

Sygn. akt KIO 1382/14

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 22 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lipca 2014 r. przez **Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Lubelski Węgiel Bogdanka prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa odrzwi obudowy chodnikowej specjalnej w kształtownika V-36 ze stali S480 W i z kształtownika V-32 ze stali S 550W. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2014 roku. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz treść ogłoszenia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego dnia 8.05.2014 roku.

W dniu 7 lipca odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania zamawiającego polegającego na niezamieszczeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia ustalonej przez Zamawiającego zmianą dokonaną w dniu 27 czerwca 2014 roku szczegółowego opisu sytuacji, w których Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp z uwagi na niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w zakresie opisu prawa opcji oraz możliwości skorzystania przez Zamawiającego z tego prawa opcji.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

1. zamieszczenie w pkt II.2..2 ogłoszenia o zamówieniu szczegółowego opisu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji lub ewentualnie do zamieszczenia szczegółowego harmonogramu wykorzystania tych opcji.
2. dodanie powyższych informacji w treści Projektu Umowy
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu stanowisk stron zgłoszonych do protokołu posiedzenia, Izba ustaliła co następuje:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu zostały zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 8 maja 2014 roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2014 roku.

W pierwotnym brzmieniu ogłoszenia, zamawiający wskazał m.in.: Sekcja II Przedmiot zamówienia: II.2.2) Informacje o opcjach: Opcje: nie. Dla każdej z pięciu części zamówienia zamawiający podał wielkość lub zakres (ilość ton) wskazując, iż „podana ilość jest wielkością maksymalną, przy czym minimalna ilość nie może być mniejsza niż 30% maksymalnej wartości umowy”.

W dniu 22 maja 2014 roku odwołujący – Huta Łabędy S.A. w Gliwicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Sygn. akt KIO 1033/14). Odwołujący zarzucił naruszenie art. 34 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp z uwagi na sprzeczność zachodzącą w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ, polegającą na braku jednoznacznego wskazania, iż Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji wraz z opisem tychże opcji oraz zamieszczeniem harmonogramu wykorzystania opcji, a tym samym niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie oraz przygotowanie oferty, co w ocenie odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji, a także zastrzeżenie minimalnej wartości realizacji zamówienia na rażąco niskim poziomie 30% całości wartości umowy, co powoduje, że Zamawiający de facto z prawa opcji uczynił zamówienie podstawowe, czym naruszył wskazane powyżej przepisy.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

1. wskazanie w pkt II.2.2. ogłoszenia o zamówieniu, iż zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji na podstawie art. 35 ust. 4 ustawy Pzp,
2. podwyższenie gwarantowanego minimalnego progu wykonania umowy w ramach wartości maksymalnej z 30% do 80%
3. zamieszczenie w pkt II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu opisu opcji i zamieszczenia harmonogramu wykorzystania tych opcji,
4. dodanie powyższych informacji w treści Instrukcji dla wykonawców (cz. I SIWZ) oraz treści Projektu umowy (cz. II SIWZ).

W dniu 5 czerwca 2014 roku zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu (publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2014 roku) oraz SIWZ. W ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ dla każdej z pięciu części zamówienia zamawiający wykreślił postanowienie „podana ilość jest wielkością maksymalną, przy czym minimalna ilość nie może być mniejsza niż 30% maksymalnej wartości umowy”. W części II postanowienie §4 projektu umowy, w pkt 3 zamawiający wyłączył zastosowanie postanowienia pkt III ust. 3 zdanie 2 OWU Dostawy. W części II postanowienie § 9 ust. 1 projektu umowy zamawiający dodał sformułowanie o treści: „Zamawiającemu przysługuje umowne prawo odstąpienia od Umowy, który nie został zamówiony przez zamawiającego do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, w tym trybie, bądź w stosunku do części tego zakresu wskazanej w treści oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, według wyboru Zamawiającego, przy czym zakres przedmiotu Umowy, od którego Zamawiający ma prawo odstąpić w trybie określonym w niniejszym ustępie nie może być większy niż 50% maksymalnej wartości Umowy określonej w § 4 ust. 2 Umowy, zaś prawo odstąpienia przewidziane w niniejszym ustępie Zamawiający będzie mógł wykonywać w oznaczonym terminie 14 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Odstąpienie od Umowy w trybie określonym w niniejszym ustępie nastąpi bez żadnych negatywnych dla Zamawiającego konsekwencji z tego tytułu i pozostanie bez wpływu na obowiązywanie Umowy w zakresie, którego nie dotyczyło złożone przez Zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu od Umowy”

W dniu 5 czerwca 2014 roku odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania z dnia 22 maja 2014 roku.

W dniu 13 czerwca 2014 roku odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kolejne odwołanie (Sygn. akt KIO 1226/14), w którym zarzucił naruszenie: „art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy umownego prawa odstąpienia od umowy w rozumieniu art. 395 kodeksu cywilnego, które poprzez sposób jego sformułowania odnoszący się do 50 % maksymalnej wartości umowy de facto przewiduje mechanizm identyczny jak prawo opcji w rozumieniu przepisów pzp oraz niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie oraz przygotowanie oferty, co w ocenie Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji”. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

1. wykreślenie zapisów § 9 ust. 1 lit. d projektu umowy,
2. wskazanie w pkt II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, iż Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji na podstawie art. 35 ust. 4 ustawy Pzp,
3. podwyższenia gwarantowanego minimalnego progu wykonania umowy w ramach wartości maksymalnej z 50% do co najmniej 80%,
4. zamieszczenie w pkt II.2.2. ogłoszenia o zamówieniu opisu opcji i zamieszczenia harmonogramu wykorzystania tych opcji,
5. dodanie w pkt 3 Wielkość lub zakres w Załączniku B do ogłoszenia o zamówieniu dla każdego z zadań zapisów precyzujących minimalną gwarantowaną ilość towaru, w zależności od poziomu gwarantowanego wskazanego przez Izbę,
6. dodanie powyższych informacji w treści Instrukcji dla wykonawców (cz. I SIWZ) oraz treści Projektu Umowy 9cz. II SIWZ).

W dniu 27 czerwca 2014 roku Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o dokonaniu kolejnych zmian treści SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu. W sekcji II pkt II. 2.2 Informacje o opcjach podano: „Opcje: tak” oraz dodano następujący opis:

„Poszczególne ilości wyrobów podane dla każdego z Zadań określonych w Załączniku B stanowią zakres podstawowy zamówienia w ramach tego Zadania. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia zakresu zamówienia w ramach każdego z Zadań (tj. zamówienia dodatkowych ilości wyrobów ponad zakres podstawowy określony dla każdego z Zadań o 25% zakresu podstawowego dla danego Zadania – w przypadku wystąpienia zwiększonych potrzeb zakładu górniczego prowadzonego przez Zamawiającego (Prawo Opcji). Skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji polegać będzie każdorazowo na przesłaniu Dostawcy przez Zamawiającego kolejnego zamówienia okresowego (lub kolejnych zamówień okresowych) na ilości wyrobów przekraczające podstawowy zakres zamówienia w ramach danego Zadania”. Ponadto w wyniku modyfikacji zamawiający dokonał w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zmian w ilości ton w każdej z pięciu części zamówienia (pkt 3 Wielkość lub zakres). Postanowienie § 9 ust. 1 projektu umowy, otrzymało brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia zakresu zamówienia w ramach każdego z Zadań składających się na przedmiot Umowy (tj. zamówienia dodatkowych ilości wyrobów ponad zakres podstawowy dla każdego z Zadań określony w § 4 ust. 2 Umowy) o 25% zakresu podstawowego – w przypadku wystąpienia zwiększonych potrzeb zakładu górniczego prowadzonego przez Zamawiającego (Prawo Opcji). Skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa opcji polegać będzie każdorazowo na przesłaniu Dostawcy przez Zamawiającego kolejnego zamówienia okresowego (lub kolejnych zamówień okresowych) na ilości wyrobów przekraczające podstawowy zakres zamówienia w ramach danego Zadania” .

