

POSTANOWIENIE
z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 listopada 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych na bazie kuchni Zamawiającego”, numer referencyjny 54/21,

postanawia:

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia
kończącego postępowanie odwoławcze.**

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, zwany dalej: „Zamawiającym” prowadzi na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pn. „Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych na bazie kuchni Zamawiającego”, numer referencyjny 54/21.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 listopada 2021 r. nr 2021/BZP 00255985.

10 listopada 2021 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem 8 listopada 2021 r. odwołania przez wykonawcę CATERMED spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”).

Zamawiający wskazał, że podstawą złożenia przedmiotowego wniosku jest okoliczność, że 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy, Zamawiający wyjaśnił, że 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający, z uwagi na działania poprzedniego usługodawcy, zawarł umowę z konsorcjum firm: Catermed Spółka Akcyjna, Jol-Mark Sp. z o.o., Vendi Cleaning Sp. z o.o., (z późn. zm. nazw członków konsorcjum: Catermed Sp. z o.o., Jol-Mark Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o.), której przedmiotem było świadczenie usługi dostarczania posiłków do Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu. Umowa miała obowiązywać do dnia 31 października 2021 roku.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że 9 lipca 2021 r. zostało wszczęte postępowanie, którego przedmiotem była usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego, które w dniu 7 września 2021 r. zostało unieważnione, z uwagi na fakt, że zaoferowane ceny przekraczały środki, które Zamawiający przeznaczył na przedmiotowe zamówienie.

Kolejno, Zamawiający wskazał, że 24 września 2021 r. do Odwołującego zostało wystosowane zaproszenie do wstępnych konsultacji rynkowych, w celu ogłoszenia nowego postępowania. Konsultacje zakończyły się w dniu 5 października 2021 r.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że termin ważności umowy zawartej z Odwołującym upływał w 31 października 2021 r., strony uzgodniły, że zostanie ona przedłużona do dnia rozstrzygnięcia nowo ogłoszonego przetargu, nie później niż do dnia 31 grudnia 2021 r. Jak wskazał Zamawiający, Odwołujący z nieznanych Zamawiającemu przyczyn, zmienił pierwotny termin obowiązywania umowy do 6 listopada 2021 r. Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym, jako podmiot zobowiązany do zapewnienia zorganizowanego i bezpiecznego pobytu pacjenta w szpitalu, podjął kroki mające na celu zabezpieczenie żywienia pacjentów i podjął decyzję, że do czasu rozstrzygnięcia nowego postępowania o tożsamym przedmiocie, zawrze umowę z wolnej ręki z podmiotem, który w miejsce Odwołującego rozpoczął świadczenie takich usług. Powyższe, pozwoliłoby na bezpieczne dla pacjentów i Zamawiającego, do czasu rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zabezpieczenie funkcjonowania jednostki.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że: *„zabezpieczenie pacjentom WSZ w Kaliszu całodziennego wyżywienia jest konieczne i stanowi nierozzerwalny element ich bezpiecznej i prawidłowej hospitalizacji. Wyżywienie pacjentów w szpitalach mieści się w zakresie pojęcia świadczenia opieki zdrowotnej wykonywanego w podmiotach leczniczych, udzielających świadczeń w trybie stacjonarnym i całodobowym. Tym samym, podmiot leczniczy udzielający świadczeń zdrowotnych zobowiązany jest, w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia, zapewnić pacjentom wyżywienie adekwatne do stanu zdrowia. Zgodnie z Zasadami prawidłowego żywienia chorych w szpitalach żywienie stanowi integralną część procesu leczniczego i współdecyduje o poprawie zdrowia pacjenta. W swych założeniach powinno być zgodne z zasadami racjonalnego żywienia pacjenta w szpitalu. Dla realizacji tych zasad niezbędne jest w szczególności rzetelne dokonanie oceny stanu odżywienia pacjentów w momencie ich przyjmowania do szpitala i dostosowanie diety do jednostki chorobowej. W następnej kolejności - przygotowywanie posiłków z surowców dobrej jakości i z zachowaniem wymogów sanitarno-higienicznych zarówno w procesie produkcji, jak i transportu oraz dystrybucji, zapewnienie właściwych wartości energetycznych i odżywczych posiłków, a także ich regularności oraz dostosowanie organizacji żywienia do potrzeb chorych niesamodzielnych lub o ograniczonej samodzielności. Zapewnienie posiłków pacjentom jest warunkiem koniecznym dla ich dalszej hospitalizacji i leczenia oraz zapewnienia ciągłości funkcjonowania Szpitala. Przerwanie hospitalizacji z powodu braku posiłków w wielu przypadkach będzie narażeniem stanu zdrowia i życia pacjentów (na chwilę obecną zapewnienia posiłku wymaga około 480 osób dziennie). Koniecznym jest wyeliminowanie przerw w realizacji dostawy posiłków dla pacjentów.”*

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zatem wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego przepis art. 578 ust. 2 ustawy Pzp nie może być interpretowany rozszerzająco. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia przesłanki o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego. W treści wniosku brak bowiem klarownego przedstawienia okoliczności pozwalających na taką ocenę. Zamawiający szczegółowo opisał stan faktyczny związany z dotychczas realizowaną umową o tożsame zamówienie, z unieważnionym postępowaniem o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie konkurencyjnym oraz okolicznościach związanych z przedłużeniem umowy o zamówienie z dotychczasowym wykonawcą. Zamawiający we wniosku ponadto wskazał wprost, że: *„podjął kroki mające na celu zabezpieczenie żywienia pacjentów i podjął decyzję, że do czasu rozstrzygnięcia nowego postępowania o tożsamym przedmiocie, zawrze umowę z wolnej ręki z podmiotem, który w miejsce Odwołującego rozpoczął świadczenie takich usług. Powyższe, pozwoliłoby na bezpieczne dla pacjentów i Zamawiającego, do czasu rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zabezpieczenie funkcjonowania jednostki.”* Z powyższego jednak nie wynika w sposób niewątpliwy po

pierwsze, czy i w jaki sposób Zamawiający zabezpieczył dostawę posiłków skoro umowa z Konsorcjum (którego jednym z członków jest Odwołujący) obowiązywała do 6 listopada 2021 r., natomiast wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy został złożony 10 listopada 2021 r. Po drugie, czy Zamawiający, po unieważnieniu 7 września 2021 r. postępowania, prowadzi aktualnie w trybie konkurencyjnym nowe postępowanie o udzielenie zamówienia na tożsamy przedmiot, a jeśli tak, to na jakim jest ono etapie. Po trzecie, jeśli Zamawiający nie prowadzi takiego postępowania, to kiedy Zamawiający zamierza takowe postępowanie wszcząć. Z uzasadnienia wniosku wynika bowiem, że celem zawarcia umowy jest zabezpieczenie funkcjonowania jednostki do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, jednak Zamawiający nie podaje żadnych informacji na temat takiego postępowania. Brak powyższych informacji stanowi o niewykazaniu przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ uniemożliwia Izbie rzetelną ocenę, czy przesłanka ta została wypełniona. Ponadto Izba wskazuje, że nawet w samym ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z 3 listopada 2021 r. jako uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazano: *„Wykonawca robót budowlanych w dn. 31.08 br. oddał do użytkowania w pełni wyposażoną kuchnię będącą własnością Zamawiającego, na bazie której mają być wykonywane usługi żywienia. W związku z powyższym Zamawiający w lipcu br. ogłosił postępowanie pn. Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego, które zakończyło się jego unieważnieniem z przyczyn określonych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp - cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*

Zamawiający w chwili obecnej korzysta z usług żywienia pacjentów Szpitala (ok. 480 pacjentów dziennie) wykonywanych przez Konsorcjum Firm: Catermed Sp. z o.o., Jol-Mark Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o. Usługa ta jest wykonywana na podstawie umowy, której wartość nie została wykorzystana, a wykonawca wyraził zgodę na jej kontynuowanie po niezmiennych cenach jednostkowych za posiłki (możliwość takiej zmiany została zawarta w umowie pierwotnej). Jednak wykonawca poinformował zamawiającego w dniu 29.10 br., że usługę tę może wykonywać jedynie do dnia 06.11. br. – choć zapewniał że gotowy jest wykonywać usługę do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia o którym mowa wyżej, ale nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2021 r. Zamawiający nie może sobie pozwolić, aby leczonym pacjentom nie podano posiłków w trakcie ich hospitalizacji. Uznał więc, że zachodzi przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Charakter zamówienia jest złożony i obejmuje taki zakres wykonywania usługi, że biorąc pod uwagę termin, w jakim trzeba udzielić zamówienia wyklucza to możliwość

zastosowania trybu konkurencyjnego. (...) Jednocześnie zamawiający wskazuje, że jedynym wykonawcą, któremu zamawiający może udzielić zamówienia jest RESTAURACJA POD DZWONEM P. P. z siedzibą w Krotoszynie, w chwili obecnej wykonuje usługę rozruchu technologicznego kuchni szpitalnej zamawiającego i próbnych produkcji posiłków celem potwierdzenia prawidłowego ciągu technologicznego przygotowania posiłków. Aby w pełni wdrożyć usługę produkcji posiłków na bazie kuchni szpitalnej od rana w dniu 7 listopada br. (niedziela) zasadne jest zaproszenie do negocjacji w/w wykonawcy.”

Zestawiając powyższą treść uzasadnienia zawartego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z zaniechaniem wykazania przez Zamawiającego, iż prowadzone jest albo będzie przeprowadzone postępowanie w trybie konkurencyjnym, Izba ocenia jako gołosłowne twierdzenie Zamawiającego jakoby przedmiotowe zamówienie było udzielane jedynie w celu zabezpieczenia żywienia pacjentów na czas niezbędny do wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Natomiast samo zawarte we wniosku twierdzenie, zgodnie z którym zabezpieczenie pacjentom WSZ w Kaliszu całodziennego wyżywienia jest konieczne i stanowi nierozdzielny element ich bezpiecznej i prawidłowej hospitalizacji, nie może zostać uznane za argument wystarczający dla zastosowania tej wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba wskazuje, że niewątpliwie zapewnienie pacjentom odpowiedniego żywienia jest niezbędne dla ich prawidłowej hospitalizacji. Niemniej jednak Zamawiający, na którym ciąży ten obowiązek powinien z należytą starannością podejmować działania zmierzające do zabezpieczenia jego prawidłowej realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w treści wniosku Zamawiający nie wykazał przesłanki z art. 578 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie zawarł dostatecznych danych niezbędnych dla rzetelnej oceny przez Izbę, czy została spełniona ta przesłanka.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanka do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie została spełniona, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: