



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Sobieszczęński

Sędziowie: SO Magdalena Nałęcz (spr.)
SO Aneta Łazarska

Protokolant: Prot. sąd. Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2016 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skarg [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w [redacted]

oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko [redacted] spółce z ograniczoną
odpowiedzialnością w [redacted]

z udziałem [redacted] spółki akcyjnej w [redacted]

oraz [redacted] spółki akcyjnej w [redacted]

o zamówienie publiczne

na skutek skarg Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz [redacted]
spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 22 października 2015 r., sygn. akt KIO 2207/15

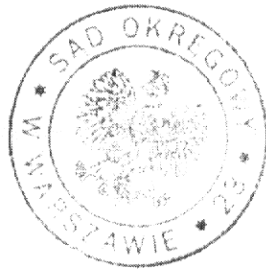
- 1) zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie wniesione przez [redacted]
[redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w [redacted]

- 2) zasądza od [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] na rzecz [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] 78600 zł (siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania wywołanego skargą;
- 3) nie obciąża [redacted] kosztami zastępstwa procesowego wywołanymi skargą wniesioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- 4) przejmuje na rachunek Skarbu Państwa opłatę sądową od skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

SSO Magdalena Nałęcz

SSO Andrzej Sobieszkański

SSO Aneta Łazarska



Na oryginalne właściwe podpisy
za zgodę

SEKRETARZ SĄDOWY
Sekretarz

Anita Ciesielska

UZASADNIENIE

Odwołaniem z dnia 27 listopada 2014 r. [redacted] zaskarżył [redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] czynność zamawiającego [redacted] Sp. o.o. w [redacted] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowych [redacted]”, polegającej na zastrzeżeniu w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia prawa opcji, tj. prawa do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia zapisu w pkt 1.5 SIWZ w zakresie prawa opcji do zmniejszenia o 20% lub zwiększenia o 15% ilości zamawianych gazomierzy odrębnie w zakresie każdej z części zamówienia.

Na skutek rozpatrzenia powyższego odwołania, wyrokiem z dnia 22 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2207/15, Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 uwzględniła 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, w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła [redacted] w [redacted] i w pkt 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez [redacted] „[redacted] Sp. z o.o. w [redacted] w pkt 2.2. zasądziła od [redacted] w [redacted] kwotę 15.000 zł na rzecz [redacted] „[redacted] Sp. z o.o. w [redacted] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający organizuje przetarg na dostawę gazomierzy dla swoich oddziałów zlokalizowanych w całej Polsce. Od 2013 roku nastąpiła restrukturyzacja spółek gazownictwa na terenie całego kraju poprzez utworzenie jednej spółki na teren całej Polski z oddziałami, którymi stały się dotychczasowe spółki. Od tego czasu przetargi na dostawy materiałów eksploatacyjnych w tym gazomierzy organizuje zamawiający zapewniając zaopatrzenie dla wszystkich oddziałów z terenu kraju.

Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na 30 części z opisaniem rodzajów gazomierzy, które częściowo co do tożsamości pokrywają się a częściowo różnią się parametrami technicznymi. Natomiast wspólnym charakterystycznym postanowieniem jest, że w każdej z części zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmniejszenia o 20 % lub zwiększenia o 15% wskazanej w poszczególnej części ilości gazomierzy.

Na tak sformułowane warunki nie wyrazili zgody odwołujący jak i przystępujący do postępowania wykonawcy po stronie odwołującego. Przyznali, przy tym, że już w poprzednich postępowaniach istniało postanowienie o prawie opcji zarówno zwiększenia jak i zmniejszenia ilości dostaw w trakcie realizacji zamówienia w poszczególnych częściach. Niemniej jak oświadczyli na rozprawie zarówno odwołujący jak i przystępujący, zamawiający to jest poprzednio działające spółki gazownictwa z tego zapisu nie korzystały, a co najwyżej korzystały z możliwości zwiększenia dostaw. Ponadto wykonawcy zwrócili uwagę, że na poczet realizacji dostaw uruchamiają produkcję, do której zamówienia materiałowe trwają nawet do 6 miesięcy a zamawiający jest ich jedynym odbiorcą w kraju, zaś za granicą nie ma odbiorców, z uwagi na krajowe parametry techniczne gazomierzy.

Zamawiający prawo opcji uzasadnił brakiem możliwości jednoznacznego określenia ilości potrzebnych mu, to jest jego oddziałom prowadzącym dystrybucję gazu do odbiorców końcowych zarówno indywidualnych jak i przemysłowych, gazomierzy. Wskazał, że co około 10 lat istnieje obowiązek ponownej legalizacji gazomierzy - gazomierze przekazywane są do jednostek legalizujących celem pozytywnej legalizacji ich ponownego montażu u odbiorców, do którego nadaje się ok. 20-30 % zdemontowanych gazomierzy. Ponadto konieczność zakupu gazomierzy wynika z planów inwestycyjnych to jest nowych połączeń do sieci, które szacuje się na poziomie około 50 tysięcy rocznie, zaś z uwagi na charakterystyczne w Polsce problemy z wywłaszczaniem terenów pod inwestycje, brak jest możliwości precyzyjnego określenia terminu zakończenia planowanych inwestycji. Ponadto ilość koniecznych do nabycia gazomierzy wynika z awarii technicznych, które też zależą od warunków pogodowych. Nie są także możliwe do przewidzenia ewentualne uszkodzenia gazomierzy przez klientów w tym konieczności demontowania dla celów dowodowych w sądzie w związku z manipulacjami przy licznikach jak i nie płaceniem za dostawę gazu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem zamawiający bezpodstawnie powołał się na prawo zastosowania opcji w związku z ustalaniem wartości zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej art. 34 ustawy Pzp w tym jego ust. 5 reguluje ustalanie wartości przy usługach lub dostawach powtarzających się

okresowo, natomiast z istoty przedmiotu zamówienia (dostawa gazomierzy) nie wynika, że są to dostawy powtarzające się okresowo. W myśl art. 34 ustawy Pzp można prawo opcji w zamówieniach publicznych stosować wyłącznie do usług lub dostaw powtarzających się okresowo.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie ma prawa w niniejszym postępowaniu powoływać się na prawo opcji z uwagi na przedmiot zamówienia. Ponadto prawo opcji nie polega na zwiększaniu, czy też zmniejszaniu tożsamyh ilości świadczonych usług, czy też dostaw. W przypadku przedmiotowego zamówienia, co do określenia ilości świadczonych dostaw, ma zastosowanie art. 32 ustawy Pzp, który wymusza na zamawiającym jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. W tym wypadku nie tylko co do parametrów technicznych gazomierzy, ale co do ich ilości a jego niezastosowanie świadczy o naruszeniu art. 29 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której zamawiający określa w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiot zamówienia. Stosowanie przez zamawiającego prawa opcji do ustalenia ilości zamawianych gazomierzy stanowi naruszenie art. 29 ust 1 ustawy Pzp i nie zasługuje na ochronę oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w myśl art. 29 ust. 2 jak i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wykazał, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w poszczególnych jego częściach (powtarzają się gazomierze o tych samych parametrach technicznych) umożliwia zamawiającemu regulowanie dostawami poprzez zmniejszanie dostaw w jednych częściach (np. do 20 %) i zwiększania w innych częściach (np. o 15 %) bez uruchamiania nowego przetargu. Natomiast zamawiający nie wykazał obiektywnych trudności, które dawałyby mu prawo do twierdzenia, że nie jest w stanie jednoznacznie określić wielkości zamówienia jak i nie wykazał, że ma prawo obarczania kosztami wykonawców z tytułu zmiany ilości odbieranych gazomierzy na etapie realizacji zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej słuszny jest, również zarzut odwołującego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp o zakazie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Słuszna jest także argumentacja odwołującego, co do braku możliwości wyceny przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy to zamówienie może być realizowane, czy to w wielkości o 20 % niższej, czy też o 15 % wyższej od wielkości ustalonych dla poszczególnych części zamówienia.

Ostatecznie Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stwierdziła naruszenie przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu, mających wpływ na wynik postępowania.

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli zarówno Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jak i zamawiający [REDAKTOWANE] Sp. o.o. w Warszawie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżył orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

- 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 stwierdzenie 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 skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez odwołującego - [REDAKTOWANE] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE]

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

Skarżący [REDAKTOWANE] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] zaskarżyła orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła naruszenie:

I. przepisów postępowania tj.:

- 1) art. 190 ust 7 ustawy Pzp przez dowolną i wybiórczą, a nie wszechstronną i całościową ocenę dowodów prowadzącą do błędnego przyjęcia, że:

- a) dostawy gazomierzy nie mają charakteru dostaw powtarzających się okresowo,
 - b) zamawiający nie wskazał sposobu przekazywania informacji o liczbie ostatecznie zamawianych gazomierzy,
 - c) zamawiający nie wykazał obiektywnych trudności, które dawałyby prawo do twierdzenia, że nie jest w stanie jednoznacznie określić wielkości zamówienia.
- 2) przepisu art. 191 ust 2 ustawy Pzp przez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz przez sprzeczność dokonanych przez Izbę istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego,
- 3) przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp przez wydanie wyroku na podstawie zarzutu, który nie był formułowany przez odwołującego w złożonym przez niego odwołaniu tj. naruszenia przepisu art. 34 ust. 5 ustawy Pzp.

II. naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

1) art. 29 ust 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że jedyną możliwością opisaną przedmiotu zamówienia polegającego na dostawie liczników gazowych jest wprost wskazanie jednej liczby tych liczników,

2) art. 34 ust 5 ustawy Pzp przez przyjęcie, że:

a) opcja dotyczy jedynie dostaw lub usług powtarzających się okresowo,

b) opcja nie może polegać na zwiększeniu czy też zmniejszeniu ilości zamawianych dostaw,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że opisany przez zamawiającego sposób regulowania liczby zamawianych gazomierzy prowadzi do możliwości nierównego traktowania wykonawców przez regulowanie dostaw różnie w różnych częściach i zwiększania tej liczby bez uruchamiania nowego przetargu,

4) art. 144 ust. 1 przez przyjęcie, że zaproponowany sposób regulowania liczby zamawianych gazomierzy prowadzi do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przez oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego oraz obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz o zasądzenie kosztów na rzecz skarżącego.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE] wniósł o oddalenie skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz o uwzględnienie wniosku Prezesa Urzędu zamówień publicznych o odstąpienie od obciążania którejkolwiek ze stron kosztami postępowania wywołanego wniesieniem tej skargi. Wniósł ponadto o oddalenie skargi wniesionej przez zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem tej skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargi okazały się zasadne, co skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku i oddaleniem odwołania w całości.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego braku możliwości zastosowania przez zamawiającego prawa opcji.

Tytułem wstępu wskazać należy, że przepisy prawa zamówień publicznych oraz zapisy dyrektyw dotyczących udzielenia zamówień publicznych 2004/17/WE i 2004/18/WE nie zawierają definicji legalnej terminu prawo opcji. W doktrynie zaś prawo opcji zostało określone jako przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, zwłaszcza do jego rozszerzenia np. poprzez skorzystanie z prawa zwiększenia ilości zamawianych towarów. Skorzystanie z prawa opcji w zamówieniach publicznych będzie zatem oznaczało, iż zamawiający każdorazowo będzie określał pewien minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany.

Prawo opcji zostało ujęte w treści art. 34 ust. 5 Pzp. 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. Przez pojęcie prawo opcji w rozumieniu ust. 5 art. 34 Pzp, należy uważać wszelkie dodatkowe świadczenia, o których zamawiający na etapie przystępowania do postępowania o zamówienie publiczne ma wiedzę, że w przyszłym czasie będzie chciał je uzyskać od wykonawcy, a co do których na etapie wszczęcia postępowania nie podjął jeszcze decyzji, czy zechce z nich skorzystać. Wartość szacunkową tych świadczeń uwzględnia się przy ustalaniu wartości zamówienia.

