Sygn. akt: KIO 1407/24

WYROK

Warszawa, dnia 15.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2024 r. w Warszawie z udziałem stron postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego: wykonawcę **IT Matter Sp. z o.o. z/s w Katowicach** (ul. Ligocka 103, 40569 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Instytut Rybactwa Śródlądowego im. S.S. – Państwowy Instytut Badawczy z/s w Olsztynie** (ul. Michała Oczapowskiego 10, 10719 Olsztyn),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: wykonawcę **IT Matter Sp. z o.o. z/s w Katowicach** (ul. Ligocka 103, 40569 Katowice) i:

2.1.zalicza 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) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Instytut Rybactwa Śródlądowego im. S.S. – Państwowy Instytut Badawczy z/s w Olsztynie** (ul. Michała Oczapowskiego 10, 10719 Olsztyn) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

……

Sygn. akt: KIO 1407/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024r. przez wykonawcęIT Matter Sp. z o.o. z/s w Katowicach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Instytut Rybactwa Śródlądowego im. S.S. – Państwowy Instytut Badawczy z/s w Olsztynie.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Świadczenie usług wsparcia informatycznego stałego monitoringu zagrożeń śródlądowych wód powierzchniowych wraz z systemem wczesnego ostrzegania (61/2023/PN/MWP), zwanego dalej „Postępowaniem". Ogłoszenie o zamówieniu o nr 57102289-e08a-4019-88aa-f5b095011a12 zamieszczone zostało w Dzienniku zamówień UE w dniu 20 grudnia 2023 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: (...)

Odwołujący podał:

(...)

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisu art. 255 pkt 3 w zw. z art. 260 ust. 1 w zw.

z art. 16 ustawy Pzp, przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie Postępowania wobec przyjęcia, że cena oferty Odwołującego (jedyna w jaka została złożona w postępowaniu) przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy:

1)Zamawiający nie wykazał w żaden sposób w treści informacji o unieważnieniu Postępowania, że jego możliwości budżetowe nie pozwalają na zwiększenie kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza budżet Zamawiającego o mniej niż 10 % zakładanego przez Zamawiającego budżetu;

2)konstatacja Zamawiającego jest o tyle chybioną, że zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający dysponował będzie określoną pulą środków przeznaczonych na realizację zamówienia (zgodnie z ofertą Wykonawcy) i nie jest zobowiązany do udzielenia zamówienia w pełnej wysokości na jaką opiewa ta pula, a tym samym, możliwe jest zawarcie umowy z Odwołującym i jej zrealizowanie w zakresie posiadanych przez Zamawiającego środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia.

Z uwagi na powyższe, wnoszę o:

1)uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz dalsze prowadzenie Postępowania, w tym badanie i ocenę ofert;

2)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izbą.

[Legitymacja do wniesienia odwołania]

Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w Postępowaniu, dając wyraz chęci ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, która to oferta – jako jedyna złożona – plasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Tym samym posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku powyższej czynności i określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Powyższe wynika z okoliczności, że wskutek nieprawidłowego działania Zamawiającego w postaci unieważnienia Postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

Uzasadnienie

[stan faktyczny]

Zamawiający wszczął Postępowanie w dniu 20 grudnia 2023 r. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług wsparcia informatycznego stałego monitoringu zagrożeń śródlądowych wód powierzchniowych wraz z systemem wczesnego ostrzegania. Usługi podzielone zostały na:

1)usługi Podstawowe – rozliczane ryczałtowo w ramach kwoty wskazanej w formularzu ofertowym;

2)pozostałe usługi – rozliczane w oparciu o stawki za Roboczogodzinę pracy poszczególnych specjalistów skierowanych do realizacji zamówienia, czy czym Zamawiający wskazał tylko maksymalną liczbę Roboczogodzin jakie będzie mógł zlecić w ramach tego obszaru zamówienia (19 000 Roboczogodzin).

