

POSTANOWIENIE
z dnia 8 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Emil Kawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 grudnia 2021 r. w Warszawie, wniosku z dnia 3 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „dostawa środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych”, znak sprawy: LAS-340-TP/109- 2021

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129) dalej jako „ustawa” albo „Pzp” - pismem z 03 grudnia (wpływ do Prezesa Izby – 3 grudnia 2021 r.) złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym na dostawę środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 października 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych: ogłoszenie nr2021/BZP 00241456/01.

Uzasadniając wniosek zamawiający na wstępie podał, że przedmiotowe postępowanie jest realizowane z ramach projektu RPO WSL dot. działania 10.1 na Zakup aparatury i sprzętu medycznego, urządzeń do dezynfekcji, testów, odczynników diagnostycznych i pozostałych oraz modernizacja infrastruktury SP ZOZ Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 3 w Rybniku w celu przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się

COVID-19. Numer naboru: RPSL.10.01.00-IZ.01-24-395/20; Numer wniosku: WND-RPSL.10.01.00-24-0301/20- 002.

Termin rozliczenia dotacji jest sztywny, a środki winny być rozliczone do dnia 31.12.2021 r. Podkreślił, że asortyment, na który zamawiający otrzymał dofinansowanie jest niezbędny na walkę z rozprzestrzenianiem się zakażeń COVID-19 w celu przerwania łańcucha zakażeń, które obecnie przy kolejnej „fali” pandemii jest interesem nie tylko Szpitala, ale także publicznym, niosącym negatywne skutki przede wszystkim dla życia i zdrowia pacjentów. Dodał także, że przyznane środki na ten cel zabezpieczą szpital w niezbędne środki (preparaty) bez angażowania własnych źródeł finansowych, których szpitalowi brakuje. Stwierdził, że ewentualne utracenie tak dużych środków finansowych będzie niosło znaczące skutki dla interesu publicznego, a przede wszystkim dla pacjentów szpitala,

Podstawową zasadą wpływającą na ograniczenie negatywnych skutków epidemii w czasie rozprzestrzeniania się koronawirusa SARS-CoV-2 jest dbanie o higienę. Chodzi przede wszystkim o dokładne mycie rąk, które zabija zarazki, a także dezynfekowanie dłoni. Środek do odkażania powinien być oparty na bazie alkoholu, zaś jego stężenie nie może być niższe niż 60 %, aby uzyskać pożądaną efekt. Zgodnie z „Wytycznymi zapobiegania transmisji biologicznych czynników chorobotwórczych o szczególnej zjadliwości lub oporności w podmiotach wykonujących działalność leczniczą, udzielających stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych” opublikowanymi w 2019 roku przez zespół ekspertów w zakresie Higieny rąk personelu rekomenduje się:

1. dezynfekcję rąk preparatem alkoholowym, zgodnie z aktualnymi wytycznymi WHO, z uwzględnieniem prawidłowej techniki i czasu dezynfekcji,
2. zapewnienie dostępności alkoholowego preparatu do higieny rąk w strefie pacjenta (w miejscu opieki, zgodnie z kryteriami WHO, czyli nie dalej niż 1-1,5m od miejsca udzielania świadczenia),
3. preparaty do mycia i dezynfekcji rąk konfekcjonowane w dozownikach uruchamianych bez kontaktu z dłonią, w opakowaniach jednorazowego użycia z jednorazowym systemem dozującym.

Preparat, który jest przedmiotem zamówienia jest niezbędnym środkiem, którego w szpitalu nie może zabraknąć nawet na 1 dzień, gdyż istnieje wysokie ryzyko związane z rozprzestrzenianiem się koronawirusa.

Podał także, że odwołującemu znany jest fakt otrzymanej dotacji i termin jej rozliczenia, znane są również konsekwencje wniesienia w tej sprawie odwołania, które skutkują nierozliczeniem w tym zakresie dotacji, a co za tym idzie brakiem możliwości finansowej na jej realizację. Odwołujący liczy na to, że wniesienie odwołania spowoduje niepodpisanie umowy z żadnym z wykonawców ze względu na ograniczenia czasowe i w kolejnym postępowaniu będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Wybrana oferta

wykonawcy Higiena-Katowice spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego, stąd wystąpiło domniemanie o celowym uniemożliwieniu zawarcia umowy.

Wybrana oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, szczegółowo zbadaną pod względem spełniania wszystkich wymogów Zamawiającego pod względem merytorycznym jak i formalnym.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Jak powyżej wskazano Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 21 października 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Higiena-Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach. Od takiej czynności zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Medilab Firma Wytwórczo-Usługowa sp. z o.o. 15-531 Białystok, ul. Niedźwiedzia 60. Wniesienie odwołania powoduje sytuację, iż zgodnie z przepisem art. 577 Pzp zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W związku z czym zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 Pzp, 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.

Przechodząc do wniosku zamawiającego podkreślić należy, że złożony wniosek nie jest pismem skierowanym wprost na uchylenie zakazu, ale wniosek o uchylenie został wpleciony w odpowiedź zamawiającego na odwołanie. Takie stanowisko należy uznać za nieprawidłowe, gdyż postępowanie o uchylenie zakazu jest postępowaniem odrębnym od postępowania odwoławczego – posiada także oddzielną sygnaturę sprawy. Podkreślenia wymaga kwestia, że z przepisu art. 578 ust.1 pkt 1 wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Wyjątek ten uzasadnia wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi

prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

Podkreślić należy, że na etapie oceny zasadności złożonego wniosku o uchylenie zakazu Izba nie bada ani prawidłowości, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy oraz postępowania wykonawcy w zakresie skutku jakie może przynieść odwołującemu wniesienie tego odwołania).

Natomiast w tym przypadku uzasadnienie znacznej części wniosku o uchylenie zakazu, zawiera się w treści odpowiedzi na odwołanie w której zamawiający stara się wykazać niezasadność podniesionego zarzutu odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba zauważa, że w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym zamawiający oprócz ogólnikowego odniesienia się do podstawy prawnej uzasadniającej złożenie wniosku nie wykazał w sposób wystarczający spełnienia się przesłanek o których mowa w przepisie art. 578 ust.1 pkt 1 i 2. Niewątpliwym dla Izby jest fakt, iż brak jest podstaw do uznania spełnienia w postępowaniu przesłanki wymienionej w pkt. 2 ww. przepisu tj uprawdopodobnienia, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Niewątpliwym jest, że odwołanie do KIO wniesione przez odwołującego jest pierwszym odwołaniem w tym postępowaniu. Natomiast z treści tego należy wywieść, że przesłanka ta może mieć zastosowanie w przypadku składania odwołań przez tego samego wykonawcę, które podlegałyby odrzuceniu np. z uwagi np. na powoływanie się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania, czyli powstania tzw. „stanu uporczywego kwestionowania czynności zamawiającego” dot. w szczególności wyboru najkorzystniejszej oferty. Tutaj niespornym jest, że odwołujący wniosk o odwołanie w celu uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy nie zaszyły również przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Powołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Izba w nawiązaniu do powyższego zauważa, że z treści uzasadnienia wniosku o uchylenie zakazu wynika, iż zamawiający bardziej chce wykazać niezasadność wniesionego odwołania niż samą potrzebę uchylenia zakazu. Zamawiający we wniosku winien należycie sprecyzować na czym polega interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą

wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego - w szczególności interesu ekonomicznego. Izba zauważa, że sama potrzeba dezynfekcji rąk przez personel szpitalny spowodowany epidemią Covid-19, jest faktem znanym powszechnie od prawie dwóch lat i nie jest to sytuacja nadzwyczajna, która powstałaby dopiero po wszczęciu przedmiotowego postępowania. Zamawiający winien wykazać, że w konkretnych okolicznościach, wystąpiły szczególne okoliczności, których nie mógł on przewidzieć na etapie wszczęcia postępowania, a w szczególności że zaistnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze. Biorąc pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z zamówieniem na dostawę, a te zamówienia cechują się krótkim okresem ich realizacji oraz to, że przyznane środki mają być wykorzystane do końca grudnia 2021 roku, to tym samym na wykonanie zamówienia jest jeszcze około 20 dni.

Zamawiający w złożonym wniosku nie podjął rzetelnej próby wykazania zagrożenia dla interesu publicznego wynikającego z nieudzielenia zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy, utożsamiając interes publiczny z ewentualną utratą środków przyznanych na realizację zamówienia i tym samym potrzebą angażowania własnych środków Szpitala.

Izba podkreśla, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję wyjątkową, która nie może być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza szczególnie uzasadnionymi sytuacjami, uniemożliwiłoby korzystanie ze środków ochrony prawnej i ochronę słusznych interesów wykonawcy mającego szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Z tych względów Izba nie mogła uchylić w przedmiotowej sprawie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: