

Sygn. akt: KIO 1431/23

Wyrok
z dnia 5 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 roku przez Odwołującego: Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobyłarni, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Wołowski pl. Piastowski 2, 56-100 Wołów

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę: Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobyłarni, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1431/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Wołowski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1247D łączących siedziby Powiatu i gminy Wołów oraz gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” w formule „zaprojektuj” i „wybuduj” nr IR.272.5.2023 zwane dalej: „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, lub „Ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00119170/01 z dnia 2 marca 2023 roku.

W dniu 22 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni zwanego dalej: „Odwołującym”, od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

- a) czynności unieważnienia postępowania;
- b) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 pkt 3 Pzp w zw. z art. 266 Pzp i z art. 16 pkt 2 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na unieważnieniu postępowania pomimo, że oferta Odwołującego, która jest ofertą z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i mieści się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy uwzględnieniu uzyskanych w toku prowadzonego postępowania dotacji celowych od Gminy Wińsko (1 573 689, 00 zł) oraz od Gminy Wołów (1 278 889, 00 zł).

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność unieważnienia postępowania

Na potwierdzenie zasadności stawianego zarzutu Odwołujący wniósło przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania:

- a) SWZ – na okoliczność zakresu zamówienia;
- b) Informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia otwarcia ofert – na okoliczność zagwarantowania na ten cel kwoty 28 587 500, 00 zł według stanu na dzień 17 marca 2023 r.;
- c) Informacja z otwarcia ofert z dnia 17 marca 2023 r. na okoliczność uzyskanych ofert oraz najtańszej z nich – oferty Odwołującego w wysokości 30 877 579, 04 zł;
- d) wezwanie z dnia 26 kwietnia 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz odpowiedź Odwołującego

z dnia 28 kwietnia 2023 r. – na okoliczność kontynuowania postępowania i dokonania badania i oceny ofert, w tym weryfikacji podmiotowej Odwołującego i tym samym zamiaru udzielenie zamówienia;

e) wezwanie z dnia 7 kwietnia 2023 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 15 maja 2023 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2023 r. na okoliczność przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 15 maja 2023 r.

f) informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 16 maja 2023 r. – na okoliczność unieważnienia postępowania z powołaniem się na podstawę z art. 255 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ. Ponadto wskazał,

że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi

w SWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem w razie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania

to oferta Odwołującego będzie ofertą najwyżej ocenioną i po pozytywnej weryfikacji podmiotowej będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie

i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że w dniu 16 maja 2023 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

W dniu 17 marca 2023 r. upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Przed otwarciem ofert, na stronie prowadzonego postępowania Zamawiający zamieścił informację, w której podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwotę

tę stanowiła suma 28 587 500 zł. Trzech wykonawców złożyło oferty w postępowaniu. W tym pierwszą w rankingu ofert okazała się oferta Odwołującego, z ceną oferty, która przedstawiała się następująco: cena oferty brutto ogółem: 30.877.579,04 zł; cena brutto Zadanie nr 1: 13.843.266,46 zł; cena brutto Zadanie nr 2: 17.034.312,58 zł. Na dzień 17 marca 2023 r.,

do ceny najkorzystniejszej oferty (oferty Odwołującego) brakowało Zamawiającemu 2 290 079, 04 zł.

Zamawiający kontynuował postępowanie. W dniu 7 kwietnia 2023 r. wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 15 maja 2023 r. Taką zgodę wraz z przedłużeniem ważności wadium uzyskał. Dalej, w dniu 26 kwietnia 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wymaganych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych, które otrzymał w dniu 28 kwietnia 2023 r.

Zamawiający jednocześnie podjął skuteczne kroki w celu zwiększenia kwoty do ceny Odwołującego i kwotę tę zwiększył. Zamawiający wystąpił do dwóch Gmin, zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia, tj. do Gminy Wołów (Zadanie 1 - Przebudowa drogi powiatowej nr 1284D Wołów – Gródek – skrzyż. z DW 339, dł. 9,790 km, jako połączenie Powiatu Wołowskiego i Gminy Wołów z DK S5) oraz do Gminy Wińsko (Zadanie 2 - Przebudowa drogi powiatowej nr 1274D Wińsko-Białawy-gr. powiatu trzebnickiego, dł. 10,310 km, jako połączenie Powiatu Wołowskiego i Gminy Wińsko z DK S5) o udzielenie dotacji celowej. Obie Gminy dokonały stosowanych zmian w budżecie, wyraziły zgodę na udzielenie dotacji celowej i podpisały umowy.

Kwota, którą Zamawiający ogłosił w dniu 17 marca 2023 r. przed otwarciem ofert, na mocy uchwał Rady Gminy Wińsko z dnia 29 marca 2023 r. zwiększyła się o 1 573 689, 00 zł, natomiast na mocy uchwały Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 10 maja 2023 r. o 1 278 889, 00 zł. Łącznie Zamawiający otrzymał w drodze dotacji celowych kwotę 2 852 578 zł. Była to suma, która przekraczała brakującą kwotę.

W dniu 16 maja 2023 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie powołując się na art. 255 pkt 3 Pzp. Swą decyzję uzasadnił tym, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 17 maja 2023 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Do chwili sporządzenia odwołania protokół ten oraz załączniki nie zostały udostępnione.

NIEDOPUSZCZALNE UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE ART. 255 PKT 3 PZP ZAMAWI. ZWIĘKSZYŁ KWOTĘ JAKĄ ZAMIERZA PRZEZNACZYĆ NA SFINANSOWANIE ZAMÓWIENIA W TOKU PROWADZONEGO POSTĘPOWANIA

Zamawiający naruszył w sposób istotny ustawę Pzp, albowiem na spełniły się przesłanki obligatoryjnego unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie jest kompetentny (uprawniony i obowiązany) do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia uległa podwyższeniu pomiędzy otwarciem ofert a podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowaniu, na skutek udzielonych dotacji celowych.

Okoliczność tę potwierdzają złożone przy niniejszym odwołaniu uchwały: Rady Gminy Wińsko z dnia 29 marca 2023 r. oraz Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 10 maja 2023 r., obie w sprawie wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej Powiatowi Wołowskiemu w formie dotacji celowej z przeznaczeniem na realizację inwestycji pn. „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5”, które jako akty prawa miejscowego stanowią podstawę do uwzględnienia wysokości przyznanych dotacji celowych w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia. Korespondują z nimi dalsze uchwały zmieniające wieloletnie prognozy finansowe Gmin. Także sam wniosek Zamawiającego do Gmin – Odwołującemu udostępniono w trybie dostępu do informacji publicznej wniosek skierowany do Gminy Wołów z dnia 24 kwietnia 2023 r. – inicjujący proces zwiększenia środków, nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający podjął skuteczne działania w celu zwiększenia kwoty na potrzeby przedmiotowego postępowania i kwotę tę ostatecznie zwiększył z pomocą zainteresowanych Gmin.

W realiach niniejszej sprawy, Zamawiający nie unieważnił postępowania w dniu otwarcia ofert, tj. 17 marca 2023 r., kontynuował postępowanie, wezwał Odwołującego nie tylko do przedłużenia terminu związania ofertą, ale również do złożenia podmiotowych środków dowodowych i potrzebne oświadczenia i dokumenty uzyskał. W tym samym czasie, Zamawiający wystąpił do Gmin, które skorzystają na przebudowie dróg powiatowych objętych zamówieniem o udzielenie dotacji celowej z przeznaczeniem właśnie na sfinansowanie danego zamówienia. Wystąpienie Zamawiającego było w związku z prowadzonym postępowaniem i na jego rzecz, w celu zwiększenia finansowania. Udzielona przez Gminy pomoc finansowa miała charakter celowy, a Zamawiający z udzielonej pomocy może skorzystać tylko zgodnie z celem określonym w uchwałach gmin. Odwołujący w tym miejscu podkreśla, że zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia po otwarciu ofert, w żaden sposób nie uprawniało Zamawiającego do jakiegokolwiek uznaniowości i zrezygnowania z udzielenia zamówienia z powołaniem się na kwotę, którą ogłosił przed otwarciem ofert, ponieważ kwota z dnia 17 marca 2023 r. nie odpowiadała już stanowi rzeczy w postępowaniu na dzień 16 maja 2023 r. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości (arbitralności).

W tym kontekście wskazać należy, że określenia w ustawie takie jak „zamierza przeznaczyć” (art. 222 ust. 4 Pzp, czy art. 255 pkt 3 Pzp), czy „może zwiększyć” (art. 255 pkt 3 Pzp) nie należy rozumieć w kategorii subiektywnego przekonania Zamawiającego, tylko w kategoriach obiektywnych. Jeżeli Zamawiający w konkretnym celu zwracał się do Gmin o pomoc finansową i w tym celu - w związku z na rzecz prowadzonego postępowania tę pomoc uzyskał należy stwierdzić, że pomoc udzielona została z zamiarem przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia i celem tym Zamawiający jest związany. W konsekwencji czego, zwiększenie kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia poprzez uzyskanie dotacji celowych oznacza, że taką kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku ze zwiększeniem kwoty przeznaczony na sfinansowanie tego zamówienia Zamawiający nie był kompetentny do unieważnienia postępowania. Kwota którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia uległa zwiększeniu o łączną sumę 2 852 578 zł, z kolei do wyboru oferty Odwołującego brakowało 2 290 079, 04 zł. W tym stanie rzeczy Zamawiający był obowiązany wybrać ofertę, ponieważ mieściła się w tej kwocie.

PROWADZENIE POSTĘPOWANIA Z NARUSZENIEM ZASADY- PRZEJRZYSTOŚCI POSTĘPOWANIA UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA BYŁO CZYNNOŚCIĄ POZORNĄ

Wszczynając postępowanie Zamawiający zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w SWZ. Tym samym, Zamawiający, co do zasady, nie jest uprawniony do rezygnacji z udzielenia ogłoszonego zamówienia publicznego po wszczęciu postępowania. Jest związany ogłoszeniem i ogłoszone postępowanie ma obowiązek przeprowadzić zgodnie z zasadami rządzącymi tym postępowaniem, w szczególności z zasadą przejrzystości postępowania. Na marginesie odwołujący podnosi, że tylko wyjątkowe sytuacje, o których mowa w art. 255 pkt 5 Pzp (także art. 255 pkt 6 Pzp) uprawniałaby do rezygnacji z udzielenia zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Przypadki te nie dotyczą niniejszej sprawy i z powodu braku powołania się na tę podstawę przez samego Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, jak i z przyczyn merytorycznych. W kontekście art. 255 pkt 5 Pzp wskazać należy, że nie doszło do istotnej zmiany okoliczności, których nie można było przewidzieć. Prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, czemu dał wyraz sam Zamawiający występując do Gmin o dotacje celowe oraz Gminy udzielając danej pomocy finansowej.

Zdaniem Odwołującego, czynność unieważnienia postępowania była pozorna, albowiem wskazany powód unieważnienia w rzeczywistości nie miał miejsca. Takie twierdzenie jest uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy, zważywszy

na postępowanie Zamawiającego do dnia 15 maja 2023 r. Do tego momentu zachowanie Zamawiającego wskazuje na zamiar wyboru i udzielenia zamówienia w ramach prowadzonego postępowania. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zwrócił się o udzielenie dotacji celowej z przeznaczeniem na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego oraz pomoc taką uzyskała. W dniu 16 maja 2023 r. kiedy podejmował decyzję o unieważnieniu postępowania, Zamawiający obiektywnie mógł sfinansować zamówienie wybierając ofertę Odwołującego i udzielając mu zamówienie. Do dnia 15 maja 2023 r. Zamawiający miał zagwarantowane na ten cel kwoty:

28 587 500,00 zł (kwota ogłoszona w dniu otwarcia ofert),

1 573 689,00 zł (dotacja celowa Gmina Wińsko),

1 278 889,00 zł (dotacja celowa Gmina Wołów),

a oferta Odwołującego (30 877 579,04 zł) nie przewyższała tej sumy.

Rezygnacja w takiej sytuacji z wyboru, musiała być podyktowana nieujawnionymi wykonawcom powodami (kryteriami), a takie postępowanie nie ma uzasadnienia

w normach wynikających z Pzp. Odwołujący wskazuje, że wykonawcy działają

w zaufaniu do Zamawiającego na podstawie ogłoszonych warunków zamówienia, zakładając racjonalność i należyta staranność Zamawiającego, a przede wszystkim brak uznaniowości

w przedmiocie kontynuowania wszczętego postępowania. Tylko takie warunki stwarzają uczciwą konkurencję w postępowaniu i przygotowanie porównywalnych ofert.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem,

to na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne

i faktyczne podstawy. Konkretyzacja normy prawnej wynikającej z art. 255 pkt 3 Pzp dokonuje się w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, o którym zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp znajdującym zastosowanie na mocy art. 266 Pzp do przedmiotowego postępowania, należy zawiadomić równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty.

Dalej, podnieść należy, że z istoty i charakteru postępowania odwoławczego wynika jego kontradiktoryjność. Odwołujący przedstawił dowody, które wykazały okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, a mianowicie, że doszło do zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i miało to miejsce przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania, a zatem Odwołujący wykazał, że nie doszło

do ziszczenia się pierwszej z koniecznych przesłanek zastosowania art. 255 pkt 3 Pzp – cena najkorzystniejsza oferty nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia. Prawo zamówień publicznych, nie warunkuje skuteczności podwyższenia kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

z koniecznością udostępnienia informacji o tej zwiększonej kwocie na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tak jak to obowiązuje jest uczynić przed otwarciem ofert

(art. 222 ust. 4 Pzp). Tym samym zwiększając tę kwotę dokonuje po prostu wyboru oferty najkorzystniejszej. A oferent ma prawo do udzielenia zamówienia w sytuacji zwiększenia kwoty na ten cel.

W tym stanie rzeczy, zaktualizował się obowiązek po stronie Zamawiającego kontynuowania postępowania w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Upięty terminu związania ofertą nie stanowi przeszkody do wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z upływem terminu związania ofertą w dniu 15 maja 2023 r., który był już terminem jednokrotnie przedłużonym, obowiązkiem Zamawiającego zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp

(w zw. z art. 266 Pzp) było wezwanie wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Z wyżej wymienionego artykułu wynika obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego do zwrócenia się o przedmiotową zgodę. Odwołujący oświadcza, że taką zgodę po zwróceniu się do niego w tym trybie by wyraził, albowiem jest zainteresowany udzieleniem zamówienia, co potwierdza również skorzystanie przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Tym samym, powodem unieważnienia postępowania, czy rezygnacji z udzielenia zamówienia nie mógł być fakt upływu terminu związania ofertą.

Z tych wszystkich względów żądanie odwołania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 2 czerwca 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że dokonał czynności unieważnienia postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia. Kwota najkorzystniejszej oferty wynosiła 30 877 579,04 zł

i przekraczała o 2 290 079,04 zł kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia. „Jako że zamówienie miało być finansowane w kolejnym a nie w bieżącym roku budżetowym kwota 28 587 500 złotych, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została przewidziana przez Zamawiającego w poz. 1.3.2.1 załącznika nr 2 do Uchwały nr LVII/270/22 Rady Powiatu Wołowskiego z dnia 29 grudnia 2022 r., w której określono łączny limit zobowiązań wynikających z realizacji zadania pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz gminy Wińsko z drogą ekspresową S5 - Dostępność do drogi S5” .

Łączne nakłady finansowe w tej pozycji WPF były wyższe niż limit zobowiązań, gdyż w pozycji łącznych nakładów finansowych mieściła się kwota dotacji odnośnie której prowadzone były już w roku 2022 rozmowy zarówno z Gminą Wińsko, jak i Gminą Wołów. Jednakże z uwagi

na brak zawarcia umów dotacyjnych limit zobowiązań (czyli granice upoważnienia Zarządu Powiatu) nie obejmował planowanych dotacji. Z kolei kwota limitu zobowiązań obejmowała wartość udzielonej Powiatowi Wołowskiemu przez Bank Gospodarstwa Krajowego promesy oraz kwotę, jaką powiat był w stanie przeznaczyć ze środków własnych (bez uwzględnienia dotacji). w poz. 1.3.2.1 załącznika nr 2 do Uchwały nr LIX/284/23 Rady Powiatu Wołowskiego z dnia 30 marca 2023 r. wartość limitu zobowiązań dla przedmiotowego zadania została zmniejszona do kwoty 28025000 zł, czyli kwoty wynikającej z Promesy.

Zmiana ta wynikała z faktu, że Zamawiający zdawał sobie już wtedy sprawę, że nie jest

w stanie samodzielnie sfinansować zamówienia ze środków własnych i podjął rozmowy

z Gminą Wińsko i Gminą Wołów w sprawie udzielenia dotacji. Kwoty wstępnie uzgodnionych z ww. gminami dotacji tj. kwota 1 278 889 złotych uzgodniona z Gminą Wołów oraz kwota

1 573 689 zł uzgodniona z Gminą Wińsko zapewniały łącznie finansowanie dla zamówienia – pod warunkiem zawarcia stosownych umów. Zmiana ta w sytuacji, gdy nie została zawarta umowa dotacji była irrelevantna, gdyż nawet, gdyby w WPF pozostała kwota limitów wynikająca z uchwały z 29 grudnia 2022 i nawet w przypadku zawarcia umowy dotacji z Gminą Wińsko, to łącznie kwoty te nie pozwalałyby sfinansować przedmiotowego zamówienia”.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że: „w przypadku Zamawiającego, którym jest jednostka samorządu terytorialnego Zarząd (jako organ wykonawczy) nie może przeznaczyć środków większych niż wynikające z obowiązującego budżetu lub wieloletniej prognozy finansowej, chyba, że plany finansowe zostaną zmienione, przy czym organem właściwym do zmiany tych planów jest rada powiatu (jako organ stanowiący), a zarząd nie ma możliwości „zmuszenia” rady powiatu do podjęcia uchwały o określonej treści. Zamawiający przewidział finansowanie zamówienia z Programu Polski Ład, a kwota przewidziana w limicie zobowiązań określonych w Wieloletniej Prognozie Finansowej wynikała z uzyskanej Promesy oraz w zakresie

561 500 zł ze środków własnych Zamawiającego. Zamawiający określił z należytą starannością wartość szacunkową zamówienia tj. na kwotę 23 758 877,21 złotych,

a dodatkowo przewidział na realizację zamówienia kwotę wyższą prawie o 5 000 000 złotych niż ta wynikająca z kosztorysu.”. (...) „Zamawiający podjął jeszcze w roku 2022 wstępne rozmowy w zakresie pozyskania dotacji z Gminy

Wińsko i Gminy Wołów. Rozmowy te zostały skonkretyzowane dopiero po otwarciu ofert w postępowaniu. W wyniku tych rozmów Zamawiający zwrócił się do Gminy Wińsko i Gminy Wołów o udzielenie dotacji.

Z obiema Gminami ustalono kwoty dotacji, które pozwolą Zamawiającemu sfinansowanie zamówienia, z tym że Powiat oczekiwał zawarcie z obiema Gminami umów dotacyjnych, które stanowiłyby podstawę dla Rady Powiatu do wprowadzenia zmian w Wieloletniej Prognozie Finansowej Powiatu.

Wprawdzie Rada Miejska w Wołowie podjęła w dniu 10 maja 2023 r. uchwałę nr LXVIII/528/2023 dotycząca wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej Powiatowi Wołowskiemu z przeznaczeniem na realizację zadania pod nazwą: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz gminy Wińsko z drogą ekspresową S5”, to jednak uchwała ta nie gwarantowała zapewnienia środków Powiatowi na realizację tego zadania. Uchwała miała charakter intencyjny i wyrażała jedynie zgodę na udzielenie pomocy. Wskazuje na to także treść załącznika nr 3 do uchwały nr LXVIII/530/2023 Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 10.05.2023 r. (stanowiącej załącznik do odwołania), w którym w pkt VIII w akapicie 3 wskazano, że podjęta przez Gminę Wołów uchwała o przyznaniu pomocy ma wyłącznie charakter „intencji”. Uchwała Rady Miejskiej w Wołowie nie daje możliwości sformułowania przez Powiat Wołowski jakichkolwiek roszczeń wobec Gminy Wołów związanych z udzieleniem dotacji, co wprost wynika z treści art. 220 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że podstawą udzielania dotacji jest umowa.

W związku z powyższym w celu jej zawarcia strony muszą dojść do porozumienia odnośnie jej treści. Przesłanie nawet jednostronnie podpisanej umowy nie powoduje zaciągnięcia zobowiązania, jeżeli druga strona nie akceptuje jej treści. Dotacja udzielona zostaje dopiero

z chwilą zawarcia umowy, a nie z chwilą podjęcia uchwały przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego”.

Zamawiający przywołał wyrok NSA z 27.05.2021 r., I GSK 1767/18:

„Podjęta uchwała o udzieleniu pomocy rzeczowej nie kreuje bezpośrednio powstania zobowiązania, następstwem którego będzie wydatek, pomimo że pomoc rzeczowa została sklasyfikowana w zakresie wydatków budżetowych. Źródłem powstałego zobowiązania będzie dopiero zawarta umowa o udzieleniu pomocy rzeczowej pomiędzy organami wykonawczymi zainteresowanych jednostek samorządu terytorialnego. Pomoc rzeczowa jest tu jedynie środkiem współdziałania przy realizacji zadań własnych przez inną jednostkę samorządu terytorialnego. Zatem podjęta uchwała, nie należąc do uchwał, których przedmiot został wymieniony w art. 11 ust. 1 pkt 1–6 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, należy do właściwości nadzorczej wojewody.

Z ust. 1 i ust. 2 pkt 1 art. 60 u.s.g. wynika, że za prawidłową gospodarkę finansową gminy odpowiada wójt. Przysługuje mu ponadto wyłączne prawo zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy. Wreszcie zgodnie z art. 10 ust. 2 u.s.g. gminy, związki międzygminne oraz stowarzyszenia JST mogą sobie wzajemnie bądź innym JST udzielać pomocy, w tym finansowej. Tym niemniej, co już powiedziano, uchwała podejmowana w trybie art. 10 ust. 2 u.s.g. (czyli o udzieleniu pomocy rzeczowej) nie kreuje bezpośrednio zobowiązania, którego następstwem będzie wydatek. Źródłem takiego zobowiązania będzie dopiero zawarta przez wójta umowa z beneficjentem (art. 220 ust. 2 u.f.p. - podstawą udzielenia pomocy, o której mowa w ust. 1, jest umowa).”

Dalej Zamawiający argumentował, że „Gmina Wołów nie podpisała projektu umowy przesłanego przez Powiat Wołowski w dniu 09.05.2023 r., który przewidywał udzielenie dotacji bez dodatkowych warunków i zwróciła się w trakcie spotkania o przedstawienie warunkowego projektu umowy. W odpowiedzi na to, Zamawiający przesłał do Gminy w dniu 11.05.2023 r. propozycję zmienionej umowy zabezpieczającej interesy Powiatu. W odpowiedzi na to Gmina przesłała do Powiatu w dniu 12.05.2023 r. swoją wersję umowy wraz z opinią prawną, z której wynikało, że umowa może mieć tylko charakter intencyjny, gdyż Burmistrz nie może zobowiązać się do zawarcia umowy dotacji, która wiązałaby strony bezwarunkowo, a następnie przesłała w dniu 15.05.2023 r. niezgodniony, ale jednostronnie podpisany przez Burmistrza projekt umowy, który nie został zaakceptowany przez Powiat. Zamawiający wskazuje Powiat, po przeanalizowaniu ryzyka, jakie groziłoby mu w przypadku niewywiązania się Gminy Wołów z umowy (w brzmieniu zaproponowanym przez Gminę) nie podpisał umowy, albowiem jej postanowienia nie zabezpieczały interesów Powiatu w zakresie zabezpieczenia finansowania inwestycji. Stanowisko w zakresie intencyjnego charakteru umowy przedstawione przez Gminę Wołów w przesłanej do powiatu opinii prawnej dodatkowo utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że przesłana umowa nie gwarantuje Powiatowi uzyskania środków, a środki posiadane przez Powiat (bez dotacji gminy Wołów)

są niewystarczające dla realizacji zamówienia publicznego. Pozyskiwanie środków przez Powiat od innych jednostek samorządu terytorialnego nie elementem postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, a w związku z powyższym przyczyny, z których Zamawiający nie zdecydował się na zawarcie umów dotacji nie mogą być oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą, albowiem gdyby tak było, to orzeczenia Izby zmuszałyby Zamawiającego do zawierania umów o określonej treści. Takie stanowisko

jest nie do pogodzenia z faktem, iż to Zarząd Powiatu ponosi odpowiedzialność za realizację umowy z wykonawcą oraz za zapewnienie środków na ich realizację oraz ewentualną odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Brak akceptacji Zamawiającego dla przedstawionego ostatecznie przez Gminę Wołów projektu umowy wynikał z faktu, iż była ona jedynie deklaracją Gminy Wołów

w zakresie udzielenia dotacji w roku 2024 (w par. 2 umowy mowa jest jedynie o deklaracji gminy).

- 1) Z opinii prawnej z dnia 12.05.2023 r. wykonanej na zlecenie Gminy Wołów wprost wynika, że (w ocenie sporządzających tę opinię) Burmistrz Gminy Wołów nie może odpowiadać za działania Rady Miejskiej, w szczególności nie może odpowiadać za podjęcie przez tą Radę uchwały budżetowej oraz uchwały wykonawczej udzielającej pomocy publicznej.
- 2) Przedstawione przez Burmistrza Gminy Wołów stanowisko zakłada zatem jednoznacznie, że możliwa jest sytuacja, w której Rada Miejska w Wołowie, pomimo podjęcia działań przez Burmistrza Wołowa nie uwzględni w budżecie Gminy środków na dotację celową na rzecz Powiatu Wołowskiego z przeznaczeniem na realizację inwestycji pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz gminy Wińsko z drogą ekspresową S5”, co spowoduje niewykonanie umowy w sprawie pomocy finansowej w formie dotacji celowej.
- 3) umowa w wersji zaproponowanej przez Gminę Wołów nie zabezpiecza w żadnym stopniu interesów Powiatu Wołowskiego w zakresie zagwarantowania uzyskania dofinansowania na realizację ww. zadania,
- 4) zarówno z treści opinii, jak i umowy wynika, że Powiat dopiero w chwili uchwalenia budżetu przez Gminę Wołów będzie mógł być pewny, iż otrzyma przedmiotową dotację, przy czym Rada Miejska w Wołowie nie musi przewidzieć zamierzenia inwestycyjnego w budżecie zgodnie z wnioskiem Burmistrza, co więcej pomimo złożonej deklaracji Burmistrz może przedstawić projekt budżetu nie uwzględniający ww. dotacji.
- 5) W związku z powyższym zawarcie z Gminą Wołów umowy (o treści proponowanej przez Gminę) będzie rodziło dla Powiatu znaczne ryzyko finansowe, gdyż Powiat Wołowski rozstrzygając postępowanie publiczne na realizację zadania inwestycyjnego i zawierając umowę z wykonawcą zobowiązuje się m.in. do zapłaty wynagrodzenia dla tego wykonawcy za realizację dokumentacji i robót budowlanych.
- 6) Umowa miała zostać zawarta w maju 2023 r., a wiążące zobowiązanie Gminy Wołów w zakresie dotacji nastąpi dopiero w styczniu 2024 r. Oznacza, to że po zawarciu umowy może okazać się, że Powiat Wołowski nie będzie dysponował środkami na wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy dokumentacji projektowej i robót budowlanych, jeżeli Rada Miejska w Wołowie nie uwzględni dotacji w budżecie.
- 7) Brak środków, które miały być uzyskane od Gminy Wołów może wpłynąć na brak możliwości uzyskania środków z programu Polski Ład, który zakłada finansowanie przez Powiat w pierwszej kolejności udziału własnego w inwestycji, biorąc pod uwagę, że Powiat takimi środkami nie dysponuje.
- 8) W takiej sytuacji należy liczyć się z prowadzeniem postępowania sądowego i egzekucyjnego przeciwko Powiatowi Wołowskiemu (przez Wykonawcę), a także z możliwością wstrzymania prac przez wykonawcę w przypadku, gdy nie będzie on otrzymywał swojego wynagrodzenia.
- 9) Należy zauważyć, że roszczenia wykonawcy będą dotyczyły całości wynagrodzenia wynikającego z umowy, tak więc, gdyby fakt nieprzekazania dotacji przez Gminę Wołów uniemożliwił pozyskanie środków z programu Polski Ład, to Powiat Wołowski zmuszony byłby do sfinansowania całej inwestycji (a nie tylko wkładu własnego) ze środków Powiatu.
- 10) Jednocześnie Powiat Wołowski nie będzie mógł formułować żadnych roszczeń o zapłatę przeciwko Gminie Wołów, a także nie będzie mógł wiążąco wpłynąć na decyzje podejmowane przez Radę Miejską w Wołowie, ani na projekt budżetu przedstawiany przez Burmistrza”.

Według Zamawiającego nie można także mówić o naruszeniu zasady przejrzystości odnośnie prowadzonych negocjacji z Gminami, gdyż negocjacje te nie są częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Gmina Wińsko nie przedstawiła zastrzeżeń wobec przesłanego pierwotnie przez Powiat projektu umowy, ale wobec fiaska negocjacji z Gminą Wołów Zamawiający nie podpisał umowy z Gminą Wińsko, gdyż kwota dotacji z samej tylko Gminy Wińsko nie pozwalała na realizację zamówienia.

Stan faktyczny, który Krajowa Izba Odwoławcza powinna wziąć pod rozwagę w chwili orzekania, obejmuje zatem sytuację, w której środki przewidziane przez Powiat Wołowski w Wieloletniej Prognozie Finansowej nie wystarczają na realizację zamówienia publicznego,

a Powiat nie ma zapewnionego finansowania w formie dotacji od innych jednostek samorządu terytorialnego, gdyż nie zostały zawarte umowy dotacji

W dniu 5 czerwca 2023 roku Odwołujący złożył pismo procesowe będące repliką na odpowiedź na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania

o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa

w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodów złożonych do akt sprawy odwoławczej jako załączniki do odwołania oraz dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego oraz do pisma procesowego Odwołującego: dokumenty załączone do odwołania:

a) pismo Starosty Powiatu Wołowskiego (Zamawiającego) do Burmistrza Gminy Wołów z dnia 24 kwietnia 2023 r. o udzielenie dotacji celowej w wysokości 1 278 889, 00 zł z przeznaczeniem na realizację inwestycji pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” – na okoliczność podjęcia starań przez Zamawiającego uzyskania dofinansowania przedmiotowego zamówienia od zainteresowanej realizacją zamówienia Gminy Wołów;

b) uchwała nr LXVIII/528/2023 Rady Miejskiej z dnia 10 maja 2023 r. w sprawie wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej na rzecz Powiatu Wołowskiego w formie dotacji celowej z przeznaczeniem na realizację inwestycji drogowej pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” – na okoliczność przyznania dotacji celowej w celu sfinansowania przedmiotowego zamówienia i tym samym zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia;

c) uchwała nr LXVIII/530/2023 Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 10 maja 2023 r.

w sprawie zmiany uchwały nr LX/479/2022 Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 15 grudnia 2022 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Wołów na lata 2023 – 2037 – na okoliczność zmiany w budżecie Gminy Wołów, koniecznej do zrealizowania dotacji celowej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia i zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia;

d) umowa nr 1/2023 w sprawie pomocy finansowej w formie dotacji celowej podpisana przez Burmistrza Gminy Wołów w dniu 15 maja 2023 r. – na okoliczność zrealizowania dotacji celowej i zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia;

e) uchwała nr LXVI/465/2023 Rady Gminy Wińsko z dnia 29 marca 2023 r.

w sprawie wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej na rzecz Powiatu Wołowskiego w formie dotacji celowej z przeznaczeniem na realizację inwestycji drogowej pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” – na okoliczność przyznania dotacji celowej w celu sfinansowania przedmiotowego zamówienia i tym samym zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia;

f) uchwała nr LXVIII/467/2023 Rady Gminy Wińsko z dnia 26 kwietnia 2023 r.

w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Wińsko – na okoliczność zmiany w budżecie Gminy Wińsko, koniecznej do zrealizowania dotacji celowej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia i tym samym zwiększenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

dokumenty załączone do pisma procesowego Odwołującego:

- a) Wyciąg z Uchwały Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu z dnia 22 lipca 2019 r. 21/31/2019,
- b) Pismo Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 25 września 2017 r. RIO.III.072-96/2017 do Wójta Gminy Płońca,

dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- a) Uchwała Rady Powiatu nr LVII/270/22 Rady Powiatu Wołowskiego z dnia 29 grudnia 2022 r. w sprawie przyjęcia wieloletniej prognozy finansowej Powiatu Wołowskiego na okoliczność wykazania wysokości środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia;
- b) Uchwała Rady Powiatu nr LIX/284/23 Rady Powiatu Wołowskiego z dnia 30 marca 2023 r. w sprawie przyjęcia wieloletniej prognozy finansowej Powiatu Wołowskiego na okoliczność wykazania wysokości środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia;
- c) Wstępna promesa dofinansowania inwestycji z rządowego funduszu Polski Ład NR Edycja2/2021/8676/PolskiŁad na okoliczność wskazania podstawy ujęcia zobowiązania w wieloletniej prognozie finansowej;
- d) dokument określenia wartości szacunkowej z dnia 28.02.2023 r. wraz z kosztorysami z lutego 2023 na okoliczność prawidłowości określenia wartości szacunkowej;
- e) wiadomość e-mail z dnia 09.05.2023 r. od Starosty Wołowskiego do Burmistrza Wołowa wraz z projektem umowy na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów;
- f) wiadomość e-mail z dnia 11.05.2023 r. od Starosty Wołowskiego do Burmistrza Wołowa wraz z projektem umowy na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów;
- g) wiadomość e-mail z dnia 12.05.2023 r. od Burmistrza Wołowa do Starosty Wołowskiego wraz z opinią prawną i projektem umowy na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów;
- h) jednostronnie podpisany przez Burmistrza Wołowa projekt umowy doręczony w dniu 15.05.2023 r. na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów;
- i) stanowisko prawne z dnia 15.05.2023 r. na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów;
- j) odpowiedź Starosty Wołowskiego z dnia 17.05.2023 r. na okoliczność przebiegu prowadzonych negocjacji oraz przyczyn niezawarcia umowy z gminą Wołów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści SWZ w pkt 3.14 Zamawiający przewidywał możliwość unieważnienia postępowania w przypadku wskazanym w art. 310 ustawy Pzp (jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane) oraz wskazał tą informację w pkt. 6.7 Ogłoszenia o zamówieniu.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp.

Wartość zamówienia ustalona w dniu 28 lutego 2023 roku wynosiła: 23 756 877,21 zł netto, w przeliczeniu na euro: 5 334 308,70 euro, według średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych przyjętego zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. (Monitor Polski z 15.12.2012 r. poz. 1177), wydanego na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, który wynosi 4,4536. W wyniku aktualizacji przedmiaru robót/kosztorysu inwestorskiego dokonanej w dniu 10 marca 2023 roku, ostatecznie wartość zamówienia została ustalona na kwotę: 23 930 970,45 zł netto co stanowi 5 373 399,15 euro.

Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 28 587 500,00 zł brutto.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 17 marca 2023 roku.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z czego ofertę z najniższą ceną brutto ogółem w wysokości: 30 877 579,04 zł złożył Odwołujący.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. Odwołujący został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą. Pismem z dnia 14 kwietnia 2023 roku Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

W dniu 26 kwietnia 2023 roku Odwołujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które złożył do Zamawiającego w dniu 27 kwietnia 2023 roku.

W dniu 29 marca 2023 roku Rada Gminy Wińsko podjęła uchwałę nr LXVI/465/2023w sprawie wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej na rzecz Powiatu Wołowskiego w formie dotacji celowej z przeznaczeniem na realizację inwestycji drogowej pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” w kwocie 1 573 689,00 zł. brutto.

Paragraf drugi uchwały zawierał treść: Szczegółowe warunki udzielenia pomocy finansowej

i zasady rozliczenia środków określone zostaną w umowie zawartej pomiędzy Gminą Wińsko a Powiatem Wołowskim.

W dniu 26 kwietnia 2023 roku Rada Gminy Wińsko podjęła Uchwałę w sprawie zmiany Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Wińsko.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2023 roku Starosta Powiatu Wołowskiego zwrócił się do Burmistrza Gminy Wołów z prośbą o udzielenie dotacji celowej dla Powiatu Wołowskiego w wysokości 1 278 889,00 zł na wsparcie przebudowy drogi powiatowej nr 1284D.

Pismem z dnia 10 maja 2023 roku Burmistrz Gminy Wołów przekazał Staroście Powiatu Wołowskiemu uchwałę Nr LXVIII/528/2023 Rady Miejskiej podjętą na LXVIII Sesji Rady Miejskiej w Wołowie dnia 10 maja 2023 r. w sprawie wyrażenia zgody na udzielenie pomocy finansowej na rzecz Powiatu Wołowskiego w formie dotacji celowej z przeznaczeniem

na realizację inwestycji drogowej pn.: „Nadzór inwestorski oraz przebudowa dróg powiatowych nr 1284D i 1274D łączących siedziby powiatu i gminy Wołów oraz Gminy Wińsko z drogą ekspresową S5” do wysokości wnioskowanej kwoty. Paragraf drugi uchwały zawierał treść:

„W celu realizacji zadania, o którym mowa w niniejszej Uchwale zostanie zawarta umowa pomiędzy Gminą Wołów a Powiatem Wołowskim”.

W dniu 10 maja 2023 roku Rada Miejska w Wołowie podjęła Uchwałę nr LXVIII/530/2023

w sprawie zmiany uchwały nr LX/479/2022 Rady Miejskiej w Wołowie z dnia 15 grudnia 2022 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Wołów na lata 2023 – 2037.

W dniu 9 maja 2023 roku Starosta Powiatu Wołowskiego przekazał w korespondencji elektronicznej Burmistrzowi Gminy Wołów projekt umowy w sprawie udzielenia pomocy finansowej w formie dotacji celowej.

W dniu 11 maja 2023 roku Starosta Powiatu Wołowskiego przekazał w korespondencji elektronicznej Burmistrzowi Gminy Wołów nowy projekt umowy o zmienionej treści, w sprawie udzielenia pomocy finansowej w formie dotacji celowej.

W dniu 12 maja 2023 roku Burmistrz Gminy Wołów w korespondencji mailowej przekazał Staroście Powiatu Wołowskiego opinię prawną dotyczącą Umowy przedstawionej przez Powiat Wołowski oraz poprawiony projekt Umowy.

W dniu 15 maja 2023 roku do Starostwa Powiatowego w Wołowie wpłynął dokument – jednostronnie podpisana przez Burmistrza Gminy Wołów umowa nr 1/2023 r. w sprawie pomocy finansowej w formie dotacji celowej.

Zamawiający nie podpisał ww. umowy i w dniu 16 maja 2023 roku unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, podając jako uzasadnienie faktyczną okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła:

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 266 ustawy Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3,

art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Zgodnie z treścią art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie

o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Z kolei stosownie do art. 16 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty.

Celem uregulowania określonego w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp jest ochrona Zamawiającego przed roszczeniem o zawarcie umowy w przypadku braków środków finansowych. Kwota, którą Zamawiający jest związany, jest udostępniana przez Zamawiającego na stronie internetowej, najpóźniej przed otwarciem ofert, jako kwota którą zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to minimalna suma gwarantowana przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, wiążąca Zamawiającego w taki sposób, że jeżeli cena oferty najkorzystniejszej nie przekroczy tej kwoty, Zamawiający zobowiązany będzie do udzielenia zamówienia publicznego (jeżeli nie zaistnieją inne

okoliczności uzasadniająca unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Informacja o kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została udostępniona przed otwarciem ofert, jako wartość 28 587 500 zł. Była to kwota, którą Zamawiający dysponował na realizację przedmiotowego zamówienia, która nie obejmowała dotacji z Gmin Wołów i Wińsko. Kwota ta nie była jednak wystarczająca na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym „kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia uległa podwyższeniu pomiędzy otwarciem ofert a podjęciem decyzji

o unieważnieniu postępowaniu, na skutek udzielonych dotacji celowych”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego podniesione w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, oparte na treści art. 220 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.) o finansach publicznych oraz na wyroku NSA z 27 maja 2021 r., i GSK 1767/18 przywołanym powyżej. Zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, podstawą udzielenia pomocy finansowej w formie dotacji celowej lub pomocy rzeczowej

z budżetu jednostki samorządu terytorialnego innym jednostkom samorządu terytorialnego, jest umowa. Takie umowy z ww. Gminami nie zostały zawarte, a brak zmiany w WPF nie jest istotne dla sprawy.

Skoro umowy o udzielenie dotacji celowej pomiędzy Zamawiającym a Gminą Wołów

i Gminą Wińsko nie zostały zawarte, to nie nastąpiło zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał i mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający wykazał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia i którą realnie dysponuje jest niższa, niż cena oferty najkorzystniejszej. Wykazał również, że nie doszło do zawarcia umów dotacyjnych

z ww. Gminami, w wyniku czego nastąpiłoby zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, umożliwiającą udzielenie zamówienia.

Izba podkreśla, że ustawodawca dopuścił możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienie, wskazując, że „zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty”. Nie jest to jednak obowiązek leżący po stronie Zamawiającego lecz jego uprawnienie, które oparte jest na swobodzie uznania. To do decyzji Zamawiającego należy kwestia zwiększenia środków przeznaczonych na dany cel. Zamawiający nie ma też obowiązku poszukiwania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, a tym bardziej zawierania umów, które w jego ocenie są niekorzystne.

Wskazać należy również, że nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów ustawy Pzp okoliczność, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, musi nastąpić zaraz po otwarciu ofert, bez kontynuowania postępowania. Wręcz przeciwnie, Zamawiający aby mógł uznać, że cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa niż ilość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, musi kontynuować procedurę, aby wyłonić tego wykonawcę, którego oferta będzie najkorzystniejsza. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający działał w zaufaniu, że uzyska dotacje z Gmin Wińsko i Wołów, zgodnie z treścią podjętych Uchwał, a zatem kontynuowanie procedury było w pełni uzasadnione i słuszne. Zarzut co do uznaniowości w działaniu Zamawiającego jest niczym niepotwierdzony a wręcz krzywdzący dla Zamawiającego.

Izba podkreśla, że do kompetencji Izby należy ocena czy Zamawiający poprzez czynności które wykonał, lub czynności których zaniechał w postępowaniu naruszył przepisy ustawy Pzp, natomiast Izba nie jest uprawniona na oceny w jaki sposób Zamawiający prowadzi gospodarkę finansową, a tym bardziej do narzucania Zamawiającemu określonych działań, np. w postaci nakazania zawarcia umowy o określonej treści i na określonych zasadach.

Zdaniem Izby, jeżeli Zamawiający nie posiadał środków na zwiększenie finansowania zamówienia, a w jego ocenie zawarcie danej umowy o dofinansowanie na warunkach jakie przedstawiła Gmina Wołów nie jest możliwe, (z przyczyn obiektywnych, np. niekorzystne

dla Zamawiającego warunki umowy) to wyczerpuje to przesłankę uzasadniająca unieważnienie postępowania na podst. art. 255 pkt 3 Pzp. Bowiem obowiązek unieważnienia postępowania w takiej sytuacji wynika z ustawy.

W kontekście powyższego zarzut o pozorności unieważnienia postępowania nie może się ostać. Tym bardziej, jak sam Odwołujący podkreślił, do 15 maja 2023 roku czynności Zamawiającego wskazywały na chęć udzielenia przedmiotowego zamówienia. Potwierdza

to tylko okoliczność, że Zamawiający działał w zaufaniu, że otrzyma ww. dotacje, tzn. że Gminy zawrą umowy o udzielenie dotacji celowych. W obliczu odmowy zawarcia umowy przez Gminę Wołów, Zamawiający nie mógł kontynuować postępowania, z uwagi na brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego zasady przejrzystości, ponadto Odwołujący nie wykazał w czym upatruje naruszenia tej zasady.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że kwota, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa niż cena

oferty najkorzystniejszej, a zatem nie naruszył przepisów ustawy Pzp w zakresie podniesionym w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 pkt b)

oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....