

**WYROK**

**z dnia 18 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Energetyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Energoinstal Spółka Akcyjna w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **JSW Spółkę Akcyjną w Zabrze**

przy udziale wykonawcy **Control Process Spółka Akcyjna w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Energetyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Energoinstal Spółka Akcyjna w Katowicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Energetyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Energoinstal Spółka Akcyjna w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polimex Energetyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Energoinstal Spółka Akcyjna w Katowicach** na rzecz **JSW Spółki Akcyjnej w Zabrze** kwotę **4050 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt złotych zero

groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - JSW SA w Zabrze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 grudnia 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polimex Energetyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Energoinstal Spółka Akcyjna w Katowicach (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania;
- 2) zaniechania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

A. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie przez zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż podana przez zamawiającego kwota na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia nie przewyższa ceny zamówienia gwarantowanego (podstawowego), podanej w najkorzystniejszej ofercie odwołujących;

B. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez niedokonanie przez zamawiającego wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej, pomimo faktu, iż podana przez odwołujących cena zamówienia gwarantowanego (podstawowego) mieściła się w kwocie na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, podanej przez zamawiającego;

Odwołujący wnieśli o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołujących,
- 3) zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia ustawy P.z.p. przez zamawiającego w przypadku bowiem nakazania przez Izbę unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, to odwołujący mogą uzyskać dla siebie przedmiotowe zamówienie, gdyż złożona przez nich oferta uzyskała największą ilość punktów, a zatem była najkorzystniejsza wśród wszystkich złożonych ofert. Szkodą, jaką odwołujący mogą ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że odwołujący spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz złożyli ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Zamawiający JSW KOKS S.A. prowadzi zamówienie w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę bloku energetycznego opalanego gazem koksownicom w Koksowani Radlin” (numer referencyjny P/I/2016).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 stycznia 2016 roku oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 stycznia 2016 roku nr 2016/S 009-010892.

W sekcji II.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu "Informacje o opcjach" zostało wskazane, iż „Zamawiający dopuszcza rezygnację z. realizacji przedmiotu umowy w zakresie zbiornika gazu koksowniczego wraz powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą”

Zamawiający w przedmiotowym zamówieniu przewidział możliwość skorzystania z opcji (tzw. prawo opcji).

Powyższe zostało powtórzone przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie bowiem z pkt. 4.8 s.i.w.z. „Zamawiający dopuszcza rezygnację z realizacji przedmiotu Umowy w zakresie zbiornika gazu koksowniczego, o którym mowa w pkt. 4.5.3.1 SIWZ wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą (prawo opcji)”. Ponadto, w Załączniku nr 10 do SIWZ, tj. Propozycji zestawienia etapów rozliczeniowych, zamawiający wskazał, iż prawo opcji powinno zostać wycenione przez wykonawców dokładnie na 8% wynagrodzenia (poz. 9 tabeli). Zgodnie zaś ze wzorem formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., zamawiający zobligował wykonawców do podania ryczałtowej ceny netto za realizację zbiornika gazu koksowniczego, o którym mowa w pkt. 4.5.3.1 SIWZ wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą (opcja).

W przedmiotowym postępowaniu trzech wykonawcy zostali zaproszeni do składania ofert i złożyli następujące oferty:

- 1) oferta Control Process S.A. na kwotę 237.890.610,00 zł brutto, kwota ryczałtowa brutto za realizację opcji została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie odtajnił tej części oferty tego wykonawcy;
- 2) oferta Konsorcjum firm: SBB ENERGY S.A. (Lider) i SLOVENSKE ENERGETICKE STROJARNE a.s. (Członek) na kwotę 273.555.000,00 zł brutto, w tym kwota za realizację opcji 8.896.000,00 zł brutto;
- 3) oferta odwołujących na kwotę 251.908.728,12 zł brutto, w tym kwota za realizację opcji 20.161,968,12 zł brutto.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert wskazał, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p., kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta została określona w wysokości 241.080.000.00 zł.