W dniu 30 czerwca 2014 roku odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania z dnia 13 czerwca 2014 roku.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem stron, Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia siwz na stronie internetowej. W przypadku odwołań, których przedmiotem jest modyfikacja treści siwz lub ogłoszenia znajdzie zastosowanie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, po którego upływie prawo do skorzystania z tego środka ochrony prawnej wygasa i nie podlega przywróceniu.

Zdaniem Izby, wszystkie okoliczności faktyczne, będące podstawą wniesienia odwołania były odwołującemu znane już w oparciu o pierwotne brzmienie treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz, o czym świadczy choćby to, że odwołujący ponosił w obu uprzednio wniesionych do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej odwołaniach (odwołanie z dnia 22 maja Sygn. akt KIO 1033/14 oraz dnia 13 czerwca Sygn. akt KIO 1226/ 14) identyczny jak w rozpatrywanym odwołaniu zarzut naruszenia art. 34 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp polegający na braku wskazania przez zamawiającego opisu opcji oraz możliwości skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji i żądał: „zamieszczenia w pkt II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu szczegółowego opisu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji lub ewentualnie do zamieszczenia szczegółowego harmonogramu wykorzystania tych opcji”.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że przedmiotem odwołania nie są zmodyfikowane dnia 27 czerwca 2014 roku postanowienia siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, odwołujący podnosi bowiem zarzut zaniechania zamieszczenia w treści ogłoszenia szczegółowego opisu sytuacji, w których zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji. Stan zaniechania dokonania opisu żadnych przez odwołującego sytuacji skorzystania z prawa opcji, trwał co najmniej do dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o czym świadczą podnoszone w obu

odwołaniach z dnia 22 maja i 13 czerwca 2014 roku zarzuty i żądania w tym zakresie. Brak opisu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji oraz brak zamieszczenia szczegółowego harmonogramu wykorzystania tych opcji był brakiem pierwotnym tzn. nie ujętym już w pierwotnym brzmieniu treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, co nie uszło uwadze odwołującego, który podnosił ten zarzut w kolejno składanych w dniach 22 maja oraz 13 czerwca odwołaniach.

Okoliczności te powodują, że dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania na zaniechanie przez zamawiającego dokonania opisu sytuacji, uprawniających do skorzystania z prawa opcji, należy liczyć od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, bowiem od tej chwili już w pierwotnej treści ogłoszenia i siwz brak było żadnych przez odwołującego informacji, co nie uszło uwadze odwołującego.

Zauważyć należy, że na skutek dokonywanych przez zamawiającego modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (dnia 5 czerwca oraz 27 czerwca 2014 roku), które jednak nie dotyczyły opisu sytuacji, uprawniających do skorzystania z prawa opcji, odwołujący za każdym razem składał oświadczenia o wycofaniu odwołań, dając tym samym wyraz co do rezygnacji z popierania zarzutów i żądań odwołania i akceptacji dokonanych przez zamawiającego zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Nawet, jeśli przyjąć za prawidłową argumentację odwołującego, że żądanie wprowadzenia opisu skorzystania z prawa opcji zaktualizowało się dopiero w wyniku wprowadzenia do ogłoszenia o zamówieniu prawa opcji, modyfikacją z dnia 27 czerwca 2014 roku to i tak niezrozumiałym jest działanie odwołującego, polegające na wycofaniu odwołania dnia 30 czerwca 2014 roku, w którym zawarto żądanie wprowadzenia opisu sytuacji, uprawniających do skorzystania z prawa opcji. Zadaniem Izby, w sytuacji, gdy kolejna dokonana w dniu 27 czerwca 2014 roku modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu i siwz nie uwzględniała w pełni żądań odwołującego, choćby w zakresie braku opisu sytuacji, w których zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji, odwołujący w celu zagwarantowania należytej ochrony swoich praw, winien wówczas wdać się w spór z zamawiającym. Działanie odwołującego, który po dokonaniu przez zamawiającego nieuwzględniających w pełni jego żądań zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz, składa oświadczenie o wycofaniu odwołania i rezygnacji z dalszego popierania zarzutów a następnie składa nowe odwołanie, w którym powiela zarzuty uprzednio podniesione, jest działaniem sprzecznym z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej i prowadzi do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania przetargowego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....