**Sygn. akt: KIO 1132/15**

**WYROK**
**z dnia 12 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez wykonawcę **K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. T., Obora, ul. Szafirowa 19, 59-335 Lubin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rudna, Plac Zwycięstwa 15, 59-305 Rudna**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. T., Obora, ul. Szafirowa 19, 59-335 Lubin** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. Tu., Obora, ul. Szafirowa 19, 59-335 Lubin** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. T., Obora, ul. Szafirowa 19, 59-335 Lubin** na rzecz **Gminy Rudna, Plac Zwycięstwa 15, 59-305 Rudna** kwotę **3 886 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.



---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Legnicy.

**Przewodniczący: ……..**



---

**Sygn. akt: KIO 1132/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Dostarczenie usług transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 032-054348.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania, zarzucając Zmawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy brak było podstaw do dokonania przedmiotowej czynności, albowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jak wynika z protokołu postępowania, Zamawiający posiadał i posiada wystarczające środki finansowe na realizację zamówienia - tabela pkt 8 „Otwarcie ofert”, gdzie Zamawiający oświadcza, iż na zamówienie zamierza

przeznaczyć kwotę 606.144,00 zł w okresie realizacji projektu oraz 1. 136.520,00 zł w okresie trwałości projektu;

2) art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez świadome i celowe działanie Zamawiającego wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wykonawców w celu wyeliminowania Odwołującego z toczącego się postępowania i uniemożliwienia mu zawarcia umowy, pomimo, iż mocą wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający musiał powtórzyć czynności, które w konsekwencji doprowadziły do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a obecnie wbrew przepisom unieważnienia postępowanie pomimo, iż brak jest podstaw do dokonania przedmiotowej czynności, które to czynności czynią bezprzedmiotowym wyrok KIO;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania i zawarcia umowy z Odwołującym w ramach wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku powtórzenia czynności wyboru oferty, nakazanych wyrokiem KIO 787/15 z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 787/15 oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający unieważniając postępowanie powołał się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzając, iż nie posiada odpowiednich środków, zaś kwota oferty najkorzystniejszej



przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dalej Odwołujący wyjaśnił, że cena najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Odwołującego w okresie trwałości projektu (od 01.11.2015 r. - 30.10.2020 r.) to 909.216,00 zł, zaś zdaniem Zamawiającego, dostępne środki to 512.418,60 zł.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, nie sposób się zgodzić, a to z następujących przyczyn: Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na przesłankę art.93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podając, iż cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa niż możliwości finansowe Zamawiającego. Jak wynika z dokumentu „Protokół postępowania przetargowego" Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie tego zadania (punkt 8 Protokołu) kwotę 606.144,00 zł (na czas realizacji projektu, tj. do 30.10.2015 r.) i kwotę 1.136.520,00 zł (na czas trwałości projektu tj. do 30.10.2020 r.). Łącznie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zamówienie 1.742.664,00 zł. Oferta złożona przez Odwołującego nie przekracza zatem kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na to zamówienie, ponieważ wynosi tylko 1.263.614,76 zł.

W myśl przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z tabeli przedstawionej w uzasadnieniu unieważnienia postępowania wynika, że z okresu realizacji projektu (do 30.10.2015 r.), z zabezpieczonych środków finansowych pozostało 251.745,24 zł. Zamawiający mógłby zatem dokonać przesunięcia środków w ramach zabezpieczonego na realizację projektu budżetu, gdyby było to potrzebne, niemniej jednak należy podkreślić, iż już sama kwota środków finansowych przeznaczona przez Zamawiającego na zamówienie jest wystarczająca.

Zamawiający Uchwałą Rady Gminy Nr XVI/175/2012 z 28.12.2012 r. Załącznik nr 2 zabezpieczył środki w wysokości 7.499.850,00 zł na realizację zadania. Ponieważ udzielone zamówienia zostały na niższe kwoty jak planowane, Zamawiający posiada oszczędności z okresu realizacji projektu. Oszczędności to kwota ok. 1.573.000,00 zł. Nie można zatem, zdaniem Odwołującego, zgodzić się z argumentem braku środków (zestawienie oszczędności - tabela nr 1, załącznik 1).

Uzasadnienie unieważnienia postępowania przetargowego, przedstawione przez Zamawiającego, nie potwierdza, w ocenie Odwołującego, podstaw do takiego działania. Zgodnie z orzecznictwem, unieważnienie postępowania na skutek zmniejszenia wysokości posiadanych środków jest dopuszczalne wówczas, gdy „uszczuplenie tych środków" wynika z okoliczności nieprzewidzianych i niezależnych od zamawiającego. Taką tezę wyraził między innymi Sąd Okręgowy w Siedlcach (wyrok z 30 października 2005 r., sygn. akt: II Ca 484/04 niepubl.). Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 580/09 wskazała, iż ciężar udowodnienia faktu braku środków finansowych na

realizację zamówienia, zgodnie z treścią art. 6 k.c., spoczywa w całości na Zamawiającym, czego Zamawiający nie uczynił, ponieważ w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, odwołał się do Uchwały Rady Gminy z grudnia 2014 r. oraz zawartych zobowiązań, które dotyczą umowy podpisanej w dniu 01.07.2014 r., a więc na okoliczności, które Zamawiający znał w chwili otwierania ofert, tj. w dniu 25.03.2015 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza jest bezpodstawne, chyba że zamawiający udowodni, iż od momentu podania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wyboru najkorzystniejszej oferty zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo zmieniły jego możliwości finansowe. Ta przesłanka również nie została wykazana jako postawa czynności Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podał, że w wyroku z 16 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 715/09, w którym skład orzekający stwierdził między innymi, iż kwoty, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie należy w pełni utożsamiać z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Ustawodawca celowo użył w tych przypadkach dwóch sformułowań „zamierza przeznaczyć" i „może przeznaczyć". Podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp kwota wiąże natomiast Zamawiającego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jej nie przekracza. W niniejszym postępowaniu jest to kwota 1.742.664,00 zł, której zdecydowanie cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza.

W uzasadnieniu Zamawiający przywołał Uchwałę z 29.12.2014 r., ale nie są to, zdaniem Odwołującego, okoliczności nieprzewidziane i niezależne od Zamawiającego. Ponadto, wskazana Uchwała Rady Gminy dotyczy innego zadania majątkowego, tj. *„Zarządzania siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu".* Zadanie, które objęte jest postępowaniem przetargowym to *„Dostarczenie usługi transmisji z węzłów sieci do użytkowników i jednostek gminy".* Są to dwa odrębne zadania w ramach jednego projektu.

Odwołujący przedstawił harmonogram wydatków z Programu Funkcjonalno-Użytkowego, który zgodnie z warunkami SIWZ jest integralną częścią umowy o dofinansowanie. Odwołujący zauważył również, że Zamawiający składając wniosek o dofinansowanie projektu w ramach działania POIG 8.3, Zamawiający złożył oświadczenie, że posiada środki na realizację zadania, było to konieczne, aby starać się o dofinansowanie.

Ponadto Zamawiający, jak sam podaje w Protokole postępowania przetargowego, dokonał oszacowania przedmiotowego zamówienia i określił wartość zamówienia na kwotę 1. 335.000,00 zł. Wartość została ustalona w dniu 02.02.2015 r. na podstawie oferty



cenowej złożonej w ramach badania rynku. Należy zatem przyjąć, w ocenie Odwołującego, jako fakt bezsporny, że Zamawiający ogłaszając przetarg brał pod uwagę wydatek na takim poziomie, co znalazło swoje odzwierciedlenie w ustaleniu wartości zamówienia powyżej progu unijnego - 207 000 euro (SIWZ). Odwołujący stwierdził więc, że trudno zatem zgodzić się z uzasadnieniem Zamawiającego, który podaje, że ogłaszając przetarg powyżej progu unijnego nie miał zabezpieczonego na ten cel budżetu.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 20.07.2010 r., sygn. akt: IV Ca 429/10, w którym Sąd potwierdza konieczność ścisłego interpretowania przepisu art. 93 ustawy Pzp z tego względu, że określa on przesłanki unicestwienia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Oznacza to, że unieważnienie postępowania może nastąpić wyłącznie z przyczyn wskazanych w przepisie i nie ma możliwości rozszerzenie zamkniętego katalogu tych przyczyn. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest jednoznaczny i nie pozwala na nadanie innego znaczenia - podstawą unieważnienia postępowania może być tylko taka sytuacja, gdy najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W tym postępowaniu taka przesłanka nie występuje.

Takie stanowisko Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, polegające na zmianie „budżetu", które następuje po otwarciu ofert, jest nie do zaakceptowania i powoduje naruszenie podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie sposób bowiem nie odnieść wrażenia, jak podaje Odwołujący, iż Zamawiający nie mogąc wyeliminować Odwołującego z postępowania z uwagi na zapadły wyrok KIO z dnia

30 kwietnia 2015 r., w wyniku którego Zamawiający zmuszony został do uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej - stara się innymi sposobami doprowadzić do niepodpisania umowy z Odwołującym i zlecenia mu zadania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jest to drugie odwołanie do Prezesa KIO w tym samym postępowaniu, wnoszone przez Odwołującego, w wyniku czego trudno oprzeć się wrażeniu, że mamy do czynienia ze zorganizowanym działaniem, mającym na celu ograniczenie Odwołującemu dostępu do tego zamówienia i działań ze strony Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp lub faworyzowanie drugiego oferenta.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn.: Dostarczenie usług transmisyjnych z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudnia" (strona tytułowa SIWZ). Załącznik do SIWZ stanowił Program funkcjonalno-użytkowy, będący podstawą wykonania robót budowlanych objętych kontraktem „Budowa infrastruktury dostępu do Internetu dla potrzeb realizacji projektu



„Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Rudna". Na stronie 142 przedmiotowego Programu znajduje się harmonogram rzeczowo – finansowy projektu, gdzie w kategorii IV wydatków opisanych jako usługi dostępu do Internetu oraz serwisowe (usługi inne) prognozowanych od stycznia do października 2015 r. ich wysokość określono comiesięcznie na poziome 46.570, 26 zł (załącznik nr 8 do SIWZ).

Wartość zamówień, których Zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej, została ustalona na kwotę 1.335.000,00 zł. Przedmiotowa wartość została ustalona w dniu 2 lutego 2015 r. na podstawie oferty cenowej złożonej w ramach badania rynku (pkt 2 Protokołu postępowania).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 606.144,00 zł brutto (w okresie realizacji projektu), 1.136.520,00 zł brutto (w okresie trwałości projektu). Powyższe wskazano w pkt. 8 Protokołu postępowania.

Pismem z dnia 20 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, *„ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia."* W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że: *„(…) Zamawiający – stosownie do art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – bezpośrednio przed otwarciem ofert podał informację, w której wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. „W budżecie Gminy Rudna na 2015 rok na realizację Projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" zabezpieczono* środki *finansowe w wysokości 5 415 164,00 zł. Na realizację przedmiotowego zamówienia w okresie realizacji projektu tj. do 31.10.2015 r. w harmonogramie wydatków projektu (pkt 23 umowy o dofinansowanie) kategoria 4 „Usługi inne" podkategoria 4.1, 4.2. i 4.4 została zabezpieczona kwota 606 144,00 zł. Natomiast* środki *finansowe na okres trwałości projektu tj. od 01.11.2015 do 31.10.2020 r. zostały ujęte w Uchwale Nr IV/26/2014 Rady Gminy Rudna z dnia 29 grudnia 2014 roku w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Gminy Rudna w wysokości 1 136 520,00 zł."*
*W przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertą jest oferta nr 1 złożona przez Kamnet K. T. (…) – cena oferty 318 225,60 zł.*
*Zgodnie z terminem realizacji zamówienia do 31.10.2020 roku wskazanym w pkt 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz potwierdzonym przez Wykonawców w pkt. 2a i 2b formularza ofertowego Zamawiający wyliczył całkowitą wartość zamówienia (tabela nr 1) na podstawie cen zaproponowanych w ofercie najkorzystniejszej, złożonej przez Kamnet K. T. (…), wg terminów* świadczenia *usługi transmisji:*
*- w okresie realizacji projektu, tj. od 20.07.2015 do 31.10.2015 roku (lipiec 12 dni i 3 pełne miesiące)*



*- w okresie trwałości projektu tj. od 01.11.2015 do 31.10.2020 roku (60 m-cy). (…)*
*Nakłady finansowe na okres trwałości projektu, tj. od 01.11.2015 do 31.10.2020 r. zostały*

*ujęte zostały ujęte w Uchwale Nr IV/26/2014 Rady Gminy Rudna z dnia 29 grudnia 2014 roku w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Gminy Rudna w wysokości 1 136 520,00 zł. W uchwale został nałożony limit zobowiązań do wysokości których Wójt Gminy Rudna może zaciągnąć zobowiązania z tytułu umów, których realizacja w roku budżetowym 2015 i latach następnych niezbędna jest dla zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy. Dla zarządzania siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu limit wydatkowania w/w środków kształtuje się następująco: - w 2015 roku – 37 884,00 zł, - w 2016 roku – 227 304,00 zł, - w 2017 roku – 227 304,00 zł, - w 2018 roku – 227 304,00 zł, - w 2019 roku – 227 304,00 zł, - w 2020 roku – 189 420,00 zł.*
*W związku z tym, że Wójt Gminy Rudna zaciągnął zobowiązania, na okres trwałości projektu, które wynikają z zawartych umów w wysokości 624 101,40 zł, po odjęciu kwoty wynikającej ze zobowiązań limit wydatkowania środków na „Zarządzanie siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu" wynosi 512 418,60 zł. Z uwagi na to, że wartość zamówienia w okresie trwałości projektu wg cen zaproponowanych w ofercie najkorzystniejszej wynosi 909 216,00 zł, do zawarcia umowy z Wykonawcą brak jest środków finansowych w wysokości 396 797,40 zł.*
*Porównanie kwot wynikających z wiersza „suma" tabeli nr 1 ze środkami finansowymi, które zostały zabezpieczone na realizację zamówienia w okresie realizacji projektu oraz w okresie trwałości projektu:*
*Okres realizacji projektu, tj. od 20.07.2015 do 31.10.2015 roku (lipiec 12 dni i 3 pełne miesiące):*
*Wartość zamówienia przeliczona wg cen oferty Kamnet: 354 398,76 zł*
Środki *finansowe zabezpieczone w harmonogramie wydatków projektu (pkt 23 umowy o dofinansowanie) kategoria 4 „Usługi inne" podkategoria 4.1, 4.2. i 4.4: 606 144,00 zł;*
Środki *finansowe zabezpieczone w budżecie na realizację zamówienia są wystarczające.*
*Okres trwałości projektu - okres od 01.11.2015 do 31.10.2020 roku:*

1. *Wartość zamówienia przeliczona wg cen oferty Kamnet: 909 216,00 zł*
2. *Limit wydatkowania środków zgodnie z uchwałą Rady Gminy Rudna: 1 136 520,00 zł*
3. *Zaciągnięte zobowiązania: 624 101,40 zł*
4. *Pozostały do wykorzystania limit wydatkowania środków: 512 418,60 zł*

*Pozostały do wykorzystania limit wydatkowania środków jest niewystarczający do zawarcia umowy na wartość zamówienia przeliczoną wg cen oferty Kamnet.*
*Wobec powyższego wartość zamówienia wg cen najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na*



*sfinansowanie zamówienia. Po analizie możliwości finansowych jednostki Zamawiający stwierdził, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty."*

Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Odwołującego, złożonym na rozprawie, wartości wyliczone przez Zamawiającego, a stanowiące cenę wykonania przedmiotowego zamówienia, wyliczoną na podstawie oferty Odwołującego, zarówno w okresie realizacji, jak i trwałości tego projektu, nie są przez niego kwestionowane.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego z odpowiedzią na odwołanie i ustaliła, że Zamawiający zawarł w dniu 31 grudnia 2012 r. umowę o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-02-008/12-00 Projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" o numerze POIG.08.03.00-02-008/12 1 w ramach działania 8.3. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion" osi priorytetowej 8. „Społeczeństwo informacyjne – zwiększanie innowacyjności gospodarki" Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 – 2013. Całkowity koszt realizacji Projektu wynosi 7.499.849,97 zł (§ 3 ust. 1 przedmiotowej umowy) i w 100% dofinansowanie udzielone zostało przez Instytucję Wdrażającą/Instytucję Pośredniczącą II stopnia (§ 1 pkt 2 aneksu nr 1/KSI-SIMIK POIG.08.03.00-02-008/12-01 zawartego w dniu 17 maja 2013 r. do ww. umowy). Zgodnie z załącznikiem nr 3b do rzeczonego aneksu, stanowiącym Harmonogram rzeczowo-finansowy okres kwalifikowalności wydatków określono od 2 stycznia 2013 r. do 31 października 2015 r. We wniosku o dofinansowanie, który stanowi załącznik nr 2 do rzeczonej umowy, w pkt. 23 wyspecyfikowano planowane wydatki w ramach projektu według podziału na kategorie i tak w kategorii 4. Inne usługi wydatki określono na poziomie 1.629.731,55 zł, a wśród nich

wymieniono: 4.4 Koszty usług transmisyjnych z węzłów sieci do użytkowników końcowych (227.304,00 zł), 4.5 Koszty serwisowania sieci i urządzeń sieciowych i oprogramowania (81.180,00 zł), 4.6 Koszty usług zapewnienia dostępu do Internetu – zarządzania siecią i usługami (88.560,00 zł). Jednocześnie w pkt. 24 przedmiotowego wniosku zawarta jest informacja, że *„Wnioskodawca pokryje koszty dostępu do Internetu w gospodarstwach domowych objętych projektem przez okres wymaganej trwałości projektu po zakończeniu projektu oraz wszelkie inne koszty, które pojawią się w okresie trwałości projektu. Koszty te zostaną pokryte z bieżących* środków *Gminy Rudna."*

Uchwałą Nr IV/26/2014 Rady Gminy Rudna z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie wieloletniej prognozy finansowej Gminy Rudna przyjęto wieloletnią prognozę finansową na lata 2015 – 2020, stanowiącą załącznik nr 1 do przedmiotowej uchwały, a także mocą rzeczonej uchwały przyjęto wykaz realizowanych przedsięwzięć określony w załączniku nr 2 do wspomnianej uchwały. W przedmiotowym załączniku nr 2 wśród przedsięwzięć ujętych w wieloletniej prognozie finansowej w zakresie poz. 1.3 dotyczącej wydatków na programy,



projekty lub zadania pozostałe (inne niż wymienione w pkt 1.1 i 1.2) wskazano na wydatki bieżące związane z zarządzaniem siecią i usługami, serwis w sieci w okresie trwałości projektu (poz. 1.3.1.3). Łącze nakłady finansowe dla wskazanej pozycji wydatków określono na poziomie 1.136.520 zł, określając limity z podziałem na poszczególne lata. I tak, dla roku 2015 określono go w wysokości 37.884,00 zł, w latach 2016 do 2019 limit ten wynosi 227.304,00 zł w każdym roku, zaś w roku 2020 rzeczony limit określono na poziomie 189.420,00 zł. Z objaśnień do wieloletniej prognozy finansowej (załącznik nr 3 do wspomnianej uchwały) wynika, że wydatki majątkowe obejmują m.in. realizację zadania pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – elnclusion" w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 – 2013 oś priorytetowa 8. „Społeczeństwo informacyjne zwiększanie innowacyjności gospodarki."

W dniu 1 lipca 2014 r. Zamawiający zawarł z Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie umowę o współkorzystaniu z infrastruktury elektrotechnicznej nr OD-2/RD-2.4/UIE/KWL/002/2014, której przedmiotem jest udostępnienie Zamawiającemu przez Spółkę urządzeń infrastruktury elektroenergetycznej, będącej jej własnością – w celu zabudowania i utrzymywania przez Zamawiającego publicznej sieci telekomunikacyjnej. W okresie od grudnia 2014 r. do kwietnia 2015 r. z tytułu realizacji przedmiotowej umowy przez Tauron Dystrybucja S.A. Zamawiający miesięcznie uiszczał wynagrodzenie na rzecz wspomnianej Spółki w kwocie 10.401, 69 zł, zaś w okresie wcześniejszym (od lipca do listopada 2014 r.) kwota ta wynosiła 3.192,79 zł. Powyższe ustalono na podstawie Faktur VAT i potwierdzeń wykonania przelewu przedłożonych przez Zamawiającego. Z opisu umieszczonego na przedmiotowych fakturach wynika, że *„wydatek dotyczy projektu realizowanego w ramach umowy nr POIG.08.03.00-02-008/12-00 zawartej w dniu 31.12.2012 r. wraz z aneksem nr 1/KSI-SIMIK POIG.08.03.00-02-008/12-01 zawartym w dniu 17.05.2013 r. Oś priorytetowa 8 Społeczeństwo informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki, Działanie 8.3 Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion. Projekt „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" współfinansowany jest ze* środków *Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka. Wydatek dotyczy zadania: 3 Koszty budowy i instalacji lub dzierżawy infrastruktury oraz gruntu do jej instalacji. Nazwa wydatku: Koszty dzierżawy podbudowy słupowej pod linię* światłowodową."

Z oświadczenia przedłożonego przez Zamawiającego złożonego przez Kierownika Referatu Budżetu, Podatków i Opłat w imieniu Skarbnika Gminy wynika, iż *„w budżecie Gminy Rudna na 2015 rok na realizację projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" zabezpieczono* środki *w wysokości 5 415 164,00 zł, z czego na realizację zadania dotyczącego dostarczania usług transmisyjnych z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy, zabezpieczono* środki *w wysokości*



*606 144,00 zł (zgodnie z harmonogramem, który stanowi załącznik do umowy o dofinansowanie projektu). Natomiast w Uchwale Nr IV/26/2014 Rady Gminy Rudna z dnia 29.12.2014 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Rudna* środki *finansowe przeznaczone na zarządzanie siecią i usługami oraz serwisem sieci w okresie trwałości*

*projektu (od 01.11.2015 r. do 31.10.2020 r.) wynoszą 1 136 520,00 zł, z czego obecnie do wykorzystania pozostaje 512 418,60 zł. Reasumując łączna kwota maksymalna przeznaczona na realizację w/w zadania wynosi 1 118 562,60 zł."*

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z Tabeli nr 1, stanowiącej załącznik nr 1 do odwołania wskazując, iż nie posiada cech dokumentu (brak podpisu), a okoliczności w nim wykazane nie wynikają również z innych dokumentów. Przedłożone przez Odwołującego za pismem z dnia 29 maja 2015 r. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej nie dają podstawy do poczynienia ustaleń, będących treścią rzeczonej Tabeli.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje okoliczności, w których zamawiający może unieważnić postępowanie, a więc nie zrealizować podstawowego celu postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego. Skonkretyzowanie przesłanek unieważnienia postępowania oprócz tego, że wykreowało uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania, to jednocześnie zakreśliło granice podjęcia decyzji w tym przedmiocie, co w konsekwencji stwarza dla wykonawców gwarancję, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będą w sposób dowolny unieważniane, a jedynie wystąpienie przyczyn, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, może lec u podstaw rzeczonego unieważnienia. Skoro ustawodawca zdecydował się na wskazanie przesłanek unieważnienia postępowania i tym samym stworzył narzędzie, które stanowi wyjątek od reguły, że prowadzenie postępowania winno zmierzać do zawarcia umowy, nie budzi wątpliwości, że powody uzasadniające unieważnienie postępowania powinny być wykładane ściśle.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Celem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest uniknięcie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający posiada dodatkowe środki pieniężne na wykonanie zamówienia i może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Co do zasady przesłankę unieważnienia postępowania na



podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnieść należy do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zasadą wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie tego przepisu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert).

Redakcja wskazanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że jedynie w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej albo oferta z najniższą ceną przekracza budżet zamawiającego, przeznaczony na realizację zamówienia i zakomunikowany przed otwarciem ofert, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania. Wskazany przepis nie pozostaje w jakiejkolwiek relacji z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Ustalenie wartości zamówienia ma na celu wstępne oszacowanie kosztów związanych z realizacją zamówienia i określenie zdolności finansowej zamawiającego w tym zakresie. Jednocześnie ustalenie wartości zamówienia pozostaje zazwyczaj w korelacji z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która z jednej strony wyznacza możliwości finansowe zamawiającego związane w wykonaniem zamówienia, z drugiej strony stanowi o wartości rynkowej zamówienia. Podanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia przed otwarciem ofert ma to doniosłe znaczenie, że zamawiający zapoznawszy się z ceną ofert już po ich otwarciu nie ma możliwości, co do zasady wycofania się z decyzji o sfinansowaniu zamówienia do poziomu, który określił przed otwarciem ofert. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że to sam zamawiający określa kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rozwiązanie to ma gwarantować zachowanie transparentności postępowania i zapobiec określonym manipulacjom ze strony zamawiającego w tym aspekcie, a w konsekwencji nie dopuścić do podejmowania

dowolnych decyzji co do unieważnienia postępowania.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że jakkolwiek przepis art. 86 ust. 3 ustawy Pzp stanowi podstawę oceny możliwości zamawiającego co do sfinansowania danego zamówienia, to w okolicznościach niniejszej sprawy, odwołanie się jedynie do treści Protokołu postępowania i kwot tam podanych okazało się niewystarczające dla dokonania właściwej oceny niniejszego stanu faktycznego.

Prawdą jest, na co wskazał Odwołujący, że w pkt. 8 rzeczonego Protokołu Zamawiający podał dwie wartości, które składają się na kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Kwota w wysokości 606.144,00 zł została przeznaczona na sfinansowanie zadania w okresie realizacji projektu, zaś kwota w wysokości 1.136.520,00 zł obejmuje okres trwałości projektu. Gdyby dokonać prostego porównania, jak uczynił to Odwołujący, rzeczonych kwot z ceną oferty



Odwołującego, przy uwzględnieniu faz realizacji tego projektu, w istocie należałoby dojść do przekonania, że cena oferty Odwołującego nie przewyższa podanych kwot, a w konsekwencji brak podstaw do unieważnienia postępowania.

Jednakże materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowej sprawie nie pozwala na oparcie rozstrzygnięcia jedynie na podstawie powołanej przez Odwołującego okoliczności. Nie budzi wątpliwości, że kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotowego zamówienia w okresie realizacji projektu jest wystarczająca, mając na uwadze cenę oferty Odwołującego. Sporna zaś pozostaje kwota przeznaczona na sfinansowanie przedmiotowego zadania w okresie trwałości projektu. Zamawiający, zarówno w decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, jak i w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy wskazywał, że podana w Protokole wartość 1.136.520,00 zł nie uwzględnia już zaciągniętych zobowiązań związanych z realizacją całego projektu, w związku z tym kwotę tę należy uznać za podaną omyłkowo, a do oceny należy przyjąć wartość 512.418,60 zł, uwzględniającą rzeczone zobowiązania.

W ocenie Izby, twierdzenia Zamawiającego znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Otóż, nie można pomijać, że kwota 1.136.520,00 zł została wskazana w załączniku nr 2 do Uchwały Nr IV/26/2014 Rady Gminy Rudna z dnia 29 grudnia 2014 r., określającym przedsięwzięcia w ramach wieloletniej prognozy finansowej Gminy, jako łączne nakłady finansowe przeznaczone na realizację przedsięwzięcia określonego jako „Zarządzanie siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu".

Odwołując się do przepisu art. 226 z dnia 27 sierpnia 2009 r. ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 885 ze zm.) wskazać należy, że wieloletnia prognoza finansowa obejmuje m.in. kwoty wydatków bieżących i majątkowych wynikających z limitów wydatków na planowane i realizowane przedsięwzięcia, o których mowa w ust. 3. Zaś, w powołanym ust. 3 wskazano, że w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej określa się odrębnie dla każdego przedsięwzięcia: 1) nazwę i cel; 2) jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia; 3) okres realizacji i łączne nakłady finansowe; 4) limity wydatków w poszczególnych latach; 5) limit zobowiązań.

Powołane regulacje, jak wskazuje się w doktrynie (L. *Lipiec – Warzecha: Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, ABC, 2011)* pozwalają na stwierdzenie, po pierwsze, że wyliczenie przedsięwzięć ma charakter zamknięty, co oznacza niemożność dołączania do wieloletniej prognozy finansowej innych zadań, niemieszczących się w wykazie określonym w ust. 4. Po drugie, ustanawianie konkretnych przedsięwzięć, na podstawie przepisów regulujących w szczególności zakres zadań jednostki samorządowej danego szczebla, należy do organów jednostki samorządu terytorialnego. Po trzecie, w wieloletniej prognozie



finansowej powinny zostać wymienione wszelkie wieloletnie przedsięwzięcia realizowane przez jednostkę samorządu terytorialnego.

Wykaz przedsięwzięć, będący obligatoryjną częścią uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej stanowi załącznik do tej uchwały. Szczegółowość załącznika uregulowano w ust. 3. Dla każdego przedsięwzięcia określa się odrębnie nazwę przedsięwzięcia i jego cel, jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub

koordynującą wykonywanie przedsięwzięcia, okres realizacji i łączne nakłady finansowe, limity wydatków w poszczególnych latach oraz limit zobowiązań.

*„Limit zobowiązań wynika z uprawnienia organu wykonawczego do zaciągania zobowiązań niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia. Kwota, na którą można zaciągać zobowiązania, ulega pomniejszaniu o kwotę zobowiązań zaciągniętych w ramach ustalonego limitu dla przedsięwzięcia. Natomiast limit wydatków ulega zmniejszeniu stosownie do stopnia realizacji wydatków"* (L. *Lipiec – Warzecha: j.w.).*

Uwzględniając powyższe należało dojść do przekonania, że przedsięwzięcie określone przez Zamawiającego w poz. 1.3.1.3 w załączniku nr 2 do powołanej Uchwały w sprawie wieloletniego programu finansowego nie obejmuje jedynie przedmiotowego zamówienia, ale dotyczy całego projektu. Wspomniany plan musi bowiem obejmować wszystkie przedsięwzięcia, a jednocześnie brak podstaw, zarówno prawnych i faktycznych, do stwierdzenia, że przedsięwzięcie związane z realizacją całego projektu ujęte jest w różnych pozycjach. Co więcej, załącznik nr 3 do powołanej Uchwały nie pozostawia wątpliwości, że nakłady w kwocie 1.136.520,00 zł dotyczą zadania pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion" osi priorytetowej 8. „Społeczeństwo informacyjne – zwiększanie innowacyjności gospodarki" Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 – 2013 oś priorytetowa 8. „Społeczeństwo informacyjne zwiększanie innowacyjności gospodarki" a nie jedynie przedmiotowego zamówienia. Nadto, nie można pominąć, że limit zobowiązań i limit wydatków w poszczególnych latach określony dla danego przedsięwzięcia ulega zmniejszeniu stosownie do zaciągniętych już zobowiązań i zrealizowanych wydatków.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że skoro na realizację całego projektu w okresie trwałości projektu zostały zaciągnięte zobowiązania, co Zamawiający wykazał, wskazując na zawartą z Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie umowę o współkorzystaniu z infrastruktury elektrotechnicznej, to nie sposób tej okoliczności pominąć. Jednocześnie zaś, skoro kwota przedmiotowych zobowiązań została ustalona przez Zamawiającego na poziomie 624.101,40 zł i podana przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, a następnie uwzględniając powyższe, potwierdzono w oświadczeniu, zawartym w dokumencie urzędowym z dnia 28 maja 2015 r., że w ramach limitu zobowiązań (wydatków) przeznaczonego na realizację przedsięwzięcia określonego jako „Zarządzanie siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu" na



wykonanie przedmiotowego zamówienia pozostaje kwota 512.418,60 zł, to w świetle przywołanych regulacji ustawy o finansach publicznych, przedmiotowa okoliczność zasługuje na uwagę. Pominięcie powyższego, czego wydaje się oczekuje albo też nie zauważa Odwołujący, pozbawione jest podstaw prawnych i prowadziłby wprost do naruszenia przez Zamawiającego ustawy o finansach publicznych. Nie ma bowiem możliwości, aby wieloletnia prognoza finansowa nie uwzględniała danego przedsięwzięcia w całości i określała limit wydatków i zobowiązań jedynie w odniesieniu do jednego z zamówień składających się na realizację tego przedsięwzięcia.

Reasumując wskazać należy, że jakkolwiek kwota podana przez Zamawiającego jako przeznaczona na realizację zamówienia w okresie trwałości projektu jest wystarczająca na pokrycie ceny oferty Odwołującego w tym zakresie, to okoliczność ta, w świetle materiału dowodowego przestawionego przez Zamawiającego, nie mogła stanowić podstawy do stwierdzenia wadliwości czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Zamawiający wykazał bowiem, że kwota ta została podana błędnie i znajduje to potwierdzenie w okolicznościach faktycznych sprawy, a także znajduje uzasadnienie prawne w świetle ustawy o finansach publicznych. Wieloletnia prognoza finansowa musi bowiem określać limit zobowiązań i wydatków dla całego przedsięwzięcia, a nie dla konkretnego zadania w ramach tego przedsięwzięcia, a zaciągnięcie kolejnych zobowiązań jest możliwe jedynie z uwzględnieniem zobowiązań już podjętych, w ramach określonego limitu.

Przechodząc do oceny dalszej argumentacji Odwołującego w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie za ugruntowany należy uznać pogląd (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XIX Ga 131/08, wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 392/14, wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 646/14, wyrok KIO z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 823/14), który Izba uznaje za słuszny, iż to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i powyższe, jak i decyzja o podwyższeniu rzeczonej kwoty,

mieści się w dyskrecjonalnej władzy zamawiającego, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania.

Skoro bowiem Zamawiający ma obowiązek określenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podania jej przed otwarciem ofert, to już ustalenie, że cena oferty przekracza tę kwotę stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wolą zamawiającego jest zwiększenie tej kwoty. Zamawiający nie ma więc obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania. Powyższe stanowisko czyni rozważania Odwołującego w przedmiocie, że Zamawiający mógł zwiększyć kwotę



przeznaczoną na realizację zamówienia i jakie były możliwości Zamawiającego w tym zakresie, bezprzedmiotowymi.

Niezależnie od powyższego poglądu, Izba stwierdziła, że celowym jest wskazanie okoliczności świadczących o nietrafności dalszej argumentacji Odwołującego. W pierwszej kolejności należy odnieść się do twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający, biorąc pod uwagę cenę oferty Odwołującego i zabezpieczone na ten cel środki finansowe na okres realizacji projektu, może uzyskać oszczędności w kwocie 251.745,24 zł. Jednakże Odwołujący pomija, że środki przeznaczone na realizację projektu są finansowane ze środków unijnych i tylko na ten cel mogą być przeznaczone. Wynika to jasno z umowy, jakie wydatki należy uznać za kwalifikowalne i w jakim okresie mogą być poczynione. Finansowanie ze środków unijnych obejmuje jedynie wydatki poniesione do 31 października 2015 r. i nie obejmuje okresu trwałości projektu. Tymczasem Odwołujący w sposób nieuprawniony oczekuje, choć Zamawiający związany jest postanowieniami wyżej powołanej umowy i nie może swobodnie dysponować środkami finansowymi stanowiącymi dotację, że Zamawiający wbrew zobowiązaniom wynikającym z umowy, dokona przesunięcia tych środków na etap utrzymania projektu, który umową objęty nie jest.

W drugiej kolejności zwrócić należy uwagę, że Odwołujący uzasadnienie dla swojej argumentacji czerpie z uchwały Rady Gminy z 2012 r., która nie jest już aktualna. Nadto, nie sposób uznać za trafne stanowisko, że oszczędności, które uzyskał Zamawiający w 2012 r. z tytułu realizacji przedmiotowego projektu, nawet gdyby Odwołujący tę okoliczność wykazał, czego nie uczynił, Zamawiający winien zachować i przewidzieć, że w 2015 r. będą potrzebne na realizację przedmiotowego zamówienia i przeznaczyć je na ten właśnie cel. Niezależnie od tego, że powyższe pozostaje w zakresie dyskrecjonalnej władzy Zamawiającego, o czym była mowa wyżej, to analiza zawartej w dniu 31 grudnia 2012 r. umowy o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-02-008/12-00 Projektu nie pozostawia wątpliwości, że rzekome oszczędności dotyczyły fazy realizacji projektu i pochodziły z dotacji, której Zamawiający nie może w sposób dowolny wykorzystać. Na powyższe wskazuje również Tabela (gdyby nawet pominąć jej wadliwość formalną), stanowiąca załącznik do odwołania.

Uwagi wymaga, że na tle poczynionych przez Izbę ustaleń za nieprawione należy uznać stanowisko Odwołującego, że Zamawiający zmniejszył środki finansowe, przeznaczone na realizację przedmiotowego zamówienia, już po otwarciu ofert. Niemożliwe jest przyjęcie, że w ramach kwoty 1.136.520,00 zł mieści się wykonanie jedynie tego zadania, skoro limit zobowiązań i wydatków na lata 2015 – 2020 został ustalony w tej właśnie kwocie i dotyczy przedsięwzięcia związanego z utrzymaniem projektu, a wcześniej zostały zaciągnięte inne zobowiązania w tym przedmiocie.

Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania odwołał się do powołanej Uchwały z 2014 r., której nie sposób nie uwzględnić przy ocenie poprawności podania kwoty,



jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast nie oznacza to, że Zamawiający powołał się w tym względzie na nieprzewidywalne okoliczności, ale że fakty wynikające z przedmiotowej Uchwały wymagają uwzględnienia.

Twierdzenia Odwołującego, że przedsięwzięcie określone w wieloletniej prognozie finansowej jako „Zarządzanie siecią i usługami, serwis sieci w okresie trwałości projektu” to odrębne zadanie od niniejszego zamówienia nie zasługują na aprobatę. Po pierwsze, Odwołujący okoliczności tej nie wykazał. Po drugie, przeczy temu wyżej dokonana analiza przepisów o finansach publicznych. Nie ma bowiem podstaw prawnych do twierdzenia, że

wieloletnia prognoza finansowa obejmuje jedynie część przedsięwzięcia.

Konstruowanie przez Odwołującego argumentacji na gruncie Programu Funkcjonalno-Użytkowego jest bezprzedmiotowe, skoro rzeczony Program dotyczy jedynie wydatków w okresie realizacji projektu a nie jego utrzymania. Zamawiający nie ma obowiązku zabezpieczenia wydatków w okresie utrzymania projektu w tej samej wysokości. Raz jeszcze należy bowiem przypomnieć, że określenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do jego dyskrecjonalnej władzy. Zaś, złożone przez Zamawiającego oświadczenie, zawarte we wspomnianym wniosku, że pokryje wszystkie koszty związane z utrzymaniem projektu nie obliguje Zamawiającego do sfinansowania ceny oferty Odwołującego, z przyczyn podanych wyżej.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w doktrynie i orzecznictwie za utrwalony należy uznać pogląd, że określenie szacunkowej wartości zamówienia ma na celu ustalenie wartości zamówienia, ale nie przekłada się to na obowiązek zamawiającego uwzględnienia tej wartości w określaniu budżetu dla danego zadania.

Reasumując stwierdzić należy, że rolą Odwołującego nie jest domaganie się zabezpieczenia budżetu na określonym poziomie w celu realizacji określonego zadania, ewentualnie wskazywanie źródeł finansowania i oczekiwanie przeznaczenia konkretnych środków finansowych na dany cel. Powyższe pozostaje poza kompetencjami Odwołującego, a w konsekwencji poza kognicją Izby, przyjęcie stanowiska Odwołującego doprowadziłoby bowiem do zakwestionowania ustawowych kompetencji organów jednostki samorządu terytorialnego.

Zatem należało przyjąć, że Zamawiający wykazał, iż ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co czyni zarzut w tym zakresie bezprzedmiotowym. W konsekwencji za chybiony należy uznać również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

17

---

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 286,00 zł.

**Przewodniczący: ……**

18