

Sygn. akt KIO 713/23

WYROK

z dnia 30 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 28 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 14 marca 2023 r. przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie

przy udziale wykonawcy K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Immera K. B. z siedzibą w Rąbino 9, 78-331 Rąbino, zgłaszającego swoje przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądzić od zamawiającego Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie na rzecz odwołującego GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 713/23

Uzasadnienie

Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Budowa systemu zarządzania wydrukiem wraz z dostawą sprzętu, numer sprawy SZP.250.42.2022 – BPSiTT.250.2.2022.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 162-460716.

W dniu 14 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu

postępowania.

Kwestionując ww. czynność Zamawiającego, Odwołujący zarzucił mu naruszenie:

1. art. 16 pkt 2 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy PZP, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tym samym poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu

unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Stanowisko Odwołującego:

Przedstawiając argumentację w ramach wniesionego odwołania, Odwołujący wskazywał, co następuje.

Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne sprawy, zgodnie z którymi Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1 976 989,25 zł, a oferta Odwołującego przewyższa te środki, co prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z ww. stanowiskiem. Jego zdaniem Zamawiający błędnie wskazał kwotę oferty Odwołującego, poprzez podanie ceny łącznej za realizację zamówienia

podstawowego i zamówienia opcjonalnego, gdzie de facto oferta Odwołującego to 1 547 009,13 zł za realizację zamówienia podstawowego (gwarantowanego) i 693 906,96 zł za realizację zamówienia opcjonalnego.

Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy SWZ, tj. rozdział III pkt 4 lit. k, l zgodnie z którymi, Zamawiający uzależnił skorzystanie z opcji m. in. od możliwości finansowych oraz wskazał, że zamówienie opcjonalne może być w ogóle nie wykorzystane lub wykorzystane jedynie w części. Wobec tego dla uczestników postępowania oczywistym było i jest, że prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego ale nie obowiązkiem, z którego będzie mógł skorzystać o ile będzie takie zapotrzebowanie i co najważniejsze będzie posiadał odpowiednie środki.

Jak kontynuował Odwołujący, Zamawiający w sposób zupełnie niezrozumiały dla Odwołującego wskazał w uzasadnieniu kwotę z oferty zawierającą część niegwarantowaną, co jest nieuprawnionym działaniem. Zamawiający nie może bowiem w sposób zupełnie dowolny unieważniać postępowania z naruszeniem przepisów ustawy PZP. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający przed otwarciem ofert podając kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wskazał tylko jedną kwotę, tę która w zupełności wystarczy na realizację zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego.

Odwołujący dla poparcia stawianych przez siebie tez powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zapadły w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 359/18 oraz na opinię Prezesa UZP pn. „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji”.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 27 marca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania została dokonana zgodnie z prawem. Jak podkreślił, Zamawiający przy ocenie, czy zachodzą przesłanki z art. 255 pkt 3 ustawy PZP powinien brać pod uwagę cenę ofertową, na którą zgodnie z dokumentami zamówienia składała się łączna cena za zamówienie podstawowe oraz za zamówienie opcjonalne.

Na cenę całkowitą składała się cena za zamówienie podstawowe i cena za zamówienie opcjonalne i taka też cena była porównywana przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert. Również wzór formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ potwierdza ww. definicję ceny ofertowej wprowadzoną przez Zamawiającego, gdzie w punkcie 4 lit. C należało wpisać cenę całkowitą oferty po zsumowaniu ceny za zamówienie

podstawowe i ceny za zamówienie opcjonalne. Podobnie został skonstruowany wzór formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. Zdaniem Zamawiającego, już tylko zatem z powyższych względów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dalej wskazywał Zamawiający, że kwota wynosząca 1 976 989,25 zł przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jaką podał Zamawiający przed otwarciem ofert zawiera w sobie zarówno kwotę za zamówienie podstawowe jak i kwotę za zamówienie opcjonalne. Jest to maksymalna kwota przeznaczona na sfinansowanie całego zamówienia obejmującego zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne. Okoliczność tą potwierdzają dokumenty znajdujące się w aktach postępowania, tj. wniosek 420620/wniosek nr 38/BPSiTT/2022 oraz notatka z szacowania wartości zamówienia.

Dokumenty te jednoznacznie potwierdzają, że Zamawiający w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia wynoszącej 1 976 989,25 zł uwzględnił kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe w wysokości 1 391 810,19 zł oraz za zamówienie opcjonalne w wysokości 585 179,06 zł. Nawet gdyby zatem przyjąć tezę Odwołującego, iż Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie zasadności zastosowania art. 255 pkt 3 Pzp wyłącznie cenę za zamówienie podstawowe, to bezwzględnie powinien porównać wówczas taką cenę z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie wyłącznie zamówienia podstawowego, a nie porównywać ze sobą dwie oderwane od siebie wartości tj. cenę za zamówienie podstawowe i kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe wraz z opcją. Przeciwna wykładnia prowadziłaby bowiem do pozbawienia zamawiającego możliwości korzystania z prawa opcji w pełnym zakresie. Przecież sfinansowanie zamówienia podstawowego ze środków przeznaczonych na realizację opcji oznaczałoby po stronie zamawiającego brak możliwości zapłaty za zamówienie opcjonalne.

Zamawiający powołał się dodatkowo na wyroki KIO w sprawach prowadzonych pod sygnaturą akt KIO 359/18 oraz KIO 1024/14, KIO 1168/13, a także KIO 1562/20.

Odnosnie postanowień SWZ, na które w treści odwołania powoływał się Odwołujący, Zamawiający stwierdził, że nie

można a priori wywodzić, iż Zamawiający nie uwzględnił w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty dla prawa opcji. Zamawiający wyjaśnia, że powyższe postanowienie ma za zadanie zabezpieczyć Zamawiającego przed sytuacją gdyby na etapie realizacji zamówienia Zamawiający zostałby pozbawiony tychże środków np. w wyniku koniecznych przesunięć w budżecie. Pomimo, że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opcjonalnego kwotę 585 179,06 zł, nie oznacza to przecież, że taki stan może się nie zmienić w trakcie realizacji. Przecież jak sam Odwołujący wskazał w treści odwołania,

Zamawiający nie ma obowiązku posiadania/zabezpieczenia środków finansowych w zakresie prawa opcji, w związku z tym, że jest to zakres zamówienia niegwarantowany.

Stanowisko Przystępującego:

Wraz ze zgłoszonym przystąpieniem, stanowisko w sprawie zajął wykonawca Immerra K. B., wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę K. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Immerra K. B., dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego Zamawiający przedłożył dowód w postaci notatki z szacowania wartości zamówienia oraz wniosku o wszczęcie postępowania, które jednak stanowią część dokumentacji przekazanej Izbie przez Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa systemu zarządzania wydrukiem wraz z dostawą sprzętu, numer sprawy SZP.250.42.2022 – BPSITT.250.2.2022.

Zgodnie z notatką z szacowania wartości zamówienia oraz wnioskiem o wszczęcie postępowania, Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia podstawowego na kwotę 1 131 553,00 zł netto. Z kolei wartość zamówienia opcjonalnego oszacowano na kwotę 475 755,33 zł netto, co łącznie daje 1 607 308,33 zł netto (1 976 989,25 zł brutto).

Zgodnie informacją z dnia 9 listopada 2022 r., „kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wraz z należnym podatkiem VAT wynosi 1 976 989,25 zł.”

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone 2 oferty, tj. oferta:

- Odwołującego: z ceną za zamówienie podstawowe 1 257 731,00 zł netto (1 547 009,13 zł brutto), z ceną za zamówienie dodatkowe: 564 152,00 zł netto (693 906,96 zł brutto). Cena łączna opiewała na 1 821 883,00 zł netto (2 240 916,09 zł brutto);
- Przystępującego: z ceną za zamówienie podstawowe 1 097 333,00 zł netto (1 349 719,59 zł brutto), z ceną za zamówienie dodatkowe 422 900,00 zł netto (520 167,00 zł brutto). Cena łączna opiewała na 1 520 233,00 zł netto (1 869 886,59 zł brutto).

Pismem z dnia 6 marca 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 stycznia 2023 r. oraz odrzucił ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Czynność Zamawiającego była skutkiem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie ww. oferty (sygn. akt KIO 293/23).

Tym samym pismem Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy, Zamawiający opublikował na stronie internetowej informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wraz z należnym podatkiem VAT, tj. 1 976 989,25 zł. Zamawiający w toku badania ofert odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy ofertę Wykonawcy IMMERA K. B. Najkorzystniejsza oferta w niniejszym postępowaniu to: GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o. o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra, która uzyskała najwyższą łączną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jednakże cena oferty wynosząca 2 240 916,09 zł przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Wobec powyższego, Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy.”

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby nie zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena lub

koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Na wstępie zauważyć należy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający w SWZ opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie zakresu podstawowego oraz prawa opcji w wysokości do 50% wartości zamówienia podstawowego po cenach jednostkowych podanych w ofercie Wykonawcy (Sekcja III punkt 4 lit. k SWZ).

Przepisy ustawy PZP oraz dyrektyw unijnych nie zawierają definicji prawa opcji. Krajowa ustawa odnosi się do opcji głównie w treści art. 31 ust. 2, zgodnie z którym przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Dodatkowo, w art. 441 ustawy PZP ustawodawca przewidział warunki, których spełnienie wymagane jest dla skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji.

Zgodnie jednak przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że prawo opcji można zdefiniować jako jednostronne uprawnienie zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia, polegające na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego (nazywanego również głównym) o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia (tak: M. Jaworska, w: PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. KOMENTARZ pod red. M. Jaworskiej, Legalis). Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że skorzystanie z prawa opcji, nawet w przypadku gdy zamawiający przewidział i opisał przedmiotowy zakres w SWZ - zależy od jego decyzji, podejmowanej już na etapie realizacji zamówienia publicznego, po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją wspomnianego już art. 31 ust. 2 ustawy PZP, zamawiający ma obowiązek uwzględnienia przy szacowaniu wartości zamówienia również ewentualnych opcji. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu, co wynika z wniosku o wszczęcie postępowania oraz notatki z szacowania wartości zamówienia. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 1 607 308,33 zł netto, z czego 1 131 553,00 zł netto stanowił szacunek dotyczący zamówienia podstawowego, a 475 755,33 zł netto szacunek dotyczący zamówienia opcjonalnego.

Następnie w informacji z dnia 9 listopada 2022 r. Zamawiający wskazał, że „kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wraz z należnym podatkiem VAT wynosi 1 976 989,25 zł.” Zaznaczyć należy, że Zamawiający podał jedną kwotę bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zamówienia podstawowego i opcjonalnego.

Przechodząc do merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, że trzeba rozróżnić kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia od szacunkowej wartości zamówienia. Często bywa, że kwota podawana przed otwarciem ofert jest odzwierciedleniem kwoty z szacowania, chociaż przepisy ustawy PZP zezwalają by odbiegała ona od szacunków. Zatem kwota przeznaczona na realizację zamówienia może być zarówno wyższa, jak i niższa od kwot szacunkowych – nie ma w tym zakresie żadnego związania. Skoro tak, to należy wyraźnie odróżnić czynność przygotowawczą polegającą na szacowaniu wartości zamówienia od czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jaką jest podanie informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Druga z ww. czynności stanowi de facto wyraz zobowiązania zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, o ile zaoferowana cena lub koszt nie przekroczy podanej przez niego kwoty. Z kolei głównym celem szacowania wartości zamówienia jest zakwalifikowanie zamówienia do określonego reżimu ustawy – poniżej lub powyżej progów unijnych. Szacowanie wartości zamówienia istotne jest również w kontekście innych czynności zamawiającego jak choćby badanie rażąco niskiej ceny czy ustalanie wysokości wadium.

