

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 r. przez **Odwołującego – CA Consulting Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 81 (02-001 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Urząd Zamówień Publicznych**, ul. Postępu 17a (02-676 Warszawa)

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Urząd Zamówień Publicznych na *budowę Platformy e-Zamówienia oraz usługi Inżyniera Kontraktu* (nr postępowania: III/2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.09.2019 r., S 179-436540, wobec czynności unieważnienia postępowania na część II zamówienia, CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 31 października 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2216/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania ze względu na to, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomimo, iż:
  - zamawiający – jak wynika z informacji o unieważnieniu tej części zamówienia – całkowicie pominął kwestię możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia;
  - zamawiający w należyty sposób nie przeanalizował stanu faktycznego i prawnego pod kątem tego, czy możliwe jest zwiększenie tej kwoty;
  - prawidłowa analiza stanu faktycznego i prawnego prowadzi do konkluzji, iż na tym etapie postępowania stwierdzenie o braku możliwości zwiększenia tej kwoty nie ma podstaw, a także że Zamawiający może dysponować środkami prawnymi, które pozwolą mu na podjęcie działań w celu zwiększenia tej kwoty;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez *de facto* brak uzasadnienia unieważnienia postępowania w części II zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż treść informacji o unieważnieniu postępowania sprowadza się do lapidarnego stwierdzenia, iż *Kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana bezpośrednio przez otwarciem ofert to 1.968.000 zł, natomiast cena jedynej złożonej oferty w tej części postępowania to 2.639.229,45 zł* – zatem informacja ta w ogóle nie odnosi się do dalszej części przesłanki unieważnienia postępowania wynikającej z tego przepisu, tzn. do braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części II zamówienia.

### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na kwotę środków, jaką Zamawiający podał przy otwarciu ofert na część I – 21.612.031,00 zł brutto oraz część II – 1.968.000,00 zł brutto oraz wartość ofert złożonych na część I (11.989.700,00 zł brutto, 23.496.690,00 zł brutto oraz 28.167.000,00 zł brutto). Zakładając, iż wybrana zostanie oferta najtańsza, Zamawiającemu pozostaną środki, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie części II zamówienia, w której złożona oferta przekracza środki o 671.229,45 zł brutto.

Okoliczność ta, w ocenie Odwołującego wskazuje, iż nie było podstaw do unieważnienia postępowania na część II zamówienia, gdyż Zamawiający może posiadać możliwość zwiększenia środków na sfinansowanie tej części. Ponieważ obie części są ze sobą powiązane i konieczne jest zapewnienie udziału doradcy przy części I zamówienia, Zamawiający może przesunąć środki z części I na część II zamówienia. potwierdza to wzór umowy – porozumienia o dofinansowaniu (§ 18 ust. 3 pkt 2). W opinii Odwołującego Zamawiający zobowiązany był do podjęcia próby zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a unieważnienie postępowania jest możliwe po wykazaniu przez Zamawiającego, że zwiększenie to jest niemożliwe. Ponieważ Zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie części II zamówienia i nie podjął próby zwiększenia środków, należy uznać, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy było niezasadne.

Zamawiający w piśmie z dnia 8.11.2019r, złożonym do akt sprawy w dniu 12.11.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, iż składając oświadczenie przy otwarciu ofert co do wysokości środków, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, złożył zobowiązanie do przyjęcia oferty najkorzystniejszej pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej wysokości środków. Oznacza to, że nie miał obowiązku przyjęcia oferty droższej, chyba że samodzielnie zdecydowałby o podwyższeniu kwoty. Decyzja ta stanowi jego uprawnienie, a celem postępowania nie jest nabycie zamówienia za wszelką cenę. Nie ma podstaw do zobowiązania Zamawiającego każdorazowo, gdy oferta przekroczy środki do analizy możliwości finansowych. Odstępstwo od kwoty założonej na sfinansowanie zamówienia stanowi odstępstwo, a nie zasadę wydatkowania środków. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków ponad te, które pierwotnie zabezpieczył. Zamawiający po analizie stanu faktycznego, jaki powstał w postępowaniu na część II zamówienia nie podjął decyzji o zwiększeniu środków i unieważnił w tej części postępowanie. Zamawiający nie miał podstaw do przesunięcia środków, jakie zabezpieczył na sfinansowanie części I zamówienia, gdyż nie uzyskał jeszcze oszczędności. W ocenie

Zamawiającego uzasadnienie czynności, jakie otrzymał Odwołujący, będący jedynym wykonawcą, który złożył ofertę na część II zamówienia, zawiera wszystkie wymagane informacje, co wyczerpuje wskazanie okoliczności i podstawy prawnej unieważnienia postępowania. Elementem tego uzasadnienia nie musiało być wskazanie na brak możliwości zwiększenia środków i przedstawienie w tym zakresie obiektywnych podstaw. Udział Inżyniera Kontraktu w części I zamówienia nie ma bezpośredniego wpływu na jego realizację i ma charakter pomocniczy. Nie wchodzi w zakres usługi zaprojektowania, budowy i wdrożenia Platformy e-Zamówienia.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było unieważnienie postępowania. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania, a która wynikała z braku wskazania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o braku wykazania spełnienia przesłanki do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do braku możliwości zawarcia umowy z Odwołującym. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie niekorzystnej decyzji o unieważnieniu postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia podzielony została na część I i II. Termin realizacji części II zamówienia został określony datą do 15 lipca 2022

r., z zastrzeżeniem iż realizacja zamówienia jest związana z realizacją fazy I umowy. Na część II zamówienia ofertę złożył tylko Odwołujący oferując cenę 2.639.229,45 zł, tj. kwotę o 671.229,45 zł wyższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1.968.000,00 zł.).

W dniu 21.10.2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na część II zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy wskazując w uzasadnieniu, iż:

*W postępowaniu w zakresie części II wpłynęła jedna oferta, której cena przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*

*Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana bezpośrednio przed otwarciem ofert to 1 968 000 zł, natomiast cena jedynej złożonej oferty w tej części postępowania to 2 639 229,45 zł.*

Rozpoznając odwołanie Izba stanęła przed koniecznością rozstrzygnięcia kwestii prawnej, jaka powstała na tle zastosowania normy ujętej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, tj. czy dla ziszczenia się przesłanki do unieważnienia postępowania konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, iż nie miał możliwości pozyskania dodatkowych środków, ponad kwotę podaną przy otwarciu ofert, co pozwoliłoby na wybór oferty przekraczającej, przewidziane w momencie ogłoszenia postępowania, środki na sfinansowanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego, przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy powinien być interpretowany w taki sposób, iż pierwsza część normy w której mowa jest o cenie najkorzystniejszej oferty lub ofercie z najniższą ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – określa przesłanki do unieważnienia postępowania. Druga część po słowach „chyba że” ustala warunek, pod jakim możliwe jest dalsze prowadzenie przez zamawiającego postępowania pomimo wystąpienia wcześniej opisanych przesłanek. Inaczej mówiąc, ustawodawca wprowadził do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy zapis, który łagodzi kategoryczny nakaz, jaki wynikał z wcześniejszego brzmienia przepisu, obligującego zamawiającego bezwzględnie do unieważnienia postępowania, niezależnie od zmiany sytuacji finansowej, która pozwalałaby na wybór oferty droższej, niż wysokość środków jaką zakładał zamawiający przeznaczyć. Takie rozumienie przepisu oznacza, iż dla ziszczenia się przesłanki do unieważnienia postępowania wystarczające jest zaistnienie sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza/z najniższą ceną, przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skład orzekający w całości podziela pogląd prezentowany w części orzeczeń (przywołanych w odpowiedzi na odwołanie), iż możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery dyspozycyjnej pozostawionej zamawiającemu. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w

protokole, iż taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe, wywodzenie z tego przepisu obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Skoro obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie przy otwarciu ofert kwoty środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to należy uznać, iż środki te jako zabezpieczone w budżecie na realizację inwestycji, pozwolą na udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może dowolnie ograniczać tej kwoty, co mogłoby spotkać się z zarzutem działania naruszającego zasady postępowania. Ustawodawca nie nałożył przy tym na zamawiającego obowiązku „poszukiwania” dodatkowych środków, gdyby te zabezpieczone w momencie wszczęcia postępowania okazały się niedostateczne. W tej sytuacji nie ma podstaw do formułowania nakazu uzasadnienia przyczyn, które uniemożliwiają zamawiającemu przeznaczenie dodatkowych kwot na zakup przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała tezy Odwołującego o braku właściwej analizy prawnej, za gołosłowne.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż okoliczności faktyczne sprawy nie wskazywały, aby możliwość zwiększenia środków rzeczywiście istniała w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Zasadniczo nie budziło wątpliwości to, że część II zamówienia dotyczy świadczenia usługi wspierającej proces zaprojektowania, budowy i wdrożenia e-platformy, co objęte jest częścią I zamówienia. W tym miejscu należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23.04.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1921/17, iż *ustawodawca nie usankcjonował jednak, iż podział jednego zamówienia na części powoduje, iż każda jego część z chwilą podziału staje się odrębnym zamówieniem – odrębnym bytem. W takim przypadku nie mielibyśmy do czynienia z jednym zamówieniem, lecz (...) odrębnymi zamówieniami, ale za to jednym ogłoszeniem o zamówieniu czy też jednym SIWZ. To, że części jednego zamówienia nie mają odrębnego, niezależnego bytu świadczą zapisy art. 36aa ustawy Pzp.*

Stanowisko to należy przeciwstawić pogładowi Zamawiającego przedstawionemu w odpowiedzi na odwołanie, iż *poszczególne części przedmiotowego zamówienia są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie tożsame wszczęcie procedury przetargowej oraz elementy proceduralne.* Stanowisko to nie broni się nie tylko w świetle wskazanego orzeczenia sądu, ale również nie uwzględnia okoliczności, co do zasady niespornej, iż obie części zamówienia są ze sobą powiązane w ten sposób, iż część II zamówienia stanowi wsparcie dla części I zamówienia. Jak przyznał sam Zamawiający bez części I, usługa objęta częścią II zamówienia traci sens. Wskazane przez Odwołującego zapisy siwz wprost odnoszą się do udziału Inżyniera Kontraktu w pracach dotyczących budowy e-platformy, stąd tezy Zamawiającego o niezależności obu części nie

znalazły uznania. Nie miało to jednak wpływu na ocenę decyzji o unieważnieniu postępowania.

Jako logicznie spójne Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, iż w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania nie mógł on przyjąć, iż wynik postępowania na część I zamówienia pozwoli uzyskać oszczędności, które następnie można byłoby przesunąć na sfinansowanie części II zamówienia. Wprawdzie na obecnym etapie czynności dla części I zamówienia oferta najkorzystniejsza znacząco odbiega w dół od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, to nie można obecnie przesądzić, czy oferta ta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i czy zostanie zawarta na warunkach tej oferty umowa na zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą nadzoru autorskiego nad eksploatacją Platformy e-Zamówienia w okresie stabilizacji oraz usługą utrzymania przez okres 12 miesięcy oraz na „Audyt bezpieczeństwa”. Zamawiający nie mógł pominąć faktu, iż kolejne oferty przekraczały środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia objętego części I, stąd nie mógł swobodnie dysponować hipotetyczną nadwyżką, jak wydaje się obecnie możliwa. Faktycznie, bez ustalenia losów (wyniku) postępowania dla części I nie można przesądzić, czy Zamawiający miałby jakieś dodatkowe środki na sfinansowanie zamówienia na warunkach wynikających z oferty Odwołującego.

Nie można również pozostawić bez komentarza stwierdzenia, iż decyzja o zwiększeniu środków powinna być uzasadniona, a Zamawiający ma prawo do ustalenia, czy przy danych warunkach rynkowych wybór oferty droższej okaże się korzystny. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasad wydatkowania środków publicznych, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Założenie Odwołującego, iż w każdym przypadku Zamawiający powinien wykazać, iż nie ma dodatkowych środków, pomija istotną kwestię racjonalności decyzji o wyborze oferty droższej, niż zakładany próg wydatków przewidzianych w budżecie Zamawiającego. Ostatecznie decyzji Zamawiającego pozostawiono możliwość pozyskania (przesunięcia) środków, jeżeli decyzja ta ma racjonalne podstawy. Stąd sam wniosek o niedostatecznej analizie możliwości finansowania zamówienia nie mógł decydować o wyniku oceny czynności unieważnienia postępowania.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**