

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 11 września 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Świadczenie usług w zakresie obsługi łaźni górniczych z podziałem na 4 zadania**” (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2019r. nr 2019/S 241-593378)

**postanawia:**

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

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. „Świadczenie usług w zakresie obsługi łaźni górniczych z podziałem na 4 zadania” (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2019r. nr 2019/S 241-593378). W dniu 11 września 2020r. zamawiający złożył następujący wniosek o:

1. zwrot odwołania wniesionego przez Hydroinstal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul Jastrzębska 12
2. lub w przypadku braku przychylenia się do wniosku z punktu 1- o uchylenie przez KIO zakazu zawarcia umowy z art. 183 ust. 1 ustawy w postępowaniu.

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że odwołanie wniesione przez Hydroinstal zawiera braki formalne w postaci pominięcia podania przez odwołującego adresu poczty elektronicznej.

W dniu 6 sierpnia 2020r. sekretariat Izby zwrócił się do odwołującego z prośbą o podanie adresu mailowego pełnomocnika odwołującego, Pana A. G.. Podobnie zamawiający, w rozmowie telefonicznej zwrócił się z prośbą do odwołującego o wskazanie adresu poczty elektronicznej pełnomocnika odwołującego oraz jego numeru telefonu.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, iż „adres do korespondencji (do doręczeń) pełnomocnika Spółki z o.o. " Hydroinstal" p. A. G., znajduje się na pierwszej stronie odwołania, które zostało złożone do Państwa w dniu 03.08.2020r.". Zamawiający podkreślił, że w odwołaniu wskazano jedynie adres skrytki pocztowej pełnomocnika. Korespondencja mailowa pomiędzy sekretariatem Izby, a odwołującym stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Na skutek niewskazania adresu poczty elektronicznej przez odwołującego Sekretariat KIO w rozmowie telefonicznej poinformował zamawiającego, że wszelka korespondencja z odwołującym będzie się odbywała pisemnie, za pośrednictwem Poczty Polskiej (z potwierdzeniem odbioru pism). Powyższe bez wątpienia prowadzi do przedłużenia czasu trwania postępowania i wskazuje na utrudnianie przez odwołującego rozpoznania wniesionego odwołania w rozsądnym terminie.

Podstawowe elementy odwołania, determinujące zakres jego rozpoznania przez KIO, zostały określone w dyspozycji art. 180 ust. 3 ustawy. Jednakże wszystkie wymagania, obejmujące zarówno ww. podstawowe elementy odwołania, jak i pozostałe o charakterze formalnym, zostały szczegółowo ujęte w par. 4 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2020r. poz. 1296). Zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 1 przywołanego Rozporządzenia odwołanie powinno zawierać „imię i nazwisko lub nazwę (firmę), miejsce zamieszkania lub siedzibę, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli)".

Odwołujący nie dopełnił zatem wymogu formalnego, gdyż nie wskazał ani swojego adresu mailowego, ani adresu mailowego pełnomocnika. Wydaje się oczywistym, że w razie wskazania któregośkolwiek z adresów, doręczenie na podany adres mailowy powinno być uznawane za skuteczne. Nie sposób dać wiary, że zarówno odwołujący, jak i jego profesjonalny pełnomocnik nie posiadają adresu mailowego, za pomocą którego mogliby komunikować się z Izby.

Należy uznać, że „z uwagi na podobieństwo procedury uzupełniania braków formalnych do przepisu art. 130 KPC można pomocniczo posłużyć się wykładnią pojęcia "braku możliwości nadania prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych" dokonaną przez SN na gruncie art. 130 KPC. Sąd Najwyższy przyjął bowiem, że treść pism kierowanych do sądu również podlega wykładni — zgodnie z regułami stosowanymi przy interpretacji oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 KC - mającej na celu ustalenie rzeczywistej woli i celu, jaki chciała osiągnąć osoba wnosząca pismo. W orzecznictwie SN wielokrotnie

podkreślano, że mylne oznaczenie pisma procesowego lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania go w trybie właściwym. Czynności procesowe stron stanowią rodzaj czynności prawnych, a zatem w wypadku podejmowania takich czynności w formie pisemnej, z uwagi na art. 130 par. 1 zd. 2 KPC, istnieje obowiązek poddania ich treści ocenie pod kątem ustalenia ich rzeczywistego znaczenia i - w przypadku, gdy wątpliwości można wyjaśnić w drodze wykładni pisma lub przez wezwanie strony do ich wyjaśnienia - rozpoznania pisma zgodnie z jego treścią wyrażającą intencje autora (por. post. SN z: 10.2.2016 r., I UZ 32/15, Legalis; 15.1.2015 r., IV CZ 105/14, Legalis; 14.11.2013 r., IV CZ 81/13, Legalis)”

Mając na uwadze fakt, że ustawa nie definiuje braku możliwości nadania prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, według zamawiającego należy pomocniczo stosować przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego, jak to wskazano powyżej.

Przez analogię należałoby również zastosować dyspozycję art. 458 par. 3 KPC, który dotyczy postępowań w sprawach gospodarczych (których przedmiot jest zasadniczo analogiczny z postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych), zgodnie z którym:

1. Pozew powinien zawierać również wskazanie adresu poczty elektronicznej powoda albo oświadczenie powoda, że nie posiada takiego adresu.

5 2. Pierwsze pismo procesowe pozwanego wniesione po doręczeniu odpisu pozwu powinno zawierać również wskazanie adresu poczty elektronicznej albo oświadczenie pozwanego, że nie posiada takiego adresu, o czym poucza się go doręczając odpis pozwu.

5 3. Niespełnienie wymogów, o których mowa w 1 lub 2. uznaje się za brak formalny pisma uniemożliwiający nadanie mu prawidłowego biegu.

Z przywołanego artykułu wynika jednoznacznie, że brak formalny w postaci niewskazania adresu poczty elektronicznej lub niezłożenia oświadczenia o nieposiadaniu takiego adresu stanowi o braku możliwości nadania biegu pismu.

Zamawiający pragnie podkreślić, że niewskazanie przez odwołującego oraz przez jego pełnomocnika adresu poczty elektronicznej stanowi znaczące utrudnienie w komunikacji z odwołującym i w ocenie zamawiającego powinno skutkować zwrotem odwołania, ewentualnie poprzedzonym wezwaniem do uzupełnienia braków formalnych poprzez wskazanie adresu mailowego odwołującego (ewentualnie jego pełnomocnika) lub złożenie oświadczenia o jego braku.

Niewskazanie adresu poczty elektronicznej znacząco przedłuży czas trwania postępowania odwoławczego i jest działaniem celowym odwołującego. Odwołujący bowiem posiada zawartą umowę z zamawiającym na usługi objęte przedmiotem zamówienia i dąży do przedłużenia okresu ich świadczenia w celu otrzymania wynagrodzenia. Jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu objętym odwołaniem, a oferta wybrana jest znacząco tańsza od wynagrodzenia obecnie wypłacanego. Odwołujący posiada więc

interes w przedłużaniu postępowania w celu wydłużenia obsługi łaźni na dotychczasowych zasadach - wykorzystując w tym celu działania niezastępujące na ochronę. Zamawiający dodał, że cena w obecnie realizowanej umowie odbiega o ponad 50% od mediany cen za analogiczne usługi płacone przez zamawiającego.

Nikt nie powinien czynić ze swojego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.). Takie działanie uprawnionego nie powinno być traktowane jako wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony. W ocenie zamawiającego Izba nie powinna akceptować nadużywania środków ochrony prawnej przez odwołującego, w szczególności, gdy jego zabiegi związane są z lekceważeniem Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Zamawiający wskazał, że w wyniku akceptacji nieuczciwych i nielegalnych działań odwołującego istnieje znaczące ryzyko dla prowadzenia zasadniczej działalności gospodarczej, o czym poniżej. Zamawiający podkreślił, że działania odwołującego mają charakter celowy, gdyż w sytuacji, gdy jego oferta nie jest najkorzystniejsza, blokuje on i opóźnia rozpoznanie odwołania przed KIO.

W związku z powyższym zamawiający wniósł o uznanie przez KIO, że odwołanie zawiera braki formalne, które nie zostały uzupełnione przez odwołującego oraz wnosi o zwrot odwołania, na podstawie przepisu art. 187 ust. 6 ustawy.

Jeśli jednak KIO uzna, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty i celowy charakter zaniechań odwołującego zamawiający wnosi o uchylenie przez KIO zakazu zawarcia umowy z art. 183 ust. 1 ustawy w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy „Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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”. Zamawiający wskazał, że uzasadnionym jest skorzystanie z uprawnienia z art. 183 ust. 2 ustawy, gdyż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z celowym działaniem odwołującego, zaś brak zawarcia umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Negatywne skutki dla interesu publicznego przejawiają się w tym, że sztuczne przedłużanie czasu trwania postępowania odwoławczego niesie znaczące ryzyko dla prowadzenia działalności zasadniczej zamawiającego (wydobycie węgla kamiennego).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 lutego 2011 r. „Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej, stawiania zarzutów zamawiającemu. Koncentracja ułatwić ma i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze”- Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2011r., KIO 157/11.

Zamawiający wskazał, że wykonuje działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1) ustawy w zakresie wydobywania węgla kamiennego, który jest podstawowym surowcem energetycznym Polski. Celem postępowania jest zapewnienie sprzątnia i obsługi łaźni pracowniczych w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK ROW (podział na 4 zadania). Realizacja usługi podyktowana jest m.in. obowiązkami pracodawcy, wynikającymi w szczególności z Kodeksu Pracy. Wykonywanie usługi obejmuje utrzymanie czystości, obsługę łaźni, ewidencję łaźni, dystrybuując wód oraz zapewnienie właściwych warunków higieny. Usługi będące przedmiotem zamówienia są niezbędne do zapewnienia ciągłości realizacji zadań podstawowych zamawiającego (wydobywanie węgla kamiennego), w tym spełnienia wymogów w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Brak zapewnienia ww. usługi spowoduje trudności w zakresie wykonywania zadań zasadniczych zamawiającego, a nawet może prowadzić do braku możliwości ich wykonywania, co może mieć szerszy wpływ na wydobywanie surowców. Innymi słowy brak zawarcia umowy na ww. usługi doprowadzi do wstrzymania pracy kilku kopalni.

Realizacja podstawowych zadań zamawiającego może zatem zostać wstrzymana z wyjątkowo poważnych powodów, do jakich należy brak wykonywania usługi sprzątnia i obsługi łaźni pracowniczych. Należy jednak podkreślić, że przedmiotowe postępowanie nie dotyczy mało znaczących usług, lecz ma istotne znaczenie dla zapewnienia funkcjonowania kopalni. Na uwagę zasługuje również fakt, że są to usługi o znaczącej wartości. Z uwagi na powyższe wydaje się oczywistym, że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 lutego 2010r. „Wykonawca ma obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym ” - Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2010r., KIO/UZP 127/10).

Bez wątpienia przedstawione powyżej negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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. Trudno uznać, że ochrona interesów odwołującego jest ważniejsza aniżeli interes publiczny, w sytuacji, gdy blokuje on sprawne rozpoznanie odwołania, celowo nie podając adresu poczty elektronicznej. Bez wątpliwa takie działanie nie zasługuje na ochronę, gdyż jest nadużyciem przysługującego prawa i powinno być piętnowane przez KIO.

Powyższe według zamawiającego wskazuje na konieczność szybkiego rozpoczęcia realizacji zamówienia. Bezsparnie powyższe cele stanowią również interes publiczny w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy. Jakiegokolwiek przedłużanie postępowania, w tym oczekiwanie na zakończenie postępowania odwoławczego, uniemożliwi realizację zamówienia w terminach przewidzianych zakresem zamówienia i budżetem.

Zamawiający wskazał na postanowienie KIO z 30 czerwca 2016r., wydane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie i rozwój systemu informatycznego agencji - SIA (ZSZiK, IACSPiPlus, GIS, SIZ, PZSIPlus, PA), zgodnie z którym: „Izba uznała argumentację Zamawiającego, że w świetle wskazanych przez Zamawiającego informacji dotyczących długości okresu wytwórczego oprogramowania oraz pięciomiesięcznego okresu przejściowego poprzedzającego rozpoczęcie wykonywania usług, jasno uwidacznia się ryzyko niewdrożenia w wymaganych terminach wymaganych modyfikacji, które to ryzyko pogłębia zakaz zawarcia umowy wynikający z faktu wniesienia odwołania. Zapewnienie sprawnego i niezakłóconego działania systemu Informatycznego zapewniającego terminową realizację Świadczeń przyznawanych przez Zamawiającego leży w interesie publicznym i jest związane z interesem ekonomicznym Państwa przez wsparcie znacznej rzeszy producentów rolnych, a niezawarcie umowy w tym zakresie może spowodować negatywne skutki przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba na podstawie art. 183 ust. 2 zdanie 2 ustawy postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy” - Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., KIO/W 9/16.

Zamawiający wskazał też, że bezpieczeństwo z art. 183 ust. 2 ustawy dotyczy również bezpieczeństwa energetycznego, którego częścią jest działalność zamawiającego. W jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny wskazał wprost, że przez pryzmat interesu publicznego należy postrzegać m.in. zaopatrywanie ludności w energię - Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96.

Z uwagi na przedmiot działalności zamawiającego, analizę interesu publicznego związanego z zawarciem umowy w ramach postępowania należy skoncentrować na obowiązku zapewnienia przez zamawiającego bezpieczeństwa energetycznego. Zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego stanowi co do zasady domenę państwa, przy czym

obowiązek ten został niejako przeniesiony częściowo na przedsiębiorstwa energetyczne i pośrednio też na podmioty powiązane, w tym dostawców surowców energetycznych, czyli zamawiającego. Podkreślił, że zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego nie wiąże się wyłącznie z samym wydobyciem węgla, ale również jest związane z szeregiem usług towarzyszących, koniecznych do realizacji działań zasadniczych i podstawowych.

Nie jest możliwym ustalenie, kiedy odwołanie zostanie rozpoznane, a interes publiczny z art. 183 ust. 2 ustawy przemawia za tym, aby umowę zawrzeć. Wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

### **Izba zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 183 ust. 5 ustawy i umorzenia postępowania z powodu bezprzedmiotowości rozpoznania wniosku, gdyż nie podzieliła wniosku zamawiającego o zwrot odwołania na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 1 ustawy. Izba uzasadnienie odmowy zwrotu odwołania zawarła w orzeczeniu rozpoznającym odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1832/20, jednakże w tym miejscu Izba przytoczyła podstawy odmowy zwrotu odwołania, gdyż mają one wpływ na wynik rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w następujących sytuacjach:

- gdy nie zawiera informacji, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy – czyli nie wskazuje:

a) czynności lub zaniechania czynności zamawiającego,

b) zwięzłego przedstawienia zarzutów,

c) określenia żądań,

d) wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania

- nie złożono pełnomocnictwa,

- nie uiszczono wpisu.

Z tym przepisem koresponduje także par. 9 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, który stanowi, że braki formalne dotyczą zakresu o którym mowa w par. 4 ust. 1 pkt 5-8 czyli zbieżnym z treścią art. 180 ust. 3 oraz dotyczą braku dokumentów, o których mowa w par. 4 ust. 2 regulaminu czyli nie zawierają dowodu uiszczenia wpisu, dowodu przesłania kopii odwołania, odpisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego.

W tych wszystkich wypadkach Prezes Izby, a jeżeli braki formalne zostaną dostrzeżone po przekazaniu odwołania do składu orzekającego skład orzekający Izby, wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania pod rygorem zwrotu odwołania w terminie 3 dni. Oczywiście zarówno katalog z art. 187 ust. 3 jak i z par. 9 jest katalogiem otwartym, gdyż braki w tych przepisach wymienione są wymienione jako „w szczególności”, tym samym mogą zaistnieć inne braki formalne, które będą podstawą wezwania do uzupełnienia, jednak wówczas dyrektywą decydującą o zwrocie odwołania jest treść art. 187 ust. 3 ustawy czyli czy odwołaniu możliwe jest nadanie prawidłowego biegu. W ocenie Izby zamawiający wadliwie zinterpretował to pojęcie, jako utrudnienie terminowego rozpoznania odwołania z uwagi na wydłużoną procedurę doręczania korespondencji pomiędzy Izbą, a odwołującym. W ocenie Izby taka interpretacja art. 187 ust. 3 ustawy jest błędna. Przepis art. 187 ust. 3 ustawy bowiem posługuje się pojęciem „nie może”, a więc brak jest obiektywnej możliwości nadania biegu odwołaniu, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Brak wskazania faksu, numeru telefonu czy adresu poczty elektronicznej, owszem utrudnia, ale nie uniemożliwia korespondencji z odwołującym czy jego pełnomocnikiem. Nie ma także ustawowego wymogu posiadania takich komunikatorów, dla korzystania ze środków ochrony prawnej, stąd nie można w ocenie Izby takiego braku oceniać jako uniemożliwiającego rozpoznanie odwołania. Postępowanie przed Izbą ma co do zasady charakter pisemny, o czym świadczy art. 180 ust. 4, art. 186 ust. 1, czy par. 8 ust. 1 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, gdzie mowa jest odpowiednio o odwołaniu w formie pisemnej w postaci papierowej, odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, czy o pismach składanych w sprawie oraz pismach przekazywanych przez Izbę, natomiast ustawodawca dopuścił, aby korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izba mogła (więc nie musiała) być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. Powodem tego, że ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie przymusu drogi elektronicznej czy faksowej, jest prawdopodobnie świadomość istnienia obszarów czy podmiotów dotkniętych wykluczeniem elektronicznym. Z tego względu Izba uznała, że brak wskazania adresu poczty elektronicznej odwołującego nie stanowi przeszkody w prawidłowym rozpoznaniu odwołania, choć może mieć wpływ na zachowanie instrukcyjnego terminu na rozpoznanie odwołania, któremu jednak nie może być przypisana wyższa ranga niż prawu strony do obrony swych praw i interesów przed niezawisłym organem orzekającym. Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że par. 4 ust. 1 pkt 1 nie zawiera obowiązku wskazania adresu poczty elektronicznej przedstawicieli, w tym pełnomocników, odwołującego. Zamawiający powołuje się na odpowiednie stosowanie Kodeksu postępowania cywilnego i to w zakresie spraw gospodarczych – czyli postępowania odrębnego. W ocenie Izby zamawiający wadliwie rozumie odesłanie z art. 185 ust. 7 ustawy, które zezwala na stosowanie KPC i to w zakresie



ograniczonym do Części V o sędzie polubownym (arbitrażowym). To odesłanie nie pozwala na zastosowanie KPC w każdym przypadku, gdy to jest w ocenie strony dla niej korzystne, ale jedynie wówczas, jeżeli ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. W ocenie Izby ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie uchybień formalnych odwołania stanowi kompleksową regulację i nie daje podstaw do odpowiedniego stosowania KPC, a zwłaszcza przepisów postępowania odrębnego, do którego brak jest ustawowego odesłania. Ustawa wyraźnie wskazuje, że zwrócić można odwołanie, którego braków formalnych nie uzupełniono, a braki formalne są tego rodzaju jak wymienione w art. 187 ust. 3 ustawy lub par. 9 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, lub są to braki powodujące niemożność rozpoznania odwołania. To, że ocena czy dany brak powoduje niemożność rozpoznania odwołania została pozostawiona Izbie, nie oznacza, że brak jest w tym zakresie kompleksowej regulacji ustawowej. Fakt ocenności czynności w postępowaniu odwoławczym nie stanowi o braku regulacji, ale pozostawieniu instytucji orzekającej pewnej swobody oceny, tak aby procedura była bardziej elastyczna i uwzględniała różne życiowe sytuacje. Tym samym w żadnym stopniu, zdaniem Izby nie można znaleźć miejsca dla odpowiedniego zastosowania przepisów KPC o postępowaniu w sprawach gospodarczych. Z tego względu Izba nie znalazła podstaw do zastosowania art. 183 ust. 5 pkt. 1 ustawy i nie umorzyła postępowania z wniosku zamawiającego.

Izba odmawia także uchylenia zakazu zawarcia umowy, gdyż w ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że zawarcie 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. Zamawiający jedynie ogólnie wskazał, że zapewnienie obsługi łaźni jest obowiązkiem pracodawcy wynikającym z Kodeksu pracy i są to usługi niezbędne dla zapewnienia ciągłości realizacji zadań wydobywania węgla kamiennego. Brak tej usługi według zamawiającego spowoduje trudności w zakresie wykonywania zadań zamawiającego, a nawet może doprowadzić do niemożliwości ich wykonywania i do wstrzymania pracy kilku kopalni.

Niewątpliwie zgodnie z art. 207 par. 1 Kodeksu pracy (dalej kp) obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy spoczywa na pracodawcy i pracownik z tego powodu nie może ponosić żadnych kosztów. Natomiast odmowa wykonania pracy przez pracownika zgodnie z art. 210 par. 1 kp może nastąpić w sytuacji bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia albo gdy wykonywanie pracy przez pracownika grozi takim niebezpieczeństwem innym osobom. Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że brak świadczenia usługi w zakresie obsługi łaźni górniczych, stanowi bezpośrednie

zagrożenie dla życia lub zdrowia górników. Nie powołał się na inne akty prawne czy regulaminy wewnętrzne regulujące bezpieczeństwo i higienę pracy w zakładach górniczych, czy dokumentację bezpieczeństwa, z których mógłby wynikać skutek „wstrzymania pracy kilku kopalni”. Izba stwierdziła, że z następujących aktów prawnych:

- Rozporządzenia Ministra Energii w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących przechowywania i używania środków strzałowych i sprzętu strzałowego w ruchu zakładu górnictwa z dnia 9 listopada 2016 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 321) i
- Rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie szczególnych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu odkrywkowego zakładu górnictwa z dnia 8 kwietnia 2013r. (Dz.U. 2013 poz. 1008), które zastąpiły
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w odkrywkowych zakładach górniczych wydobywających kopaliny podstawowe z dnia 17 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 96, poz. 858)

nie wynika tezy twierdzone przez zamawiającego, również

- Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy z dnia 26 września 1997 r. (Dz.U. Nr 129, poz. 844) tj. z dnia 28 sierpnia 2003 r. (Dz.U. Nr 169, poz. 1650) w dziale V i załączniku nr 3 nie wskazują na ryzyko trudności w realizacji zadań podstawowych zamawiającego czy konieczności wstrzymania pracy. Co więcej Izba wzięła pod uwagę fakt, że zamawiający toczy przedmiotowe postępowanie od 13 grudnia 2019r. i nie wykazał w jakikolwiek sposób, czy od dnia 6 sierpnia 2020r. w postępowaniu na udzielenie zamówienia wystąpiły na tyle szczególne okoliczności, aby usprawiedliwiały konieczność natychmiastowego zawarcia umowy bez możliwości oczekiwania na termin posiedzenia Izby wyznaczony na dzień 1 października 2020r. Zamawiający nawet nie przedstawił tak podstawowej informacji czy usługa obsługi łącznie jest obecnie realizowana, czy też nie i czy jego pracownicy powiadamiali pracodawcę o odmowie wykonywania pracy podając jako powód odmowy brak możliwości zachowania odpowiednich warunków sanitarnych w pomieszczeniach higienicznosanitarnych. Zamawiający koncentruje się raczej na celowym działaniu odwołującego zmierzającym do przedłużania postępowania odwoławczego, niż na wykazaniu interesu publicznego, którego konieczność ochrony jest tak niezbędna, że może uniemożliwić odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Oczywiście przepis art. 183 ust. 1 ustawy nie formułuje nakazu jednokrotnego składania wniosku, jeśli zaistnieją przesłanki wymienione w tym przepisie, jednakże Izba nie może domyślać się czy stwarzać okoliczności, które mogłyby uzasadniać uchylenie zakazu, to obowiązek zamawiającego, któremu nie sprostał.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....