Zgodnie z § 1 ust. 1 projektu Umowy, usługi świadczone miały być przez wykonawcę w ramach maksymalnego limitu Roboczogodzin. Zamawiający nie jest jednak zobowiązany do zlecenia usług rozliczanych w ramach Roboczogodzin w maksymalnej liczbie. Jak stanowi z kolei § 2 ust. 2 projektu Umowy, termin realizacji Umowy obowiązywać miał do czasu wyczerpania środków przeznaczonych na jego realizację lub do dnia wskazanego w Umowie. Postanowienia § 5 projektu Umowy opisują z kolei sposób realizacji Umowy, który oparty będzie o zlecenia Zamawiającego, przewidujące możliwość negocjacji wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych Zleceń (poza wynagrodzeniem za zlecenia z w ramach Usług Podstawowych, rozliczane ryczałtowo). Innymi słowy, poza Usługami Podstawowymi, rozliczanymi w oparciu o ryczałt wskazany w ofercie wykonawcy, pozostałe Usługi na jakie opiewać będzie zamówienie rozliczane będą jako cena za Roboczogodzinę (w ramach maksymalnej pul 19 000 Roboczogodzin, którą wskazano w uzupełnieniu OPZ opublikowanym w dniu 22 stycznia 2024 r.), a Zamawiający nie będzie zobowiązany do zlecenia pełnej puli Roboczogodzin.

Formularz ofertowy składał się z dwóch części: części: A (gdzie podawano stawki godzinowe dla poszczególnych specjalistów) i części B (gdzie podawano wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Usług Podstawowych). Zgodnie z rozdz. XIX SWZ:

1.Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

Algorytm wyliczania Ceny dla części A Tabela 1

$$C1 = \frac{\text{Suma stawek godzinowych}}{\text{Liczba profili}}$$

Algorytm wyliczania Ceny dla części B Tabela 2

C2 = Suma wartości usług

Cena badanej oferty = C1 + C2

W związku z powyższym, zamówienie skonstruowane jest w ten sposób, że poza Usługami Podstawowymi, Zamawiający będzie dysponował określoną pulą środków przeznaczonych na realizację zamówienia (obliczoną zgodnie z ofertą Wykonawcy), jednak finalna wartość wynagrodzenia wypłacona Wykonawcy zależna będzie od wartości zleceń udzielanych przez Zamawiającego. Maksymalna wartość zobowiązania Stron umowy w ramach puli Roboczogodzin obliczana była wyłącznie na potrzeby porównania ofert, a wspomniane obliczenia następowały w oparciu o wyliczenie średniej stawki za roboczogodzinę poszczególnych specjalistów jakie miały zostać zaoferowane przez wykonawców (wyliczenie to nie odzwierciedlało więc faktycznego obciążenia finansowego Zamawiającego związanego z wykonaniem zamówienia). Tym samym, to wyłącznie Zamawiający decydować będzie o wartości wydatków związanych w wykonaniem Umowy, jeśli chodzi o zakres rozliczany w ramach puli Roboczogodzin. Przed otwarciem ofert, Zamawiający opublikował kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 8 856 000 zł brutto.

W postępowaniu została złożona jedna oferta – oferta Odwołującego, która określała maksymalne wynagrodzenie Odwołującego na kwotę 8 943 793,33 zł brutto, przy czym:

1)wynagrodzenie w ramach części A (iloczyn liczby Roboczogodzin i średniej stawki godzinowej specjalistów skierowanych do realizacji zamówienia) obliczone zostało na kwotę 4 268 793,33 zł brutto (zgodnie z informacją o poprawieniu oczywistej omyłki z dnia 21 marca 2024 r. jaką do Odwołującego wystosował Zamawiający);

2)wynagrodzenie w ramach części B (Usługi Podstawowe) zaoferowane zostało na kwotę 4 675 000,00 zł brutto.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 21 marca 2024 r.
W dniu 11 kwietnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o rozstrzygnięciu
Postępowania o treści (cyt.):
Szanowni Państwo,
działając na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) Zamawiający zawiadamia, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.
[uzasadnienie zarzutu]
Odnosząc się z do unieważnienia przez Zamawiającego Postepowania na podstawie przepisu art. 255 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przede wszystkim podnieść należy zarzut zaniechania przez Zamawiającego przedstawienia odpowiedniego uzasadnienia dla czynności unieważnienia Postępowania, a przez to niewykazania, iż nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej ofert. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie KIO: Podstawą unieważnienia postępowania (co byłoby powodem do odmowy zawarcia umowy z wykonawcą wybranym) jest jedynie wykazanie maksymalnych granic finansowych zamawiającego związanych z finansowaniem zamawiającego. W tej sytuacji brak woli zamawiającego, co do zapłaty większej kwoty niż przez niego założona nie pozbawia odwołującego prawa do domagania się wyboru jego oferty oraz zawarcia umowy. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2013 r. KIO 942/13). Stanowisko takie nie jest bynajmniej odosobnionym: Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie daje zamawiającemu wyłącznego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2017 r. KIO 2093/17), zwłaszcza, że prawidłowość takiej interpretacji tej przesłanki unieważnienia postępowania została potwierdzona orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydziału Odwoławczego, obecnie Sądu Zamówień Publicznych, (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2018-01-24, XXIII Ga 1923/17)Stanowisko takie podziela też Izba w nowszym orzecznictwie: Izba za wyrokiem KIO 293/17 uznaje, że zamawiający nie posiada wyłącznego, swobodnego i arbitralnego uprawnienia do decydowania o tym, czy zwiększyć kwotę, na sfinansowanie zamówienia, czy też nie. Przede wszystkim zamawiający obowiązany jest zbadać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty i dopiero wówczas, w przypadku, gdy wynik badania okaże się negatywny, podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis 20 ust. 1 Pzp jest obligatoryjnie prowadzone w formie pisemnej. W przypadku unieważnienia postępowania, wykonawcy winni mieć możliwość zapoznania się z wszelkimi okolicznościami, mającymi wpływ na tego rodzaju czynność zamawiającego. Zamawiający dokonując badania możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia winien, takie działania utrwalić na piśmie chociażby w formie protokołu z posiedzenia komisji przetargowej. Przepisy Pzp o unieważnieniu postępowania nie zmierzają w kierunku pozostawienia zamawiającemu dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do unieważnienie postępowania, gdyż jak wyżej wskazano unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od celu, jaki staje przed zamawiającym wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia. Wskazane w ustawie Pzp przesłanki unieważnienia postępowania - po pierwsze - nie powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie - ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane, a zasadność ich zastosowania nie powinna budzić żadnych wątpliwości. Dlatego też Izba nie akceptuje stanowiska zamawiającego prezentowanego na rozprawie, że w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa niż cena, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to zamawiający ma pełna swobodę, czy kwotę tę zwiększyć, czy też unieważnić postępowanie. Nadto zamawiający dodał, że nie ma obowiązku wykazywać, jakie czynności w tym zakresie podjął. Brak wykazania, jakie czynności zamawiający podjął, aby móc zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia, ale okazały się one nieskuteczne, jest podstawą do uznania przez Izbę także zasadności zarzutu o braku właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający nie sprostał ciążącemu na nim obowiązku wykazania, iż nie mógł zwiększyć kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. KIO 3004/21). Takie stanowisko zaaprobował też Sąd Zamówień Publicznych w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 sierpnia 2022 r. XXIII Zs 27/22.
W świetle powyższego należy wskazać, że w treści uzasadnienia czynności unieważnienia Postępowania Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności które mogłyby przemawiać, że brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, w szczególności nie przeprowadził żadnej analizy swoich możliwości finansowych, odwołując się do stosownych dowodów oraz wartości ofert. Jest to szczególnie istotnym, biorąc pod uwagę, że kwota o jaką budżet Zamawiającego przekracza oferta najkorzystniejsza, stanowi mniej niż 10% tego budżetu.

Co więcej, czynność unieważnienia Postępowania referująca do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomija konstrukcję umowy oraz realizacji zamówienia, zgodnie z którymi, Zamawiający nie będzie zobowiązany do zrealizowania zamówienia do wysokości jaka wynika z obliczeń dokonanych w celu porównania ofert wykonawców. Poza bowiem wynagrodzeniem za Usługi Podstawowe (rozliczanym w ramach ryczałtu), pozostała wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy zależeć będzie wyłącznie od ilości i zakresu zleceń Zamawiającego, a wartość oferty wykonawców w tym zakresie wyliczana była wyłącznie w celu porównania ofert w oparciu o średnią stawkę godzinową pracy specjalistów i przy założeniu maksymalnej (jednak nieobligatoryjnej do wykorzystania) puli Roboczogodzin.

Jak wskazano już wyżej, zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający dysponował będzie określoną pulą środków przeznaczonych na realizację zamówienia i nie jest zobowiązany do udzielenia zamówienia w pełnej wysokości na jaką opiewa ta pula, a tym samym, możliwe jest zawarcie umowy z Odwołującym i jej zrealizowanie w zakresie posiadanych przez Zamawiającego środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zaoferował bowiem wynagrodzenie za Usługi Podstawowe o wartości zdecydowanie wpisującej się w budżet Zamawiającego (4 675 000,00 zł brutto, przy budżecie 8 856 000 zł brutto), a pozostała wartość, będzie mogła zostać rozliczona w oparciu o zlecenia uwzgledniające zaoferowane stawki za Roboczogodzinę do wysokości środków jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Innymi słowy, zgodnie z ofertą Odwołującego, możliwym będzie zrealizowanie zamówienia w ramach środków jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i bez konieczności żadnego ich zwiększania. Zamawiający w żaden sposób nie uwzględnił tej okoliczności przy unieważnieniu Postępowania i niejako „mechanicznie" je unieważnił, całkowicie przy tym pomijając, że wartość ofert wykonawców w zakresie rozliczanym per Roboczogodzina, wyliczana była przez niejako „sztuczne" wyliczenie średniej wartości stawki wynagrodzenia jednego specjalisty skierowanego do realizowania zamówienia, a tym samym, wartość ofert wykonawców nie jest równoznaczną z sumą jaką Zamawiający zobowiązany będzie wydać w związku z realizacją zamówienia. Tym samym stwierdzenie leżące u podstaw unieważnienia postępowania, zgodnie z którym Zamawiający nie może sfinansować realizacji zamówienia w ramach posiadanych środków finansowych jest niezgodnym z treścią dokumentów zamówienia, co czyni to unieważnienie wadliwym.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła przeszkód formalno-prawnych do rozpoznania odwołania, w tym z uwagi na nie zamieszczenie odwołania na Platformie e-Zamówienia wraz z informacją o możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdziła bowiem, że w postępowaniu ofertę złożył jeden wykonawca – Odwołujący. Zatem inny wykonawca nie został pozbawiony prawa możliwości zgłoszenia przystąpienia do tego postępowania odwoławczego. Również ta okoliczność nie była podnoszona przez Odwołującego jako przeszkoda procesowa do rozpoznania tego odwołania. Nie została także zgłoszona przez ewentualny zainteresowany podmiot. Tym samym Izba nie znalazła przeszkód formalno-prawnych aby rozpoznać podnoszone w odwołaniu zarzuty i rozstrzygnąć co do ich meritum.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu. Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba musi mieć na względzie dyrektywy wskazane w przepisach ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w szczególności wynikające z art. 534 ust.1 ustawy Pzp a także z art. 555 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów: „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*". Z kolei drugi z nich stanowi, że: „*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*".

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie wobec czynności podjętej z naruszeniem art. 255 pkt 3 w zw. z art. 260 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp z uwagi na ich błędne zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem wykonawcy Zamawiający błędnie przyjął, że cena oferty Odwołującego (jedyna w jaka została złożona w postępowaniu) przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej. Podał, że: (1) Zamawiający nie wykazał w żaden sposób w treści informacji o unieważnieniu Postępowania, że jego możliwości budżetowe nie pozwalają na zwiększenie kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza budżet Zamawiającego o mniej niż 10 % zakładanego przez Zamawiającego budżetu; (2) zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający dysponował będzie określoną pulą środków przeznaczonych na realizację zamówienia (zgodnie z ofertą Wykonawcy) i nie jest zobowiązany do udzielenia zamówienia w pełnej wysokości na jaką opiewa ta pula, a tym samym, możliwe jest zawarcie umowy z Odwołującym i jej zrealizowanie w zakresie posiadanych przez Zamawiającego środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz dalsze prowadzenie Postępowania, w tym badanie i ocenę ofert.

Wskazany art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi: (...) *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie*

zamówienia, jeżeli: (...) 3) 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;(...)

Z kolei w myśl wskazywanego również art. 260 ust. 1 ustawy Pzp; „*1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne*".

Stosownie natomiast do art. 16 ustawy Pzp: „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zamawiający w piśmie z dnia 10 kwietnia 2024 r. podał: (...) *działając na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) Zamawiający zawiadamia, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty"*.

W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług wsparcia informatycznego stałego monitoringu zagrożeń śródlądowych wód powierzchniowych wraz z systemem wczesnego ostrzegania" została złożona jedna oferta. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 7.200.000 netto zł. Przed otwarciem ofert, Zamawiający na Platformie e-Zamówienia opublikował kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 8 856 000 zł brutto. W postępowaniu została złożona jedna oferta przez Odwołującego, która określała maksymalne wynagrodzenie Odwołującego – jak wskazał w odwołaniu – „*na kwotę 8 943 793,33 zł brutto, przy czym:*

1)wynagrodzenie w ramach części A (iloczyn liczby Roboczogodzin i średniej stawki godzinowej specjalistów skierowanych do realizacji zamówienia) obliczone zostało na kwotę 4 268 793,33 zł brutto (zgodnie z informacją o poprawieniu oczywistej omyłki z dnia 21 marca 2024 r. jaką do Odwołującego wystosował Zamawiający);

2)wynagrodzenie w ramach części B (Usługi Podstawowe) zaoferowane zostało na kwotę 4 675 000,00 zł brutto. (...)

W rozdziale XV SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty postanowienie w zakresie pkt 1- 5 stanowi:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

2. W Formularzu Ofertowym należy dokładnie określić wskazane tam ceny za wykonywanie zamówienia podstawowego oraz łączną cenę oferty brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

3. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

4. Cena musi obejmować podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z obowiązującymi w dniu składania ofert przepisami.

5. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia".

Na stronie 1 i 2 wstępie Formularza ofertowego w części „*KRYTERIUM I: CENA"* tak jak wymagał jego wzór - podał:

„Oświadczamy, że oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z zakresem określonym w dokumentacji zamówienia za cenę, wynikającą z poniższego zestawienia:

W części A formularza wykonawca – zgodnie z jego wzorem – określił wynagrodzenia jednostkowe dla 17 pozycji (profili).

Część A

Tabela 1

Lp.	Rola	Cena brutto za roboczogodzinę
1.	Programista Kotlin (Micronaut)	207,76
2.	Starszy Programista Kotlin (Micronaut)	258,29
3.	Programista Frontend	207,76
4.	Starszy Programista Frontend	258,29
5.	Starszy Programista Fullstack	280,75
6.	Starszy DevOps Engineer	314,44
7.	Starszy Projektant UX/UI	207,76
8.	Starszy Grafik-projektant	196,53
9.	Tester	168,45
10.	Tester Automatyczny	216,74

11.	StarszyKierownik Wytwarzania Oprogramowania	218,99
12.	Analityk Biznesowo-Systemowy	235,83
13.	Starszy Architekt IT	269,52
14.	Administrator baz danych	196,53
15.	Testerbezpieczeństwa - obszaru konteneryzacji	286,37
16.	Tester bezpieczeństwa	216,74
17.	Tester Wiodący Bezpieczeństwa	286,37

Część B – Usługi
Tabela 2

L. p.	Obszar - szczegółowe oczekiwania Zamawiającego	Czas trwania	Cena za miesiąc usługi (do wyceny każdy wiersz z osobna)** [zł brutto]	Wartość [zł brutto]** (iloczyn kol. 3 x kol. 4)
1	2	3	4	5
1	Konfiguracja i utrzymanie narzędzi wspomagających	11 miesięcy	85 000,00	935 000,00
2	Zbudowanie, utrzymanie i administrowanie środowiskami: testowymi, UAT, preprodukcyjnymi, produkcyjnymi oraz w zarządzaniu konfiguracją oprogramowania.	11 miesięcy	275 000,00	3 025 000,00
3	Zarządzanie kodem źródłowym wytworzonego oprogramowania	11 miesięcy	65 000,00	715 000,00
Suma				4 675 000,00

Zamawiający w piśmie z dnia 21 marca 2024 r. podał: (...) *działając na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zamawiający uprzejmie informuję, iż dokonuje w Państwa ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu poprawienia innej omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, poprzez uzupełnienie ceny brutto części A oferty wskazując, iż wynosi ona, zgodnie z treścią złożonej oferty oraz postanowieniami rozdziału XIX ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia i treścią udzielonych odpowiedzi, 4 268 793,33 zł brutto.*

Powyższe wynika wprost z opisanego przez zamawiającego sposoby obliczenia ceny w części A formularza ofertowego, zgodnie z którym cena części A (tj. maksymalna wartość usług poszczególnych specjalistów) jest obliczana jako średnia arytmetyczna ilorazu sumy cen jednostkowych stawek godzinowych poszczególnych profili i liczby profili. Dodatkowo zamawiający odpowiadając na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia wskazał, iż maksymalna liczba roboczogodzin wynosić będzie 19.000. Dlatego też cena brutto w ramach części A zamówienia stanowi iloczyn średniej arytmetycznej ilorazu sumy cen jednostkowych stawek godzinowych poszczególnych profili i liczby profili (tj. 224,67 zł) oraz maksymalnej liczby roboczogodzin (tj., 19.000 rbh). Mając na uwadze powyższe, zamawiający dokonuje również poprawienia całkowitej ceny brutto złożonej oferty na kwotę 8 943 793,33 zł, na stanowi maksymalną wartość zobowiązania zamawiającego".

Postanowienie w rozdziale XIX ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia stanowi:

(...)

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

Algorytm wyliczania Ceny dla części A Tabela 1

$$C1 = \frac{\text{Suma stawek godzinowych}}{\text{Liczba profili}}$$

Algorytm wyliczania Ceny dla części B Tabela 2

C2 = Suma wartości usług

Cena badanej oferty = C1 + C (...)

Wnoszący odwołanie wykonawca zaakceptował czynność z dnia 21 marca 2024 r. podjętą przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 3 Pzp związaną z poprawieniem wskazanej powyżej omyłki w ofercie Odwołującego.

Izba, odnosząc się do zarzutu unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania z naruszeniem art. 255 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podnosi, że przepis ten wskazując na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, nie nakłada na zamawiającego obowiązku zwiększenia tej kwoty.

Ewentualne zwiększenie kwoty, jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. To oznacza, że to do zamawiającego należy ocena jego ewentualnych możliwości finansowych pozwalających zwiększenie środków na dany cel, a odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń wykonawców uczestniczących w przetargu, a tym samym nie może stanowić uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zdaniem Izby z brzmienia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, jak również z brzmienia wskazanego w odwołaniu art. 260 ust.1 ustawy Pzp i art. 16 nie można wywodzić, że na zamawiającym ciąży jakiś podwyższony rygor dowodowy uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie. Decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją zamawiającego i wykonawca nie może badać rzeczywistych możliwości finansowych tego podmiotu. Dla uzasadnienia dokonania czynności unieważnienia wystarczającym jest zatem powołanie się na okoliczności, o których mowa w przepisie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a mianowicie na wysokość kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz kwoty jaka została wskazana w ofercie najkorzystniejszej lub wykonawcy z najniższą ceną. Proste porównanie tych kwot, jest zdaniem Izby dostatecznym uzasadnieniem dokonania tej czynności. W tym miejscu Izba – podobnie jak w wyroku z dnia 30.01.2024 r. sygn. akt: KIO 68/24 – wskazuje na stanowisko Sądu Zamówień Publicznychwyrażone w wyroku z dnia 22 lipca 2022 r. XXIII Zs 73/22, w którym wskazano, że *decyzja co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia należy do zamawiającego, bowiem to zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania i o budżecie na ten cel przeznaczony, a kwestia faktycznych zasobów finansowych zamawiającego nie ma w tej kwestii znaczenia. Ewentualne zmiany co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi po stronie zamawiającego i w zależności od jego statusu prawnego podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia".* Dalej Sąd wskazał, że *(...) To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".*

Izba także zauważa, że możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, nie jest warunkowana „istotnością" przekroczenia zakładanego budżetu zamawiającego. Przepis ten stanowi bowiem o przewyższaniu kwoty którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem możliwe będzie unieważnienie postępowania tej podstawie nawet w przypadku nieznacznego przekroczenia budżetu zamawiającego. Istotność przekroczenia może mieć oczywiście w indywidualnej sprawie wpływ na decyzję zamawiającego w przedmiocie ewentualnego zwiększenia przedmiotowej kwoty, jednakże podjęcie takiej decyzji stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może ale nie musi korzystać.

Odnosząc się do pozostałej części argumentacji Odwołującego ponownie należy wskazać, że przepis art. 255 pkt 3 Pzp dla ustalenia, że postępowanie powinno zostać unieważnione, wymaga odniesienia się do dwóch wartości, tj. kwoty podanej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, w rozumieniu art. 222 ust. 4 ustawy Pzp oraz do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną. Jak wskazywał sam Odwołujący w treści odwołania, przepisy dotyczące unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podstawę czynności unieważnienia postępowania mogą stanowić ściśle interpretowane przesłanki z przepisu art. 255 ustawy Pzp. Przyjęcie argumentacji odwołania i oczekiwanie, że Zamawiający rozważając możliwość unieważnienia postępowania odniesie się do wartości innych niż wskazane wprost w treści art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, byłoby właśnie rozszerzającą, nieuprawnioną interpretacją przepisu. Zaaprobowanie takiego stanowiska prowadziłoby *de facto* do jego zignorowania i dalszego prowadzenia postępowania, pomimo zajścia okoliczności uzasadniających jego unieważnienie. Skoro tak, część argumentacji odwołania dotycząca terminów obowiązywania umowy i kwot, jakie realnie Zamawiający musiałby wydatkować, które to kwoty różnią się od kwoty podanej przez Zamawiającego w trybie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, zdaniem Izby, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej uzasadnienia unieważnienia postępowania dokonanego przez Zamawiającego, zauważenia wymaga, że istotnie zawiera ono minimalny zakres informacji, jednakże to nie oznacza, że wykonawca nie uzyskał wystarczającej informacji o powodach unieważnienia postępowania, która to okoliczność wpłynęła na możliwość sformułowania odpowiedniej argumentacji w treści środka ochrony prawnej.

Izba w konkluzji stwierdza, że wskazany przepis podobnie jak i wskazany art. 260 ust.1 ustawy Pzp nie precyzuje jak szczegółowe powinno być uzasadnienie dla tej decyzji w oparciu o tę przesłankę. W brzmieniu tych przepisów trudno upatrywać, że brak uzasadnienia unieważnienia postępowania, z uwzględnieniem okoliczności podnoszonych na rozprawie odniesienia do których żąda wykonawca, dowodzi niewykazania, braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do kwoty wynagrodzenia z oferty Odwołującego. W świetle art. 255 pkt 3 Pzp brak woli zamawiającego, co do podwyższenia tych środków pozbawia odwołującego prawa do domagania się wyboru jego oferty oraz zawarcia umowy. Ustawa Pzp – jak już podnoszono - nie nakłada na Zamawiającego obowiązku

wskazywania okoliczności potwierdzanych dowodami, co do braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, w tym do wykazywania, czego domaga się Odwołujący, że zostały przeprowadzone stosowne analizy, co do jego możliwości finansowych, w powołaniu na stosowne dowody oraz wartości ofert. Kwota o jaką budżet Zamawiającego przekracza oferta najkorzystniejsza, stanowiąca mniej niż 10% tego budżetu, jak już wskazywano, nie ma wpływu na decyzję zamawiającego w przedmiocie ewentualnego zwiększenia kwoty, albowiem nawet nieznaczne przekroczenie budżetu zamawiającego może skutkować unieważnieniem postępowania na tej podstawie. Tym samym dalsze argumenty, co do konstrukcji umowy oraz realizacji zamówienia, z uwzględnieniem wynagrodzenia za Usługi Podstawowe (rozliczane w ramach ryczałtu) oraz pozostałej wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy w zależności od ilości i zakresu zleceń Zamawiającego, jest bezprzedmiotowa dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Ponadto, ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie podlegają mechanizmy budżetowania i prognozowania wydatków w danej jednostce, w tym co do możliwości podjęcia decyzji o zwiększenia kwoty środków w oparciu o „Umowę o dofinansowanie nr 1036/2023/Wn-50/MN-PO/D zawartej w dniu 05 czerwca 2023 r. w ramach dotacji pt. „Stały monitoring zagrożeń śródlądowych wód powierzchniowych wraz z systemem wczesnego ostrzegania", do czego faktycznie sprowadzałoby się rozstrzygnięcie w przedmiocie żądanego w odwołaniu nakazania Zamawiającemu dalszego prowadzenia Postępowania, w tym badania i oceny ofert.

Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, w tym art. 16 ustawy Pzp Izba uznała w stanie faktycznym tej sprawy za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

……