

Sygn. akt: KIO 574/23

**Wyrok**  
**z dnia 15 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Stalowowski z siedzibą władz w Stalowej Woli**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. w Kielcach** i 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;

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

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Powiat Stalowowolski, 37-450 Stalowa Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1025R — ul. Mickiewicza i ul. Żwirki i Wigury w Stalowej Woli”, nr ref.: IMP.272.2.18.2022. Ogłoszenie zamieszczono w Biuletynie ZP 2022 Nr pozycji: 2022/BZP 00303600/01

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. w Kielcach zarzuca Zamawiającemu naruszenie

1) Art. 310 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy:

a. nie zachodzi okoliczność, w której środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, co najwyżej zostały one cofnięte;

b. wsparcie finansowe z Gminy Stalowa Wola nie warunkowało wszczęcia postępowania oraz udzielenia zamówienia, a całość środków finansowych na sfinansowanie zamówienia, poza środkami z Programu Polski Ład, stanowiła środki własne Zamawiającego;

c. treść pisma Prezydenta Miasta Stalowa Wola z dnia 21.02.2023 r. nie daje podstawy do przyjęcia, że środki publiczne z Gminy Stalowa faktycznie nie zostały przyznane, a nawet, że zostały cofnięte;

d. w odniesieniu do wsparcia finansowego z Gminy Stalowa Wola brak jest przesłanki dotyczącej przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji nie przyznania tych środków;

2) Art. 260 ust. 1 w zw. z art. 310 PZP przez brak wykazania w treści decyzji o unieważnieniu postępowania, iż: a. wsparcie finansowe z Gminy Stalowa Wola faktycznie nie zostało przyznane; b. nieprzyznanie wsparcia finansowego z Gminy Stalowa Wola uniemożliwia sfinansowanie całości zamówienia, a pozyskanie tego wsparcia warunkowało wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i udzielenie zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

I. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Bezpodstawne unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, którego oferta w świetle oceny oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

II. 1.a) Odwołujący podnosi, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 310 PZP dotyczy sytuacji, w której środki publiczne nie zostały zamawiającemu przyznane, a nie przypadku, gdy zostały przyznane, a następnie cofnięte. Ratio legis art. 310 było umożliwienie zamawiającym wszczynania postępowania w sytuacji, gdy nie posiadają jeszcze przyznanych środków finansowych, ale są w trakcie procedury aplikacyjnej o te środki. Na wypadek nieprzyznania tych środków, dano zamawiającym uprawnienie unieważnienia postępowania. W wyroku KIO 2610/15 wskazano: - „Uzasadnieniem dla jej wprowadzenia było stworzenie możliwości wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze przed uzyskaniem decyzji o przyznaniu dofinansowania, bez narażania się na negatywne skutki takiego działania, przede wszystkim finansowe.” Odwołujący dodaje, że zakazana jest wykładnia rozszerzająca przesłanek unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania wywiera skutek ex tunc i znosi wszystkie czynności dokonane uprzednio w postępowaniu przez zamawiającego, a tym samym niweczy ów cel. Z tych względów przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej”.

b) W odniesieniu do wsparcia finansowego z Gminy Stalowa Wola, o którym mowa w decyzji o unieważnieniu postępowania, nie możemy mówić o jego nieprzyznaniu, a co najwyżej o cofnięciu. Wszczynając postępowanie Zamawiający oświadczył, że poza środkami z Programu Polski Ład dysponuje całością pozostałych środków finansowych, co musiało się odnosić również do środków Gminy Stalowa Wola. Uwzględniając argumentację, przesłanka unieważnienia postępowania z art. 310 ustawy PZP nie zachodzi.

c) Odwołujący uznaje, że poczynione w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenie dotyczące możliwości unieważnienia postępowania odnosiło się wyłącznie do dofinansowania z programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych, a nie wsparcia finansowego od Gminy Stalowa Wola. W odniesieniu do wsparcia z Gminy brak jest obligatoryjnej przesłanki dotyczącej przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości unieważnienia postępowania z powodu nieprzyznania tych środków. Powyższe potwierdza załączona do SWZ wstępna promesa NR 01/2021/3516/PolskiŁad oraz § 8 ust. 3 wzoru umowy. Treść wskazuje, że finansowanie inwestycji składa się z ww. dotacji z programu Polski Ład oraz środków własnych Zamawiającego. W żadnym punkcie umowy Zamawiający nie informował, że poza środkami z ww. funduszu aplikuje on również o środki zewnętrzne z innych źródeł, czy też, że dysponuje on lub będzie dysponował takimi środkami w celu sfinansowania zamówienia. Nie sposób zatem przyjąć, że poczynione w ogłoszeniu

zastrzeżenie unieważnienia postępowania mogło odnosić się nie tylko do środków z Programu Polski Ład, ale również do wsparcia z Gminy Stalowa Wola.

2. a) Odwołujący kwestionuje twierdzenie Zamawiającego, że środki finansowe z Gminy Stalowa Wola warunkowały wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielenie zamówienia i zapewniały one możliwość sfinansowania zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że 1 postępowanie dotyczące przedmiotowej inwestycji wszczęto 05.04.2022 r. Tymczasem pierwsze pismo z Gminy Stalowa Wola dotyczące wsparcia finansowego pochodzi z dnia 28.04.2022 r. Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w toku I postępowania wynosiła 21.552.000 zł, była dokładnie taka sama kwota jak w obecnym postępowaniu. Powyższe potwierdza, że pozyskanie środków finansowych z Gminy Stalowa Wola nie warunkowało wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeszcze przed pozyskaniem wsparcia z Gminy Zamawiający dysponował na sfinansowanie zamówienia, poza środkami z Programu Polski Ład, całością środków. Kwalifikacja tych środków jako środki własne Zamawiającego, wyklucza możliwość przyjęcia, że pula ta obejmowała również kwotę 7 mln zł wsparcia z Gminy. Środki z Gminy były zatem co najwyżej dodatkowym, ewentualnym źródłem sfinansowania inwestycji, z których skorzystanie nie warunkowało możliwości rozstrzygnięcia postępowania. Zgodnie z pkt 32 Regulaminu Programu Polski Ład: Udział własny środki finansowe Wnioskodawcy przeznaczone na realizację Inwestycji, których wysokość określona jest w § 5, i których posiadanie najpóźniej w dniu wszczęcia Postępowania zakupowego jest warunkiem uzyskania Dofinansowania. Środki na pokrycie udziału własnego nie mogą pochodzić z Programu; Powyższe potwierdza, że już w dniu wszczęcia 1 postępowania przetargowego, jak i w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania Zamawiający posiadał własne środki finansowe na sfinansowanie inwestycji w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy wartością zamówienia, a środkami z programu Polski Ład. W odniesieniu do tych środków nie może być zatem mowy o ich nieprzyznaniu, co warunkuje unieważnienie postępowania na podstawie art.310 Pzp.

b) Odwołujący podnosi, że nieprzyznanie środków finansowych, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym mowa w art. 310 Pzp musi prowadzić do sytuacji, w której wskutek nieprzyznania tych środków zamawiający nie jest w stanie zapewnić finansowania zamówienia. Odwołujący stwierdza, że w odniesieniu do środków z Gminy Stalowa Wola w sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zamawiający zresztą nawet nie próbował wykazać tej okoliczności w treści pisma o unieważnieniu postępowania, co było jego obowiązkiem w świetle art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. W żadnym miejscu Zamawiający nawet nie stwierdza, że bez środków z Gminy nie jest w stanie sfinansować zamówienia.

c) Kwestionując, że rezygnacja Gminy Stalowa Wola z partycypowania w kosztach zamówienia, stanowi przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 310 PZP Odwołujący powołuje się na wypowiedź Starosty Stalowowolskiego podczas Rady Miasta Stalowa Wola, z której wynikałoby, że faktyczną przyczyną unieważnienia postępowania nie jest utrata dofinansowania, czy nawet ryzyko jego utraty, ale decyzja o realizacji innej inwestycji, na którą przeznaczone zostałyby środki pierwotnie planowane na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (<https://sztafeta.pl/2022/10/04/powiat-zrezygnuj-e-z-remontu-mickiewicza-oraz-zwirki-i-wigury/>,<https://tvmstalowawola.pl/remont-ul-mickiewicza-i-ul-zwirki-i-wigury-odlozony/>).

3. a) Po stronie Zamawiającego leży obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Przyczyny te winny wyjaśnione i udowodnione w treści decyzji o unieważnieniu postępowania. Na okoliczność spełnienia przesłanki „nieprzyznania środków” Zamawiający w swojej decyzji stwierdził jedynie: „W dniu 22.02.2023 r. pismem z dnia 21.02.2021 r. Prezydent Miasta Stalowej Woli poinformował Powiat Stalowowolski, że Gmina Stalowa Wola nie będzie partycypować w kosztach tego zadania we wcześniej deklarowanej wysokości 7 000 000,00 zł”. Niezależnie od braku przekazania w treści decyzji ww. pisma Prezydenta Miasta Stalowej Woli Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o jego przekazanie. Uwzględniając treść pisma Prezydenta Stalowej Woli (z dnia 21.02.2023 r.) Odwołujący kwestionuje możliwość przyjęcia, że dokument ten stanowi dowód nieprzyznania środków publicznych. W sprawie brak jest choćby uchwały Rady Miasta Stalowej Woli. Nie sposób przyjąć, że w kwestii podjęcia decyzji o cofnięciu dofinansowania w kwocie 7 mln zł miałyby być wystarczające złożenia oświadczenia przez Prezydenta Miasta. Zamawiający nie wykazał zatem spełnienia przesłanki dotyczącej „nieprzyznania środków publicznych”.

b) Warto również zwrócić uwagę na wskazaną w piśmie Prezydenta Stalowej Woli z dnia 22.03.2023 r. przyczynę „nieprzyznania” środków finansowych. Wynika z niego, że zdaniem Prezydenta Miasta sfinansowanie innych inwestycji „będzie dawać większe możliwości dla zaspokojenia potrzeb mieszkańców miasta”. Również ta okoliczność zaprzecza możliwości przyjęcia, że spełniona jest przesłanka „nieprzyznania środków”. Nie sposób zaakceptować sytuacji w której uzasadnieniem dla tak szczególnej decyzji jak unieważnienie postępowania jest uznanie, że priorytetem są inne projekty inwestycyjne, co uzasadniałoby cofnięcie środków finansowych. Taka przesłanka unieważnienia postępowania nie mieści się w dyspozycji art. 310 ustawy Pzp.

c) Zdziwienie budzi sama forma decyzji o przyznaniu dofinansowania z Gminy Stalowa Wola. W piśmie Gminy z dnia 28.04.2022 r. mającym stanowić dowód przyznania dofinansowania stwierdza się: „W odpowiedzi na pismo znak: IMP.042.2.2.2022 z 31.03.2022 r. informuję, że zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami Gmina Stalowa Wola przewiduje wsparcie finansowe zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1025R ul. Mickiewicza i ul. Żwirki i Wigury w

Stalowej Woli” w wysokości 7.000.000 zł”, Uwzględniając powyższe Odwołujący kwestionuje możliwość przyjęcia, że środki finansowe z Gminy Stalowa Wola skutecznie zostały przeznaczone na realizację przedmiotowej inwestycji. W przypadku jednostki sektora finansów publicznych jaką jest gmina nie sposób przyjąć, aby tego rodzaju pismo Prezydenta Miasta, bez jakiegokolwiek uchwały Rady Gminy, stanowiło dowód przyznania środków finansowych. W tym miejscu należy powtórzyć, że jak wynika z warunków przedmiotowego przetargu, w tym § 8 ust. 3 wzoru umowy, poza środkami z Programu Polski Ład, pozostałe środki na sfinansowanie zamówienia stanowiły środki własne Zamawiającego. Potwierdza to zatem, że środki z Gminy Stalowa Wola nie składały się i nie mogły składać się na kwotę niezbędnego finansowania zamówienia.

4. Odwołujący jedynie na marginesie wskazuje, że jego oferta była już dwukrotnie odrzucana przez Zamawiającego, co skutkowało już dwukrotnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Za każdym razem decyzje Zamawiającego w tym zakresie były kwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Aktualnie Zamawiający już po raz trzeci unieważnia to samo postępowania, tym razem na innej podstawie. W dalszym jednak ciągu Odwołujący uznaje, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania podejmowana jest z naruszeniem prawa i prowadzi do powstania szkody po jego stronie. W wyroku Izby KIO 2610/15 wskazano: - „Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się bowiem do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta okaże się najkorzystniejsza, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego o to roszczenie [ . . . ]”

Zamawiający: Powiat Stalowowolski w odpowiedzi złożonej dnia 10 marca 2023 r., na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Zamawiający podtrzymuje w całości swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu postępowania, a postawione przez Odwołującego zarzuty uznaje za bezzasadne.

Odnosząc się kolejno do podniesionych w odwołaniu argumentów wskazał.

Podstawową przesłanką dla zastosowania normy wyrażonej w art. Ustawy 310 Pzp jest okoliczność nieprzyznania środków publicznych, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dla ustalenia czy przesłanka ta zaistniała, skuteczna jest zarówno okoliczność nieprzyznania środków publicznych, jak i cofnięcia środków już poprzednio przyznanych. Istotne jest bowiem aby środki te w sposób ostateczny i niebudzący wątpliwości nie mogły zostać przez podmiot ten wykorzystane. Powyższa argumentacja znajduje również oparcie w orzecznictwie. W dodatku stanowisko to zostało wyrażone w orzeczeniu powołanym przez Odwołującego, tj. w wyroku z 08.12.2015 r., KIO

2610/15. Stwierdzono tam: „Również cofnięcie uprzednio przyznanego finansowania ze środków pomocowych, które nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, może być rozumiane za jego (ostateczne) nieprzyznanie.” Skoro więc wyrok zabrania, zgodnie z powołanymi przez Odwołującego cytatami, rozszerzającego rozumienia treści normy prawnej, a jednocześnie dopuszcza pod pojęciem nieprzyznania również sytuację cofnięcia przyznaných środków to oznacza, że zakaz wykładni rozszerzającej nie dotyczy omawianego przypadku. Izba podkreśliła to w dalszej części orzeczenia stwierdzając: „Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, że nieprzyznanie środków, o którym mowa w powyższym przepisie, ogranicza się jedynie do sytuacji ich pierwotnego niez uzyskania, pomimo podjęcia takich starań. Również cofnięcie uprzednio przyznanego finansowania ze środków pomocowych, które nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, może być rozumiane za jego (ostateczne) nieprzyznanie.”

Odwołujący uznał, że zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczące możliwości unieważnienia postępowania ze względu na nieotrzymanie środków publicznych odnosiło się jedynie do środków przyznaných w ramach programu Rządowy Fundusz Polski Ład. Nie sposób się zgodzić z tym twierdzeniem. Polemika ze szczegółowymi elementami stanowiska Odwołującego zostanie przedstawiona dalej.

Stan faktyczny był następujący. W zamieszczonym przez Zamawiającego w dniu 12.08.2022r. ogłoszeniu o zamówieniu znalazł się zapis o następującej treści: „Zamawiający przewiduje unieważnienie postępowania, jeśli środki publiczne, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia nie zostały przyznane: Tak.”

Zapis nie przewiduje jakiegokolwiek rozróżnienia źródła środków publicznych. Jest to zapis standardowy, stosowany przy wykorzystaniu wzorca ogłoszenia. Wyłączanie określonych źródeł finansowania spod jego dyspozycji nie tylko nie było intencją Zamawiającego, ale i byłoby nieskuteczne. Zapis ten jest bowiem wypełnieniem dyspozycji ustawowej. Przepisy dopuszczające możliwość unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle. Nie jest możliwe zarówno ich nieuzasadnione interpretowanie w sposób rozszerzający, jak i zawężający. Art. 310 ustawy Pzp przewiduje możliwość unieważnienia postępowania w przypadku, gdy środki publiczne nie zostaną przyznane. Przepis ten nie umożliwia rozróżnienia źródeł pochodzenia środków publicznych i nie umożliwia odmiennego stosowania normy prawnej w zależności od rodzaju tych źródeł. Możliwe jest jedynie zastrzeżenie możliwości unieważnienia postępowania w przypadku nieprzyznania środków publicznych albo brak takiego zastrzeżenia. W tej sytuacji również zapis w ogłoszeniu należy uznać za powielający dyspozycję tej normy i odnoszący się do wszelkich środków publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę i zapisy promesy nr 01/2021/3516/PolskiŁad oraz § 8 ust. 3 wzoru umowy nie mają znaczenia dla rozumienia treści zapisu o unieważnieniu postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu. Unieważnienie postępowania jest możliwe w razie nieprzyznania jakichkolwiek środków publicznych. Zgodnie z promesą wstępną z Programu Rządowego Fundusz Polski Ład Powiatowi Stalowowolskiemu zostało przyznane dofinansowanie na realizację przedmiotowej inwestycji w wysokości do kwoty 11 400 000 zł, przy zapewnieniu udziału własnego Zamawiającego w kwocie nie niższej niż udział własny wskazany we wniosku o dofinansowanie tj. w kwocie nie mniej niż 600 000 zł. Zamawiający wyjaśnia, że § 8 ust 3 wzoru umowy określa jedynie informacje o obowiązkowych zasadach wynikających z promesy wstępnej dotyczących płatności wynagrodzenia środkami dofinansowania z Funduszu Polski Ład.

Uzupełniająco wskazać należy, że wszelkie wypłaty związane z realizacją inwestycji dokonywane byłyby z rachunku Zamawiającego. Przepis art. 310 ustawy Pzp nie wskazuje, z jakiego źródła wypłata taka powinna nastąpić. Ustawa nie rozróżnia czy środki publiczne miałyby najpierw wpłynąć do budżetu Zamawiającego, a następnie wydatki na rzecz Inwestycji miałyby być pokrywane z tego budżetu, czy też płatności miałyby być dokonywane bezpośrednio przez podmioty zewnętrzne z użyciem środków publicznych. Podstawą do unieważnienia postępowania jest sytuacja nieprzyznania środków, nie zaś sposób przepływu pieniędzy.

Odwołujący „kwestionuje twierdzenie Zamawiającego, że środki finansowe z Gminy Stalowa Wola warunkowały wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielenie zamówienia i zapewniały one możliwość sfinansowania zamówienia.” Zamawiający unieważniając postępowanie nie podnosił, że otrzymanie środków publicznych warunkuje wszczęcie postępowania. Zgodnie z komentarzem: „Zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych na sfinansowanie jego realizacji. Środki te winny być jednak zabezpieczone najpóźniej w momencie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zamawiający nigdzie nie oświadczył, że dysponuje całością środków na sfinansowanie inwestycji poza środkami z programu Polski Ład. Zamawiający jedynie zgodnie z dyspozycją art. 222 ustawy Pzp poinformował przed otwarciem ofert o kwocie jaką „zamierza” przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W kwocie tej uwzględnił dofinansowanie z Gminy Stalowa Wola.

Uzasadniając decyzję o unieważnieniu wykazano istnienie przesłanek ustawowych - środki publiczne, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu. Natomiast intencją Zamawiającego było od początku



zapewnienie finansowania inwestycji przez Gminę Stalowa Wola. Wynikało to zarówno z faktu konieczności współdziałania dwóch jednostek samorządu w realizacji przedsięwzięcia znacznych rozmiarów, jak i z charakteru prac objętych inwestycją. Znaczną jej część stanowiła bowiem przebudowa infrastruktury uzbrojenia podziemnego tj. sieci wodociągowej, ciepłowniczej i kanalizacji sanitarnej niezwiązanej z drogą zgodnie z wydanymi warunkami technicznymi przez właściciela sieci w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego o wydanie warunków technicznych na zbliżenie się do infrastruktury technicznej w związku z planowaną rozbudową ulicy. Zgodnie z art. 32 ust.1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1693) „Jeżeli budowa lub przebudowa drogi w miejscu jej krzyżowania się z inną drogą transportu lądowego, z wyjątkiem skrzyżowania z linią kolejową w poziomie szyn, o którym mowa w art. 28 ust.1, wodnego, korytarzem powietrznym w strefie lotniska lub liniowym urządzeniem obcym powoduje naruszenie tych obiektów lub urządzeń albo konieczność zmian dotychczasowego ich stanu, przywrócenie poprzedniego stanu lub dokonanie zmiany należy do zarządcy drogi. Art. 32 ust.2 mówi, że „Koszty przyłączy do urządzeń obcych w granicach pasa drogowego pokrywa w całości zarządca drogi, a poza tymi granicami właściciel lub użytkownik urządzeń. Również art. 32 ust.3 mówi, że „Koszty przełożenia urządzeń obcych w pasie drogowym, wynikające z naruszenia lub konieczności zmian stanu dotychczasowego urządzenia obcego, w wysokości odpowiadającej wartości tych urządzeń i przy zachowaniu dotychczasowych właściwości użytkowych i parametrów technicznych pokrywa zarządca drogi”. Natomiast zgodnie z art. 32 ust.4 wyżej cyt. ustawy „Jeżeli w wyniku uzgodnień zarządcy drogi z zainteresowaną stroną zostaną wprowadzone ulepszenia urządzeń, koszty tych ulepszeń pokrywa odpowiednio ich właściciel lub użytkownik”.

Również art. 38 ust.1 tej samej ustawy mówi, że „Istniejące w pasie drogowym urządzenia obce, które nie powodują zagrożenia i utrudnień ruchu drogowego oraz nie zakłócają wykonywania zadań zarządcy drogi, mogą pozostać w dotychczasowym stanie”.

Miejski Zakład Komunalny Spółka z o.o. w Stalowej Woli - właściciel sieci ciepłowniczej, wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, ze względu na stan techniczny istniejących sieci w wydanych warunkach zobowiązał inwestora do wymiany całych sieci (nie tylko przebudowy „kolizji”)- wydane warunki w załączeniu. Powiat Stalowowski jako inwestor zadania inwestycyjnego na podstawie otrzymanych warunków wiedział, że działając zgodnie z prawem nie może ponosić kosztów ulepszeń, w tym wymiany lub przekładania całej sieci. Zgodnie z art. 39 ust. 5 ustawy o drogach, który wprost stanowi że jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymagają przełożenia urządzenia lub obiektu niezwiązanego z potrzebami zarządzania drogą lub ruchem drogowym, koszt tego przełożenia ponosi jego właściciel.

Ustalonym zwyczajem w Powiecie Stalowowskim jest, że każda z gmin powiatu stalowowskiego partycypuje w kosztach inwestycji związanej z budową/przebudową/rozbudową dróg powiatowych na terenie danej gminy. To samo dotyczy Gminy Stalowa Wola. Lata współpracy przy realizacji inwestycji drogowych pozwoliły nie mieć wątpliwości, że Gmina Stalowa Wola udzieli Powiatowi pomocy finansowej na zadanie. Taka współpraca miała już wiele razy miejsce przy realizacji dużych inwestycji drogowych na terenie Stalowej Woli. Ponadto Gmina Stalowa Wola jest właścicielem Miejskiego Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Stalowej Woli, stąd jako właściciel sieci uzbrojenia podziemnego niezwiązanych z funkcjonowaniem infrastruktury drogowej, a planowanej do wymiany ze względu na stan techniczny, zobowiązana była do poniesienia kosztów tych ulepszeń. Wydatkowanie środków przez Powiat Stalowowski na rzecz przebudowy instalacji podmiotów prywatnych bądź innych podmiotów publicznych mogłoby zostać uznane za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Stąd od początku Powiat podjął działania zmierzające do współfinansowania Inwestycji przez Gminę Stalowa Wola. Przedstawiciele Gminy czynnie uczestniczyli w spotkaniach dotyczących inwestycji. Udział Gminy jako podmiotu finansującego wykonanie prac, właśnie w zakresie instalacji był od początku przedmiotem rozmów pomiędzy stronami. Potwierdzeniem woli współpracy ze strony Gminy jest pismo Prezydenta Stalowej Woli z dnia 28.04.2022 r., w którym deklaruje on wolę finansowania Inwestycji w omawianym zakresie. Jednocześnie wstępne ustalenia w tym zakresie zostały dokonane już wcześniej, na co wskazuje pismo Naczelnika Wydziału Inwestycji i Mienia Powiatu do Wydziału Budżetu i Finansów z 01.04.2022 r.

Przyjęto przy tym model, w którym pieniądze na omawiany cel zostaną przekazane do budżetu Powiatu jako pomoc finansowa Gminy Stalowa Wola ze wskazaniem celu finansowania. Ostatecznie Gmina wycofała się z finansowania projektu, uzasadniając swoje stanowisko pismem z dnia 21.02.2023 r. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający od początku zabiegał o współfinansowanie Inwestycji przez Gminę. Zmiana stanowiska tego podmiotu była efektem działań od Powiatu niezależnych – Gmina uzasadniła stanowisko w sposób podany do wiadomości Odwołującego.

Tak więc Zamawiający podnosi, że finansowanie części Inwestycji przez Gminę Stalowa Wola było dla niego niezbędne dla realizacji inwestycji, nie zaś dla wszczęcia postępowania. Podsumowując - Zamawiający nie uzależnił formalnie wszczęcia postępowania od zapewnienia udzielenia pomocy finansowej, choć zapewnienie takie istniało w chwili opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Od początku przewidywano partycypację Gminy w kosztach inwestycji. Odmowa przyznania pomocy finansowej przez Gminę spowodowała utratę źródła dofinansowania, niezbędnego dla realizacji inwestycji. Powiat nie ma możliwości uzupełnienia kwoty deklarowanego dofinansowania w wysokości 7 mln złotych z powodu braku innych dochodów własnych. Wycofanie Gminy z przyrzeczonego

dofinansowania w dniu 21.02.2023 r., już na etapie trwającej procedury, zdeterminowało podjęcie decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania ze względu na brak dofinansowania ze środków publicznych, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia. Pomoc finansowa Gminy stanowi środki publiczne, które łącznie ze środkami Powiatu stanowić miały udział własny Zamawiającego niezbędny do realizacji zakresu rzeczowego określonego w PFU. Wycofanie deklarowanej pomocy przez Gminę uniemożliwiło wprowadzenie do budżetu Powiatu dotacji celowej w planowanej kwocie 7 mln złotych.

Pomoc finansowa udzielona innym jednostkom samorządu terytorialnego w formie dotacji celowej, zgodnie z ustawami o samorządzie powiatowym, o samorządzie gminnym oraz o finansach publicznych jest źródłem dochodów dla samorządu otrzymującego tę pomoc, stanowi również środki publiczne przeznaczone na określony cel.

Wymaga przy tym rozróżnienia pojęcie środków publicznych, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, od pojęcia środków własnych. Odwołujący podnosi, że w Promesie nr 01/2021/3516/PolskiLad środki inne niż przyznane w ramach tego programu zostały określone jako udział własny wnioskodawcy. Jednak wskazać należy, że postanowienia Programu nie wskazują jakiego rodzaju mają być inne środki niż z Programu pochodzące. Żaden zapis nie przewiduje, że mają to być środki pochodzące rzeczywiście z własnych przychodów Wnioskodawcy. Istotą było rozróżnienie środków pochodzących z programu oraz środków pochodzących z innych źródeł, które zapewnia Zamawiający. Ponadto we wniosku o dofinansowanie Powiat Stalowowolski zadeklarował wysokość udziału własnego na kwotę 600.000 zł, a promesa została wydana w odniesieniu do tego wniosku. Środki finansowe w tej wysokości Powiat posiadał. Z powyższego wynika, że określenie gotowości Powiatu Stalowowolskiego do dysponowania „udziałem własnym” w postępowaniu o przyznanie dofinansowania z Polskiego Ładu nie ma związku z tym, jakie kwoty i z jakiego źródła pochodzące będą następnie wykorzystywane w ramach Inwestycji.

Podkreślić należy ponownie, że posiadanie lub nie środków własnych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia już w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dla zaistnienia przesłanek do unieważnienia postępowania.. Należy w tym miejscu odwołać się do wyroku KIO/UZP 1784/10. Zgodnie z jego treścią: „Przepis art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, pozostawia decyzję w kwestii unieważnienia postępowania zamawiającemu – stanowi jego prawo, a nie obowiązek. Zamawiający może podjąć decyzję, iż pomimo nieprzyznania środków, jest w stanie i zrealizuje zamówienie.”

Treść tego rozstrzygnięcia obala powołany przez stronę przeciwną argument, zgodnie z którym nieprzyznanie środków finansowych, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o czym mowa w art. 310 Pzp musi prowadzić do sytuacji, w której wskutek nieprzyznania tych środków Zamawiający nie jest w stanie zapewnić

finansowania zamówienia. Decyzja o unieważnieniu postępowania nie jest uzależniona od możliwości dalszej realizacji inwestycji przy wykorzystaniu środków własnych. W sytuacji wycofania finansowania środkami publicznymi przez podmiot zewnętrzny decyzja o kontynuowaniu i jest suwerenną decyzją Zamawiającego.

Jakiegokolwiek informacje przekazane przez Starostę na forum publicznym, czy też prywatnym nie są oficjalnym stanowiskiem Powiatu. Oficjalny charakter ma informacja o unieważnieniu postępowania i zawarte w niej podstawy. W powołanym artykule prasowym nie została podana przyczyna ani forma rezygnacji z inwestycji. Treść nie może w żadnym razie stanowić merytorycznej przyczyny dla oceny prawidłowości działań Powiatu w niniejszej sprawie.

Odwołujący podnosi, że przesłanki cofnięcia dofinansowania nie zostały należycie wykazane. W pierwszej kolejności należy odnieść się do związanego z tym zarzutu formy przyznania dofinansowania.

Zgodnie z art. 31, w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym prezydent miasta kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz. W sprawie Prezydent Miasta Stalowej Woli, jako uprawniony organ władz miasta, do którego należy inicjatywa uchwałodawcza, zadeklarował wsparcie finansowe przedmiotowej Inwestycji, a następnie wycofał się z deklaracji. Dla Zamawiającego zgodnym z prawem działaniem było złożenie oficjalnych oświadczeń przez ww. podmiot.

Skoro Odwołujący wskazuje, że dla przyznania dofinansowania właściwe byłoby działanie innego podmiotu, to oznaczałoby że środki publiczne nie zostały ostatecznie przyznane Zamawiającemu. W tym momencie nieuprawniona byłaby zawarta we wcześniejszym fragmencie odwołania argumentacja o cofnięciu już przyznanych środków.

Kwestia przedmiotowej inwestycji leży w sferze żywotnych zainteresowań Miasta i Powiatu. Prezydent Miasta, posiadał pełną wiedzę co do przebiegu procesu inwestycyjnego. Przyczyny, dla których Gmina Stalowa Wola nie przyznała dofinansowania nie są jednocześnie przyczynami unieważnienia postępowania. To ostatnie jest efektem nieprzyznania środków. Natomiast powody, którymi kierowały się władze Miasta są kwestiami dotyczącymi bezpośrednio tego podmiotu, na które Powiat nie miał wpływu. Uzasadnieniem unieważnienia postępowania jest nieprzyznanie środków publicznych, nie zaś przesłanki stojące za decyzją o nieprzyznaniu tych środków. Te nie mogą podlegać ocenie, nie są bowiem ustawową przesłanką do unieważnienia postępowania.

Będący podstawą unieważnienia art. 310 ustawy Pzp przewiduje jedynie trzy przesłanki jakie muszą zostać spełnione aby czynność unieważnienia mogła być uznana za odpowiadającą prawu. Zgodnie z nimi:

1. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części lub całości zamówienia środki publiczne;

2. Środki te nie zostały mu przyznane;
3. Możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w odpowiednim dokumencie.

W niniejszym postępowaniu przesłanki te należy uznać za spełnione.

Ad. 1. Zamawiający zamierzał sfinansować część inwestycji ze środków publicznych pochodzących od Gminy Stalowa Wola. Niewątpliwie środki te należy uznać za środki publiczne – w świetle art. 5 ustawy o finansach publicznych. Zamiar sfinansowania inwestycji tymi środkami wynika m. in. z korespondencji prowadzonej z Gminą Stalowa Wola, czy też z informacji o ustaleniach z Gminą przekazaną do Skarbnika Powiatu.

Na okoliczność tę wskazuje również cel na jaki miały być przeznaczone środki - przebudowa instalacji - infrastruktury technicznej niezwiązanych bezpośrednio z przebudową drogi.

Ad. 2 Środki te zostały Zamawiającemu zapewnione przez uprawniony do tego organ nimi dysponujący – Prezydenta Miasta Stalowej Woli, który jest podmiotem uprawnionym do reprezentowania Gminy na zewnątrz. Również ten sam uprawniony podmiot cofnął następnie swoją decyzję, co w świetle orzecznictwa wypełnia znamię „nieprzyznania środków”.

Ad. 3. Możliwość unieważnienia postępowania została zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu, a jej zakres niewątpliwie obejmuje swoją dyspozycją przedmiotowy stan faktyczny.

W tej sytuacji wypełnienie wszystkich niezbędnych przesłanek, wymaganych dla ważności rozstrzygnięcia o unieważnieniu postępowania powoduje, że odwołanie strony przeciwnej nie powinno zostać uwzględnione.

Biorąc powyższe pod uwagę wnoszę jak na wstępie niniejszej Odpowiedzi.

Załączono- pismo naczelnika Wydziału Inwestycji i Mienia Powiatu do Wydziału Budżetu i Finansów z 01.04.2022 r.; - wniosek o dofinansowanie z programu Polski Ład z dnia 09.08.2021 r.; - Promesa wstępna nr 01/2021/3516/PolskiŁad z 17.11.2021 r.; - listy obecności z narad dotyczących przygotowania inwestycji; - pismo Prezydenta Miasta Stalowej Woli z 28.04.2022 r. w sprawie przyznania wsparcia finansowego inwestycji; - pismo Prezydenta Miasta Stalowej Woli z 21.02.2023 r. w sprawie nieprzyznania wsparcia finansowego inwestycji; - warunki techniczne przebudowy infrastruktury podziemnej.

Odwołujący w odniesieniu do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wskazał w piśmie z dnia 14 marca 2023 r., co następuje:

I. 1. Z udzielonej odpowiedzi na odwołanie wynika, że w sprawie rzekomej dotacji z Gminy Stalowa Wola brak jest uchwały Rady Gminy w sprawie udzielenia dotacji innej jednostce samorządu terytorialnego, a w konsekwencji nie ma uchwały o cofnięciu tej dotacji, jak również nie ma umowy pomiędzy Gminą Stalowa Wola oraz Powiatem w sprawie warunków udzielenia dotacji. W sprawie mamy ewentualnie do czynienia z sytuacją, w której

Zamawiający zakładał finansowanie zamówienia ze środków z Gminy Stalowa Wola jedynie w oparciu o oświadczenia Prezydenta Miasta, będącego organem wykonawczym Gminy, w sytuacji w której zgodnie z przepisami prawa nie ma on w zakresie udzielenia dotacji innej jednostce żadnych kompetencji.

2. Odwołujący stwierdza, że słuszny jest zarzut odwołania z pkt 1c, zgodnie z którym nie jest spełniona przesłanka „nieprzyznania środków, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

Zdaniem Odwołującego wskazana w piśmie o unieważnieniu postępowania okoliczność mająca potwierdzać spełnienie przesłanki nie spełnia przesłanki unieważnienia postępowania z art. 257 tj. nieprzyznania środków.

3. Prezydent Miasta jako organ wykonawczy Gminy nie ma żadnych kompetencji do udzielania dotacji, jej cofnięcia, czy nieprzyznania.

W odniesieniu do środków z Gminy Stalowa Wola nie jest spełniona przesłanka z art. 257 ustawy Pzp dotycząca „nieprzyznania środków”, gdyż w odniesieniu do tych środków nie została spełniona jakakolwiek podstawa prawna do oczekiwania, że te środki mogą zostać przyznane. W konsekwencji nie można było czynić w odniesieniu do nich założenia możliwości przeznaczenia ich na sfinansowanie zamówienia. Skoro nie było podstaw prawnych do oczekiwania, że środki mogą być przyznane, to nie jest spełniona przesłanka ich „nieprzyznania”.

Zgodnie z art. 47 ust. 2 ustawy z dnia 13.11.2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz.U. z 2022 poz. 2267) – „ustawa o dochodach jst” - wysokość dofinansowania dla innej jst określa w drodze uchwały organ stanowiący tej jednostki samorządu terytorialnego, który udziela dotacji. Analogicznie wskazano w art. 216 ust. 2 pkt 5 ustawy o finansach publicznych. Z kolei warunki udzielenia pomocy finansowej, w tym terminu rozliczenia dotacji określa umowa zawierana pomiędzy organami wykonawczymi tych jst (art. 220 ustawy o finansach publicznych).

4. W celu potwierdzenia powyższego, w tym wykazania znaczenia uchwały Rady Gminy w sprawie udzielenia dotacji oraz umowy w sprawie warunków jest wypłaty Odwołujący powołuje się na: Komentarz do art. 220 ustawy o finansach publicznych (red. Dr Agnieszki Mikos-Sitek – wyd. CH.BECK), „Niewątpliwie warunkiem koniecznym do udzielenia pomocy innej j.s.t. jest zaplanowanie wydatku na ten cel w uchwale budżetowej. Uchwała budżetowa jest bowiem podstawą gospodarki finansowej jednostki samorządu terytorialnego w danym roku budżetowym (art. 211 ust. 4 FinPubU)” , „Upoważnienie do zawarcia przez organ wykonawczy j.s.t. umowy jest konsekwencją uprzedniej woli udzielenia pomocy, wyrażonej w uchwale organu stanowiącego.” „Zgodnie z art. 250 FinPubU, zarząd jst, udzielając dotacji celowej, w tym jednostce sektor finansów publicznych, w przypadku gdy odrębne przepisy

lub umowa międzynarodowa nie określają trybu i zasad udzielania lub rozliczania tej dotacji, zawiera umowę, która określa w szczególności:

-wysokość dotacji, cel lub opis zakresu rzeczowego zadania, na którego realizację są przekazywane środki dotacji, -termin wykorzystania dotacji, nie dłuższy niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego, -termin i sposób rozliczenia udzielonej dotacji oraz termin zwrotu niewykorzystanej części dotacji celowej, z tym że termin ten nie może być dłuższy niż terminy zwrotu określone w niniejszym dziale.”

-Wyrok NSA z 10.03.2020 r. I GSK 89/20, gdzie wskazano: -„W myśl art. 47 ust. 2 ustawy z 13 listopada 2003 r. o dochodach jst wysokość dofinansowania określa, w drodze uchwały, organ stanowiący jst, która udziela dotacji. Zatem to rada gminy winna określić kwotę dofinansowania. Powołany przepis w sposób jednoznaczny i kategoriyczny zobowiązuje radę gminy do określenia w uchwale wysokości dotacji na realizowane przez inną jednostkę samorządu zadanie.”

5. Aby można było w ogóle mówić o fakcie ubiegania się o dotację z Gminy Stalowa Wola to najpierw musiałaby zostać podjęta uchwała tej gminy w trybie art. 47 ust. 2 ustawy o dochodach jst. Wysokość dotacji określa przecież Rada Gminy. Można zadać sobie pytanie, na jakiej w ogóle podstawie Prezydent Miasta arbitralnie oświadczał, że Gmina zamierza przeznaczyć na inwestycję akurat 7 mln zł?

Najpierw musiała zostać podjęta uchwała Rady Gminy dająca zielone światło do uwzględnienia tego finansowania w budżecie zamówienia, a następnie umowa określając warunki wypłaty/udzielenia dotacji. W przedmiotowej sprawie nie było ani uchwały, ani umowy.

W sprawie nie możemy mówić choćby nawet o promesie udzielenia dofinansowania. Taką promesa mogłaby być jedynie uchwała Rady Gminy, a nie pismo Prezydenta. Rzeczone pismo Prezydenta może świadczyć jedynie o przekroczeniu przez niego swoich kompetencji. Prezydent w tym zakresie nie miał żadnych kompetencji.

6. Z opisanych wyżej względów nie można uznać, że wycofanie się Prezydenta ze swojej deklaracji może być traktowane jako „nieprzyznanie dotacji” o czym mowa w art. 257 Pzp.

7. Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy Zamawiający w oparciu o deklaracje Prezydenta Stalowa Wola z pism z dnia 28.04.2022 oraz z dnia 21.02.2023, nie mające umocowania w przepisach prawa, faktycznie zakładał, że te 7 mln z Gminy Stalowa Wola będzie domykało budżet zamówienia, a zatem, że faktycznie zamierzał przeznaczyć te środki na sfinansowanie zamówienia. Bez względu na to, uwzględniając treść art. 257 Pzp, nie można uznać, że kolejne, wydane bez podstawy prawnej oświadczenie Prezydenta Miasta, o nieudzieleniu dotacji, stanowi wystarczającą przesłankę do unieważnienia postępowania i stanowi dowód „nieprzyznania środków publicznych, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

II.

1. Zdaniem Odwołującego słuszny jest również zarzut z pkt 1) lit. b. odwołania.

Odpowiedź na odwołanie potwierdza, że w odniesieniu do środków z Gminy Stalowa Wola nie było uchwały Rady Gminy wydanej w trybie art. 47 ust. 2 ustawy o dochodach jst., która określałaby choćby wysokość możliwej dotacji, to w sprawie nie możemy mówić o tym, że Zamawiający faktycznie zamierzał przeznaczyć środki z Gminy Stalowa Wola wysokości 7 mln zł na sfinansowanie zamówienia.

Bez uchwały Rady Gminy nie ma podstaw prawnych do czynienia założenia, że środki z Gminy będą mogły zostać wykorzystane do sfinansowania zamówienia, Odwołujący uznaje, że w rzeczywistości Zamawiający nie zamierzał przeznaczyć tych środków na sfinansowanie zamówienia. Nie jest zatem spełniona przesłanka z art. 257 Pzp, zgodnie z którą podstawą unieważnienia postępowania jest nieprzyznanie środków, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

2. Potwierdzeniem powyższego jest treść Regulaminu Naboru Wniosków o Dofinansowanie z Rządowego Programu Polski Ład. Zgodnie z § 2 pkt 32) tego Regulaminu:

- „Udział własny – środki finansowe Wnioskodawcy przeznaczone na realizację Inwestycji, których wysokość określona jest w § 5, i których posiadanie najpóźniej w dniu wszczęcia Postępowania zakupowego jest warunkiem uzyskania Dofinansowania z Programu. Środki na pokrycie udziału własnego nie mogą pochodzić z Programu”.

Odwołujący uznaje, że poza środkami z ww. programu pozostałe środki finansowe stanowiły wkład własny Zamawiającego. Musiały być to zatem środki, które Zamawiający posiadał najpóźniej w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie mógł posiadać w dniu wszczęcia postępowania środków z Gminy Stalowa Wola, gdyż brak było uchwały Rady Gminy wydanej w trybie ustawy o dochodach jst oraz umowy, o której mowa w 220 ust. 2 ustawy o finansach publicznych.

3. Potwierdzeniem, że Zamawiający nie zamierzał przeznaczyć środków z Gminy Stalowa Wola na sfinansowanie zamówienia, a całość środków finansowych poza środkami z Programu Polski Ład stanowiła środki własne, które posiadał już w dniu wszczęcia postępowania jest pismo z dnia 01.04.2022 załączone do odpowiedzi na odwołanie. Wprost wynika z niego, że środki z Gminy Stalowa Wola nie są traktowane jako środki własne Zamawiającego, a całość budżetu zamówienia pokryta jest z jego środków własnych oraz dotacji z programu Polski Ład.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie w całości w szczególności zarzut 1c.

Zauważył, że art. 310 omawiany w odwołaniu dotyczy środków zewnętrznych. Przypomniał, że sam Zamawiający kwalifikował jako środki własne wszystkie przewidziane na



sfinansowanie inwestycji z wyjątkiem przewidzianych do pozyskania z Polskiego Ładu. Stwierdził, że zgodnie z ustawą o finansach publicznych środki pozyskane z innej jednostki są środkami własnymi i traktowane są jako środki własne (wskazał na art. 5 ust. 1 pkt 10 ustawy o dochodach JST). Zasadność zarzutu podkreśla fakt, iż przewidywane środki finansowe nie zostały Zamawiającemu przyznane. Stwierdził, że o przyznaniu lub o odmowie udzielenia dotacji decyduje rada miasta, co stanowi jej wyłączną kompetencję. Prezydent nie ma takich kompetencji, jest organem wykonawczym. Nie jest zatem spełniona przesłanka „nieprzyznania środków”. Można zatem stwierdzić, że procedura przyznawania środków nadal trwa, albo alternatywnie, nie została rozpoczęta. Wskazuje na treść pisma z 1.04.2022 r. między wydziałami starostwa z wnioskiem o zabezpieczenie w budżecie kwot na kolejne lata. Stwierdził, że w budżecie wobec braku uchwały rady miasta nie można było przewidzieć i wpisać środków pochodzących z miasta Stalowa Wola. Przypomniał o wniosku o dofinansowanie z Polskiego Ładu, gdzie zadeklarowano środki własne w wysokości 600 000 zł, kwot stanowi 5% od wartości inwestycji, a Zamawiający zadeklarował posiadanie środków w wysokości wymaganych 5%.

Stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, że środki nie zostały przyznane na podstawie art. 310. Brak w tym względzie stosownych decyzji organu stanowiącego (rady gminy) jak i inicjatywy prezydenta kierowanej w tym zakresie do rady gminy. Powyższe oznacza brak przesłanek z art. 310 – nieprzyznania środków. Przypomniał, że według art. 5 ust. 1 pkt 10 ustawy o dochodach samorządu dotacja z programu Polski Ład nie stanowi dochodów własnych. Zauważył, że z pisma z 1.04. wynika, że nie przewidywano poza dofinansowaniem innych środków. Wskazał na artykuł: <https://wspolnota.org.pl/newsletter/brak-srodkow-w-budzecie-a-uniewaznienie-przetargu>

Zamawiający stwierdził, że środki zewnętrzne w tym z Polskiego Ładu są wprowadzane do budżetu. Przypomniał, że w piśmie z 1.04. wskazano, iż określona część kosztów zostanie poniesiona przez gminę Stalowa Wola. Środki te miały pochodzić ze źródeł zewnętrznych, a w tym zakresie stosowne obietnice wyraził Prezydent Miasta. Zauważył, że inicjatywa w zakresie spraw finansowych, w tym dotyczących budżetu, należy do prezydenta jako organu wykonawczego, który reprezentuje gminę na zewnątrz. Potwierdził, że rada miasta nie podjęła uchwały co do omawianych środków finansowych, czyli nie przyznano środków w rozumieniu art. 310 PZP. Zauważył, że gdyby zawarł umowę, a nie dysponował niezbędnymi finansami, doszłoby do powstania szkody i ewentualnych odszkodowań. Podkreślił, że zostały spełnione przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 310 PZP, co wykazał ostatniej części swojego pisma.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika ustaliła i zważyła co następuje.

Przedmiotem sporu jest ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych prowadzonego przez zamawiającego postępowania zaistniały przesłanki do unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 310 ustawy pzp.

Przepis ten stanowi, w zakresie mogącym mieć zastosowanie w sprawie, że Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym. W toku postępowania odwoławczego odwołujący kilkakrotnie wskazywał na art. 257 pzp, co uznać należy jedynie za oczywistą omyłkę, bez wpływu na sposób argumentacji.

Unieważnienie postępowania z powodu nieprzyznania środków finansowych co do zasady należy do sytuacji wyjątkowych i wymaga, jak wskazano, uprzedniego zastrzeżenia takiej możliwości. Niespornie w prowadzonym postępowaniu takie zastrzeżenie zostało dokonane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ustawodawca nie wskazuje na źródło środków, określa jedynie ich charakter jako środki publiczne. Pojęcie „środki publiczne” należy więc definiować szeroko, jako środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych. Brak możliwości sfinansowania zamówienia wyłącznie z budżetu zamawiającego uniemożliwia udzielenie zamówienia, gdy z różnych przyczyn środki, które miały służyć współfinansowaniu zamówienia, nie zostaną zamawiającemu przyznane. Jak wskazuje się w piśmiennictwie Przepis art. 310 Pzp umożliwia zamawiającemu wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed uzyskaniem decyzji o przyznaniu mu środków finansowych, a więc bez zapewnienia w budżecie zamawiającego pełnej kwoty środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. Okoliczność braku przyznania środków finansowych, o które ubiegał się zamawiający dla celów dofinansowania zamówienia, może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania pod warunkiem, że zamawiający przewidział, że taka podstawa do unieważnienia postępowania może być przez niego zastosowana. (por. Komentarz do ustawy wyd. Urząd Zamówień Publicznych W-wa 2021 r, red. H. Nowak i M. Winiarz.).

„Nieprzyznanie środków”, o których mowa w art. 310 Pzp, będzie to zarówno sytuacja, w której zamawiający otrzymał powiadomienie o takiej decyzji podmiotu przyznającego dofinansowanie, jak i sytuacja, w której wprawdzie początkowo zapadła decyzja o przyznaniu środków, ale na skutek innych okoliczności decyzja ta została cofnięta i ostatecznie zamawiającemu środki na dofinansowanie zamówienia nie zostały przyznane. Nie są

przesłanką do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 310 Pzp przypuszczenia zamawiającego co do tego, że środki na dofinansowanie zamówienia nie zostaną mu przyznane. Musi istnieć dowód pozwalający obiektywnie zweryfikować taką okoliczność stosowny do formy uzyskania takiej informacji.” (Ibidem).

W sprawie niniejszej odwołujący zasadnie, wobec braku dowodów przeciwnych, stwierdził, że Rada Miasta Stalowa Wola, nie podejmowała uchwały w sprawie udzielenia dofinansowania środkami publicznymi inwestycji zamawiającego, ani w uchwale budżetowej, ani w innym odrębnym akcie co do przyznania środków bądź ich nieprzyznania (odmowie przyznania) . Tym samym rzeczywiście środki finansowe nie zostały przyznane zamawiającemu.

Oceniając postępowanie zamawiającego stwierdzić należy, że miał on uzasadnione podstawy do uznania, że może się spodziewać uzyskania dofinansowania od jednostki samorządu terytorialnego stopnia podstawowego – Gminy Miasta Stalowa Wola. Podstawą tej oceny jest oficjalna deklaracja Prezydenta Miasta Stalowej Woli zawarte w piśmie z dnia 28 kwietnia 2022 r. w którym informuje on, że „zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami Gmina Stalowa Wola przewiduje wsparcie finansowe zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1025R ul. Mickiewicza i ul. Żwirki i Wigury w Stalowej Woli” w wysokości 7.000.000, 00 zł. Proszę o przekazanie informacji po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego w zakresie wysokości zaoferowanych kosztów przebudowy infrastruktury podziemnej oraz oczekiwanego terminu udzielenia pomocy finansowej przez Gminę Stalowa Wola.”. Pismo to zostało doręczone po dacie wszczęcia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wskazuje na wcześniej dokonane ustalenia, co oznacza, że zamawiający miał uzasadnione podstawy uznać realność przyszłego dofinansowania.

W tym miejscu należy zauważyć, że Prezydent Miasta jest organem wykonawczym, a nie stanowiącym Gminy, jednakże jest on jedynym podmiotem reprezentującym gminę na zewnątrz mającym przy tym wyłączną kompetencję inicjatywy uchwałodawczej w sprawach budżetowych – planu dochodów i wydatków gminy. Zatem zamawiający nie miał potrzeby i podstaw oczekiwać informacji z gminy sygnowanych przez inny organ gminy.

Zatem informacja o „przewidywanym wsparciu” w konkretnej kwocie była dla zamawiającego wiarygodna i realna. Bez wątplenia cytowane wsparcie miało nastąpić w drodze przekazania środków publicznych od podmiotu zewnętrznego reprezentowanego przez autora cytowanego pisma.

Odwołujący uzasadniał swoje stanowisko w szczególności poglądem przedstawionym w piśmie „Wspólnota” z 26.10.2022 r. (<https://wspolnota.org.pl/newsletter/brak-srodkow-w-budzecie-a-uniewaznienie-przetargu>). Niniejsze rozstrzygnięcie jest zgodne ze wskazanym stanowiskiem w ww artykule, w tym co do pojęcia środków publicznych, podmiotu

zewnątrznego przyznającego środki na dofinansowanie, i kompetencji organów samorządu gminnego. Oczywiście jest także, że nie jest możliwe unieważnienie postępowania w sytuacji, w której „organ stanowiący postanowił o niewprowadzeniu do budżetu środków służących do sfinansowania zamówienia publicznego lub postanowił o niewprowadzeniu odpowiednich zmian do budżetu – odrzucił projekt uchwały przygotowany przez zarząd JST. Niekiedy można spotkać się z interpretacją, że rada lub sejmik „nie przyznaje” zarządowi JST środków na sfinansowanie danego zadania i tym samym możliwe jest unieważnienie przetargu na podstawie przepisu art. 257 pzp. Taka interpretacja prawa nie jest jednak prawidłowa.”

W sprawie rozpatrywanej jednak nie zachodzi sytuacja wzajemnych relacji organu stanowiącego i wykonawczego tej samej jednostki samorządu, lecz odrębnych jednostek samorządu terytorialnego tj. Powiatu Stalowowolskiego i Miasta (Gminy) Stalowa Wola.

W piśmie z dnia 21 lutego 2023 r., skierowanym do zamawiającego Prezydent Stalowej Woli poinformował, że Gmina Stalowa Wola nie będzie partycypować w kosztach tego zadania we wcześniej deklarowanej wysokości 7.000.000 zł. wskazując m.in., że ważny interes publiczny oraz zasady celowości i gospodarności, które determinują kierunki inwestycyjne Gminy, nie pozwalają na partycypację w deklarowanej wcześniej wysokości 7.000.000 zł, ani też w innej wysokości lub formie, przy realizacji zadania rozbudowy ul. Mickiewicza i Żwirki i Wigury w Stalowej Woli w planowanym okresie realizacji.”

W takim stanie rzeczy stwierdzić należy, jakkolwiek zamawiający na uzasadnionych podstawach, wynikających z deklaracji Gminy Miasta Stalowa Wola, zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia zewnętrzne środki publiczne, które miały pochodzić z tejże gminy, to bez wątplenia nie zostały mu środki te przyznane.

Powyższe ustalenie wraz z przewidzianą w ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnością unieważnienia postępowania, uzasadnia stwierdzenie o zaistnieniu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanki unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 310 ustawy pzp.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....