

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Emilia Garbala**  
**Emil Kawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, Orange Polska S. A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Prokuraturę Krajową w Warszawie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, Orange Polska S. A. w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, Orange Polska S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, Orange Polska S. A. w Warszawie na rzecz Prokuratury Krajowej w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. 113 poz. 1579 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Prokuratura Krajowa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup komputerów stacjonarnych, drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych oraz dostawa produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 124-253146. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania wyniku postępowania 26 lutego 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, Orange Polska S. A. w Warszawie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej, pomimo iż cena oferty najkorzystniejszej nie przewyższa kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zdaniem odwołującego skoro zamawiający przewidział prawo opcji w wielkości 40% zamówienia podstawowego, to kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 78.076.600,00 zł brutto (kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia podstawowego powiększona o 40%).

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Postępowanie, którego dotyczy wniesione odwołanie, to część 2 (POS 2) projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”, który zamawiający podzielił na trzy części (POS 1-3). Całkowita wartość projektu wynosi 103.065.708,56 zł.

Zamawiający w SIWZ (Formularz Ofertowy pkt 2) przewidział prawo opcji w wysokości 40%

wynagrodzenia wykonawcy. Opisał sposób obliczenia wartości prawa opcji, wskazując, że należy kwotę z pkt. 1 (wynagrodzenie za zamówienie podstawowe) przemnożyć przez 40%.

Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 55.769.000,00 zł. Kwota ta powiększona o 40% stanowi 78.076.600,00 zł.

Oferta odwołującego jest jedyną ofertą w postępowaniu, gdyż pozostałe oferty zostały przez zamawiającego odrzucone. Jej cena wynosi 72.185.050, 59 zł.

15 lutego 2018 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, jednocześnie unieważnił postępowanie z uwagi na to, że cena tej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że oferta odwołującego, oferta z najniższą ceną, z kwotą 72.185.050,59 PLN brutto za zamówienie podstawowe, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 55.769.000,00 zł brutto.

Wobec powyższego odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z niezawarcia umowy z zamawiającym.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionego w nim zarzutu. Jedyne zarzuty odwołania dotyczyły wyłącznie unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Kwestie dotyczące nienależytego oszacowania wartości zamówienia, braku wystarczającego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania oraz zamiaru udzielenia zamówienia, którego dotyczy wniesione odwołanie, w kolejnych postępowaniach, nie mieszczą się w dyspozycji tego przepisu, ani nie dotyczą okoliczności faktycznych i prawnych przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu domagał się jedynie uwzględnienia w poczet kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia wartości prawa opcji.

Izba uznała, że odwołujący na etapie rozprawy podniósł wobec zamawiającego nowe zarzuty dotyczące nienależytego oszacowania wartości zamówienia, braku wystarczającego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania oraz zamiaru udzielenia zamówienia na ten sam przedmiot, które nie były powołane w odwołaniu i orzekanie co do nich jest niedopuszczalne. Przedmiotem badania przez Izbę nie mogła być również jakość oferty odwołującego. Ocena techniczna tej oferty nie była wskazana w informacji o unieważnieniu postępowania, nie mogła być zatem kwestionowana w odwołaniu, a w konsekwencji również badana przez Izbę.

Wobec tak zakreślonych granic sporu nie zostały uwzględnione powołane przez odwołującego dowody z korespondencji z uczestnikami rynku dostaw i usług informatycznych poprzedzającej oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia oraz notatki służbowej skierowanej do Pana M. W. Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości dotyczącej stanu i możliwości realizacji całości projektu. Nie uwzględniono również wyników testów złożonych przez zamawiającego.

Odwołanie rozpoznane w granicach wyznaczonych zarzutem odwołania okazało się bezzasadne.

Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp została podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert, wynosi ona 55.769.000,00 zł. Cena oferty odwołującego jest od niej wyższa, co oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Niezasadnie odwołujący domaga się uwzględnienia przy badaniu możliwości sfinansowania zamówienia wartości prawa opcji. Prawo opcji nie doczekało się definicji ustawowej, jednak orzecznictwo zgodnie przyjmuje, że jest to uprawnienie zamawiającego do rozszerzenia zamówienia w stosunku do zamówienia podstawowego, które nie ma charakteru zobowiązania. Od decyzji zamawiającego zależy, czy skorzysta z prawa opcji i w jakim zakresie (*vide* wyroki KIO z 21 maja 2013 r. KIO 1024/13 i z 28 maja 2013 r. KIO 1168/13). Wartość prawa opcji powinna być zgodnie z art. 34 ust. 5 Pzp wzięta pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, ale z uwagi na fakt, że opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie musi posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia opcjonalnego. Nie można też pominąć, że nawet jeśli zamawiający posiadałby takie środki, to przyjęcie argumentacji odwołującego prowadziłoby do pozbawienia zamawiającego możliwości korzystania z prawa opcji w pełnym zakresie. Sfinansowanie zamówienia podstawowego ze środków przeznaczonych na realizację opcji oznaczałoby po stronie zamawiającego brak możliwości zapłaty za zamówienie opcjonalne.

Rację ma odwołujący, że art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jako regulacja o charakterze wyjątku, podlega wykładni literalnej. Jednak wniosek z tej konstatacji jest inny niż wyprowadzony przez odwołującego, który prezentował stanowisko, że zamawiający powinien wykazać brak możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Izba zważyła, że skoro przywołany przepis statuuje jedynie możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na

sfinansowanie zamówienia, to decyzja w tym zakresie jest pozostawiona wyłącznie zamawiającemu i jest jego wyłącznym uprawnieniem. Art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie nakłada bowiem na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ani też nie umożliwia wykonawcy badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego. Pogląd taki jest ukształtowany w orzecznictwie (*vide* przykładowo wyroki KIO z: 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 392/14 oraz powołane tam orzecznictwo, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 18, teza 143, str. 133-134, z 5 listopada 2015 r. KIO 2300/15 Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 23, teza 87, str. 77-78 oraz z 16 sierpnia 2016 r. KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 104/16 i KIO 1413/16 Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 25, teza 130, str. 79-80).

Przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert w ten sposób, że nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast w miarę swoich uwarunkowań, w tym wynikających z odrębnych przepisów dotyczących jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, należy interpretować nie jako zobowiązanie zamawiającego do wykazania w ramach podstaw unieważnienia postępowania swoich hipotetycznych możliwości, ale jako uprawnienie do podjęcia decyzji co do zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący nie może domagać się od zamawiającego zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie części 2 zamówienia, co jest wystarczające dla uznania odwołania za bezzasadne. Jedynie dla porządku podnieść należy, że z dokumentów złożonych na rozprawie w charakterze dowodu przez zamawiającego w postaci uchwały Komitetu Sterującego dla Projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)” z 28 września 2017 r. oraz Notatki służbowej Głównej Księgowej Prokuratury Krajowej z 14 lutego 2018 r., wynika że zamawiający podjął próbę pozyskania dodatkowych środków na sfinansowanie POS 2, jednak była ona nieskuteczna.

Biorąc pod uwagę fakt, iż cena oferty odwołującego była wyższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert, zamawiający zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp prawidłowo unieważnił postępowanie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....