

Sygn. akt: KIO 1645/11

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez **Netia S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wyższy Urząd Górniczy w Katowicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Netia S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Netia S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Wyższy Urząd Górniczy w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowych usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej i dostępu do sieci Internet dla potrzeb urzędów górniczych wraz z dzierżawą central telefonicznych oraz aparatów telefonicznych w wybranych lokalizacjach, w podziale na zadania.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 25.03.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 59-095871

W dniu 22.07.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu postępowania w części I zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dniu 01.08.2011 r. Netia S.A. w Warszawie (zwana dalej „Netia”) wniosła odwołanie wobec ww. czynności zrzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 i 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności odwołujący podniósł zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I zamówienia. Odwołujący wskazał, że dniu 22 lipca zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o unieważnieniu postępowania. Jednakże zgodnie z art. 92 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiając najpierw dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie niezwłocznie po jej wyborze zawiadamia jednocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o tej okoliczności. W niniejszym postępowaniu Zamawiający

zaniechał dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej ograniczając się jedynie do przesłania informacji o unieważnieniu postępowania. W treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania zawarta jest informacja wskazująca na przeprowadzenie badania i oceny ofert. Zamawiający nie doręczył jednak wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej o treści zgodnej z art. 92 ust. 1 ustawy. Informacja taka nie została również zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy. Zatem zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu zamawiający przed unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zobowiązany jest przeprowadzić ocenę złożonych ofert i wskazać ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił również niezgodność z przepisami ustawy czynności obejmującej unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, gdy 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. Zgodnie z treścią pisma z dnia 22 lipca br. kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia w części I to 621.000,00 zł., zaś oferta Netii zawiera cenę w wysokości 624.198,24 zł. Tym samym środki zabezpieczone przez Zamawiającego stanowią 99,5% oferty Netii. Zamawiający podnosi faktycznie, iż nie może przeznaczyć dodatkowej kwoty w wysokości około 3.000 zł na sfinansowanie umowy z Netią.

Odwołujący zauważył, iż w przypadku unieważnienia postępowania to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 Pzp. To zamawiający bowiem wywodzi skutki prawne z zaistnienia tych okoliczności. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż cena oferty Netii przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Trudno jednak założyć, iż przy tak niewielkiej różnicy, zarówno wyrażanej w kwocie (ok. 3.000 zł), jak i w wartości proporcjonalnej (0,5% oferty Netii) zamawiający faktycznie nie ma możliwości zabezpieczenia realizacji tego zamówienia. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów. Brak złożenia w tym zakresie dowodów przez zamawiającego winien przesądzać o zakwestionowaniu zasadności unieważnienia

postępowania z powodu braku środków. Jeśli zamawiający nie udowodnił, że zwiększenie kwoty, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niemożliwe, to niedopuszczalne jest także zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż zamawiający nie udowodnił zaistnienia przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, a podane przez niego uzasadnienie unieważnienia postępowania może mieć faktycznie charakter pozorny.

Dodatkowo, jako okoliczność istotną dla oceny niniejszej sprawy, wskazano, iż już na tym etapie postępowania zakwestionować można konieczność przeznaczenia przez zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych środków na realizację przedmiotowego zamówienia, albowiem składane przez wykonawców oferty opierały się na szacunkowych analizach wysokości przyszłego zapotrzebowania zamawiającego na usługi telekomunikacyjne. W punkcie 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający wskazał, w celu umożliwienia przygotowania oferty, wyrażony w minutach średni miesięczny ruch wychodzący z jego systemu telekomunikacyjnego. Dane te, co oczywiste, mają charakter jedynie szacunkowy. Potwierdza to także treść § 3 załączonego do siwz wzoru umowy. Tym samym wszelkie obliczenia na temat wartości umowy zawieranej z wykonawcami także należy traktować, jako szacunkowe. Rozliczanie usług będzie natomiast następowało o faktycznie wykonane połączenia. Ponadto trudno zaprzeczyć możliwości pozyskania przez zamawiającego dodatkowych środków w trakcie wykonywania kilkuletniej umowy.

Co równie istotne - we wzorze umowy załączonym do dokumentacji postępowania zamawiający przewidział mechanizm postępujących w czasie upustów w zakresie cen usług świadczonych przez wykonawcę. Zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy każde obniżenie cen za minutę połączenia lub abonamentów w cennikach usług telekomunikacyjnych, obowiązujących u Wykonawcy, powoduje obniżenie cen wynikających z umowy oraz oferty Wykonawcy z dniem obowiązywania w/w cennika. Wykonawca jest zobowiązany powiadomić Zamawiającego pisemnie o obniżeniu cen.

W orzecznictwie odnotowuje się, iż na rynku usług telekomunikacyjnych następuje systematyczny istotny spadek cen stosowanych w opłatach za usługi telekomunikacyjne. Potwierdzają to także raporty Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydawane w kolejnych latach. Tym samym wydaje się przesądzonym, iż ceny świadczeń oferowanych przez Netię w tym postępowaniu będą malały z każdym kolejnym rokiem.

Reasumując, wskazano, iż szacunkowy charakter ceny oferowanej przez Netię, a także wpisany w urnowe mechanizm obniżenia cen oferowanych usług niewątpliwie potwierdza, iż już na obecnym etapie zamawiający nie może podnosić tezy, iż nie posiada zabezpieczonych środków na realizację przedmiotowej umowy.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia podzielono na osiem części. W ogłoszeniu o zamówieniu określono wielkość zamówienia na kwotę 1.126.000.00 zł. Oferta Netii, jak wskazano powyżej zawierała cenę około 620 tys. zł. Należy dodać, iż Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w każdej z ośmiu części postępowania, przy czym w przypadku pięciu z powodu braku wpłynięcia ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż zamawiający może doprowadzić do unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy tylko wtedy, gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne pakiety (części) przewyższa kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, także na tej podstawie należy zakwestionować zasadność unieważnienia niniejszego postępowania. Zamawiający faktycznie posiada zabezpieczone środki na wykonanie przedmiotowej umowy.

Na zakończenie wskazano, iż skoro celem organizowania przetargu jest udzielenie zamówienia publicznego - nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy. Tymczasem jak wskazano powyżej, zamawiający ma faktyczną możliwość realizacji zamówienia, a zastosowanie w tej sytuacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy byłoby rażącym naruszeniem tego przepisu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny, a jej okoliczności w zgodzie z rzeczywistością zostały przytoczone w odwołaniu, które zostało zreferowane powyżej.

Zamawiający podał w rozdz. 3 dla Zadania 1 (I część zamówienia) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) orientacyjną, średnią liczbę minut poszczególnych połączeń, a także okres trwania umowy i ilość okresów abonamentowych.

Ponadto zgodnie § 3 wzoru Umowy stanowiącego załącznik do siwz – wskazano, iż podana w siwz liczba połączeń jest ilością szacunkową, a płatności przewidziano według stawek za minutę poszczególnych rodzajów połączeń.

Zgodnie z pkt 8 Protokołu postępowania (Druk ZP-PN) zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części I zamówienia – 621 000 zł, a także podał kwoty na sfinansowanie zamówienia w częściach VI i VII. W częściach II, III, IV, V, VIII żadne oferty nie wypłynęły.

W wyliczeniu ogólnej ceny oferty Netii w odniesieniu do podanej w siwz ilości okresów abonamentowych i ilości minut, wychodzi wartość 624 198 zł 24 gr (606 648,96 na abonamenty i 17549,28 na szacunkowe minuty).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający unieważnia postępowania 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.

Dodatkowo wskazać należy, iż zgodnie art. 32 ust. 1 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Ponadto zgodnie z ust. 2 zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości, a według ust. 4 tego przepisu jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Przy czym art. 83 ust. 2 Pzp stanowi, iż zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny

Przystępując do rozpatrzenia zarzutu niezgodnego z przepisami unieważnienia postępowania, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Wyrażając powyższe bardziej potocznie: strony umowy odpowiednio decydują, co chcą kupić lub sprzedać, i za jaką kwotę.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, ew. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim

przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, etc..) oraz przede wszystkim o kwocie jaką zamierza wydać na jego zakup. Jeżeli kwota taka nie będzie odpowiadała realiom rynkowym lub przez odzwierciedlenie jej w cenach ofert, regulacjom dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji lub rażąco niskiej ceny, zamawiający ryzykuje, iż zamówienia w tej cenie w ogóle nie uzyska. Inaczej: kwota, którą zamierza wydać na zamówienie jest względnie ograniczana od dołu przez regulację art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 Pzp, nie ma jednak żadnych podstaw i regulacji aby wskazać zamawiającemu jaką cenę powyżej tego poziomu na swoje zamówienie powinien wydać (poza przepisami regulującymi system finansów publicznych i gospodarowanie środkami publicznymi, co jest jednak poza zakresem kognicji Izby). Organy orzekające w przedmiocie prawidłowości stosowania przepisów ustawy nie mają żadnych podstaw prawnych, aby nakazać zamawiającemu wydanie na sfinansowanie zamówienia kwotą wyższą niż zamierzał na zamówienie przeznaczyć. Możliwe jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy (zwłaszcza jej zasad) w odniesieniu do określonych działań czy zaniechań zamawiającego i unieważnienie postępowania obarczonego takimi wadami, nie jest natomiast uprawnione zadecydowanie za zamawiającego co chce zakupić oraz w jaki sposób (np. ile maksymalnie ma wydać na dane zamówienie).

Powyzszej dyskrejonalnej władzy zamawiającego w przedmiocie określenia kwoty jaką przeznaczy na sfinansowanie określonego zamówienia w żadnym razie nie ograniczają powołane wyżej przepisy art. 86 ust. 3 i 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/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 tylko niejako „od dołu”, tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyższej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, należy interpretować jak

okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia.

Prezentowana przez odwołującego interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 4 i rozumienia wskazanej tam możliwości podniesienia kwoty na sfinansowanie zamówienia jest nie do utrzymania w świetle całokształtu regulacji ustawowej. Postulowanie w tym przypadku badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego jest niedopuszczalne i prowadziłyby do niedających się pogodzić z nakazem utrzymania racjonalności zrekonstruowanych w procesie wykładni norm prawnych. Badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, czy dokonania jednych zakupów kosztem drugich, albo nakazywanie mu wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na coś innego lub którą zamierzał zaoszczędzić, nie znajduje oparcia w przepisach. Ponadto nie sposób byłoby wyznaczyć granicy takiej ingerencji w „możliwości” finansowe zamawiającego. W każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert, przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zachodzi i tylko wolą zamawiającego pozostaje czy z niej skorzysta, czy też zechce na sfinansowanie zamówienia przeznaczyć kwotę większą niż pierwotnie planował. Wykonawcy przy tym nie mają żadnej materialnoprawnej podstawy, aby domagać się powyższego od zamawiającego. Jak już wskazano, decyzja, co do podniesienia kwoty, którą chce wydać na zakup określonego przedmiotu zamówienia mieści się w dyskrejonalnej władzy zamawiającego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 315/10 *„prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Gwarancyjna rola kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma ten skutek, iż jest ona kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców”*. Interpretacja przepisu prezentowana przez odwołującego właściwie przekreśliłaby sens i cel podawania przed otwarciem ofert kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skoro dla unieważnienia postępowania i tak istotne byłoby jedynie ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego.

Wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) – zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. Jak już wskazano sprawą zamawiającego pozostaje ile na dane zamówienie może/chce wydać. Jednakże kwota ta równocześnie nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 3 pkt 4 Pzp praktycznie zawsze się ziści, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiłoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 K.c. nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i nie korzystałoby z ochrony.

Przy czym w przedmiotowym przypadku abstrahując nawet od terminów na kwestionowanie takiej kwoty, jej realność i rzetelność potwierdzana jest cenami ofert złożonych w postępowaniu (np. odwołującego), które od podanej przed otwarciem ofert kwoty na sfinansowanie zamówienia nie odbiegają.

Na powyższą interpretację ww. przepisu ustawy wskazują nie tylko przytoczone wyżej zasady porządku prawnego ale również geneza regulacji w tym przedmiocie, zmierzająca jednocześnie do zabezpieczenia wykonawców przed dowolnością zamawiającego w objawianiu kwoty, którą zamierza wydać na zamówienie już po zapoznaniu się z cenami ofert (wprowadzenie regulacji art. 86 ust. 3 Pzp, której brakło przed wejściem w życie Pzp), a z drugiej strony zabezpieczeniem racjonalności i jednoczesnym utrzymaniem swobody zamawiającego w kształtowaniu własnych wydatków (ostatnia nowelizacja art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp przez sprecyzowanie relacji z przepisem art. 86 ust. 3).

Dla wyczerpania całości zagadnień związanych z przedmiotowym stanem faktycznym należy odnieść się również do podnoszonych przez odwołującego okoliczności związanych z rozliczeniem i szacunkową wielkością przedmiotowego zamówienia oraz jego podziałem na części.

Odnośnie pierwszej kwestii stwierdzić należy, iż świetle postanowień siwz i wzoru umowy zamawiający rzeczywiście nie wie jakie kwoty po rozliczeniu całości usługi zapłaci ostatecznie z tytułu jej wykonania. Powyższe nie zmienia jednak zakresu wycenienia przedmiotu zamówienia przyjętego do oszacowania przez zamawiającego w siwz, a także przez wykonawców w ofertach. Tego typu szacunkowa wielkość przedmiotu zamówienia oraz wyliczona względem niego wartość kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia musiała zostać przyjęta. Względem takiego idealnego odnośnika, w celu porównania i oceny należało również na chwilę obecną wyliczyć globalną cenę oferty. We wszystkich rozliczanych niejako „obmiarowo” zamówieniach konieczne jest przyjęcie jakiejś jednej, idealnej, tzn. odnoszącej się do jakiegoś szacunkowego zakresu zamówienia, obowiązującej na chwilę obecną, wartości zamówienia i odnoszącej się do tego ceny ofertowej. Zakresem zamówienia, do którego w rozpatrywanym przypadku należy odnieść kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i konsekwentnie ceny ofertowe jest liczba minut oraz okresów abonamentowych podana przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Właśnie z porównania tych idealnych wartości wynika, iż cena oferty przekracza kwotę przewidzianą na jego sfinansowanie.

Przykładem ilustrującym powyższy mechanizm jest kosztorysowe rozliczenie robót budowlanych. Strony tego typu umowy, co prawda umawiają się nie o cenę globalną, ale o ceny jednostkowe, które zostaną wykorzystane do wyliczenia wynagrodzenia końcowego na podstawie obmiaru rzeczywiście wykonanych robót. Jednakże w przypadku zamówienia publicznego przyjętą ceną oferty jest cena wynikająca z kosztorysu, a nie cena poszczególnych elementów zamówienia. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, tak samo jak w przypadku niniejszego zamówienia, nie sposób przyjąć i podać kwot na sfinansowanie zamówienia na jego poszczególne elementy, które składają się na jego nierozzerwalną całość. Wartość zamówienia i oferty należało więc ustalać w odniesieniu do podanej w siwz szacunkowej ilości minut oraz wynikającej z siwz ilości okresów abonamentowych. Zresztą na marginesie Izba zauważa, iż w ofercie odwołującego cena minuty połączeń odgrywała marginalną rolę - realny koszt usługi został przerzucony do stałych opłat abonamentowych.

W następnej kolejności, odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego możliwości unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tylko

w wypadku, gdy suma cen najkorzystniejszych ofert złożonych na poszczególne części zamówienia przewyższa kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia, Skład orzekający Izby stanowiska tego nie podziela.

Należy przy tym podkreślić znaczenie przepisów ustawy odnoszących się do podziału zamówienia na części i właściwie zrekonstruować znaczenie takiego podziału w ich świetle. Każde część zamówienia w przedmiocie której zawierana jest odrębna umowa o jej wykonanie staje się odrębnym zamówieniem w sensie zobowiązaniowym, a w związku z jego oddzieleniem od innych zamówień tego typu, również rzeczowym. Określanie zamówień udzielanych odrębnie mianem jednego zamówienia udzielanego w częściach służy jedynie zabezpieczeniu przed celowym obniżaniem wartości zamówień (przez ich podział), tak aby nie przekraczały wartości progowych w ustawie wskazanych - jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (art. 32 ust. 4 Pzp). Ponadto art. 32 ust. 2 wprost stanowi, iż zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości – *a contrario* w każdym innym celu dzielenie zamówienia na części jest dopuszczalne o ile tylko jego przedmiot jest podzielny (art. 83 ust. 2 Pzp). Podział tak rozumianego zamówienia na części, udzielanie ich w dowolnej konfiguracji czy okresie, również w celu ich odrębnego finansowania, jest w pełni dopuszczalny. Skoro zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w każdej jego części oddzielnie, to względem takiej kwoty winny być oceniane przesłanki unieważnienia postępowania w danej części zamówienia. Zamawiający tak jak w przypadku zamówień niepodzielnych czy udzielanych w całości jedną umową, tak też i w przypadku zamówień częściowych sumujących się do łącznej wartości szacunkowej, może określić maksymalną kwotę, którą zamierza wydać, na każde poszczególne zamówienie (część zamówienia). Nie ma żadnych podstaw prawnych do żądania aby zamawiający sfinansował dane zamówienie (część zamówienia) środkami, które zamierzał przeznaczyć na inne zamówienie tego typu. Inaczej: nie widać podstaw do narzucania zamawiającemu obowiązku finansowania jednej umowy, oszczędnościami poczynionymi na umowie innej. Przepisy ustawy nie ograniczają swobody zamawiającego w zakresie wyboru sposobu finansowania

zamówień udzielanych w częściach, czy nawet w różnych okresach. Przepisy zapewniają jedynie, aby do każdego tożsamego zamówienia stosowane przepisy według wartości dla całości zamówień/zamówienia danego rodzaju.

Tym samym biorąc pod uwagę fakt, iż cena zaproponowane w ofercie odwołującego jest o ponad 3000 zł wyższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części I, zamawiający mógł unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, a zarzut naruszenia tego przepisu uznano za niezasadny.

Pozostałe zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania powiadomienia o takim wyborze Izba również uznała za niezasadne. Aktualne brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp referuje do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną, dla unieważnienia postępowania wystarczające jest więc stwierdzenie jaka jest cena najniższa. Wybór najkorzystniejszej oferty nie zmieni cen ofert w postępowaniu zaproponowanych. Ponadto nawet potwierdzenie tego typu zarzutów w związku z dyspozycją art. 102 ust. 2 Pzp nie mogłoby wpłynąć na zmianę zapadłego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych odwołującego Izba wskazuje, iż żadnego z nich nie uwzględniła wydając orzeczenie. Jakiegokolwiek dowody zmierzające do wykazania realnych możliwości finansowych zamawiającego lub kształtu rynku telekomunikacyjnego i spodziewanych trendów cenowych na nim panujących są z wyżej opisanych powodów irrelewantne dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: