

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 lipca 2014 r. przez **wykonawcę Hutę Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S. A. z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hutę Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Hutę Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy Huty Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach** kwotę **18 754 zł 20 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt cztery złote dwadzieścia groszy) na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S. A. z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów strony poniesionych z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S. A. z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawa dla kopalń JSW S.A. łukowej podatnej ŁP, ŁPP, ŁPZ z ks4 V32 gat. stali S480W w łącznej ilości terminem realizacji 12 miesięcy od umowy”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 133-239461.

Wykonawca Huta Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 25 lipca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

art. 34 ust. 5 pzp w zw. z art. 29 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 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, w jakim zakresie Zamawiający zamierza skorzystać z prawa 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 50% całości wartości umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- i. wskazanie w pkt II.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 4.7. SIWZ, iż Zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji na podstawie art. 35 ust. 4 pzp nie tylko w zakresie usług transportu, ale również w zakresie dostarczania drzwi obudowy łukowej będącej przedmiotem zamówienia i zamieszczenie szczegółowego opisu tychże opcji oraz
 - ii. podwyższenie gwarantowanego minimalnego progu wykonania umowy (tj. zamówienia w zakresie podstawowym z wyłączeniem prawa opcji dostawy drzwi obudowy łukowej) z 50% do 80% oraz zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, w tym we Wzorze umowy dostawy opisu okoliczności, w których Zamawiający będzie uprawniony skorzystać w prawa opcji; dodanie w Załączniku nr 2 do SIWZ, tj. wzorze Formularza Oferty odpowiednich zapisów dotyczących możliwości wyceny drzwi obudowy łukowej, które będą dostarczane w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji oraz dodanie w §1 ust. 1 Wzoru umowy dostawy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ odpowiednich zapisów dotyczących ceny drzwi obudowy łukowej, które będą dostarczane w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji oraz wykreślenie §1 ust. 15 Wzoru umowy dostawy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ oraz dodanie w §1 ust. 16 Wzoru umowy dostawy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ zapisów dotyczących uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z prawa opcji także w zakresie dostaw drzwi obudowy łukowej, ze wskazaniem gwarantowanego poziomu podstawowego zakresu Zamówienia oraz zakresu zamówienia w odniesieniu do prawa opcji.
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami

Postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu stały się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 25 lipca 2014 r. przez wykonawcę Huta Łabędy S. A. z siedzibą w Gliwicach.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 24 lipca 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego bądź Odwołującego nie zgłosił – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu zawierały, między innymi następujące postanowienia:

- pkt II.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 4.7. SIWZ, - opcje: tak, Zamawiający przewiduje prawo opcji (art. 34 ust. 5 Pzp) korzystania z usług transportu materiałów przez Wykonawcę na składy konsygnacyjne w przypadku, gdy koszt transportu wykonany przez Zamawiającego będzie wyższy od kosztów transportu Wykonawcy;

-§1 ust. 15 Wzoru umowy dostawy (załącznik nr 5 do SIWZ): Odbiorca uprawniony jest do niewykonania Umowy w zakresie nieprzekraczającym 50% wartości netto Umowy. Niewykonanie przez Odbiorcę umowy w wyżej wymienionym zakresie nie wymaga podania przyczyn i nie stanowi podstawy jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Według Odwołującego z uwagi na fakt, iż sposób jego sformułowania uprawniający Zamawiającego do niewykonania umowy w zakresie nieprzekraczającym 50% wartości netto umowy de facto przewiduje mechanizm identyczny jak prawo opcji w rozumieniu przepisów ustawy Pzp oraz z uwagi na zastrzeżenie możliwości niewykonania Umowy (tj. de facto

określenie minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia podstawowego) na rażąco niskim poziomie 50%, zrównującym poziom zamówienia podstawowego z poziomem zamówienia, które Zamawiający będzie uprawniony zrealizować w przypadku skorzystania z prawa opcji.

Izba oceniając ww. zarzuty Odwołującego – uznała, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się w niniejszym stanie faktycznym.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa obejmującego rozszerzenie przedmiotu umowy o równowartość 50%, przy jednoczesnym uprawnieniu do ograniczenia tego zakresu o równowartość również 50% bez podania przyczyn nie stanowi – wobec w skazanych okoliczności faktycznych - naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ust. 5 ustawy Pzp.

Należy zgodzić się, że Zamawiający nie posiada nieograniczonego prawa do zmniejszenia lub zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne, a zaniechanie określania procentowej granicy takiego zmniejszenia (lub) zwiększenia może spowodować znaczne trudności dla wykonawcy.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że określenie okoliczności uzasadniających skorzystanie z prawa opcji lub prawa Zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia nie ma w niniejszym stanie faktycznym jakiegokolwiek wpływu na sytuację prawną i faktyczną wykonawców. Okoliczności te są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi. Na powyższe wskazują złożone przez Zamawiającego dowody (lista umów kosztowo-przychodowych, korespondencja wewnętrzna Zamawiającego, listy dokumentów rozchodu, umowa z dnia 17 marca 2011 r., umowa z dnia 14 lutego 2012 r., 20 maja 2014 r., umowa z dnia 29 grudnia 2010 r.). Zarówno Zamawiający, jak i wykonawca w chwili udzielenia zamówienia nie są w stanie przewidzieć ich wystąpienia. Stąd wykonawca nie posiada żadnej gwarancji udzielenia mu zamówienia objętego prawem opcji. Tym bardziej, że wystąpienie wspomnianych okoliczności uprawnia, ale nie zobowiązuje Zamawiającego do zwiększenia zakresu zamówienia.

Ponadto wobec wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego dokonał on precyzyjnego oszacowania przedmiotu zamówienia i nie naruszył art. 7 oraz 29 ustawy Pzp a wykonawcy składając ofertę powinni zaoferować cenę za realizację pełnego zakresu zamówienia. Wszystkie stałe i zmienne koszty, wszelkie rodzaje ryzyka, związanego z realizacją

przedmiotowego zamówienia oraz marża wykonawcy powinny zostać ustalone przy założeniu, że wykonanie zamówienia nastąpi w minimalnym zakresie. Stąd zarzut Odwołującego, zgodnie z którym treść zaskarżonych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ uniemożliwia mu „prawidłowe skalkulowanie ceny oraz przygotowanie oferty” pozostaje bezzasadnym.

Ponadto – należy zgodzić się z Zamawiającym – iż Odwołujący w ogóle nie wykazał na czym brak możliwości lub choćby trudność w skalkulowaniu ceny i przygotowaniu oferty polega. Zarzut ten w żaden sposób nie został przez Odwołującego udowodniony.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym zmiana przedmiotu świadczenia wykonawcy, obejmująca zakres 50 % wartości zamówienia nie narusza obowiązku jednoznacznego oraz wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, i jako taka nie utrudnia uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Stąd chybiony jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie dokonał jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia skoro wskazał – wszystkim wykonawcom zamierzającym przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia - że przewiduje możliwość ograniczenia zakresu świadczenia o równowartość 50 % zamówienia, a więc określił minimalny gwarantowany zakres przedmiotowego zamówienia. Zatem Zamawiający nie zaniechał określania procentowej granicy takiego zmniejszenia (i) zwiększenia, które to może powodować pewne trudności dla dostawcy.

Na marginesie Zamawiający dodał również, że uprawnienie do ograniczenia przedmiotu zamówienia do 50% jego wartości Zamawiający zastrzegł i zastrzeżę sobie we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ogłaszanych począwszy od 2010 r., a Odwołujący uczestniczył w wielu z nich i jak dotąd nie podnosił, że przedmiotowe uprawnienie uniemożliwia mu przeprowadzenie właściwej kalkulacji ceny.

Zatem jak wskazał Zamawiający brak jest podstaw do przyjęcia, iż uprawnienie do niewykonania zamówienia w zakresie nieprzekraczającym równowartości 50 % ceny narusza jakiegokolwiek przepisy rangi ustawowej, co potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że plan ruchu zakładu górniczego nie musi mieć decydującego wpływu na zakres realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający na podstawie planu ruchu zakładu górniczego nie jest możliwe ustalenie

wielkości zapotrzebowania zakładów górniczych na poszczególne materiały, zwłaszcza, że stosownie do treści art. 108 ust. 6 ustawy Prawo geologiczne i górnicze przedmiotowy plan sporządza się na okres od 2 do 6 lat (a u Zamawiającego sporządzany jest on okres trzech lat). Ponadto, jak podkreślił Zamawiający możliwa jest gruntowna zmiana takiego planu ruchu zakładu górniczego.

Należy zgodzić się za Zamawiającym, iż zakres realizacji przedmiotowego zamówienia uzależniony jest od postępów robót górniczych, a te zależne są z kolei od zmiennych i w zasadzie nieprzewidywalnych warunków górniczych oraz geologicznych, występujących w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zamawiającego, w których to wyrobiskach występuje zagrożenie wybuchu i pożaru metanu lub pyłu węglowego. Ponadto zastrzeżenie w SIWZ możliwości ograniczenia wielkości zamówienia uzasadnia aktualnie prowadzona znacząca restrukturyzacja przedsiębiorstwa Zamawiającego. Obejmuje ona nabycie w dniu 1 sierpnia 2014 r. zorganizowanej części przedsiębiorstwa Kompanii Węglowej S.A., obejmującej KWK „Knurów - Szczygłowice”, które to nabycie skutkuje koniecznością realizacji dotychczasowych umów, zawartych przez poprzedniego właściciela tej części przedsiębiorstwa oraz przystąpienie do procesu likwidacji Ruchu „JAS - MOS”, tj. zorganizowanej części KWK „Zofiówka - Borynia - Jastrzębie”. Dlatego też Zamawiający z obiektywnych względów nie jest władny określić w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ okoliczności uzasadniających ograniczenie wielkości zamówienia.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....