

**Sygn. akt: KIO/W 39/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 kwietnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:      Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 kwietnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 13 kwietnia 2021 r. w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Polską Grupę Górniczą S.A. w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. - nr grupy 292-2”

**postanawia:**

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

## **Uzasadnienie**

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. zamawiający Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 9 marca 2021 r. przez odwołującego „Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINIEC” Sp. z o.o. w Świętochłowicach.

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. - nr grupy 292-2”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-637677. 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 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 zarzuty odwołania są w sposób oczywisty bezzasadne. W uzasadnieniu wniosku wskazano co następuje.

Zarzut wyznaczenia terminu aukcji, bez uwzględnienia dziesięciodniowego terminu, w którym uczestnicy postępowania mieliby prawo wnieść odwołanie, pomija treść art. 91 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż dwa dni robocze od dnia przekazania zaproszenia. W ocenie zamawiającego żaden przepis ustawy p.z.p. nie został naruszony, odczekano trzy dni robocze, co wypełnia wymagania ww. normy i powoduje konieczność oddalenia tego zarzutu. Kolejny zarzut – dotyczący naruszenia art. 24 ust. 12, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p. – również zasługuje na oddalenie. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o tym, iż certyfikat przedstawiony przez wykonawcę Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. w Katowicach nie stanowił wiarygodnego dokumentu potwierdzającego złożone w nim przez J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. w Gdyni (jednostkę certyfikującą) oświadczenie o zgodności wyrobów z określonymi normami i standardami. Poza tym odwołujący także nie przedłożył żadnych dokumentów stanowiących podstawę otrzymania certyfikatu, więc zdaniem zamawiającego zarzut jest bezzasadny. Zamawiający podniósł również, że zarzut zaniechania wezwania Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. w Katowicach do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny pomija, że wykonawca złożył je w wyznaczonym terminie, a wynika raczej z braku zapoznania się przez odwołującego z dokumentacją postępowania. Natomiast ostatni zarzut,

naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., który został powiązany z wcześniejszymi zarzutami, wobec ich niepotwierdzenia także należy uznać za chybiony.

Ponadto we wniosku wskazano, że niezależnie od potencjalnego wyniku postępowania oraz stanowiska zamawiającego w tym zakresie, wstrzymanie możliwości podpisania umowy powoduje znaczące utrudnienia w prowadzeniu działalności zamawiającego. Wykonanie przedmiotu zamówienia jest ukierunkowane na osiągnięcie określonego efektu ekonomicznego i jest niezbędne dla zachowania ciągłości produkcyjnej spółki. Wstrzymanie prac powoduje szkody w działalności zamawiającego, który związany jest porozumieniami o restrukturyzacji oraz wymaganiami związanymi z udzielaną pomocą publiczną. Istnieje więc zagrożenie dla interesu publicznego poprzez uchybienie złożonym zobowiązaniom. Na drugiej szali zaś leży interes odwołującego, któremu umożliwiono wzięcie udziału w postępowaniu na równych zasadach, w tym złożenie oferty i postępień w ramach aukcji elektronicznej – odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie zadań nr: 2, 7, 8, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 27, 35, 39, 42, 48, gdzie zaoferował cenę niższą od wykonawcy Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. w Katowicach, który nie wygrał żadnej aukcji.

**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, że jego zdaniem odwołanie zasługuje na oddalenie, co powinno powodować uwzględnienie jego wniosku. Umknęło jednak jednostce zamawiającej, że w postępowaniu wпадkowym, dotyczącym uchylenia 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 wпадkowe – 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 uchylenia 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 ciężący 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.

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 jedynego powodu – aby zablokować udzielenie zamówienia, powinna zostać przez zamawiającego uprawdopodobniona. Warto przy tym zaznaczyć, że wnioskując po konstrukcji omawianej normy ustawodawca intencjonalnie nałożył na zamawiającego obowiązek uprawdopodobnienia celu złożenia odwołania, używając formy kwalifikowanej. Zamawiający ma więc obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym, czy jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy.

Natomiast jednostka zamawiająca w rozpoznawanej sprawie nawet nie podjęła próby wskazania obiektywnych okoliczności, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod omawianą normę, usiłując oprzeć wniosek na własnym przekonaniu, że odwołanie jest

bezzasadne. 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, kiedy stanowisko strony o bezzasadności zarzutów odwołania nie mieści się w przesłance art. 578 ust. 2 pkt 2 n.p.z.p., zatem nie może stanowić o konieczności uchylecia okresu *stand still*.

We wniosku zamawiający hasłowo podniósł także, iż niezawarcie umowy powoduje znaczące utrudnienia w prowadzeniu jego działalności, w tym konieczności zachowania ciągłości produkcyjnej spółki. Zamawiający dodał, że jest związany porozumieniami o restrukturyzacji oraz wymaganiami udzielonej mu pomocy publicznej, istnieje więc zagrożenie dla interesu publicznego, poprzez uchybienie złożonym zobowiązaniom.

Weryfikując stanowisko jednostki zamawiającej przez pryzmat art. 578 ust. 2 pkt 1 n.p.z.p., skład orzekający stwierdził, iż tak lapidarne i enigmatyczne hipotezy powodują, że nie było podstaw do ich weryfikacji, a następnie do ich podzielenia. Nie wystarczy krótko stwierdzić, że się zamawiającemu wydaje, że istnieje zagrożenie dla interesu publicznego, ponieważ omawiana norma wymaga wykazania przez jednostkę zamawiającą, że niezawarcie umowy faktycznie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Szkodliwe skutki po pierwsze należałoby sprecyzować, a po drugie poprzez argumentację, która pozwoliłaby Izbie na zważenie, czy przewyższają one konieczność ochrony interesu wszystkich uczestników postępowania odwoławczego. W rozpoznawanej sprawie zabrakło podjęcia pierwszego koniecznego kroku, zamawiający poprzestał na podniesieniu, że występują „znaczące” utrudnienia, a bliżej nieokreślone porozumienia o restrukturyzacji i niesprecyzowana pomoc publiczna zostały zagrożone. Pomijając już konieczność wykazania, czy chociażby przybliżenia Izbie okoliczności, które mogłyby spowodować uznanie też podniesionych we wniosku za wiarygodne i uzasadnione. Pożądanym byłoby także poparcie swoich argumentów materiałem dowodowym. Pozostawienie uzasadnienia wniosku jako gołosłowne zapewnienie zamawiającego o niedookreślonym zagrożeniu jego interesu nie pozwoliło składowi orzekającemu na jego pozytywne rozpatrzenie także na tej podstawie prawnej.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie wykazał, aby doszło do wypełnienia hipotezy art. 578 ust. 2 n.p.z.p., wadliwe założenia i gołosłowne stanowisko zamawiającego uniemożliwiło Izbie uchylenie zakazu zawarcia umowy.

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:

.....