

Sygn. akt: KIO 3194/21

WYROK

z dnia 9 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2021 roku przez wykonawcę **LUG Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LUG Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** i :
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LUG Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Zapewnienie usługi światła i utrzymania efektywności energetycznej dla 77 obwodów oświetlenia ulicznego w gminie Wrocław” nr postępowania: TXU.EEI.54.2021.MK, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2021 r. pod nr 2021/S 091-235824.

W dniu 28 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zwanego dalej „Odwołującym”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na unieważnieniu Postępowania oraz zaniechaniu przeprowadzenia badania i oceny oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów Pzp:

1. art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie tj. unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, że rzekomo cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie uwzględnił w kwocie, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz dokonał porównania oferty budżetem Zamawiającego bez uwzględnienia kosztów realizacji zamówienia;
2. art. 253 pkt. 3 Pzp (zmieniony w uzasadnieniu odwołania na art. 255 pkt 3 Pzp) w zw. art. 28 Pzp w zw. z art. 31 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie tj. unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, że rzekomo cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz poprzez zaniechanie oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością poprzez nieuwzględnienie w ww. wartości wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz poprzez dokonanie porównania kwoty, którą zamierza

przeznaczyć na realizację zamówienia z ceną oferty uwzględniającą prawa opcji w kwocie 1.120,000,00 zł.

w konsekwencji naruszenie

3. art. 126 ust. 1 Pzp art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18 października 2021 r. polegającej na unieważnieniu Postępowania,
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia procesu badania i oceny oferty złożonej w Postępowaniu,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Odwołujący jako jedyny wykonawca złożył ofertę w Postępowaniu, a gdyby nie wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów Pzp, oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza – w konsekwencji Odwołujący uzyskałby i zrealizowałby zamówienie oraz osiągnął zakładany zysk.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) i Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest wykonywanie stałych usług zapewnienia światła oraz utrzymania efektywności energetycznej dla 77 obwodów oświetlenia ulicznego w Gminie Wrocław, na bazie urządzeń udostępnionych zamawiającemu przez wykonawcę umożliwiających realizację tych usług. Zgodnie z OPZ celem postępowania jest m.in.:

- 1) zapewnienie efektywności energetycznej dla 77 obwodów oświetlenia ulicznego w Gminie Wrocław w zakresie zmniejszenia energochłonności opraw. Wykonawca udostępni do korzystania przez Zamawiającego nowe zamienniki istniejących 4260 szt. opraw oświetleniowych (pkt. 1.1 OPZ);
- 2) zapewnienie efektywności energetycznej w zakresie jak najniższego zużycia energii elektrycznej przez udostępnione Zamawiającemu nowe oprawy oświetleniowe poprzez zastosowanie inteligentnego systemu sterowania oświetleniem, umożliwiającego Zamawiającemu późniejszą implementację rozwiązań SMART CITY (pkt. 1.2 OPZ);
- 3) usługa utrzymania efektywności energetycznej w zakresie oszczędności energetycznych wynikających z udostępnienia urządzeń opisanych w ppkt 1.1 i 1.2 OPZ przez okres 96 miesięcy od dnia udostępnienia. Wartość oferty za realizację usługi musi wynikać z uzyskanych przez Zamawiającego oszczędności energetycznych oraz finansowych przedstawionych w audycie zweryfikowanym przez Zamawiającego. Zamawiający potwierdza, że dane podane do wyliczeń audytowych w OPZ zostały przez niego wskazane i zaakceptowane. Zamawiający odrzuci ofertę, której wartość przekracza poziom prognozowanych oszczędności. Do obliczeń oszczędności należy zastosować stawkę w wysokości 0,65 zł brutto za kWh ze wszystkimi kosztami.

Do upływu terminu składania ofert (30 września 2021 r.) Zamawiający otrzymał jedną ofertę tj. ofertę Odwołującego z ceną ofertową brutto: 14.124.086,65 zł oraz deklaracją redukcji kosztów do kwoty 591.705,86 zł.

Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 13.626.156,48 zł brutto.

Zamawiający przeprowadził badanie oferty Odwołującego, a zgodnie z informacją zawartą w protokole Postępowania Zamawiający uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu (pkt. 14 protokołu Postępowania).

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp, tj. z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia:

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu zawiadamia, że w/w postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r, poz. 1129), ponieważ najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Uzasadnienie:

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości: 13.626.156,48 zł brutto, natomiast cena najkorzystniejszej oferty wynosi 14.124.086,65 zł brutto.

W dokumentacji zamówienia, Zamawiający wymagał aby wykonawca zrealizował zamówienie w maksymalnym terminie 102 miesięcy, przy czym w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy wykonawca jest zobowiązany udostępnić urządzenia (m.in. oprawy oświetleniowe) do korzystania przez Zamawiającego, a następnie w terminie 96 miesięcy wykonawca ma świadczyć usługę polegającą na zapewnieniu światła i utrzymania efektywności energetycznej na poziomie zadeklarowanym w ofercie oraz pozwalającym osiągnąć oszczędności deklarowane przez wykonawcę.

Oświetlenie uliczne używane obecnie przez Zamawiającego generuje zużycie energii na poziomie 2 779 712 kWh w skali roku, a roczne koszty obsługi oświetlenia ulicznego to 499.248,14 zł brutto. Celem Zamawiającego jest wymiana m.in. opraw oświetleniowych i osiągnięcie oszczędności związanej zarówno z obniżeniem kosztu energii elektrycznej jak również kosztów eksploatacji.

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ – Wzór audytu efektywności energetycznej Zamawiający wyznaczył minimalny poziom kosztów, który chce osiągnąć w skali roku tj. koszt energii: 1.806.812,80 zł oraz koszt eksploatacji 251.510,40 zł - łącznie 2.058.323,20 zł. Wraz z ofertą wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć Zestawienie kosztów zadania oraz Wzór audytu energetycznego wskazując w nim deklarowane zużycie energii elektrycznej oraz koszty eksploatacji w skali roku, które zostanie osiągnięte, w tym wynikające z tego oszczędności. Zgodnie z ofertą Odwołującego, roczne koszty związane ze zużyciem energii oraz koszty eksploatacji wynoszą 591.705,86 zł wobec minimalnych wymaganych kosztów oszacowanych przez Zamawiającego na 2.058.323,20 zł, co daje oszczędność na poziomie 1.592.372,54 zł (74,2115 % oszczędności wobec założeń Zamawiającego).

Co istotne, zgodnie z SWZ rozdział XII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający zastrzegł, że odrzuci ofertę, której wartość przekracza poziom prognozowanych przez Zamawiającego oszczędności (tj. na 2.058.323,20 zł).

Co więcej, zgodnie z OPZ deklarowany przez wykonawcę poziom kosztów został ściśle powiązany z wynagrodzeniem wykonawcy:

- 1) pkt. 1.1 OPZ *W przypadku niedotrzymania zaoferowanej przez Wykonawcę wartości procentowej redukcji natężenia oświetlenia, Zamawiający obciąży, pomniejszy wynagrodzenie, Wykonawcę nadwyżką opłat za zużytą energię elektryczną poniesioną*

przez Zamawiającego z tego tytułu. Rozliczenie będzie następować za cały rok po zakończeniu roku kalendarzowego i po otrzymaniu ostatniej faktury za rok rozliczeniowy od sprzedawcy energii elektrycznej.

- 2) pkt. 2.2.3.5 OPZ: *Kompensacja mocy biernej pojemnościowej: Zainstalowane przez Wykonawcę, w ramach przedmiotu zamówienia, oprawy oświetlenia ulicznego do udostępnienia Zamawiającemu, nie mogą generować opłat za energię bierną. W przypadku wystąpienia opłat za energię bierną, Zamawiający na podstawie otrzymanych faktur od dystrybutora energii elektrycznej, obciąży Wykonawcę, pomniejszy wynagrodzenie, poniesionymi przez Zamawiającego opłatami oraz Wykonawca na własny koszt wykona stosowne prace (np. zamontuje inne urządzenia do kompensacji mocy biernej) w celu zlikwidowania występujących opłat w terminie 2 miesięcy od stwierdzenia faktu wystąpienia opłat za energię bierną.*

W konsekwencji, wartość przedmiotu zamówienia winna uwzględniać nie tylko koszty wykonania prac i usług mających na celu zapewnienie światła oraz utrzymania efektywności energetycznej, ale również koszty ściśle związane z realizacją usługi, w tym koszty zużycia energii elektrycznej oraz koszty eksploatacji. Powyższe koszty są bowiem ściśle związane z oferowanym świadczeniem wykonawcy – obejmujący 8 letni (96 miesięcy) okres eksploatacji, a niedotrzymanie deklarowanych przez wykonawcę poziomów oszczędności zużycia energii elektrycznej wpływa na jego wynagrodzenie. W konsekwencji, kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia winna uwzględniać również zakładane przez Zamawiającego koszty związane z realizacją usługi, które Zamawiający ustalił na kwotę 2.058.323,20 zł w stosunku rocznym.

Zgodnie z informacją podaną przed otwarciem ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 13.626.156,48 zł brutto.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie informacji nt. sposobu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (w tym kosztorysów). Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający takich informacji Odwołującemu nie udostępnił.

Odwołujący zakłada jednak, że kwota, którą Zamawiający podał przed otwarciem ofert tj. 13.626.156,48 zł brutto nie obejmuje wskazanych powyżej kosztów 2.058.323,20 zł (w ujęciu rocznym, zaś w ujęciu całego okresu realizacji usługi tj. 96 miesięcy, będzie to kwota 16.466.585,60 zł).

Zakładając zatem, że Zamawiający w sposób prawidłowy ustaliłby szacunkową wartość zamówienia, a w konsekwencji kwotę, którą zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie

powinien był do kwoty: 13.626.156,48 zł brutto dodać kwotę 2.058.323,20 zł (w stosunku rocznym), rozumianą jako koszt, a tym samym prawidłowa wartość powinna wynosić 15.684.479,68 zł brutto.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 255 pkt 3) Pzp Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z SWZ, oferta wykonawcy obejmuje cenę za realizację zamówienia (rozumianą jako cenę ryczałtową za utrzymanie 1 punktu oświetleniowego przemnożoną przez liczbę punktów (4260) oraz liczbę miesięcy (96 miesięcy), ale również koszty rozumiane jako deklarowany przez wykonawcę koszt prądu oraz koszty eksploatacji względem zakładanych przez Zamawiającego kosztów ustalonych na poziomie 2.058.323,20 zł (w ujęciu rocznym).

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w kryteriach oceny ofert opisanych w rozdziale XII SWZ, zgodnie z którym oferta podlega ocenie w kryterium „Cena” (waga 60%) jak również w kryterium „redukcja zużycia energii elektrycznej” (waga 40%), przy czym pierwsze z kryterium należy rozumieć jako typowe kryterium ceny, zaś drugie jako kryterium kosztu (tj. redukcji kosztów zakładanych przez zamawiającego na poziomie 2.058.323,20 zł (w ujęciu rocznym).

Skoro zatem art. 255 pkt 3) Pzp odnosi się do możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty (w tym wypadku ceny oferty Odwołującego jako kwoty 14.124.086,65 zł brutto oraz kosztu jako kwoty rocznym 591.705,86 zł – łącznie: 14.715.792,51 zł) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to w konsekwencji również taka kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia winna odnosić się nie tylko do ceny, ale również do kosztu. Tylko w takim przypadku możliwe będzie przejrzyste porównanie obu tych kwot oraz ustalenie, czy faktycznie oferta – jako odnosząca się zarówno do ceny i kosztu – przewyższa kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia – rozumianą jako sumę ceny i kosztów, które takie zamówienie pozwala osiągnąć (zredukować) (w przypadku Zamawiającego rozumianą jako sumę następujących kwot: 13.626.156,48 zł brutto oraz 2.058.323,20 zł tj. łącznie: 15.684.479,68 zł.

Jeżeli zatem Zamawiający nie uwzględnił w kwocie, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (tj. 13.626.156,48 zł brutto) kwoty ustalonej jako bazowy koszt zużycia energii elektrycznej oraz koszty eksploatacji oświetlenia ponoszone w związku z realizacją usługi tj. kwoty 2.058.323,20 zł (w stosunku rocznym), to nie jest możliwe obiektywne i przejrzyste zastosowanie art. 255 pkt 3) Pzp i stwierdzenie, że cena i koszt oferty Odwołującego przewyższa kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia.

Już z zaprezentowanego powyżej porównania jasno wynika, że cena i koszt oferty Odwołującego 14.124.086,65 zł brutto oraz kosztu jako kwoty w ujęciu rocznym 591.705,86 zł – łącznie: 14.715.792,51 zł) nie przekracza ustalonej przez Zamawiającego ceny i kosztu: 13.626.156,48 zł brutto oraz 2.058.323,20 zł tj. łącznie: 15.684.479,68 zł.

Z uwagi na powyższe argumenty, Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp, a powinien był, w związku z zakończeniem badania oferty Odwołującego, wezwać go do przedłożenia dokumentów podmiotowych, a po ich weryfikacji winien był dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się w dalszej kolejności do zarzutu naruszenia 255 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 28 Pzp w zw. z art. 31 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp należy zauważyć, że cena oferty Odwołującego obejmuje kwotę ryczałtową 1.120,000,00 zł z tytułu wykonania prac opisanych w pkt. 1.6 OPZ.

Pkt. 1.6 OPZ określa prace, które będą wykonywane przez wykonawcę na podstawie odrębnych pisemnych zleceń wystawianych przez Zamawiającego. Prace te będą rozliczane na według kosztorysów powykonawczych wg czynników cenotwórczych (R, S, Kp, Z, M) podanych w Sekocenbudzie z kwartału realizacji danego zlecenia oraz norm określonych w obowiązujących katalogach i obejmują:

a) wymianę uszkodzonych elementów: opraw (zdewastowanych), konstrukcji wsporczych

(słupów, wsporników, wysięgników);

b) naprawę i wymianę uszkodzonych kabli i szafek zasilających;

c) roboty związane z ewentualną rozbudową lub modernizacją oświetlenia drogowego;

d) malowanie i konserwacja metalowych konstrukcji latarni, tablic rozdzielczych i szafek;

e) prace związane z relokacją opraw, wyszczególnione w p. 6 OPZ.

Charakter powyższych prac, sposób ich zlecenia oraz rozliczenia pozwala uznać, że zakres czynności opisanych w pkt. 1.6 OPZ nie wchodzi w zakres zamówienia podstawowego, ale stanowi de facto prawo opcji, które przysługuje Zamawiającemu – może on, ale nie musi, zlecić wykonawcy wykonanie tych prac, a tym samym obowiązek ich wykonania zależy wyłącznie od woli Zamawiającego, a konieczność wykonania tych prac jest przyszła i niepewna. Zakres prac opisany w pkt. 1.6 OPZ oraz możliwość ich zlecenia przez Zamawiającego stanowi zatem jego uprawnienie do rozszerzenia zamówienia w stosunku do zamówienia podstawowego, które nie ma charakteru zobowiązania. Powyższe wynika również z charakteru prace, które obejmują wymianę uszkodzonych elementów, naprawy lub ewentualną rozbudowę oświetlenia drogowego.

Co istotne, dla prac opisanych w pkt. 1.6 OPZ Zamawiający narzucił z góry określoną kwotę ryczałtową, którą wykonawca winien był uwzględnić w swojej ofercie tj. 1.120,000,00 zł netto (tj. 1.377.600,00 brutto), przy czym w SWZ w rozdziale XI punkt 4 Zamawiający wskazał, że kwoty tej wykonawca nie może uważać za część swojego wynagrodzenia.

Powyższe tym bardziej dowodzi, że możliwość zlecenia prac opisanych w pkt 1.6 OPZ w ramach kwoty ryczałtowej (która nie jest wynagrodzeniem wykonawcy) Zamawiający traktuje jako opcję, a nie podstawowy zakres zamówienia.

Cena oferty Odwołującego w kwocie 14.124.086,65 zł brutto pomniejszona o kwotę ryczałtową przeznaczoną na wykonanie prawa opcji będzie zatem wynosić 12.746.486,65 zł brutto.

W tym miejscu należy zauważyć, że o ile szacunkowa wartość zamówienia powinna uwzględniać prawo opcji, to kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dotyczy wyłącznie zamówienia podstawowego.

Takie stanowisko zostało również zaprezentowane w opinii Prezesa UZP : *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 (...) „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”, zawartej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2014.*

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: *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 (por. wyrok KIO z 12 marca 2018 r., KIO 359/18).

Podobnie, w wyroku z 4 sierpnia 2020 r., KIO 1562/20: Skoro zakresem podstawowym objęta została jedynie część zamówienia, zaś co do pozostałego zakresu zamawiający podejmował będzie decyzje w trakcie realizacji umowy, uzasadnione jest przyjęcie, że wartość opcji nie musi zostać uwzględniona w kwocie, którą zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie musi również w takim przypadku posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia opcjonalnego. Jeśli nawet, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, wskazał ile zamierza przeznaczyć na realizację opcji - nie jest związany, wbrew twierdzeniom odwołującego, wartością zamówienia obejmującego również prawo opcji. W konsekwencji, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyłącznie odnosząc się do tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że kwota podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert tj. 13.626.156,48 zł brutto (budżet Zamawiającego) obejmuje wyłącznie wykonanie zamówienia podstawowego, a więc nie uwzględnia prac opisanych w pkt. 1.6 OPZ oraz przewidzianego dla tych prac kwoty ryczałtowej 1.120.000,00 zł netto. Skoro zakres prac opisanych w pkt. 1.6 OPZ, ma charakter przyszły i niepewny, a ich realizacja jest uzależniona wyłącznie od woli Zamawiającego (na podstawie odrębnych zleceń, które mogą, ale nie muszą wystąpić), to uzasadnione jest, do celów porównania budżetu Zamawiającego z ceną oferty Odwołującego, odjęcie od ceny oferty (14.124.086,65 zł brutto) kwoty ryczałtowej uwzględnionej w ofercie Odwołującego i narzuconej z góry przez Zamawiającego tj. 1.120,000,00 zł netto (1.377.600,00 zł brutto). W konsekwencji, budżet Zamawiającego winien być porównany z ofertą Odwołującego w kwocie 12.746.486,65 zł brutto (tj. 14.124.086,65 zł brutto - 1.377.600,00 zł brutto). Względnie, w celu osiągnięcia porównywalności ceny oferty Odwołującego uwzględniającej cenę ryczałtową na prace z pkt. 1.6 OPZ (14.124.086,65 zł brutto) oraz kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia należy dodać kwotę ryczałtową 1.377.600,00 zł brutto co daje kwotę łączną 15.003.756,48 zł brutto.

W konsekwencji, cena oferty Odwołującego (bez uwzględnienia prawa opcji – prac z pkt. 1.6 OPZ) nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia prac stanowiących prawo opcji), a tym

samym nie było podstaw do unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt. 3 Pzp. Analogicznie, w przypadku porównania ceny oferty z budżetem Zamawiającego powiększonym o kwotę ryczałtową dla prac z pkt. 1.6 OPZ cena oferty Odwołującego (14.124.086,65 zł brutto) będzie niższa niż budżet Zamawiającego (15.003.756,48 zł brutto).

Na marginesie należy zauważyć, że unieważniając Postępowanie Zamawiający naraża się na poniesienie znacząco wyższych kosztów niż nawet różnica pomiędzy deklarowaną przez Zamawiającego kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia (tj. 13.626.156,48 zł brutto), a ofertą Odwołującego (tj. ofertą z ceną na poziomie 14.124.086,65 zł brutto oraz kosztem w ujęciu rocznym na poziomie 591.705,86 zł).

Po pierwsze, zgodnie z SWZ, dla wykonania kalkulacji deklarowanego przez wykonawcę zużycia prądu wykonawcy winni byli przyjąć cenę 0,65 zł za 1 kWh (rozdział XII SWZ oraz pkt. 1.3 OPZ.). Obecna cena 1 kWh godziny przekracza ww. kwotę i wynosi ok. 0,70 zł za 1 kWh. Co więcej, w perspektywie najbliższych miesięcy cena ta będzie rosła. Zważywszy, że Zamawiający prowadził niniejsze postępowanie przez 6 miesięcy (data wszczęcia postępowania to 11 maja 2021 r.) w perspektywie kolejnego postępowania nieuniknione jest uwzględnienie wyższych cen prądu.

Po drugie, analogiczna sytuacja dotyczy cen komponentów niezbędnych do produkcji opraw oświetleniowych oraz innych elementów wymaganych przez Zamawiającego do prawidłowego wykonania i obsługi zamówienia. Z uwagi na ograniczoną dostępność komponentów oraz presję inflacyjną koszt pozyskania sprzętu i komponentów niezbędnego do realizacji zamówienia wzrosły, a tendencje rynkowe wskazują, że wzrost cen ma charakter postępujący.

Po trzecie, sama okoliczność, że Zamawiający będzie musiał prowadzić przez kolejnych kilka miesięcy kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że czas realizacji usługi, a więc również czas wymiany opraw oświetleniowych zostanie odsunięty w czasie na co najmniej kilka lub kilkanaście miesięcy, co będzie wiąże się z koniecznością ponoszenia przez Zamawiającego wyższych kosztów utrzymania oświetlenia (w tym wyższych kosztów prądu oraz eksploatacji przestarzałych i energochłonnych opraw oświetleniowych).

W dniu 9 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez

Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił zakres prac objętych przedmiotem zamówienia oraz określił sposób rozliczanie wykonanych prac.

W zakresie rozliczenia prac wskazanych w pkt 1 ppkt 1.1.-1.5 OPZ Zamawiający wskazał, że *rozliczenie pomiędzy stronami za wykonywanie przedmiotu zamówienia nastąpi po udostępnieniu urządzeń i zrealizowaniu prac opisanych w p. 1.1. - 1.5. niniejszego ustępu, na podstawie comiesięcznych faktur wystawianych cyklicznie przez Wykonawcę. Kwota określona w ofercie wykonawcy obejmuje wszelkie koszty związane z utrzymaniem elementów infrastruktury oświetleniowej oraz systemu sterowania dla 4260 punktów oświetleniowych w stanie sprawności przez w okresie obowiązywania umowy.*

Płatność za wykonywanie przedmiotu zamówienia będzie następowała cyklicznie w kwotach wynikających z wystawianych comiesięcznych faktur za realizację usługi zapewnienia oraz utrzymania efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego. (...).

W Pkt 1. ppkt 1.6 OPZ Zamawiający wskazał że zakres prac obejmuje: *wykonanie przez Wykonawcę czynności na podstawie odrębnych pisemnych zleceń wystawionych przez Zamawiającego rozliczanych wg kosztorysów powykonawczych wg czynników cenotwórczych (R, S, Kp, Z, M) podanych w Sekocenbudzie z kwartału realizacji danego zlecenia oraz norm określonych w obowiązujących katalogach, m.in.:*

- a) *wymianę uszkodzonych elementów: oprav (zdewastowanych), konstrukcji wsporczych (słupów, wsporników, wysięgników);*
- b) *naprawę i wymianę uszkodzonych kabli i szafek zasilających;*
- c) *roboty związane z ewentualną rozbudową lub modernizacją oświetlenia drogowego;*
- d) *malowanie i konserwacja metalowych konstrukcji latarni, tablic rozdzielczych*

i szafek;

e) *prace związane z relokacją opraw, wyszczególnione w p. 6 OPZ.*

1. Z wyjątkiem zadań opisanych w pkt 1.1 do 1.5. objętych wynagrodzeniem miesięcznym, podstawą wykonania prac opisanych w pkt. 1.6 są pisemne zlecenia wystawiane przez Zamawiającego. Zlecenie zawiera między innymi:

- datę wystawienia zlecenia,*
- rodzaj wykonywanych prac,*
- termin zakończenia prac.*

(...).

W Rozdziale IX SWZ pkt 2 Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała m.in.

- 1) wypełniony Formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik do SWZ,*
 - 2) zestawienie kosztów zadania,*
 - 3) tabelę ofertową sporządzoną wg wzoru wyliczenia redukcji zużycia energii elektrycznej Zał. nr 3 do OPZ,*
 - 4) audyt energetyczny sporządzony wg wzoru załączonego do OPZ Zał. nr 4,*
- (...).*

W Rozdziale XI. SWZ - Opis sposobu obliczania ceny Zamawiający wskazał:

- 1. Wykonawca podaje w Formularzu ofertowym cenę ofertową brutto za realizację zadania w okresie umowy.*
- 2. Cena ofertowa brutto podana w Formularzu ofertowym jest sumą:*
 - iloczynu ryczałtowej ceny jednostkowej netto za miesięczne zapewnienie usługi światła oraz utrzymania efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego dla 1 urzędnika, ilości urządzeń (4.260 sztuk) oraz ilości miesięcy, w czasie których realizowane będzie zamówienie (96 miesięcy),*
 - kwoty przeznaczonej na prace rozliczane kosztorysami powykonawczymi (1.120.000,00 zł netto),*
 - kwoty za wykup udostępnionych Zamawiającemu opraw oświetleniowych wraz z osprzętem (8.130,08 zł netto),*
 - oraz wyliczonego podatku VAT.*
- 3. Ryczałtowa miesięczna cena netto za zapewnienie usługi światła oraz utrzymania efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego musi uwzględniać wykonanie przez wykonawcę wszystkich czynności wymienionych w OPZ.*
- 4. Czynności realizowane na podstawie odrębnych zleceń (wymienione w pkt 1.6 OPZ)*

rozliczane będą w oparciu o dostępne katalogi oraz dane wyjściowe do kosztorysowania, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, stawki pracy sprzętu oraz średnie ceny z Sekocenbudu z kwartału realizacji robót. W przypadku braku odpowiedniej pozycji w katalogu, robota będzie rozliczana wg kalkulacji indywidualnej. W przypadku braku cen materiałów w publikacji Sekocenbudu, zamawiający dopuszcza rozliczenie zastosowanych materiałów w oparciu o faktury zakupu. Na czynności realizowane na podstawie odrębnych zleceń zamawiający przeznaczył kwotę w wysokości 1.120.000,00 zł netto, której wykonawca nie może uważać za część swego wynagrodzenia.

W treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt II.2.11) Informacja o opcjach - wskazano - Opcje: nie.

W postępowaniu została złożona tylko jedna oferta za cenę brutto- 14.124.086,65 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 13.626.156,48 zł. brutto. Kwota ta jest sumą wartość szacunkowej zamówienia (11.087.176,00 zł) powiększonej o podatek VAT w wysokości 23% (2.547.980,48 zł).

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie tj. unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, że rzekomo cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie uwzględnił w kwocie, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz dokonał porównania oferty budżetem Zamawiającego bez uwzględnienia kosztów realizacji zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 3 Pzp 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.

Zgodnie z art. 16 pkt 2 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

2) przejrzysty.

Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi braku środków które może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba podkreśla, że Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania w okolicznościach, w których przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę niższą niż cena najniższej oferty lub cena oferty najkorzystniejszej. Celem takiego uregulowania jest ochrona Zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy, w przypadku braku środków finansowych, a informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana jest zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp najpóźniej przed otwarciem ofert.

Nie można się zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający nie uwzględnił w kwocie, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, a także że porównał ofertę Odwołującego do budżetu, który nie uwzględnia kosztów realizacji zamówienia. Według Odwołującego, wartość przedmiotu zamówienia winna uwzględniać nie tylko koszty wykonania prac i usług mających na celu zapewnienie światła oraz utrzymania efektywności energetycznej, ale również koszty ściśle związane z realizacją usługi, w tym koszty zużycia energii elektrycznej oraz koszty eksploatacji, które Zamawiający ustalił na kwotę 2. 058.323,20 zł i o którą to kwotę, według Odwołującego, winien powiększyć środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. Uzyskana w konsekwencji powyższego kwota, w wysokości 15.684.479,68 zł. brutto będzie

wyższa od ceny oferty Odwołującego, a zatem Zamawiający nie będzie mógł unieważnić postępowania na podstawie art. 255 pkt 3. Pzp.

Zgodnie z art. 28 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia Zamawiający musi uwzględnić wszystkie elementy objęte zamówieniem, przekładające się na wynagrodzenie wykonawcy. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonywanie stałych usług zapewnienia światła oraz utrzymania efektywności energetycznej dla 77 obwodów oświetlenia ulicznego w Gminie Wrocław, na bazie urządzeń udostępnionych zamawiającemu przez wykonawcę umożliwiających realizację tych usług, w zakresie opisanym w SWZ i załącznikach. Natomiast uzyskanie oszczędności w ramach kosztów eksploatacji w stosunku do kosztów szacowanych przez Zamawiającego nie jest przedmiotem zamówienia, lecz jego efektem, który ma zostać uzyskany w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższe koszty, jako nieobjęte przedmiotem zamówienia, nie mogły zostać uwzględnione w wartości zamówienia, stanowiącej podstawę do przeznaczenia środków na realizację zamówienia. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, na koszty te składa się głównie cena energii elektrycznej, za którą Zamawiający płaci odrębnie, i jej zakup nie został objęty przedmiotem zamówienia. Zatem, jako wynagrodzenie nienależne wykonawcy przedmiotowego zamówienia, koszty te nie mogły stanowić podstawy ustalenia wartości zamówienia.

Ponadto, wartość zamówienie w zakresie elementów składowych, odpowiada elementom cenotwórczy zawartym w Zestawieniu Kosztów Zadania, stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego. Pozycje składające się na wycenę przedmiotu zamówienia w ofercie Odwołującego są odpowiednikami elementów składających się na ustalenie wartości zamówienia, a co istotne - nie zostały w nich ujęte koszty energii elektrycznej i koszty eksploatacji. A zatem zakres objęty szacunkową wartością zamówienia jest zgodny z zakresem przyjętym do obliczenia ceny ofertowej Odwołującego.

Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za uprawnioną i ująć w wartości zamówienia koszty energii elektrycznej i koszty eksploatacji, to cena oferty Odwołującego również musiałaby zostać odpowiednio powiększona o wartości tych elementów. Nie można bowiem porównywać wielkości, które nie obejmują tych samych zakresów, przez co są nieporównywalne. W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego sprowadza się właśnie do tego, aby Zamawiający doliczył do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia koszty energii elektrycznej i koszty eksploatacji (nie objęte ofertą Odwołującego) i tak powiększoną

kwotę w wysokości 15.684.479,68 zł, odniósł do ceny podanej w ofercie Odwołującego, a więc do porównania wartości nieporównywalnych.

Odwołujący zarzuca również naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 2 Pzp, jednak w uzasadnieniu odwołania nie przedstawia żadnej argumentacji, potwierdzającej zasadność zarzutu.

Reasumując, ustanowiona przez Zamawiającego wartość zamówienia (załącznik do Odpowiedzi na odwołanie) nie musiała uwzględniać wartości energii elektrycznej jako elementu nie objętego przedmiotem zamówienia i rozlicznego odrębną umową oraz kosztów eksploatacji. Nie potwierdził się więc zarzut, że Zamawiający dokonał porównania ceny oferty z budżetem, w którym nie uwzględnił kosztów realizacji zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt. 3 Pzp w zw. art. 28 Pzp w zw. z art. 31 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie tj. unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, że rzekomo cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz poprzez zaniechanie oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością poprzez nieuwzględnienie w ww. wartości wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz poprzez dokonanie porównania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia z ceną oferty uwzględniającą prawa opcji w kwocie 1.120,000,00 zł. Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 28 Pzp Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.

Zgodnie z art. 31 Pzp:

1. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c lub art. 415 ust. 2 pkt 6, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się także wartość tych zamówień.
2. Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.
3. Wartością partnerstwa innowacyjnego jest maksymalna wartość wszystkich działań w procesie badawczo-rozwojowym, które mają zostać przeprowadzone w ramach każdego z etapów planowanego partnerstwa, oraz wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa.
4. Jeżeli w dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym zamawiający przewiduje nagrody, ich wartość uwzględnia się w szacunkowej wartości zamówienia.

Odwołujący wskazuje, iż zakres objęty przedmiotem zamówienia, określony w pkt 1 ppkt 1.6. OPZ stanowi opcję, a zatem powyższy zakres nie musi być realizowany w ramach przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie kwota przeznaczona na realizację zamówienia podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, obejmuje wyłącznie wykonanie zamówienia podstawowego, nie uwzględnia prac ujętych w ppk 1.6. OPZ oraz przewidzianej dla tych prac kwoty ryczałtowej 1.120.000,00 zł netto.

Zdaniem Izby, ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zgodnie z art. 441 ust. 1 Pzp Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Odwołujący swoją argumentację opiera na własnej interpretacji zapisów SWZ, wskazując iż zakres prac, o których mowa w pkt 1 ppkt 1.6 OPZ odpowiada warunkom określonym w art. 441 ust. 1 pkt 1-3 Pzp. Jednakże Odwołujący pomija całkowicie fakt, iż zgodnie z art. 441 ust.1 Pzp, aby skorzystać z opcji, Zamawiający musi przewidzieć taką okoliczność w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Tymczasem Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wykluczył możliwość skorzystania z opcji, co jednoznacznie wskazuje, że zakres zamówienia określony w pkt 1 ppkt 1.6 OPZ nie stanowi opcji, lecz element zamówienia podstawowego. Zakres prac określonych w pkt 1. ppkt 1.6. OPZ został ujęty w wartości zamówienia oraz kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia, co również potwierdził Zamawiający podczas rozprawy. Zakres ten, jako element zamówienia podstawowego nie może zostać pominięty przy realizacji zamówienia.

Co więcej, zakres ten został także ujęty w cenie ofertowej Odwołującego.

Zatem cała argumentacja Odwołującego, wykazująca, że Zamawiający zastosował opcję, oraz zakładająca konieczność dodania kwoty 1.120.000,00 zł netto, przeznaczonej na realizację prac wskazanych w pkt. 1 ppkt 1.6 OPZ, do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia bądź odjęcie jej, od ceny oferty Odwołującego, nie może zostać uwzględniona, z uwagi oparcie jej na błędnym założeniu, iż zakres ten dotyczy opcji. W sytuacji,

gdy Zamawiający jednoznacznie określił w ogłoszeniu o zamówieniu, iż w zamówieniu nie przewiduje opcji, stanowisko Odwołującego jest całkowicie niezasadne.

Wobec powyższego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji, za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 Pzp, art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba wskazuje, że w przypadku gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy, gdzie ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest mniejsza niż cena oferty z najniższą ceną (jedynej oferty złożonej w postępowaniu), Zamawiający uprawniony był do unieważnienia postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej i wzywania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: