

POSTANOWIENIE
z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 października 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 24 września 2020 r., doręzonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 roku, o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksowe przygotowanie dokumentacyjne zadania nr 91669 pn.: *Nadbudowa budynku głównego Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej ujętego w Centralnym Planie Inwestycji Budowlanych MON*”

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie – pismem z dnia 25 maja 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2020 roku, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Kompleksowe przygotowanie dokumentacyjne zadania nr 91669 pn.: *Nadbudowa budynku głównego Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej ujętego w Centralnym Planie Inwestycji Budowlanych MON*.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający podniósł, że w dniu 4 sierpnia 2020 r. zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony, którego przedmiotem było *Kompleksowe przygotowanie dokumentacyjne zadania nr 91669 o numerze DZP/PN/41/2020 pn.: „Nadbudowa budynku głównego Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”* ujętego w Centralnym Planie Inwestycji Budowlanych MON. Następnie, dnia 11 września 2020 r. zawiadomił o wyniku postępowania tj. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty — Graph' ił Sp. z o.o., Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa, wykonawców przystępujących do przetargu. W dniu 17.09.2020 r. wykonawca Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o., ul. Przeclawska 8, 03-879 Warszawa (odwołujący) złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z tym, że na obecnym danym etapie zamawiający dostrzega fakt naruszeń wskazanych przez odwołującego i stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu można z dużą dozą prawdopodobieństwa określić, że odwołanie zostałoby przez Izbę uwzględnione, zamawiający w dniu 23 września 2020 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Wobec powyższego, a także biorąc pod uwagę zawartą we wniosku argumentację, w ocenie zamawiającego, istnieją przesłanki określone w art. 183 ust. 2 do uchylenia zakazu zawarcia umowy, wskazujące na możliwość zawarcia przedmiotowej umowy z odwołującym, bowiem to jego oferta była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. W razie złożenia przez przystępującego sprzeciwu od czynności uwzględnienia odwołania, przesłanki z art. 183 ust. 2, jak i *petitum* wniosku pozostają aktualne. Sprawa toczy się pod sygnaturą KIO 2347/20. Dokumenty przetargowe zostały złożone do Izby na wezwanie KIO z dnia 23 września 2020 r.

Zamawiający wskazał, że na gruncie § 4 ust. 1 Statutu 1 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie nadanego Zarządzeniem nr 14/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 sierpnia 2018 r. podstawowym celem Szpitala jest wykonywanie działalności leczniczej polegającej na udzielaniu świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia udzielanej zgodnie z ust. 2 ze środków publicznych ubezpieczonym oraz innym osobom uprawnionym do tych świadczeń na podstawie odrębnych przepisów nieodpłatnie, za częściową lub całkowitą odpłatnością. Zamawiający wypełnia jeden z elementarnych obowiązków Państwa skonkretyzowanych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483), stypizowany w art. 68 ust. 1, który daje każdemu prawo do ochrony zdrowia. Zgodnie z art. 68 ust. 2 obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. W związku z powyższym, na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, oraz stanowiska doktryny prawniczej, realizacja inwestycji dotyczących ochrony zdrowia wpisuje się w pojęcie interesu społecznego, z tego względu że prowadzą one do płynnego i kompleksowego wypełnienia dyspozycji nałożonych na administrację rządową oraz samorządową przez Konstytucję.

Zamawiający zaznaczył, iż w maju 2020 r., była realizowana w budynku szpitala okresowa kontrola przez IBS Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. ul. św. Odrowąża 15, 03-330 Warszawa, z której wynikało, że w trakcie kontroli obiektu Szpitala stwierdzono uszkodzenia zagrażające bezpieczeństwu życia i zdrowia człowieka. Niezwłocznej naprawy wymaga pokrycie dachu oraz gzymsy, a do momentu wykonania wszystkich napraw należy zabezpieczyć teren dookoła budynku przed dostępem ludzi. Ogólny stan budynku został określony jako średni/zły. Realizacja przedmiotowego zadania inwestycyjnego musi odbyć się w możliwie jak najkrótszym terminie dla zapewnienia bezpieczeństwa zarówno pracownikom Szpitala jak i pacjentom. Konieczne jest jak najszybsze zabezpieczenie pokrycia dachu nad istniejącą częścią szpitala, która jest systematycznie zalewana, co z kolei prowadzi do powstania zagrożenia bezpieczeństwa pacjentów, zainstalowanej aparatury medycznej jak i personelu Szpitala. Konstrukcja więźby dachowej, kominów i pokrycia dachu jest w fatalnym stanie technicznym, co grozi zalaniem i zawaleniem się dachu na kondygnacje poniższe i wymaga natychmiastowej wymiany. W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia planowana jest również wymiana drewnianych stropów pomiędzy kondygnacjami 3 i 4, które w chwili obecnej zagrażają - ze względu na zły stan techniczny - bezpieczeństwu pacjentów i personelu. Dodatkowo, realizacja zamówienia przyczyni się również do spełnienia przez budynek Szpitala podstawowych wymogów w zakresie bezpieczeństwa przeciwpożarowego,

jak i pozwoli zapewnić warunki ewakuacji przez dobudowane, a aktualnie nie oddane do użytkowania klatki ewakuacyjne.

Zamawiający wskazał, że - jak wynika z pisma Komendanta 1 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ do Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 12.08.2019 r. oraz z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz. U. 2012 poz. 739) – jak najszybsze zawarcie umowy oraz rozpoczęcie inwestycji jest kluczowe dla zachowania zdolności operacyjnej szpitala. Zmiana konstrukcji i poszycia dachu jest niezbędna nie ze względu na zły stan techniczny, który w niedalekiej przyszłości, pozostawiony w stanie dotychczasowym, zagrozi całej działalności szpitala ze względu na przecieki i możliwość spalenia się jego drewnianej konstrukcji. Konieczne jest wyposażenie nadbudowy budynku głównego w niezbędne dla jej funkcjonalnego przeznaczenia instalacje sanitarne i technologiczne zgodne z wymogami aktualnymi w czasie opracowania projektu budowlanego i wykonawczego. Oddziały szpitalne wyposażone zostaną w niezbędny sprzęt i instalacje zgodne z rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Zdrowotnej.

Zamawiający podniósł, że planuje realizację omawianej inwestycji w oparciu o dotację celową ze Skarbu Państwa reprezentowanego przez Ministra Obrony Narodowej. Dotacja, zgodnie z treścią umowy dotacyjnej musi być wykorzystana do dnia 31 grudnia 2020 r. Natomiast z projektu umowy załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), wynikają krótkie terminy na realizację zamówienia (§ 5 projektu umowy). Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie dotyczy realizacji projektu budowlanego, który będzie podstawą do przeprowadzenia postępowania na wykonanie robót budowlanych w omawianym zakresie. Zatem w razie uchybienia terminom związanym z rozliczeniem dotacji na wykonanie projektu, bezzasadnym będzie ogłaszanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych objętych projektem, a – co za tym idzie – zamawiający utraci możliwość uzyskania dotacji nie tylko w zakresie przedmiotowego postępowania, ale przede wszystkim w szerszym zakresie dotyczącym faktycznego wykonania nadbudowy budynku głównego Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej. Podkreślił, iż bez dotacji z Ministerstwa Obrony Narodowej nie przeprowadzi prac koniecznych do utrzymania bezpieczeństwa pracowników i pacjentów Szpitala i zapewnienia gotowości realizacji zabezpieczenia Sił Zbrojnych RP pod kątem medycznym, bowiem nie posiada własnych środków, które mogłyby być wykorzystane na ten cel. Obecne zadłużenie Szpitala wynosi ok.

6.000.000 zł, wobec czego zamawiający nie jest w stanie ponieść tak dużego kosztu bez uzyskania dotacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p.: W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

Z kolei przepis art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. stanowi, iż: Zamawiający może złożyć do Izby wniosek 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.

Wynikający z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma zatem charakteru kategorycznego. W myśl ust. 2 tegoż artykułu, zamawiający może złożyć do Izby wniosek 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. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych do wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące stąd korzyści.

Z treści przepisu zawartego w art. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy P.z.p. wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia

kończącego postępowanie odwoławcze jest możliwe w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

2) skutki te przewyższyłyby 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.

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego,
- ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób.

Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.

A zatem, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w jednej ze wskazanych wyżej wartości.

Izba przeanalizowała treść złożonego przez zamawiającego wniosku i skonstatowała, że interes publiczny, na który powołał się zamawiający, dotyczy bezpośrednio ochrony zdrowia publicznego, w tym w szczególności zdrowia pacjentów, pracowników oraz innych osób przebywających na terenie szpitala. Tym samym zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, polegające na braku możliwości zapewnienia w pełnym zakresie świadczeń zdrowotnych oraz bezpieczeństwa osobom znajdującym się na terenie placówki.

Uwzględniając skutki, jakie może spowodować dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy, w ocenie Izby zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Izba ustaliła, iż uwzględniając przewidywany przebieg procedury w ramach postępowania odwoławczego, istnieje znaczące ryzyko co do niemożności zapewnienia przez zamawiającego zapewnienia bezpieczeństwa dla zdrowia i życia osób przebywających na terenie szpitala. W ocenie Izby, wskazane okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje negatywne skutków dla interesu publicznego, co prowadziło do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

.....