

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 czerwca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 2 czerwca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Sońsk z siedzibą w Sońsku** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie gminy Sońsk”*.

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy  
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia  
kończącego postępowanie odwoławcze.**

**Uzasadnienie**

Gmina Sońsk z siedzibą w Sońsku, zwany dalej: „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 1492, 1517, 2275, i 2320 oraz z 2021 r., poz. 464), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji na *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie gminy Sońsk”*.

W dniu 2 czerwca 2021 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Błysk-Bis Sp. z o.o. Sp. K. oraz Błysk-Bis Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący).

Zamawiający wskazał, że w dniu 18 maja 2021 r. dokonano otwarcia złożonych w postępowaniu ofert. Po przeanalizowaniu treści złożonych, ofert oraz sprawdzeniu poprawności wyliczeń znajdujących się w nich, Zamawiający stwierdził, że w ofercie Odwołującego znajdują się błędy rachunkowe. Ze względu na fakt, że każdy ze składników niezbędnych do wyliczenia ceny ofertowej został określony i wprost wymieniony odpowiednio w ofercie (cena za 1 Mg odbieranej frakcji odpadów) oraz SWZ (ilość odpadów komunalnych przewidywanych do odebrania), zaś niewłaściwie przeprowadzone działanie matematyczne doprowadziło do tego, że podany wynik, tj. cena ofertowa, jest błędny, Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawił w przedmiotowej ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, jednocześnie zawiadamiając w dniu 25 maja 2021 r. o dokonanej czynności Odwołującego. Jak zauważył Zamawiający zaistniałe w analizowanej ofercie omyłki opisane należało z uwagi na ich charakter zakwalifikować jako oczywiste omyłki rachunkowe, gdyż – jak wskazał Zamawiający - mają one charakter oczywisty, tzn. są one widoczne, bezsporne t.j. niebudzące wątpliwości. Zamawiający zauważył również, że „oczywistość omyłek rachunkowych polega na popełnieniu błędów w działaniach matematycznych, natomiast nie można mówić o oczywistości w przypadku, podania wadliwych stawek lub ilości”. Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 r. (KIO 783/13), w którym stwierdziła, że „omyłka rachunkowa, jest to omyłka w przeprowadzonych działaniach na liczbach”. Odwołujący pismem z dnia 26 maja 2021 r. (data wpływu do urzędu: 27 maja 2021r.) przesłanym drogą elektroniczną w formie wiadomości e-mail, nie wyraził zgody na poprawienie przez Zamawiającego oferty przez zmianę jej ceny oraz wystąpił z żądaniem unieważnienia czynności poprawienia oferty Odwołującego.- Zamawiający, wskazując na prawidłowość podjętych przez niego czynności związanych z poprawieniem oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego, pismem z dnia 27 maja 2021 r. (przesłane drogą elektroniczną do Odwołującego w dn. 28 maja 2021 r.) podtrzymał swoje stanowisko w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z art. 577 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Ustawodawca w art. 578 ust. 1 ustawy PZP potwierdził wyjątek od powyższej zasady, umożliwiając zamawiającemu złożenie do Izby wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w ustawie Pzp. W związku z powyższym Izba, zgodnie <sup>3</sup> z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, może uchylić zakaz, zawarcia umowy, jeżeli:

l) 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 czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

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

Zamawiający podkreślił ponadto, że jednym z kluczowych zadań własnych gminy określonym w art. 7 ust, 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. jest utrzymanie czystości i porządku, zaś ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888) wskazuje, że to gmina jest zobowiązana do zorganizowania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od mieszkańców danej gminy. Zamawiający wskazał, że w oparciu o obowiązujące przepisy, zadanie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych nie jest tożsame z interesem zamawiającego zaś służy wyłącznie realizacji interesu publicznego i jakim jest utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy poprzez zapewnienie regularnego odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkujących na rzecz mieszkańców gminy Sońsk.

Zawarta w dniu 7 lipca 2020 r. umowa nr 29/1P/2020 na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie gminy Sońsk” obowiązuje do dnia 30 czerwca 2021 r. Brak możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie gminy Sońsk” na kolejny okres, tj. od dnia 1 lipca 2021 r, spowoduje przede wszystkim negatywne skutki dla interesu publicznego. Ponadto działania podejmowane przez Odwołującego (w tym wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) mają wyłącznie na celu uniemożliwienie zawarcia przedmiotowej umowy.

#### 1) Negatywne skutki dla interesu publicznego

W przypadku braku możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy, 'w wyniku prowadzonego obecnie postępowania, do czasu ogłoszenia przez, Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, od dnia 1 lipca 2021. r. Gmina Sońsk pozbawiona zostanie możliwości zapewnienia mieszkańcom gminy Sońsk odbioru odpadów komunalnych przez wyspecjalizowany podmiot, posiadający stosowne uprawnienia. W konsekwencji, w wyniku niezawarcia przedmiotowej umowy powstanie zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego mieszkańców gminy Sońsk poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego możliwości odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców, co ma szczególne znaczenie nie tylko ze względu na zbliżający się okres letni, ale przede wszystkim z uwagi i na trwającą epidemię wirusa SARS-CoV-2 wywołującą chorobę COVID-19,

Według Zamawiającego negatywne konsekwencje występowania i rozprzestrzeniania się choroby COVID-19 wywołanej przez wirus SARS-CoV-2 może dojść do uniemożliwienia realizacji zadań Zamawiającego mających strategiczne znaczenie dla bezpieczeństwa zdrowia i życia mieszkańców gminy. Zapewnienie usług utrzymania czystości ogranicza natomiast rozprzestrzenianie się choroby wśród mieszkańców w tym wśród personelu.

W ocenie Zamawiającego, niezawarcie umowy umożliwiającej odbieranie odpadów komunalnych od mieszkańców gminy Sońsk w terminie od dnia 1 lipca 2021 r. spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, jednocześnie 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.

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego dot. możliwości poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, wskazując, że „Zamawiający bezzasadnie dokonał poprawienia omyłek rachunkowych. Jednocześnie odwołujący podkreślił fakt, że z zapisów SWZ i jej załączników do SWZ nie wynika jasno, że wyliczenie ceny oferty powinno opierać się na ilości wskazanych odpadów w opisie przedmiotu zamówienia i stawkach jednostkowych wskazanych w ofercie przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego, z zapisów dokumentów postępowania wyciągnąć należy wnioski, iż cena oferty powinna mieć związek zarówno z ilością odpadów wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, jak również z cenami jednostkowymi wskazanymi w formularzu ofertowym. Jeśli – jak wskazał Zamawiający - Odwołujący podczas przygotowywania oferty nabrął jakichkolwiek wątpliwości co do sposobu oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, w oparciu o obowiązujące przepisy miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego ze stosownym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ, a tym samym rozwiania swoich ewentualnych wątpliwości w powyższym zakresie.

Konsekwencją dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie Odwołującego jest podwyższenie ceny jego oferty i wyniku tego działania spadek oferty Odwołującego na drugą pozycję w przyszłym rankingu ofert. Zważywszy na ten fakt oraz bezzasadną argumentację Odwołującego w zakresie zaskarżonych przez niego w odwołaniu czynności dokonanych przez Zamawiającego działanie Odwołującego polegające na wniesieniu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ma celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Zatem celowe przedłużanie przez Odwołującego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skutkujące jednocześnie niemożliwością zawarcia przez Zamawiającego stosownej umowy na świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia, nie może stanowić podstawy do uniemożliwienia dokonania Zamawiającemu tej czynności, której niedokonanie w konsekwencji może spowodować zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego mieszkańców gminy Sońsk.

**Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.**

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zatem wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 nowej ustawy Pzp, wobec czego nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z tego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 nowej ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wniesione odwołanie służy tylko opóźnieniu podpisania umowy o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego. W treści wniosku brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Natomiast lakoniczne twierdzenie, zgodnie z którym niezawarcie przedmiotowej umowy doprowadzi do zagrożenia dla zdrowia i życia ludzkiego.

Izba wzięta pod uwagę, że Zamawiający realizuje zadania w postaci odbierania odpadów komunalnych niemniej jednak nie wykazał przesłanki, że 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.

Niezależnie od powyższego należało wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba wskazuje, że tego rodzaju sytuacja, w której wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej nie jest czymś nadzwyczajnym w procesie udzielenia zamówienia publicznego, a tym samym nie może przesądzać o tym, że odwołanie jest wnoszone przez wykonawcę jedynie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że ziszcza się przesłanka uprawdopodobnienia przez Zamawiającego, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Stanowisko Zamawiającego – odmiennie oceniane opisany stan faktyczny przez Odwołującego – nie może być utożsamiane z wnoszeniem odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Odwołujący – nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego – musi mieć możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej – wobec czynności Zamawiającego, z którą się nie zgadza – celem bronięcia swoich praw, co nie może być automatycznie utożsamiane z wnoszeniem odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Analogicznie Zamawiający nie wykazał, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 nowej ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: .....