Następnie wskazać należy, że przyjmuje się, iż kwota podawana przez zamawiającego jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odnosi się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Z natury prawa opcji wynika bowiem, że jest ono zdarzeniem przyszłym i niepewnym, uzależnionym od szeregu okoliczności. Pogląd taki prezentowany był już w orzecznictwie – np. wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r., KIO 359/18. Tożsamy pogląd wyrażony został także w opinii Prezesa UZP pn. „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji”.

Zdaniem Izby powyższe nie stoi jednak na przeszkodzie, by w informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia podać zarówno kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe oraz kwotę przeznaczoną na zamówienie opcjonalne, o ile zamawiający już ją zna. Wyszczególnienie tych kwot powinno jednak być jednoznaczne. Należy bowiem pamiętać, że zamawiający związany jest kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podstawowego, którego udzielenie w pełnym wymiarze gwarantuje. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji

zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne. Opcja ma charakter warunkowy i nieprzewidywalny, a okoliczności uzasadniające skorzystanie z niej mogą ujawnić się dopiero na etapie realizacji umowy. To samo dotyczy również możliwości finansowych zamawiającego na

pokrycie opcji, które w późniejszym okresie mogą uzasadniać skorzystanie z niej w zakresie większym niż zamawiający zakładał (np. skorzystanie z opcji w maksymalnym zakresie 50% zamówienia podstawowego, w porównaniu do 30%, które zamawiający zakładał w momencie podawania kwot na sfinansowanie zamówienia). Zatem w razie podania przez zamawiającego dwóch kwot – jedynie kwota dotycząca zamówienia podstawowego jest wiążąca. Kwota dotycząca opcji może stanowić pewne założenie, które jednak może ulec zmianie.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, jeżeli zamówienie przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która dotyczy środków przeznaczonych na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający podaje jedną kwotę, bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zakresu podstawowego i prawa opcji, to należy uznać, iż dotyczy ona tylko i wyłącznie zakresu podstawowego i w odniesieniu do tej kwoty powinna być analizowana przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

Do sytuacji opisanej powyżej referował także powoływany przez Zamawiającego wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2020 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1562/20. W stanie faktycznym ww. sprawy zamawiający w ramach informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia podał dwie wartości – odrębnie dla zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji. Izba w tym zakresie uznała, że zamawiający analizując możliwość unieważnienia postępowania może odnosić się do kwoty przeznaczonej do realizacji zamówienia podstawowego, bez uwzględnienia prawa opcji. Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni aprobuje stanowisko wyrażone w ww. rozstrzygnięciu.

Wskazać jednak należy, że sytuacja w niniejszej sprawie jest zgoła odmienna. Zamawiający podał jedną tylko kwotę, a obecnie stoi na stanowisku, że może unieważnić postępowanie, co zdaniem Izby jest stanowiskiem nieuprawnionym. Odwołujący zaoferował bowiem realizację zamówienia podstawowego za kwotę 1 547 009,13 zł brutto, która to kwota mieści się w podanej przez Zamawiającego kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Uwzględniając bowiem treść informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie

zamówienia nie ma podstaw by twierdzić, że obejmuje ona łącznie kwotę na sfinansowanie zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego. Wniosku takiego nie da się wyprowadzić z treści tej informacji.

A to właśnie kwotą podawaną przed otwarciem ofert Zamawiający jest związany, a nie kwotą z szacowania wartości. Jeśli Zamawiający stoi na stanowisku, że podana przez niego kwota obejmuje zakres podstawowy i opcjonalny to powinno to znaleźć wyraz w treści informacji przekazywanej wykonawcom – co jednak nie miało miejsca. Zamawiający podał tylko jedną kwotę, bez jej rozróżnienia na zamówienie podstawowe i opcjonalne. Wskazać również należy, że Zamawiający w SWZ wyraźnie podkreślił, że skorzystanie z zamówienia opcjonalnego uzależnia od zapotrzebowania oraz możliwości finansowych. W ten sposób jak gdyby sam przesądził, że możliwości te mogą ujawnić się dopiero później, co również popiera tezę, że wykonawcy nie mieli żadnych podstaw by twierdzić, że podana przez niego kwota nie dotyczy jedynie zamówienia podstawowego.

Również wyrok Izby w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 359/18 jest błędnie interpretowany przez Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że w ww. sprawie odwołujący stał na stanowisku, że kwota jaką zamawiający podał w stosownej informacji, jest tak naprawdę wyższa o wartość opcji, a tym samym jego oferta mieści się w budżecie zamawiającego, z czym Izba się nie zgodziła. Stanowisko Izby było jednoznaczne – wartość podawana w informacji przed otwarciem ofert dotyczy jedynie zamówienia podstawowego i właśnie z tą wartością należy porównać ceny ofert, które wpłynęły w postępowaniu. Opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, a zatem nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że obecne podejście Zamawiającego umożliwia mu de facto manipulowanie zastosowaniem przesłanki do unieważnienia postępowania. Z dokumentacji postępowania jednoznacznie bowiem wynika, jaką kwotę Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Równocześnie kwota ta jest wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego cena za realizację zamówienia podstawowego. Z kolei Zamawiający usiłuje obecnie podaną przez siebie kwotę zmniejszyć, wyciągając z niej wartość szacunkową ustaloną dla zamówienia podstawowego. Podejście takie jest oczywiście błędne z uwagi na rozróżnienie kwoty z szacowania oraz kwoty podawanej przed otwarciem ofert.

Nieuprawnionym są również twierdzenia Zamawiającego, że w przypadku analizowania przesłanki do unieważnienia postępowania, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę oferty Odwołującego, tj. cenę za realizację zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego. Skoro

bowiem podawana przez zamawiającego przed otwarciem ofert kwota dotyczy jedynie zakresu podstawowego i tylko w tym zakresie zamawiający jest związany podaną kwotą, to należy wziąć pod uwagę jedynie cenę za realizację zamówienia podstawowego. Podejście odmienne nakazywałoby porównywanie kwot, które są nieporównywalne.

Nie ma również znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność, że Odwołujący mógł znać kwoty szacunkowe zamówienia. Nawet gdyby Odwołujący te kwoty znał, to znaczenie w kontekście przesłanki do unieważnienia postępowania ma tylko i wyłącznie informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Jak już bowiem wspomniano wcześniej, należy wyraźnie odróżnić kwoty szacunkowe oraz czynność jaką jest szacowanie wartości zamówienia od kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, które wyznaczają próg zobowiązania zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Podkreślić należy, że katalog podstaw do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty i podlegają one ścisłej interpretacji. Obecnie podejmowane przez Zamawiającego działanie stanowi próbę obniżenia kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia. Obniżanie, po czynności otwarcia ofert, kwot przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia, prowadziłoby do dowolnego rozszerzania faktycznych podstaw unieważniania postępowań. Zamawiający jest związany wysokością kwoty, jaką podał w informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zachowanie szczególnej staranności podczas podawania tej kwoty do publicznej wiadomości. Obecne działania Zamawiającego mają na celu de facto manipulowanie wynikiem postępowania lub sanowanie błędu popełnionego przy podawaniu kwoty na sfinansowanie zamówienia. Wykonawcy nie mogą jednak ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego, a unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie było do tego podstaw, jest oczywiście nieuprawnione.

Z powyższych względów, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: