

**Sygn. akt: KIO 2163/11**

**WYROK**  
**z dnia 19 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez **Odwołującego** – „Instal Kraków” S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Wodociągów i Kanalizacji „WOD-KAN” spółka z o.o., ul. Św. Faustyny Kowalskiej 9, 97-400 Bełchatów,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwwołującego** - "Instal" Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwwołującego** - "Instal" Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwwołującego** - "Instal" Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, na rzecz **Zamawiającego** - Zakład Wodociągów i Kanalizacji "WOD-KAN" spółka z o.o., ul. Św. Faustyny Kowalskiej 9, 97-400 Bełchatów, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Kanalizacji „WOD-KAN” Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Św. Faustyny Kowalskiej 9 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Kontrakt 09- Budowa instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” w ramach projektu pn. „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie Miasta Bełchatowa””, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 20-031909.

Dnia 28 września 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawcę o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, iż uchwalenie zmiany budżetu Miasta Bełchatowa na 2011 rok, w której zrezygnowano z wniesienia wkładu pieniężnego do spółki w wysokości 5 000 000 zł spowodowało, że Rada Nadzorcza spółki, jak też Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników wydało jednoznaczne negatywne stanowisko, co do możliwości udzielenia zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Instal Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 7 października 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w złożeniu odwołania bowiem uwzględnienie zarzutów i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przetargowego spowoduje podpisanie umowy z Odwołującym, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki, jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, iż czynność ta znalazła dla

określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażąco naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można w sposób dowolny interpretować przesłanek do unieważnienia postępowania. Decyzje w tym zakresie powinny być podejmowane w sposób przemyślany i zgodny z prawem. W każdym takim przypadku należy pamiętać o tym, że kontynuacji postępowania sprzeciwiać się musi interes publiczny, który nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie została spełniona przesłanka art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. Zamawiający nie utracił źródła finansowania kontraktu nr 09. Nie musi również zrezygnować z realizacji tego kontraktu z uwagi na jakiś istotny interes publiczny - niezagrażona jest również realizacja całego projektu pn. „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie Miasta Bełchatowa”. Ze wstępnych obliczeń Odwołującego wynika, iż suma wszystkich 9 kontraktów zamyka się w kwocie około 111.500.000,00 zł, co mieści się w planowanej wysokości kosztów ustalonej w uzasadnieniu do planu zadań inwestycyjnych Zamawiającego tj. 125.990.600,00 zł. Netto.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 7 października 2011 roku.

Zamawiający, jako że oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu nie przekazywał, innym wykonawcom, kopii odwołania.

Zamawiający dnia 18 października 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, iż zarzuty stawiane przez Odwołującego są niezasadne.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego wskazując, iż wola Zamawiającego było pozytywne rozstrzygnięcie postępowania. Z tego też względu Zamawiający przeprowadził procedurę badania i oceny oferty Odwołującego, w toku której wyjaśniał i uzupełniał dokumenty. Następnie zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy ogłosił wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu i prowadził korespondencję za pośrednictwem poczty elektronicznej świadczącą o przygotowywaniu się do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający nie spodziewał się wystąpienia okoliczności, które uniemożliwiły mu podpisanie ostatniej umowy w realizowanym Projekcie, co potwierdza ziszczenie się jednej z przesłanek zawartych w art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawiając wydarzenia bezpośrednio poprzedzające unieważnienie postępowania nie wspominał o uzyskaniu przez Zamawiającego negatywnych opinii co do możliwości zawarcia umowy, ze strony Rady Nadzorczej oraz Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników, o czym Zamawiający poinformował w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Istotne jest, że zarówno Radę Nadzorczą, której członkowie są przedstawicielami Miasta Bełchatowa jak i Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników, które jednoosobowo tworzy Prezydent Miasta Bełchatowa, stanowią więc osoby, które miały świadomość braku możliwości finansowego wsparcia Zamawiającego przez Miasto Bełchatów (właściciela Spółki).

Odwołujący podniósł, iż realizacja Kontraktu 09 powinna się zakończyć po 2012 r., aby przesunięcie środków na 2014 r. wydawało się uzasadnione. Wskazać jednak należy, iż realizację przedmiotowej umowy zgodnie z harmonogramem prac powinno zakończyć dokonanie odbioru końcowego najpóźniej 15.04.2013 r. (na miesiąc maj 2013 wyznaczono

termin ostatniej płatności). Tak więc w chwili obecnej przesunięcie jakichkolwiek środków z tytułu wkładu pieniężnego dla Zamawiającego na realizację zadania „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie Miasta Bełchatowa” na 2014 r. trudno uznać za „uzasadniony ekonomicznie krok zapewniający bezpieczną realizację projektu”. W okolicznościach sprawy stanowi to wprost wycofanie się z wkładu w wysokości 1 500 000,00 zł.

Także przesunięcie kwoty 3 500 000,00 zł dla Zamawiającego na rok 2013 oznacza w praktyce wycofanie tego wkładu pieniężnego właściciela Spółki z realizacji Projektu. Zadeklarowane przesunięcie znajduje się bowiem w Wieloletniej Prognozie Finansowej Miasta Bełchatowa na lata 2011-2020. Do faktycznego przekazania tych środków potrzebna jest uchwała budżetowa i uchwała o wniesieniu wkładu pieniężnego i wykonanie jej przez Prezydenta. Termin na jej uchwalenie upływa z końcem marca, czyli po terminie pierwszej płatności 2013 r., która zgodnie z harmonogramem prac ma mieć miejsce w lutym 2013 r. Kolejny termin płatności przewidziano na maj 2013 r. a więc na podjęcie wymaganych uchwał będzie niecałe dwa miesiące. Poza tym do przekazania środków finansowych przez właściciela Spółki niezbędne jest także ich fizyczne posiadanie, co na początku roku budżetowego jest utrudnione, ze względu na brak wpływów z podatków.

Wycofanie 5 000 000,00 zł z budżetu na rok 2011 nie jest pierwszym takim odroczeniem zaplanowanych do przekazania środków. Zgodnie z Uchwałą nr LVI/424/10 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 9 września 2010 r. w sprawie wyrażenia zgody na podwyższenie kapitału zakładowego Zakładu Wodociągów i Kanalizacji „WOD.- KAN.” spółka z o.o. w Bełchatowie i pokrycie go wkładem pieniężnym i niepieniężnym w zamian za udziały, w roku 2010 Zamawiający miał otrzymać 6 932 300 zł, z czego przekazanych zostało jedynie 1 932 300 zł mimo, że w budżecie Miasta Bełchatowa zarezerwowana była cała kwota (Uchwała nr XLV/351/09 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie uchwalenia budżetu Miasta Bełchatowa na 2010 r. - poz. 40002 w Tabeli nr 4 stanowiącej załącznik nr 5 do przedmiotowej uchwały).

Planowany całkowity koszt netto realizacji Projektu wynosi zgodnie z umową 125 990 600,00 zł, w tym kwota kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków wynikająca z wniosku o dofinansowanie wynosi netto 125 688 900,00 PLN. Kwota kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków stanowi podstawę do wyliczenia maksymalnego poziomu dofinansowania, które zgodnie z umową wynosi 72 210 158,38 PLN (obliczone jako iloczyn kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków, luki finansowej określonej we wniosku o dofinansowanie na poziomie - 67,59% i stopy dofinansowania projektu w ramach POIiŚ - 85%, tj.  $125\ 688\ 900\ \text{PLN} * 67,59\% = 84\ 953\ 127,51$  - maksymalna kwota wydatków kwalifikowanych \* 85% = 72 210 158,38 maksymalna kwota dofinansowania).

Powyższe wyliczenia bazują na założeniu, że poza dofinansowaniem z Funduszu Spójności, projekt będzie finansowany ze środków własnych (pożyczka w wysokości 33 000 000,00 PLN i wkład pieniężny właściciela w wysokości 19 169 500,00 PLN oraz 1 610 941,62 PLN - środki własne spółki - zysk).

Zachwianie się któregośkolwiek źródła finansowania, przy jednoczesnym zachowaniu pełnej wartości Projektu, będzie skutkowało niedomknięciem finansowym Projektu, czyli brakiem środków na regulowanie zobowiązań wobec wykonawców. Ogromne znaczenie dla bilansowania Projektu ma również zmiana kwoty kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków, ponieważ od nich liczona jest kwota dofinansowania. Utrata każdej kwoty dofinansowania (liczonej wskaźnikiem procentowym iloczynu wskaźnika dofinansowania i luki finansowej - zgodnie z zapisami umowy tj.  $85\% * 67,59\% = 57,45\%$  kwoty kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków) wymusza konieczność obniżenia wartości Projektu o iloraz nie bilansującej się kwoty finansowania i udziału własnego w realizacji Projektu wysokości 42,55%.

Nieoczekiwane wycofanie się właściciela Zamawiającego z udzielenia wkładu finansowego do Projektu spowodowało zburzenie struktury finansowania Projektu, brak środków i uniemożliwiło podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego na realizację ostatniego Kontraktu 09 domykającego cały Projekt.

Zważyć należy, iż w obecnie obowiązującym stanie faktycznym sprawy Zamawiający nie ograniczył sam posiadanych przez siebie środków na realizację Kontraktu 09. Zmniejszenie kwoty, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynika z decyzji Rady Miasta Bełchatowa, której Zamawiający nie spodziewał się i na którą nie miał i nie ma żadnego wpływu. Co istotne decyzja ta warunkuje możliwość udzielenia zamówienia i realizacji Kontraktu 09.

Zamawiający nie utożsamiał także swojego interesu z interesem publicznym.

Przywołana przez Odwołującego uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. potwierdza stanowisko Zamawiającego „*Za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. (...)*”.

A *contrario* nie leży w interesie publicznym podjęcie się realizacji przedsięwzięcia modernizacji oczyszczalni ścieków, w sytuacji, gdy w momencie podpisywania umowy nie ma zapewnionego pełnego finansowania tego przedsięwzięcia. W przypadku pewnego finansowania inwestycja ta przyniosłoby ogółowi społeczności Miasta Bełchatowa wymierne korzyści, w przeciwnym razie wywoła jednak negatywne skutki, w szczególności:

- zburzy strukturę finansową całego Projektu - w ramach którego wykonywanych jest więcej ważnych dla miejscowej społeczności inwestycji - utrata dofinansowania wraz z odsetkami od kwot płatności już otrzymanych tj. kwota 10 095 846,63 PLN powiększona o konieczność zwrotu pożyczki z WFOSiGW,
- zaburzy płynność finansową Zamawiającego, w wyniku braku możliwości uregulowania zobowiązań z już zawartych umów, mogąc doprowadzić nawet do jego upadłości, co w rezultacie przełożyłoby się na drastyczne podwyższenie taryf za dostarczanie wody pitnej i odprowadzenie ścieków dla mieszkańców Bełchatowa,
- zaburzy równowagę finansową właściciela Spółki - Gminy Miasto Bełchatów.

W ocenie Izby trudno uznać, że takie rozległe i negatywne konsekwencje podpisania przedmiotowej umowy leżą w interesie publicznym. Tak więc w tym konkretnym przypadku, w okolicznościach sprawy to właśnie unieważnienie postępowania a nie podpisanie umowy leży w interesie publicznym, bo zapobiega licznym negatywnym konsekwencjom zawarcia przedmiotowej umowy.

Podobnie wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 457/11 oraz w wyroku z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 606/11, w którym Izba stwierdziła, że: *„Wskazać też trzeba, że o ile zrealizowanie zamierzonych inwestycji w zakresie infrastruktury drogowej wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym (mieści się w szeroko pojmowanym interesie publicznym), o tyle zaciąganie przez zamawiającego zobowiązań, z których na dzień ich podjęcia nie mógłby się wywiązać przeczy interesowi publicznemu wprost. (...). Zatem, o ile wykonanie umowy stanowiącej przedmiot zamówienia (...) leży w interesie publicznym, o tyle obecnie dalsze prowadzenie postępowania, z uwagi na brak środków umożliwiających sfinansowanie wykonania umowy, jest z tym interesem sprzeczne. (...). Podnieść też trzeba, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu.”*

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt: V Ca 1187/09 stwierdził, że *„Przede wszystkim podkreślenia wymaga, iż okolicznością, która legła u podstaw decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania przetargowego jest nie znany powszechnie kryzys finansowy w kraju, ale okoliczności powodujące, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Okolicznością tą jest niekwestionowany przez skarżącego fakt zablokowania środków finansowych w budżecie X oraz w konsekwencji brak środków finansowych na zakończenie procedury przetargowej (...). Należy przyjąć, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, w którym mowa o zmianie okoliczności należy*



*rozumieć, jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takie zdarzenie należy bez wątpienia uznać blokadę środków przeznaczonych na finansowanie (...). Blokada środków finansowych na przedmiotowe zamówienie była decyzją, której nie można było wcześniej przewidzieć.”.*

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający wykazał istnienie wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....