, co zostało jasno przez Ustawodawcę wskazane.

Dokonana przez Izbę interpretacja przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp jest zatem sprzeczna z jego literalnym brzmieniem. Gdyby wolą ustawodawcy było odniesienie przepisu art. 34 ustawy Pzp wyłącznie do dostaw lub usług powtarzających się, przepis ten zostałby inaczej skonstruowany. Skoro Ustawodawca tylko odnośnie art. 34 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazał, że ww.

przepisy dotyczą dostaw lub usług powtarzających się, to znaczy, że wymóg ten dotyczy tylko art. 34 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a nie pozostałych ustępów przepisu art. 34 ustawy Pzp.

2.

Za wskazaną przez Skarżącego interpretacją przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp przemawia również wykładnia pro- unijna przepisów ustawy Pzp. Przepis art. 34 ust. 5 ustawy Pzp stanowi bowiem implementację do polskiego porządku prawnego art. 9 ust. 1 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) („Dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z treścią ww. przepisu, podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia. Należy wskazać, że ww. przepis Dyrektywy klasycznej reguluje metody obliczania szacunkowych wartości zamówień publicznych, umów ramowych oraz dynamicznego systemu zakupów, a zatem nie ogranicza się tylko do dostaw i usług powtarzających się okresowo.

II.

Skarżący nie podziela poglądu Izby wyrażonego w skarżonym wyroku i wskazuje, że zastosowanie prawa opcji w analizowanym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego było dopuszczalne.

1.

Jak to już wskazano powyżej, ustawa Pzp nie zawiera definicji prawa opcji. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych, tj. Dyrektywa klasyczna, Dyrektywa 2004/17/WE, Dyrektywa 2014/24/UE i 2014/25/UE.

Odnosnie prawa opcji wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości, w wyroku z dnia 16 grudnia 1975 r. (TS 40/73, ECR 975/10/01663) wskazując, że w zakresie w jakim prawo opcji działa w umowie zawartej przez zamawiającego, stanowi ono klauzulę umożliwiającą zakup dodatkowych ilości za już ustaloną cenę.

Prawo opcji oznacza zatem uprawnienie zamawiającego do tego, by po podpisaniu umowy mógł podjąć decyzję co do tego, czy zamówienie będzie wykonane w pełnym zakresie, czy też w części.

Przedmiot niniejszego postępowania, tj. dostawa z całą pewnością pozwala na zastosowanie w analizowanym postępowaniu prawa opcji, co wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp

2.

Mimo, że nie jest to przesłanka zastosowania prawa opcji, Skarżący wskazuje, że za zasadnością zastosowania w przedmiotowym postępowaniu prawa opcji, przemawiają okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, związane ze specyfiką zamówienia, celem zamówienia, a także dbałością o zaspokojenie potrzeb Zamawiającego oraz dbałość o prawidłowość i celowość wydatkowania środków pieniężnych.

Na rozprawie w dniu 20 października 2015 r. Zamawiający wyjaśnił, że jest podmiotem, który działa w skali całego kraju i obsługuje 97% kraju w zakresie dostawy gazu. Zamawiający wskazał, że ustala niezbędną dla prowadzenia przez niego działalności ilość gazomierzy w ten sposób, że oblicza ilość zamontowanych w ramach jego infrastruktury gazomierzy, które wymagają ponownej legalizacji. Następnie dokonywana jest selekcja ww. gazomierzy i badaniu przez legalizatora, które gazomierze mogą być ponownie zamontowane. Przy ww. procesie szacowania liczby gazomierzy, które musi zakupić, duże znaczenie ma również kwestia awarii gazomierzy, które są czynnikiem, na który Zamawiający obiektywnie nie ma wpływu i których nie jest w stanie dokładnie przewidzieć. Zamawiający nie zna również jednoznacznej ilości planowanych podłączeń gazomierzy dla nowych odbiorców.

Z powyższego wynika, że liczba gazomierzy, jaka ostatecznie będzie potrzebna Zamawiającemu do prowadzenia działalności wynika z wielu okoliczności, na które Zamawiający nie ma wpływu. W tej sytuacji skorzystanie z prawa opcji, zgodnie z którym Zamawiający może określić minimalny i maksymalny zakres zamówienia należy uznać za uzasadnione.

Ustalenie – tak jak się tego domaga Izba i Odwołujący – sztywnej ilości gazomierzy spowodować może zamówienie zbyt małej ilości gazomierzy, co nie pozwoli na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa Zamawiającego w zakresie świadczenia usług, bądź też zamówienie zbyt dużej ilości gazomierzy, które nie zostaną przez Zamawiającego wykorzystane, a – jak wiadomo – są one produktem, które mają określony termin legalizacji. Nadto kupowanie przez Zamawiającego towaru, którego w ilości maksymalnej, najprawdopodobniej nie wykorzysta, jest nieuzasadnione ekonomicznie.

Skarżący w celu poparcia swojego stanowiska chciałby przytoczyć pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażony w wyroku z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2665/13, w którym Izba wskazała: *„Jeżeli zamawiający w momencie udzielania zamówienia nie jest w stanie określić wiążących ilości towarów, które zakupi, to p.z.p. przewiduje szereg procedur, uwzględniających taką sytuację, np. prawo opcji (art. 34 ust. 5 p.z.p., zamawiający może zastrzec w warunkach zamówienia, iż opcjonalnie poza zapotrzebowanym zakresem ilościowym, w zależności od własnego wyboru, może dokonać zakupu w granicach pewnej - oznaczonej puli towarów), także instytucja umów ramowych (art. 99 i art. 2 pkt 9a p.z.p.), której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą (nie muszą) zostać*

udzielone w danym okresie, w szczególności cen, i o ile zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości”.

2.

Z brzmienia cytowanego wyżej przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że zamawiający, przewidując prawo opcji, jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji zakłada zatem, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny 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.

W konsekwencji, SIWZ i wzór przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz precyzyjne określenie tej części zamówienia, która będzie poddana uznaniu zamawiającego.

Norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji”, rozumianemu jako uprawnienie, a nie zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji nie musi nastąpić, zależy od zapotrzebowania zamawiającego i jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający prawidłowo opisał w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenie prawa opcji, mianowicie:

a)

W punkcie 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, wskazując, że liczba części/zadań wynosi 30. Wskazano, że Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną liczbę części zamówienia, doprecyzowując, że nie wprowadza żadnych ograniczeń w zakresie liczby części, do których może przystąpić jeden Wykonawca, tzn. Wykonawca może złożyć ofertę obejmującą dowolną liczbę części (pkt 2.2. SIWZ). Informacje o częściach zamówienia zostały zawarte w punkcie 2.2 SIWZ. W punkcie 1.5 SIWZ Zamawiający zapisał, że: „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 umowy”.

W punkcie II.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu („Całkowita wielkość lub zakres”), Zamawiający wskazał: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa łącznie 437 380 szt. fabrycznie nowych gazomierzy miechowych zgodnie z podziałem określonym dla poszczególnych części od 1 do 30. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia”*. W punkcie II.2.2) Ogłoszenia („Informacje o opcjach”) Zamawiający wskazał, że *„Zamawiający zastrzega sobie prawo opcji, tj. prawo do zmiany ilości zamawianych gazomierzy w granicach -20%/+15% w ramach każdej części zamówienia oddzielnie”*.

Z powyższego wynika, że Zamawiający wskazał, jaka jest minimalna ilość zamawianych gazomierzy co do całego zamówienia, jak i co do poszczególnych 30 częściach, na które podzielił zamówienie (vide: punkt 2 SIWZ). Określił również maksymalny poziom zamówienia (+15%) oraz minimalny przedmiot zamówienia (-20%), wynikający z prawa opcji.

b)

Opisanie prawa opcji przez procentowe rozszerzenie lub zmniejszenie pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia z wyraźnym wskazaniem, która część stanowi zamówienie pewne, a które opcjonalne jest prawidłowe. Koresponduje to ze specyfiką zamówienia i wynikającymi z niej obiektywnymi czynnikami powodującymi trudności w wiążącym i dokładnym określeniu konkretnej ilości potrzebnych Zamawiającemu gazomierzy, o czym była mowa powyżej.

c)

We wzorze umowy, stanowiącej załącznik nr 12 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące zapisy związane z ww. prawem opcji:

- w § 1 pkt 10: *„Liczba gazomierzy podana w ust. 2 powyżej a także z Załączniku Nr 3 do Umowy ma charakter szacunkowy i może ulec zmniejszeniu maksymalnie o 20% (w ramach każdej części) lub zwiększeniu maksymalnie o 15% (w ramach każdej z części). [zapis będzie miał zastosowanie w przypadku, gdy Wykonawcy zostanie udzielone zamówienie na więcej niż jedną część]”*.
- w § 2 pkt 4 lit. b): *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zamówienia mniejszej lub większej ilości Gazomierzy (w ramach każdej z części) niż ilość wskazana (dla danej części) w § 1 ust. 2 Umowy z zastrzeżeniem § 1 ust. 10 Umowy. [zapis będzie miał zastosowanie w przypadku, gdy Wykonawcy zostanie udzielone zamówienie na więcej niż jedną część]”*.
- w § 2 pkt 5: *„Zmiany, o których mowa w ust. 4 powyżej nie będą stanowiły zmiany Umowy w rozumieniu § 13 ust. 3 Umowy”*

- w § 3 „Cena i warunki płatności” wskazano, że „ustęp zostanie uzupełniony w oparciu o dane cenowe zawarte w wybranej ofercie (*) – zapis będzie miał zastosowanie w przypadku, gdy Umowa obejmie więcej niż jedną część zamówienia”

Z powyższego wynika zatem, że wzór umowy zawiera uregulowania związane z zastrzeżonym w postępowaniu prawem opcji, tj. regulacje dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz precyzyjne określenie tej części zamówienia, która będzie poddana uznaniu Zamawiającego w ramach ww. prawa opcji.

3

Z brzmienia cytowanego wyżej przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że zamawiający, przewidując prawo opcji, jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji zakłada zatem, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny 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.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, korzystając z prawa opcji podał sposób obliczenia minimalnego i maksymalnego zakresu usługi, jaka zostanie Wykonawcy powierzona. Wielkości te podane zostały w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nieskomplikowany. W ocenie Skarżącego, na podstawie podanych przez Zamawiającego danych, Wykonawcy są w stanie w sposób prosty i jednakowy wyliczyć maksymalny i minimalny zakres świadczenia – Zamawiający podał ilość gazomierzy dla poszczególnego zadania i określił, o ile ww. zakres może zostać powiększony bądź pomniejszony. Nie można podzielić poglądu, że ww. unormowanie powoduje utrudnienie w dokonaniu wyceny dla ww. wariantów.

III.

1.

Izba błędnie uznała, że art. 32 ustawy Pzp wymusza na zamawiającym jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia, podczas, gdy ww. przepis określa zasady szacowania wartości zamówienia i nie dotyczy sposobu określania przedmiotu zamówienia, bowiem kwestię tą regulują inne przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

2.

Izba błędnie uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie określił w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia. Skarżący wskazuje,

ze przedmiot zamówienia został określony jasno i w sposób niebudzący wątpliwości, o czym była już mowa powyżej.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie naruszył zasad dotyczących zastosowania prawa opcji, a także zasad dotyczących określania przedmiotu zamówienia, nie można uznać, aby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

IV.

Izba błędnie uznała, że Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi istotnej zmiany umowy (co więcej, nie stanowi żadnej zmiany umowy), czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach. Jest bowiem 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.

V.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Stan faktyczny niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie naruszył przepisów postępowania o udzielenie zamówienia dotyczących zastrzeżenia prawa opcji, a także przepisów art. 32 i 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad uczciwej konkurencji, regulowanych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co było przedmiotem badania przez Izbę. Szczegółowa argumentacja w ww. zakresie przedstawiona została powyżej.

W związku z brakiem naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych przepisów Pzp, nie istniała podstawa do uwzględnienia przez Izbę odwołania.

VI. Uzasadnienie formalne skargi

Odnosnie podstaw formalnych do wniesienia niniejszej skargi wskazuję, że podstawą prawną skargi jest przepis art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą skargę na orzeczenie Izby (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 6 i 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – zapewnia funkcjonowanie systemu środków

ochrony prawnej, a także dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty, a także dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Niniejsza skarga wniesiona została w interesie systemu zamówień publicznych, bowiem pozostawienie skarżonego postanowienia w obrocie prawnym może powodować niekorzystne skutki dla praktyki udzielania zamówień publicznych i systemu środków odwoławczych.

VII. Uzasadnienie odnośnie kosztów postępowania

1.

Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej (Skarb Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

2.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz

przeciwników skargi. Prezes Urzędu nie działa w postępowaniu skargowym ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przygrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

VIII.

Właściwość miejscowa tut. Sądu uzasadniona jest przepisem art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

IX.

Skarżący oświadcza, że stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom, na dowód czego przedłożone zostają przy niniejszej skardze dowody nadania przesyłek pocztowych.

p.o. PREZES
Urzędu Zamówień Publicznych
Dariusz Piasta
Wiceprezes

Załączniki:

- 1) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP – p. Dariusz Piasta
- 2) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania na stanowisko Wiceprezesa UZP;
- 3) potwierdzenia przesłania odpisów skargi