W przedmiocie zastosowania prawa opcji wypowiedała się również kilkakrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2011 r., KIO 2398/11, arbitrzy wskazali, iż „prawo opcji polega na wyodrębnieniu

w ramach udzielanego zamówienia zakresu obligatoryjnego, tj. ilości minimalnej (gwarantowanej) oraz zakresu fakultatywnego, którego udzielenie jest zależne od zamawiającego i dotyczy towaru lub usług w ilości nie większej niż oznaczona jako maksymalna. Skorzystanie z prawa opcji w zamówieniach publicznych będzie zatem oznaczało, iż zamawiający każdorazowo będzie określał pewien minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny ofert". Z kolei w wyroku z dnia 3 października 2014 r. (KIO 1944/14) Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko, że „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". W wyroku z dnia 21 maja 2013 r. (KIO 1024/13) arbitrzy powołali się na wymogi jakim prawo opcji winno odpowiadać: „przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednakże zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zgodnie z dyspozycją art. 34 ust. 5 Pzp największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji musi być wzięty pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia. Opis przewidywanego rozszerzenia zakresu zamówienia powinien być zawarty w ogłoszeniu i w SIWZ, ponieważ wykonawca decydujący się złożyć ofertę musi wiedzieć, jakie roszczenia może mieć w stosunku do niego zamawiający w razie skorzystania z prawa opcji”.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje całkowicie odmienne stanowisko, odbiegające od zaprezentowanej linii orzeczniczej, które nie znajduje akceptacji Sądu Okręgowego.

Zdaniem Sądu Okręgowego brak jest podstaw prawnych do ograniczania możliwości stosowania prawa opcji do usług i dostaw powtarzających się okresowo. Zamawiający może zastosować prawo opcji zarówno w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powtarzające się okresowo, jak i skorzystać z prawa opcji w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, które mogą być zrealizowane w ramach jednokrotnego świadczenia. Dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja art. 34 ust. 5 Pzp jest zatem sprzeczna z literalnym brzmieniem tego przepisu. Z treści art. 34 ust. 5 Pzp nie wynika wymóg zastosowania prawa opcji do usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Również umiejscowienie prawa opcji w art. 34 Pzp nie oznacza, że zamawiający może zastosować prawo opcji wyłącznie w

postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powtarzające się okresowo. Zauważyć trzeba, że przepis art. 34 Pzp reguluje zasady ustalania wartości zamówienia i składa się z pięciu ustępów stanowiących odrębne jednostki redakcyjne, zawierające odrębne regulacje, a jedynie ust. 1 i 2 dotyczą usług lub dostaw powtarzających się.

W konsekwencji uznać należało, że zamawiający może skorzystać z prawa opcji również w postępowaniach, w których przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi mogące być zrealizowane w ramach jednokrotnego świadczenia.

Za zasadnością zastosowania w przedmiotowym postępowaniu prawa opcji, przemawiają również względy związane ze specyfiką zamówienia, celem zamówienia, prawidłowością oraz celowością wydatkowania środków przez zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający powołał się na obiektywnie istniejące czynniki powodujące trudności w wiążącym określeniu konkretnej ilości zamawianych gazomierzy. Wskazał, że brak możliwości określenia na etapie przetargu liczby zamawianych gazomierzy wynika po pierwsze z procesu ich legalizacji, po drugie z konieczności wymiany gazomierzy w związku z awariami, po trzecie z potrzeby przyłączania do sieci nowych klientów, w liczbie niemożliwej do oszacowania, po czwarte zaś z potrzeby demontowania i wymiany gazomierzy związanej z manipulacjami dokonywanymi przez nieuczciwych klientów. Przedstawiona przez zamawiającego argumentacja, wbrew ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest przekonująca, spójna i logiczna i jako taka zasługuje na uwzględnienie.

Na tle przedmiotowej sprawy, zauważyć również trzeba, że zakres w jakim zamawiający zastosował prawo opcji (- 20 %, + 15%) nie wskazuje na to, aby zamawiający nadużył przysługującego mu prawa. Innymi słowy nie sposób uznać, aby prawo opcji zostało zastosowane przez zamawiającego w nadmiernym zakresie, tworząc dysproporcję w zakresie rozkładu uprawnień i obowiązków, czy też dysproporcję ryzyka stron postępowania o udzielnie zamówienia.

Podkreślić należy, że instytucja prawa opcji zakłada, 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, lecz nie musi skorzystać.

W niniejszej sprawie zamawiający wskazał, jaka jest minimalna ilość zamawianych gazomierzy co do całego zamówienia, jak i co do poszczególnych 30 częściach, na które podzielił zamówienie. Określił również maksymalny poziom zamówienia (+15%) oraz minimalny przedmiot zamówienia (-20%), wynikający z prawa opcji. W punkcie 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (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 wskazał, 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 11.2.1) 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 11.2.2) Ogłoszenia („Informacje o opcjach”) zamawiający wskazał, że „zastrzega sobie prawo opcji, tj. prawo do zmiany ilości zamawianych gazomierzy w granicach -20%/+15% w ramach każdej części zamówienia oddzielnie”.

Opisanie prawa opcji przez procentowe rozszerzenie lub zmniejszenie pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia z wyraźnym wskazaniem, która część stanowi zamówienie pewne, a która opcjonalne jest dopuszczalne i prawidłowe. Należało zatem ocenić, że spełnione zostały wymogi pozwalające na zastosowanie prawa opcji. Zamawiający określił minimalny poziom zamówienia, który zostanie zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty. Wykonawca jest w stanie wyliczyć minimalny jak i maksymalny zakres świadczenia. Wykonawca uzyskał pewność co do udzielenia mu zamówienia na dostawy w liczbie również co najmniej 80% liczby wskazanej w pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w każdej części, zaś jego marża, koszty stałe powinny być rozłożone na tę liczbę gwarantowaną. W sferze ryzyka umownego pozostaje potencjalne obniżenie ceny jednostkowej przez wykonawcę przy

założeniu, że zamawiający skorzysta z pełnego zakresu umowy lub zwiększy go o dodatkowe 15%.

Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że art. 32 Pzp wymusza na zamawiającym jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia, podczas gdy przywołany przepis określa zasady szacowania wartości zamówienia i nie dotyczy sposobu określania przedmiotu zamówienia. Kwestię tę regulują inne przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust.1 Pzp.

Nie sposób również podzielić stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej jakoby zamawiający naruszył art. 29 ust.1 Pzp, albowiem nie określił w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego przedmiot zamówienia został określony jasno oraz w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto z uwagi na fakt, iż zamawiający nie naruszył zasad dotyczących prawa opcji, a także zasad dotyczących określenia przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać, aby zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust.1 Pzp. Każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia pozostaje w tej samej sytuacji faktycznej i prawnej, poprzez kwestionowane zapisy nie doszło więc do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, czy też zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 144 ust.1 Pzp wskazać należy, że skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy (tym bardziej istotnej zmiany umowy), nie jest też zawarciem umowy na nowych warunkach. Jak słusznie wskazał skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jest to realizacja 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.

Podsumowując należało ocenić, że zastosowanie przez zamawiającego prawa opcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było dopuszczalne oraz zostało dokonane w sposób prawidłowy.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy, na podstawie art.198 f ust.2 ustawy Pzp, zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie wniesione przez [REDAKTOWANA] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANA]

O kosztach postępowania wywołanego skargą [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 w zw. z art. 198 a ust. 2 Pzp w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. art. 98 k.p.c. obciążając obowiązkiem ich zwrotu przeciwnika skargi tj. [redacted] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]. Na koszty te złożyła się opłata od skargi w wysokości 75.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika skarżącego w wysokości 3600 zł, ustalone na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie art. 102 k.p.c., zgodnie z wnioskiem skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Sąd Okręgowy nie obciążył [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] kosztami zastępstwa procesowego wywołanymi skargą wniesioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Biorąc pod uwagę, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie działa w postępowaniu skargowym na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania, Sąd Okręgowy uznał, że zachodzi szczególnie przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c. uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej wskazanymi kosztami, zaś opłatę sądową od skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, od uiszczenia której jest ustawowo zwolniony, należało przejąć na rachunek Skarbu Państwa.

/SSO Magdalena Nałęcz/

/SSO Andrzej Sobieszczański/

/SSO Aneta Łazarska/



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność

ST. SEKRETARZ SĄDOWY

Sekretarz

Anita Ciesielska