

Sygn. akt: KIO/W 2/21

POSTANOWIENIE
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 stycznia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 13 stycznia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Gminę Iłów, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłów w 2021 r., a także z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych wskazanego przez zamawiającego”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 13 stycznia 2021 r. zamawiający Gmina Iłów, ul. Płocka 2, 96-520 Iłów wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 11 stycznia 2021 r. przez odwołującego Eneris Surowce S.A. w Kielcach.

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłów w 2021 r., a także z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych wskazanego przez zamawiającego”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 240-593864. Postępowanie na usługę posiada wartość powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”.

Zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej jako „n.p.z.p.”, ponieważ w jego ocenie odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, co spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego mieszkańców Gminy Iłów. Zamawiający wskazał, że jest to drugie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pierwsze zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż oferta odwołującego przekraczała środki zamawiającego, dowód - zawiadomienie z dnia 4 grudnia 2020 r. o unieważnieniu postępowania. W obecnym postępowaniu (nr OC.ZP.271.06.2020) oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. EKO-MAZ Sp. z o.o. z w Płocku i odwołujący.

Według zamawiającego wniesiony przez odwołującego środek zaskarżenia ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy, gdyż odwołujący nie może zaakceptować wyboru oferty innego wykonawcy, która została oceniona wyżej w oparciu o kryteria oceny zawarte w SIWZ. W opinii zamawiającego wszelkie działania podejmowane przez odwołującego w toku przedmiotowego postępowania mają na celu utrudnienie udzielenia zamówienia dla EKO-MAZ Sp. z o.o. w Płocku, który spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W odwołaniu odwołujący kwestionuje wysokość ceny EKO-MAZ Sp. z o.o. w Płocku, która jego zdaniem jest błędnie wyliczona lub jest rażąco niska. Tymczasem odwołujący zaoferował cenę o 651 740,50 zł niższą w stosunku do oferty złożonej w pierwszym przetargu, co jest dla zamawiającego zaskoczeniem. Cena wykonawcy EKO-MAZ Sp. z o.o. w Płocku nie wydawała się rażąco niska, gdyż różniła się od ceny odwołującego jedynie o około 8,5%. Wykonawcy zaoferowali porównywalne ceny za wykonanie usługi, które są cenami realnymi na rynku

odbioru i recyklingu odpadów, a przede wszystkim są niższe od kwoty zabezpieczonej na ten cel w budżecie zamawiającego na 2021 r. Dowody - informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 25 listopada 2020, informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 29 grudnia 2020 r.

Zamawiający dodał, że odwołujący bezzasadnie podnosi w odwołaniu, że zaniechano wezwania EKO-MAZ Sp. z o.o. w Płocku do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Kiedy w dniu 30 grudnia 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę do ich złożenia, które nastąpiło dnia 8 stycznia 2021 r. po godzinie 17:35, więc po godzinach pracy Urzędu Gminy Iłów, zatem odebrano i zweryfikowano dokumenty 11 stycznia 2021 r. Przedmiotowe dokumenty stanowią podstawę do udzielenia zamówienia wykonawcy EKO-MAZ Sp. z o.o. w Płocku, której podpisanie niezasadnie blokowane jest wniesionym odwołaniem. Dowody - wezwanie z dnia 30 grudnia 2020 r., potwierdzenie przesłania żądanych dokumentów, odpowiedź na wniosek w sprawie przesłania protokołu z dnia 8 stycznia 2021 r.

Ponadto, niezawarcie umowy w przedmiotowej sprawie spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, który przejawia się w konieczności odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy Iłów, których nieodbieranie, począwszy od miesiąca lutego 2021 r., może spowodować zagrożenie dla środowiska oraz zagrożenie epidemiologiczne dla ludzi. Tym samym, w opinii zamawiającego, uznać należy, że zawarcie przedmiotowej umowy przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony interesów odwołującego, który wniósł odwołanie wyłącznie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy w oczekiwanym przez niego terminie.

W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz złożony materiał dowodowy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy n.p.z.p. Natomiast na podstawie art. 578 ust. 2 n.p.z.p. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli: 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia; 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W rozpoznawanym wniosku zamawiający wskazał na art. 578 ust. 2 pkt 2 n.p.z.p. podnosząc, że odwołujący wniósł środek zaskarżenia, aby uniemożliwić zawarcie umowy z jego konkurencją, kiedy zdaniem zamawiającego cena wybranego wykonawcy została skalkulowana prawidłowo, nie ma charakteru rażąco niskiej, a także, iż prawidłowo wezwano wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów, czego zaniechanie zarzucono zamawiającemu w odwołaniu. Umknęło jednak uwadze jednostki zamawiającej, że w postępowaniu wpadkowym, dotyczącym uchylecia zakazu zawarcia umowy (konieczności zachowania okresu *stand still* do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę) Krajowa Izba Odwoławcza nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Izba nie rozpatruje zawartych w odwołaniu zarzutów, a jedynie ocenia, czy odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaś niezasadnie przyjął, że wykorzystując postępowanie wpadkowe – czyli mające charakter uboczny w stosunku do sprawy głównej – przedstawi swoje merytoryczne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania, które w jego ocenie są bezzasadne. Jednostka zamawiająca usiłuje więc wykorzystać wyjątkową instytucję uchylecia zakazu zawarcia umowy nie dla celu, dla którego została przewidziana w ustawie, a w celu merytorycznej polemiki ze stanowiskiem z odwołania, co zdaniem składu orzekającego nie zasługuje na ochronę prawną.

Na etapie wniosku o uchylenie okresu *stand still*, kiedy nie dochodzi do rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty, ponieważ dzieje się to na dalszym etapie postępowania odwoławczego, zamawiający złożył *quasi* odpowiedź na odwołanie, która w jego ocenie miała przekonać Izbę, że odwołanie będzie podlegało oddaleniu – więc nie ma podstaw, aby czekać na możliwość zawarcia umowy. Czym innym jest jednak subiektywne przekonanie zamawiającego, że w sposób prawidłowy wykonał ciążący na nim obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą, a czym innym jest sytuacja, kiedy odwołanie wniesiono wyłącznie, by uniemożliwić zawarcie umowy – czyli złożono odwołanie, co do którego uprawdopodobniono fakt, iż jedynym (wyłącznym) jego celem nie jest uzyskanie rozstrzygnięcia sprawy, a doprowadzenie do przewlekłości w udzieleniu zamówienia. Przyjmując tezy zamawiającego każde odwołanie, które w przekonaniu jednostki zamawiającej jest bezpodstawne, należałoby uznać za wniesione wyłącznie w celu blokowania zawarcia umowy z wybranym przez zamawiającego wykonawcą. Taka wykładnia omawianych przepisów jest nieprawidłowa.

Przesłanka blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być utożsamiana z samym faktem wniesienia odwołania i domagania się przez odwołującego weryfikacji zgodności z prawem czynności zamawiającego. Ustawodawca wskazał, że środek

zaskarżenia wniesiony wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy może spowodować uchylenie okresu *stand still*, czyli będzie to odwołanie, przez którego wniesienie strona nie zmierza do uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia o jej prawach i obowiązkach, lecz wniesione w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej. Okoliczność wniesienia odwołania z tego jednego powodu – aby zablokować udzielenie zamówienia, powinna zostać przez zamawiającego uprawdopodobniona. Warto przy tym zaznaczyć, że ustawodawca, wnosząc po konstrukcji omawianej normy, intencjonalnie nałożył na zamawiającego obowiązek uprawdopodobnienia celu złożenia odwołania, do tego używając formy kwalifikowanej. Zamawiający ma obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym, czy jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy. Zaś zamawiający w rozpoznawanej sprawie nawet nie podjął próby wskazania obiektywnych okoliczności, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod omawianą normę, usiłując oprzeć wniosek na własnym przekonaniu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej prawidłowo i jego zdaniem odwołanie powinno zostać oddalone. Zamawiający zatem usiłował wykorzystać omawiany instrument nie do celu, dla jakiego został on wprowadzony, a aby uzyskać w sprawie prejudykat, zawierający wstępną merytoryczną ocenę zasadności odwołania.

Izba nie znalazła więc podstaw do przyjęcia, że odwołujący wniósł środek zaskarżenia jedynie, żeby przedłużyć zakaz podpisania umowy, czyli nadużywa uprawnienia do wniesienia odwołania, celem blokowania zawarcia umowy. Nic takiego nie wynika z ustalonego stanu rzeczy, zamawiający również nie wskazał na żadną okoliczność za tym przemawiającą. Natomiast subiektywna ocena zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów odwołania nie mieści się w przesłance art. 578 ust. 2 pkt 2 n.p.z.p., zatem nie może stanowić o konieczności uchylenia okresu *stand still*.

Zamawiający hasłowo podniósł także, iż niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, który przejawia się w konieczności odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców Gminy Łów, ponieważ bez podpisania umowy od miesiąca lutego 2021 r. powstanie zagrożenie dla środowiska i zagrożenie epidemiologiczne dla ludzi, co zdaniem jednostki zamawiającej powoduje, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy należy postawić ponad ochronę interesu odwołującego – który zdaniem jednostki zamawiającej przejawia się we wniesieniu odwołania celem zablokowania zawarcia umowy.

Weryfikując stanowisko zamawiającego przez pryzmat art. 578 ust. 2 pkt 1 n.p.z.p., skład orzekający stwierdził, iż utożsamienie przez zamawiającego interesu odwołującego we wniesieniu środka zaskarżenia z uniemożliwieniem podpisania umowy – o czym mowa we wcześniejszej części uzasadnienia – nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy i jest wadliwe, stąd *a priori* nie ma podstaw do przyjęcia stanowiska zamawiającego, że interesu odwołującego nie należy objąć ochroną prawną. Nieprawidłowe założenie jednostki

zamawiającej powoduje, że nie ma uzasadnienia do uchylenia zawarcia umowy także na podstawie tej przesłanki, ponieważ nie potwierdziło się, aby Izba miała ważyć rzekomy interes w zablokowaniu zawarcia umowy i interes mieszkańców gminy.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, mając na uwadze opisany przez zamawiającego przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że zamawiający nieprawidłowo utożsamia również interes publiczny z interesem własnym, kiedy uchylenie zakazu zawarcia umowy jest intytucją wyjątkową i budzi poważne wątpliwości próba wykorzystania jej do usunięcia skutków niedbalstwa zamawiającego, czy przerwania ich na odwołującego – co także byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi n.p.z.p. Pomijając już konieczność wykazania, czy chociażby przybliżenia Izbie okoliczności, które mogłyby spowodować uznanie tez podniesionych we wniosku za wiarygodne i uzasadnione. Lapidarne zapewnienie zamawiającego nie daje podstaw do uznania, że do negatywnych skutków faktycznie może dojść. Ponadto, ustawodawca wyposażył jednostki zamawiające w szereg instrumentów pozwalających na wypełnianie swoich obowiązków w sposób szybki i skuteczny, a zarazem zgodny z prawem, także w sytuacjach niestandardowych.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie wykazał, aby doszło do wypełnienia hipotezy art. 578 ust. 2 pkt 1 n.p.z.p., wadliwe założenia i gołosłowne stanowisko zamawiającego uniemożliwiło Izbie pozytywne rozpatrzenie wniosku także na tej podstawie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji. Stosownie do art. 578 ust. 4 n.p.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:

.....