

## **POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 6 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Piotr Kozłowski Rafał Malinowski
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Błysk-Bis sp. z o.o., ul. Moniuszki 108; 06-200 Maków Mazowiecki,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pułtusk, ul. Rynek 41; 06-100 Pułtusk, przy udziale uczestnika:

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., ul. St. Staszica 35, 06-100 Pułtusk, przystępującego do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

### **postanawia:**

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Błysk-Bis sp. z o.o., ul. Moniuszki 108; 06-200 Maków Mazowiecki i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Błysk-Bis sp. z o.o., ul. Moniuszki 108; 06-200 Maków Mazowiecki, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Pułtusk, ul. Rynek 41; 06-100 Pułtusk, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Błysk-Bis sp. z o.o., ul. Moniuszki 108; 06-200 Maków Mazowiecki na rzecz Gminy Pułtusk, ul. Rynek 41; 06-100 Pułtusk, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

sygn. akt: **KIO 209/24**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Pułtusk, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz organizacja i prowadzenie Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów”*.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na usługi o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”).

20 stycznia 2024 roku, wykonawca Błysk-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 305 pkt 1) w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11) oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1) Ustawy Pzp, unieważni umowę nr 61/2024 z dnia 11 stycznia 2024 r. w zakresie zobowiązań niewykonanych, którą zamawiający zawarł z wykonawcą Pułtuskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., i którą to umową udzielił temu wykonawcy zamówienie publiczne z naruszeniem Ustawy Pzp – wniosek ten został ograniczony do unieważnienia przez Izbę umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, bowiem wykonawca już od 13 stycznia 2024 r. realizuje podlegającą unieważnieniu umowę, a zwrot przez zamawiającego spełnionych przez wykonawcę świadczeń umownych nie jest możliwy ze względu na ich charakter.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazał, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, powziął w dniu 12 stycznia 2024 r. W tym dniu, zamawiający przesłał odwołującemu drogą mailową dokumenty postępowania o udzielenie ww. zamówienia wraz z umową zawartą, wskutek tego postępowania. Odwołujący dochował należytej staranności i wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami

i innymi dokumentami związanymi z postępowaniem w związku z przewidywanym zakończeniem postępowania i zawarciem umowy, o której zamiarze zawarcia zamawiający poinformował ogłoszeniem z dnia 24 listopada 2023 r. zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod numerem pozycji 00513373.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pułtusku wniósł o odrzucenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, zostało opublikowane w BZP w dniu 24 listopada 2023 r.

Tym samym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać, że dzień opublikowania przez zamawiającego ww. informacji, tj. 24 listopada 2023 r. był pierwszym dniem, w którym odwołujący mógł uzyskać wiedzę o tym, że zamawiający zamierza zawrzeć umowę z przystępującym i na jakich warunkach zamierza to uczynić, w tym – w jakim trybie zamierza przeprowadzić postępowanie i od tego dnia należało liczyć termin na skuteczne wniesienie odwołania.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Izba wskazuje, że odwołujący niezwłocznie po opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy miał możliwość wystąpić do zamawiającego o wgląd do dokumentów postępowania i uzyskać zarówno wiedzę o tym, jak zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jakie ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz umowę, o jakiej treści umowę zamierza zawrzeć z przystępującym.

Okoliczność, iż odwołujący dopiero w grudniu 2023 r. i styczniu 2024 r., a więc ponad miesiąc po opublikowaniu ww. ogłoszenia, zdecydował się wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o dokumenty postępowania, nie powoduje, że termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero po uzyskaniu dokumentów, czy opublikowaniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Ponadto wskazać należy, iż odwołujący na pytanie Izby wyjaśnił, iż analogiczne zamówienie, które zakończyło się w grudniu 2023 roku, było realizowane przez przystępującego, a tryb udzielenia zamówienia temu wykonawcy, w ramach poprzednio obowiązującej umowy był tożsamy. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że nie zwracał się do zamawiającego czy też przystępującego o udostępnienie poprzednio zawartej umowy, dlatego też, zdaniem Izby, trudno jest twierdzić, iż odwołujący dołożył należytej staranności przy konstruowaniu zarzutów przedmiotowego odwołania. Skoro bowiem poprzednia umowa, dotycząca świadczenia tożsamyh usług z tym samym wykonawcą (przystępującym) realnie mogła być przedmiotem analizy przez odwołującego, a odwołujący tych czynności zaniechał, to nie sposób wywodzić,

iż odwołujący o warunkach zamówienia dowiedział się dopiero z dokumentów przekazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na wnioski składane przez odwołującego w grudniu 2023 roku oraz styczniu 2024 roku. Zaniechania w tym zakresie obciążają zatem odwołującego, albowiem odwołujący pozostający w świadomości zakończenia realizacji poprzedniej umowy (grudzień 2023 roku), mógł podjąć starania, aby zgromadzić odpowiedni materiał dowodowy, który w przypadku powtórzenia przez zamawiającego sposobu i trybu udzielenia zamówienia publicznego (aktualne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z 24 listopada 2023 roku) mogłyby stanowić podstawę do kwestionowania czynności podjętych przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko wyrażone w publikacji pt. „Jaki jest cel ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy?” (<https://www.wprzetargach.pl/kategorie/nowe-pzp-komentarze/jaki-jest-cel-ogloszenia-o-zamiarze-zawarcia-umowy>), w którym wskazano, iż *„Zgodnie z art. 213 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, z uwzględnieniem art. 216 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 306 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, po wszczęciu postępowania, może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. W trybie negocjacji bez ogłoszenia problematyka ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy została uregulowana w art. 208 ust. 2 i art. 302 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawiera m. in. (...).*

*Jednocześnie zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp m. in. udzielił zamówienia. Przepis ten dotyczy również przypadku, gdy zamawiający naruszeniem ustawy Pzp udzielił zamówienia z wolnej ręki.*

*Zgodnie natomiast z art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą pzp, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W opinii „Wybrane kwestie dotyczące stosowania ustawy PZP przez publiczne instytucje kultury (opracowane na podstawie odpowiedzi skierowanej do Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w związku z uwagami zgłaszanymi przez instytucje kultury i środowiska twórcze)”, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma na celu umożliwienie wykonawcom zdobycia wiedzy o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie, który nie wymaga uprzedniego upublicznienia zamiaru przeprowadzenia postępowania, a w konsekwencji - ewentualnego kwestionowania podstaw do zastosowania takiego trybu. Niemniej jednak*

ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Celem zachęcenia zamawiających do poddania się takiej kontroli wykonawców, ustawa Pzp zawiera szereg uregulowań sprzyjających podjęciu decyzji

o zastosowaniu tej instytucji". Główną korzyścią, jaką odnosi zamawiający decydując się na ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest uniknięcie negatywnych konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co do zasady bowiem, stosownie do brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Znaczenie normatywne ww. przepisów jest takie, że umowa

w sprawie zamówienia publicznego nie będzie podlegała unieważnieniu nawet w sytuacji, gdy zamawiający zastosował jeden z ww. trybów wbrew przesłankom określonym ustawą Pzp, o ile uprzednio zamawiający ten skorzystał z możliwości publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dochował terminu wstrzymania się z zawarciem umowy i pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, iż jego działanie jest zgodne z prawem.

Powyższy przepis jest spójny z przepisem art. 515 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ustanawiającym terminy do wniesienia odwołania. Art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem termin wstrzymania się przez zamawiającego z zawarciem umowy (tzw. standstill) i jest to odpowiednio 5 dni dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i 10 dni dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, liczonych odpowiednio od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym też terminie wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia odwołań. Ewentualne zasadne kwestionowanie w tym czasie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki - wobec zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia Krajową Izbę Odwoławczą - umożliwia sanowanie wadliwej czynności zamawiającego przed zawarciem umowy. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego środki ochrony prawnej są najefektywniejsze zarówno z punktu widzenia wykonawcy dochodzącego swoich praw, jaki i z punktu widzenia zamawiającego, który może „naprawić” postępowanie bez negatywnych konsekwencji wynikających z unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem prawa.

W sytuacji, gdy zamawiający nie zdecyduje się skorzystać z możliwości opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uniemożliwia wykonawcom, którzy byliby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, wniesienie odwołania od decyzji o wyborze trybu niekonkurencyjnego przed zawarciem umowy. Z tych przyczyn ustawa Pzp, uprawnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej w związku z naruszeniem prawa

*prowadzącym do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminach dłuższych niż w przypadku, gdy zamiar zawarcia umowy został ogłoszony.*

*Zgodnie z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Zgodnie natomiast z art. 216 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych”.*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty podniesione w odwołaniu są spóźnione, gdyż 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy) upływał 4 grudnia 2023 roku. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy, zdaniem Izby, w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu prekluzyjnego na jego wniesienie. Termin ten jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, ani modyfikacji. Odwołanie wniesione po upływie ww. terminu musi zostać odrzucone na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej poparte jest licznym orzecznictwem.

W postanowieniu z 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 947/23 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *„Podkreślenia wymaga, że termin określony w przepisie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp tj. termin na wniesienie odwołania od innych czynności niż te, o których zamawiający poinformował wykonawcę bądź wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie czy też treści dokumentów zamówienia, liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale też od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć taką wiadomość. W oparciu o przepis art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm., dalej: "k.c."), miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 109/21 stwierdził, że: <<(…) Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności>>. Biorąc pod uwagę powyższe*

w przeciwieństwie do art. 515 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 515 ust. 3 ustawy Pzp liczy się zatem od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności - było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, którego co do zasady należy uznać za profesjonalistę”.

W postanowieniu z 24 września 2021 r., sygn. akt KIO 2596/21 Izba orzekła, iż: „Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Przepis powyższy ma zastosowanie do sytuacji, gdy wykonawca o zaskarżonej czynności zamawiającego dowiedział się z innych okoliczności, tj. nie z informacji przekazanej przez zamawiającego. Termin ten nie jest uzależniony od sposobu, w jakim informacja dotarła do wykonawcy, lecz musi być liczony od momentu powzięcia informacji przez wykonawcę lub też od momentu, gdy wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania”.

W wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd v. NHS Business Service Authority, Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 92/50, wymaga, aby bieg terminu na wniesienie powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów rozpoczynał się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu”.

Analogiczne stanowisko zaprezentował również Sąd Najwyższy w uchwale z 28 lutego 2013 r. (sygn. akt: III CZP 107/12), stając na stanowisku, że w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 515 ust. 3 PZP]. Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że „jeżeli natomiast zamawiający przed dniem dowiedzenia się przez wykonawcę o podjętych czynnościach lub dniem, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 PZP [obecnie art. 515 ust. 3 PZP]. Późniejsze przesłanie informacji przez zamawiającego zasadniczo nie prowadzi do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 PZP [obecnie art. 515 ust. 1]”.



Przywołana judykatura ma zatem znaczenie dla oceny terminu na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie. Potwierdza bowiem jednoznacznie, że odwołanie jest spóźnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący uchybił terminowi na skuteczne wniesienie odwołania, albowiem termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika,

że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....