Zamawiający dnia 30 listopada 2016 roku o godz. 10:00 dokonał otwarcia ofert, które następnie zostały poddane ocenie zamawiającego, Ze względu na przyjęte w postępowaniu kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. kryterium nr 1: cena — waga 5% oraz kryterium nr 2: Wskaźnik NPVR (wartość zaktualizowana netto przedsięwzięcia do zaktualizowanej wartości nakładów inwestycyjnych) - waga 95%, Zamawiający przyznał złożonym ofertom następującą ilość punktów:

Numer

- |    |   |           |
|----|---|-----------|
| 1. | Control Process S.A.  | 99,13 pkt |
| 2. | Konsorcjum firm: SBB ENERGY S.A., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole, SLOVENSKE ENERGETICKE STROJARNE a.s., Tovarenska 20, 935 28 Tlmace                 | 60,40 pkt |
| 3. | Konsorcjum firm: Polimex Energetyka Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, Energoinstal SA., Al. Roździeńskiego 188d, 40-203 Katowice | 99,72 pkt |

Dnia 19 grudnia 2016 roku Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu prawnym zamawiający wskazał jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena 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 oferty najkorzystniejszej.

Z kolei w uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, iż „Zamawiający na finansowanie zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 241.080.000,00 zł brutto. W przedmiotowym postępowaniu cena najkorzystniejszej oferty przewyższa o 10.828.728,12 zł tę kwotę. Z uwagi na fakt, Zamawiający nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący podnieśli, iż - mając na uwadze fakt, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 241.080.000,00 zł, to przedmiotową kwotę należy odnosić do zamówienia gwarantowanego (podstawowego), a zatem podanych przez wykonawców w formularzach ofert cen brutto pomniejszych o wskazane w ofertach ceny brutto za wykonanie prawa opcji.

W przypadku odwołującego cena zamówienia gwarantowanego wynosi zatem 231.746.760,00 zł brutto (251.908.728,12 zł brutto - 20.161.968,12 zł brutto), mieści się więc w kwocie jaką zamawiający podał na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący stwierdzili, że mając na uwadze pozostałe złożone oferty, to oferta wykonawcy Control Process S.A. została utajniona w części odnoszącej się do wskazania wynagrodzenia ryczałtowego za realizację opcji, zatem nie jest możliwe dla odwołującego określenie, jaką cenę wykonawca ten podał za realizację zamówienia gwarantowanego (podstawowego).

Z kolei w przypadku Konsorcjum SBB Energy cena zamówienia gwarantowanego wynosi 264.656.000,00 zł brutto (273.552.000,00 zł brutto - 8.896.000,00 zł brutto).

Odwołujący przyjęli - zgodnie z jednoznacznym wymogiem określonym w SIWZ - wartość opcjonalnego zbiornika gazu koksowniczego na kwotę 8% ceny zamówienia, gdyż zastosował się do wskazań zamawiającego zawartych w poz. 9 załącznika nr 10 do SIWZ. Z kolei Konsorcjum SBB Energy wyceniło opcjonalny zbiornik gazu koksowniczego według jego rzeczywistej rynkowej wartości (tj. ok. 4% ceny zamówienia). Odwołujący podejrzewają, iż podobną wycenę zastosował także Control Process S.A., który mając świadomość, iż odbiega w tym miejscu od wymagania określonego załącznikiem nr 10 do SIWZ, zdecydował się na utajnienie swojej oferty w tym zakresie.

Odwołujący podnieśli, iż sama ustawa P.z.p. nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”, zatem konieczne jest powołanie się na stanowiska wypracowane przez doktrynę oraz orzecznictwo w przedmiotowej sprawie. Ustawa P.z.p. jedynie w art. 34 ust. 5 wskazuje, iż jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z

uwzględnieniem prawa opcji. Odwołujący podkreślili, za przeważającymi stanowiskami doktryny, że choć w samych przepisach ustawy P.z.p. brak jest wyraźnego odniesienia do robót budowlanych, to ustawa ta nie wyklucza zastosowania prawa opcji także i do takich zamówień. Pogląd taki wywodzi się m.in. z regulacji prawnych zawartych w dyrektywach unijnych, które w zakresie prawa opcji odnoszą się do wszystkich rodzajów zamówień, nie ograniczając się jedynie do usług i dostaw (zob. m.in. Sasin Aleksandra, Prawo opcji w polskim systemie zamówień publicznych, ABC; Kolasa Daniel, Walach Tomasz, Prawo opcji w zamówieniach publicznych, FK 2016/3/41-49).

Jeśli chodzi zaś o istotę prawa opcji, to jest nią założenie, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać (tak: m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2394/14). Zgodnie z kolei z opinią Urzędu Zamówień Publicznych pt.: „Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych” zamawiający przewidując prawo opcji zobowiązany jest do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach.

Odwołujący wskazali, że w niniejszym postępowaniu zamawiający określił prawo opcji nieco odmiennie, niż wynika to z powoływanych powyżej stanowisk doktryny i judykatury. Zamawiający nie określił bowiem wprost zamówienia podstawowego (gwarantowanego), które wykonawca będzie zobowiązany wykonać, oraz odrębnie prawa opcji, które może zostać wykonane jedynie w określonych sytuacjach. Zamawiający określił całość zamówienia z możliwością ewentualnej rezygnacji z jego (z góry określonej) części.

W ocenie odwołujących, należy dojść do wniosku, że zamówienie podstawowe (gwarantowane), które wykonawca na pewno będzie zobligowany wykonać, to zamówienie pomniejszone o opcję wskazaną przez zamawiającego, tj. zbiornik gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą, którego wykonanie może, ale wcale nie musi nastąpić.

Skoro zamawiający przewiduje możliwość rezygnacji z realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie zbiornika gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą, zatem uznać należy iż zakres ten przewidział jedynie opcjonalnie i wykonawca nie może być pewien jego wykonania. Decyzja w zakresie skorzystania z opcji będzie należała wyłącznie do zamawiającego, wykonawca natomiast

winien liczyć się z koniecznością wykonania opcji, nie zakładając jednak iż z pewnością wykona w ramach przedmiotu zamówienia zbiornik gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą.

Odwołujący powołali się na Opinię prawną UZP pt.: 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 (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2014) i podzielili pogląd UZP, iż „W celu wyjaśnienia wzajemnej relacji przepisów art. 86 ust 3 ustawy Pzp i art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w kontekście powyższego zagadnienia, uzasadnione jest przyjęcie wykładni, zgodnie z którą podawana do publicznej wiadomości przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna odnosić 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. Tylko podawana przez zamawiającego kwota zamówienia gwarantowanego będzie zatem punktem odniesienia do ewentualnego zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko zyskało aprobatę w doktrynie (zob. m.in. stanowiska Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych, Komentarz do art. 34, wyd. II; Maria Witkowska „Prawo opcji w zamówieniach publicznych”, Sasin Aleksandra, „Prawo opcji w polskim systemie Zamówień publicznych, ABC).

Ponadto, UZP w wyżej powoływanej opinii prawnej wskazał również, że podana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wiąże zamawiającego w tym sensie, że stanowi punkt odniesienia dla stwierdzenia czy istnieją podstawy do unieważnienia postępowania ze względu na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący powołali się na tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2011 roku (sygn. akt KIO 1693/11), zgodnie z którą „Podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty, którą zamawiający zamierzą przeznaczyć na finansowanie zamówienia, ma charakter gwarancyjny - chronić ma wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP oraz na wyrok z dnia 10 kwietnia 2015 roku (sygn. akt KIO 622/15), zgodnie z którym, iż „Podanie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma niejako charakter gwarancyjny w tym sensie, iż jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierzą przeznaczyć na finansowanie



zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez mego wysokości środków".

W ocenie odwołujących, nie może określać przyczyny unieważnienia postępowania stwierdzenie zamawiającego wskazane w piśmie stanowiącym zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, że cena najkorzystniejszej oferty wraz z opcją przewyższa o 10.828.728,12 zł kwotę podaną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia tj. kwotę 241.080.000,00 zł. Zamawiający zapomniał bowiem pomniejszyć kwoty składanych ofert o wycenione w tych ofertach opcje (podane w ryczałtowych kwotach brutto), co spowodowało błędne uznanie, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza podaną przez zamawiającego kwotę na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Cena oferty odwołującego bez opcji wynosi bowiem 231.746.760,00 zł brutto, a zatem mieści się w kwocie podanej przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podnieśli, że mając na uwadze rozważania wskazane w pkt. II powyżej, uznać należy, że w związku z faktem, iż cena za realizację zamówienia gwarantowanego wskazana w ofercie odwołujących mieściła się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego postępowania, jak również oferta odwołujących uzyskała najwyższą ilość punktów (99,72 pkt), to zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołujących, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnieśli, że cena zbiornika gazu określona przez zamawiającego w załączniku nr 10 do SIWZ w wysokości 8 % jest istotnie zawyżona, gdyż zgodnie z przeprowadzoną kalkulacją po aktualnych cenach rynkowych nie przekracza ona wartości 4% ceny zamówienia, co zresztą potwierdzają pozostali oferenci w swoich ofertach. Odwołujący, aby wyeliminować możliwość zastosowania względem jego oferty przesłanki jej odrzucenia na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjęli wartość opcjonalnego zbiornika gazu w wysokości 8% jednoznacznie określoną przez zamawiającego.

Mając na uwadze art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący wskazali, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Badanie i ocena przez zamawiającego ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wykazały, iż to oferta odwołujących została oceniona jako najkorzystniejsza, zatem wybór tej oferty przez zamawiającego powinien być zostać dokonany, jako czynność kończąca wielomiesięczne postępowanie o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2017 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania odwołujących w całości;

2. na zasadzie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, o zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego:

2.1. kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę, wedle zestawienia stanowiącego załącznik do odpowiedzi na odwołanie;

2.2. kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem wynagrodzenia pełnomocników w postępowaniu zainicjowanym wniesionym odwołaniem;

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie przez zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż podana przez zamawiającego kwota na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia nie przewyższa ceny zamówienia gwarantowanego (podstawowego), podanej w najkorzystniejszej ofercie odwołujących, zamawiający stwierdził, że wykonując dyspozycję wynikającą z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynoszącą: 241 080 000,00 zł brutto. W przedmiotowym postępowaniu kwota przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia jest odzwierciedleniem wartości zamówienia (196.000.000,00 zł) powiększonej o podatek od towarów i usług VAT w obowiązującej wysokości 23%. Wartość zamówienia została ustalona we wrześniu 2015 roku na podstawie dokumentu opracowanego przez Biuro Studiów, Projektów i Realizacji „ENERGOPROJEKT-KATOWICE” Spółkę Akcyjną w Katowicach pn.: „Planowane koszty robót budowlanych bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym na terenie Koksowni Radlin wraz z przyłączem energetycznym.”

W dokumencie będącym podstawą określenia wartości zamówienia, a tym samym w dokumencie, na podstawie którego zamawiający podał do publicznej wiadomości kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia wskazano, że wartość całego zamówienia wynosi 196.031.565,00 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt sześć milionów trzydzieści jeden tysięcy pięćset sześćdziesiąt pięć złotych) netto. We wskazanej powyżej kwocie uwzględniono również wartość zbiornika gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą, którą oszacowano na kwotę: 15.130.000,00 zł (słownie: piętnaście milionów sto trzydzieści tysięcy złotych), gdzie: (i) koszty robót ziemnych w kwocie 1,280.000,00 zł (słownie: milion dwieście osiemdziesiąt tysięcy złotych); (ii) koszty zbiornika gazu koksowniczego w kwocie 13,200.000,00 zł (słownie: trzynaście milionów dwieście tysięcy złotych); (iii) koszty instalacji elektrycznych oświetlenia w kwocie 60.000,00 zł (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych); (iv) koszty wykonania rurociągu na odcinku do

zbiornika od trójnika prowadzącego do odpustnicy gazu (ok, 40 mb) w kwocie 125.000,00 zł (słownie: sto dwadzieścia pięć tysięcy złotych); (v) koszty wykonania estakady na odcinku wskazanym w pkt. (iv) powyżej w kwocie 165.000,00 zł (słownie: sto sześćdziesiąt pięć tysięcy złotych) oraz (vi) koszt wykonania dróg i placów w zakresie zbiornika (stanowiących ok 30% wszystkich dróg i placów) w kwocie 300.000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych),

Zamawiający stwierdził, że - wbrew twierdzeniom odwołujących - kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, odczytana bezpośrednio przez otwarciem ofert (241.080.000,00 zł brutto) zawierała w sobie również wartość zbiornika gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą, czyli nie dotyczyła wyłącznie zamówienia pomniejszonego o wartość opcji.

Zamawiający podkreślił, że tworząc opis przedmiotu zamówienia objął nim zarówno wykonanie robót budowlanych dotyczących stricte samego bloku energetycznego jak i zbiornika gazu - i to m.in. te elementy łącznie stanowiły podstawę określenia wartości zamówienia, a tym samym wskazania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Intencją i wolą zamawiającego było wykonanie całego przedmiotu zamówienia opisanego w pkt. 4 SIWZ, załączniku nr 9 do s.i.w.z. (wzór umowy) oraz Specyfikacji Technicznej (załączniki nr 2 do s.i.w.z.), nie zaś wykonanie ww. robót z wyłączeniem zbiornika gazu koksowniczego wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą - jak twierdzą odwołujący.

Z uwagi na fakt, że zamawiający przewidział rezygnację z wykonania zbiornika gazu wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą (prawo opcji) na etapie realizacji umowy, a nie przed jej zawarciem, na otwarciu odczytano kwotę przeznaczoną na realizację całego zamówienia opisanego w treści s.i.w.z. oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu, a nie kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia pomniejszonego o wartość opcji.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli do skalkulowania ceny oferty według zasad opisanych w pkt. 21 s.i.w.z., co oznacza, że cena oferty winna obejmować koszt wykonania całego przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w pkt. 4 s.i.w.z., załączniku nr 9 do s.i.w.z. (wzór umowy) oraz przekazanej Specyfikacji Technicznej (załączniki nr 2 do s.i.w.z.) a więc również wykonanie zbiornika gazu wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą (prawo opcji).

Żądanie zamawiającego zawarte w treści załącznika nr 10 do s.i.w.z., w przedmiocie określenia wartości zbiornika gazu wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą na poziomie 8% ceny całkowitej oferty miało charakter wyłącznie porządkowy,

ułatwiający bezsporne pomniejszenie umownego wynagrodzenia wykonawcy (z uwagi na jego ryczałtowy charakter) wyłącznie w przypadku skorzystania z prawa opcji na etapie realizacji umowy.

Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć tezę postawioną przez odwołujących za słuszną (wedle której: „Zamawiający zapomniał bowiem pomniejszyć kwoty składanych ofert o wycenione w tych ofertach opcje (podane w ryczałtowych kwotach brutto)” - z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu kwota odczytana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert to wartość zamówienia powiększona o należy podatek od towarów i usług VAT (uwzględniająca cały przedmiot zamówienia w tym również wykonanie opcji) cena odwołujących nadal przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia (po odjęciu wartości zbiornika gazu wraz z powiązaniem z nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą).

Zamawiający wskazał, że zamówienie pn. „Budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w koksowni Radlin” finansowane jest ze środków własnych zamawiającego oraz Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. co za tym idzie możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia uzależniona jest zarówno od decyzji i możliwości finansowych zamawiającego jak również od decyzji ARP. Wobec faktu, iż zamawiający nie dysponuje możliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co więcej jego partner biznesowy również nie przewiduje takiej opcji, brak jest możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazał, że zarówno w treści s.i.w.z. (pkt. 2.2) jak i w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja ii.2.2), zamawiający zastrzegł, że: „W związku z okolicznością, iż zapewnienie środków finansowych na realizację przedmiotu zamówienia uzależnione jest od pozytywnej decyzji Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. (ARP) w zakresie przyznania finansowania, Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od zawartej Umowy w przypadku nieotrzymania finansowania z ARP w terminie do 3 (trzech) miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Prawo odstąpienia od umowy może być wykonane w takim przypadku w terminie do 30 (słownie: trzydziestu) dni kalendarzowych licząc od dnia powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o wystąpieniu przyczyny odstąpienia, o której mowa w zdaniu poprzedzającym (umowne prawo odstąpienia).

Zamawiający podniósł, że nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem odwołujących dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Skoro bowiem cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie (co zostało wykazane powyżej) zamawiający unieważnia

postępowanie o udzielenie zamówienia, chyba że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty (brak możliwości zwiększenia tej kwoty również został wykazany powyżej).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez niedokonanie przez zamawiającego wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej, pomimo faktu, iż podana przez odwołujących cena zamówienia gwarantowanego (podstawowego) mieściła się w kwocie na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, podanej przez zamawiającego, zamawiający stwierdził, że po weryfikacji treści ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, pod kątem ich zgodności z treścią s.i.w.z. dokonał również ich oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia. Z uwagi na fakt, że żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu zamawiający przyznał każdej z ofert punkty obliczone na podstawie zasad określonych w treści s.i.w.z.

Jak wskazano w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 19 grudnia 2016 roku, zamawiający przyjął, że ze względu na przyjęte w postępowaniu kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. Kryterium nr 1: cena (waga 5%) oraz Kryterium nr 2: Wskaźnik NPVR - wartość zaktualizowana netto przedsięwzięcia do zaktualizowanej wartości nakładów inwestycyjnych (waga 95%), ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, którego przedmiotem jest: „Budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin” złożyli odwołujący.

Z uwagi na fakt, że cena oferty odwołujących przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz z uwagi na fakt, że zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający podkreślił, że treść odwołania nie wykazuje w jakikolwiek sposób, iż zamawiający naruszył swym działaniem lub zaniechaniem dyspozycję art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. Przedmiotowe twierdzenie, znajdujące swoje oparcie wyłącznie w *petitum* odwołania, nie pozwala na przyjęcie tezy, aby czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu naruszały zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Pismem z dnia 13 stycznia 2017 r. przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu polegającego na dokonaniu przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania pomimo faktu, że podana przez zamawiającego kwota na sfinansowanie zamówienia nie przewyższa ceny zamówienia, którą zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przystępujący stwierdził, że odwołujący w pierwszej kolejności powołali się w swoich rozważaniach m.in. na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Prawo opcji w ustawie zamówień publicznych” oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2394/14. Tymczasem przywołane rozważania nie odnoszą się do omawianej problematyki, co zresztą przyznali wprost odwołujący, albowiem ww. stanowiska dotyczą klasycznie rozumianej instytucji prawa opcji, zgodnie z którą zamawiający zastrzega w umowie możliwość rozszerzenia pierwotnego świadczenia o określony zakres. Konwencjonalnie zatem prawo opcji rozumiane jest jako prawo podjęcia decyzji o nabyciu dodatkowych usług lub dostaw (względnie robót budowlanych), niejako towarzyszących zamówieniu zasadniczemu.

Przystępujący podniósł, że w punkcie 4.8 s.i.w.z. zastrzeżone natomiast zostało, iż "Zamawiający dopuszcza rezygnację z realizacji przedmiotu Umowy w zakresie zbiornika gazu koksowniczego, o którym mowa w pkt. 4.5.3.1 SIWZ wraz z powiązаныmi nim kolektorem gazu i przynależną infrastrukturą (prawo opcji)." Przyjęta zatem przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu opcja dotyczy możliwego (hipotetycznego) zmniejszenia zakresu zamówienia, co stanowi w istocie nieco innego rodzaju, bardzo rzadko spotykane zastosowanie opisywanej instytucji. Jakikolwiek zatem dosłowne odnoszenie funkcjonujących w obiegu interpretacji prawnych dotyczących uwzględnienia prawa opcji w przepisach P.z.p., poczynionych *de facto* na kanwie dorobku praktyki klasycznego stosowania ww. instytucji przez zamawiających, będzie w niniejszej sprawie oczywiście nieadekwatne.

Przystępujący stwierdził, że analizując przywołaną przez odwołującego opinię prawną UZP zat.: „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", zawartą w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych (nr 6/2014) z łatwością dostrzec można, iż pogląd tam przedstawiony ukształtowany został na potrzeby i w oparciu o wspomniane wyżej sytuacji standardowo stosowanego prawa opcji, zmierzającego do rozszerzenia w przyszłości zakresu zamówienia do określonego maksymalnie poziomu. Powyższego dowodzi choćby zawarta w końcowej części reasumpcja, kwitująca, iż: „Celem zastosowania instytucji prawa opcji nie jest zobowiązanie zamawiającego do wydatkowania w przyszłości środków przeznaczonych na opcję, poprzez zamrożenie w jego budżecie kwot przeznaczonych na ten cel, ale stworzenie możliwości udzielenia w przyszłości zamówienia publicznego w szerszym, przewidzianym w umowie zakresie, przy uwzględnieniu okoliczności, że będzie to nadal zgodne z jego potrzebami, jak i możliwością poniesienia wydatków na sfinansowanie zakresu zamówienia objętego opcją." Jednakże zastrzeżone w tym postępowaniu prawo opcji nie będzie wykonywane poprzez

udzielenie zamówienia przez zamawiającego w trakcie trwania umowy. A zatem dokonana i prezentowana przez odwołujących interpretacja, uznająca tzw. kwotę gwarantowaną, jako właściwy punkt odniesienia na potrzeby prawidłowego zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie może znaleźć zastosowania do niniejszego przypadku, w którym kwota podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie brutto (o której także mowa w analizowanej opinii prawnej UZP) przeznaczonej przez zamawiającego na wydatkowanie, celem wykonania danego zamówienia, a więc uwzględniającej należne z tego tytułu opłaty i podatki, itp., w tym także zakres prac opisany przez zamawiającego w ramach atypowo ujętego prawa opcji.

Przystępujący stwierdził, że nie sposób zgodzić się z odwołującymi, iż zamówienie, które wykonawca będzie zobligowany wykonać, to zamówienie pomniejszone o opcję wskazaną przez zamawiającego. Na dzień zawarcia umowy wykonawca podejmuje się i jednocześnie zobowiązuje za cenę ustaloną w ofercie do wykonania pełnego zakresu zamówienia, a tylko fakultatywnie może zdarzyć się, iż dojdzie do jego pomniejszenia w wyniku arbitralnej decyzji zamawiającego, co stanowi w tym przypadku szczególne uprawnienie (nie zaś zobowiązanie) zamawiającego. Konsekwentnie zatem zamawiający zakłada realizację całości zamówienia i do chwili, w której swoim oświadczeniem nie dokona zmiany tego zakresu o zastrzeżone prawo opcji, wykonawca realizuje bezwzględnie to zamówienie w pełnym zakresie. A zatem sposób, w jaki zamawiający sformułował prawo opcji determinuje w tym przypadku także metodę określenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która winna odpowiadać pełnej wartości zamówienia brutto, bez dokonywania jakichkolwiek redukcji.

Przystępujący wskazał, że w protokole postępowania zamawiający podał wprost, iż kwota wskazana bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 241 080 000 zł brutto. Podana suma nie dotyczyła zatem ograniczonego zakresu zamówienia, wręcz przeciwnie, wskazywała na przewidywaną przez zamawiającego pełną wartość przedmiotu zamówienia, którą, zgodnie z s.i.w.z., jest: „realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego na zasadzie budowy Kompletnego Obiektu "pod klucz", polegającego na zaprojektowaniu oraz budowie bloku energetycznego w celu zagospodarowania nadwyżki gazu koksowniczego w Koksowni Radlin poprzez wykorzystanie tego gazu jako paliwa gazowego sztucznego do opalania bloku energetycznego, wytwarzającego energię elektryczną i ciepło użytkowe w procesie kogeneracji na potrzeby własne i na sprzedaż. Inwestycja składa się x 2 (dwóch) kotłów parowych, 1 turbiny parowej kondensacyjno-upustowej, generatora elektrycznego, kompletu instalacji pomocniczych i przyłącza elektromagnetycznego w celu wyprowadzania mocy z projektowanego bloku do stacji GPZ Radlin własności Tauron Dystrybucja SA". Mając zatem

na względzie, iż zamawiający zamierzał na dzień otwarcia ofert realizować pełen zakres zamówienia, konsekwentnie posługiwał się kwotą zarezerwowaną na realizację całości zamówienia, nie dokonując zatem wyłączenia, co do zakresu opisanego dla prawa opcji.

W ocenie przystępującego, nawet gdyby przyjąć prawidłowość stanowiska odwołujących w kwestii potrzeby uwzględnienia tzw. kwoty gwarantowanej i jako taką traktować w tym przypadku wartość zamówienia pomniejszoną o wartość prawa opcji, wówczas, uwzględnić należy, iż cytowane w oparciu o ww. opinię prawną UZP uwagi dotyczą oczekiwanego od zamawiającego kanonu zachowania, precyzując, iż podawana do publicznej wiadomości przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia powinna odnosić się do zamówienia gwarantowanego. Tym samym mając na względzie, iż zamawiający, zgodnie z przywołanym protokołem postępowania, przyjął kwotę całkowitej wartości zamówienia, jedynym uchybieniem, jakie można mu zarzucić jest niepomniejszenie podanej sumy o szacunkową wartość robót objętych zakresem opcji, co w rezultacie dałoby sumę niższą od wskazanych 241 080 000 zł o 19 286 400 zł (tj. o 8%) i mogło stanowić ewentualne naruszenie przepisu art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p.

Za nieprawidłowe wobec powyższego uznać należy dokonane przez odwołujących porównanie kwoty wartości zamówienia (241 080 000 zł) zawierającego zakres odnoszący się do prawa opcji (prawa pomniejszenia zamówienia) do ceny oferty odwołujących bez prawa opcji wynoszącej 231 746 760,00 zł. Kwota 241 080 000 zł podana przez zamawiającego odnosi się bez wątplenia do pełnej wartości zamówienia, o czym przesądza jak wskazano wyżej treść protokołu postępowania. Jakikolwiek zestawianie kwoty wartości zamówienia, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomniejszonego o prawo opcji (tzw. zamówienia gwarantowanego) z oferowaną przez odwołujących ceną oferty z wyłączeniem prawa opcji, powinno odbyć się z uwzględnieniem potrzeby pomniejszenia sumy 241 080 000 zł we wskazany wyżej sposób.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wyboru oferty odwołujących, przystępujący stwierdził, że jeśli zatem poczynione przez odwołujących rozważania, nie mogą odnieść skutku, czynność zaniechania wyboru oferty odwołujących, pomimo uzyskanej najwyższej ilości punktów, należy uznać za prawidłową.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż stan faktyczny opisany w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę. Nie jest on sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego.



### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie przez zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż podana przez zamawiającego kwota na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia nie przewyższa ceny zamówienia gwarantowanego (podstawowego), podanej w najkorzystniejszej ofercie odwołujących.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena 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 najkorzystniejszej oferty. Kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p., podaje bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Istotą sporu jest kwestia, czy kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, uwzględnia zakres zamówienia, objęty prawem opcji w formie przewidzianej w przedmiotowym postępowaniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji lub wznowienia zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy).

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy w odniesieniu do instytucji prawa opcji, również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), że „jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił wprost zamówienia podstawowego (gwarantowanego), które wykonawca będzie zobowiązany wykonać, oraz odrębnie prawa opcji, które może zostać wykonane jedynie w określonych sytuacjach. Zamawiający określił całość zamówienia z możliwością ewentualnej rezygnacji z jego z góry określonej części. Zamówienie co do zasady obejmowało zatem zakres uwzględniający również część zamówienia objętego prawem opcji.

Tym samym, rozstrzygając kwestię, czy w rozpoznawanym przypadku kwota, jaką zamawiający obowiązany jest podać zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p., winna uwzględniać część zamówienia objętego prawem opcji, należy odpowiedzieć na pytanie, co należy rozumieć pod pojęciem "zamówienia", o którym mowa we wskazanym przepisie. Zamawiający obowiązany jest bowiem podać kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie "zamówienia".

W tym celu należy odwołać się do definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy P.z.p., zgodnie z którą przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Ze wskazaną definicją koreluje przepis art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z powyższego wynika zatem, że prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem czynnik objęty koniecznością jego wskazania zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Stanowisko to potwierdzają także wskazane wyżej przepisy dyrektywy oraz art. 34 ust. 5 ustawy P.z.p., nakazujące, przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia, uwzględniać prawo opcji. Oczywistym jest zatem, iż prawo opcji stanowi część przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

Zamawiający, podając kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, obowiązany jest zatem podać kwotę, za którą zamierza sfinansować przedmiot zamówienia opisany zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., w tym art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Oczywistym jest zatem, iż kwota ta winna dotyczyć zamówienia rozumianego kompleksowo, tj. również z przewidywanym prawem opcji.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Podana przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy

P.z.p. kwota uwzględniała zakres zamówienia objęty prawem opcji. Kwota ta była niższa niż cena najkorzystniejszej oferty. Ewentualne podwyższenie wskazanej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty nie było objęte zarzutami odwołania, w związku z powyższym nie stanowiło przedmiotu rozpoznania przez Izbę.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Oddalenie wskazanego wyżej zarzutu jest równoznaczne z uznaniem za niezasadny drugiego z podniesionych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez niedokonanie przez zamawiającego wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej. Zgodne z prawem unieważnienie postępowania uniemożliwia bowiem wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołujących.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....