

Sygn. akt: KIO/W 21/22

POSTANOWIENIE
z dnia 23 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 czerwca 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 22 czerwca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu”,

postanawia:

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie (dalej „Zamawiający”) w dniu 22 czerwca 2022 r. złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu”.

Uzasadniając swój wniosek, Zamawiający wskazał, że w dniu 29 kwietnia 2022 r. ogłosił (nr ogłoszenia w Dz. U. U. E. 2022/S 084-227840) drugie postępowanie na usługi społecznie i inne szczególne usługi o wartości przekraczającej kwotę 750 000 euro w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu”. Poprzednie postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu w terminie wyznaczonym do składania ofert, tj. w dniu 20 maja 2022 r. zamawiający otrzymał trzy oferty, spośród których ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Niro sp. z o. o. z siedzibą w Lubinie przy ul. Ścinawskiej 37.

Wymieniony wykonawca pismem z dnia 26 maja 2022 r. poinformował zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena może nie zawierać wszystkich elementów kosztowych wykonania zamówienia. Zamawiający, działając zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, wezwał w dniu 30 maja 2022 r. wykonawcę firmę Niro Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z wniesionym pismem. W odpowiedzi na wezwanie firma Niro Sp. z o. o. poinformowała zamawiającego, o tym że analizując sytuację zamawiającego już po otwarciu ofert: cyt. „pozyskała” informację, że instalacja gazowa kuchni nie jest własnością zamawiającego, tylko dotychczasowego wykonawcy, zaś przygotowanie infrastruktury do rozpoczęcia usługi może napotkać trudności; cyt. „powzięła” informację, że zamiast deklarowanych przez Szpital 72 dodatkowych łóżek w planowanym do otwarcia pawilonie D, faktycznie będzie tak, że do nowego budynku zostaną jedynie przeniesione oddziały już istniejące, bez zwiększenia ilości osobodni; cyt. „uzyskała” informację na temat problemów

płatniczych zamawiającego, co spowodować może zagrożenie płynnego regulowania płatności za usługę żywienia, a tym samym dodatkowo obciążać budżet wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że po analizie wyjaśnień wykonawcy zamawiający uznał, że nie wnoszą one niczego istotnego do sprawy, ponieważ wymagania dotyczące wykonywania usługi są jasno i precyzyjnie sformułowane w dokumentach zamówienia i zawierają wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny, a argumenty zawarte w piśmie są nieprawdziwe. Dodatkowo, wykonawcy skorzystali z uprawnień dotyczących wyjaśnienia wątpliwości treści SWZ i otrzymali wyczerpujące odpowiedzi. Zamawiający wyraźnie i szczegółowo opisał w specyfikacji warunków zamówienia sposób obliczenia ceny oferty, nie żądając od wykonawców podawania elementów składowych kalkulacji ceny (koszty produktów spożywczych, wybór technologii przygotowywania posiłków, itp.), jedynie cenę osobodnia.

Kwestia kalkulacji ceny, doboru technologii i instalacji oraz sprzętu niezbędnego do prawidłowej realizacji usługi jest obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego. Zatem pismo złożone przez wykonawcę w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej w dniu 20 maja 2022 r. oferty.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z zasadami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz załącznikach stanowiących jej integralną część, przyjmując tym samym ryzyko prawidłowego obliczenia ceny oferty. Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. poinformował wykonawcę, o tym że: warunki świadczenia usługi zostały określone w dokumentacji postępowania, są aktualne oraz zostaną dochowane po podpisaniu umowy; sytuacja finansowa zamawiającego jest jawna, publikowana w sprawozdaniu finansowym; nie jest prawdą jakoby Szpital posiadał zaległości płatnicze wobec aktualnego wykonawcy. Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2022 r., działając w trybie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. firmy Niro Sp. z o. o.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2022 r. otrzymał odwołanie (znak KIO 1566/22) wniesione przez Konsorcjum firm: Impel Catering Sp. z o. o. (lider konsorcjum) oraz Gomi s. c. Z.G, K.G., dotyczące czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowej ocenie oferty wybranej i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że jest publicznym podmiotem leczniczym realizującym zadania na rzecz ochrony i poprawy stanu zdrowia, w szczególności poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych. Szpital w Chełmie jest jedynym szpitalem zapewniającym świadczenia zdrowotne dla ponad 142 tysięcznej populacji w promieniu 50 km.

Obecnie w Szpitalu przebywa 445 pacjentów, wśród których znajdują się pacjenci w stanie zagrażającym życiu, m.in. 7 pacjentów w Oddziale Anestezjologii i Intensywnej Terapii, 83 pacjentów niesamodzielnych w zakładach opieki długoterminowej, 55 pacjentów w Centrum Zdrowia Psychicznego, ponadto pacjenci kardiologiczni po zawałach i operacjach kardiologicznych oraz pacjenci po zabiegach operacyjnych i położnice z noworodkami.

Szpital w Chełmie zapewnia leczenie w zakresie ostrych zespołów wieńcowych (zawał serca), w których decydujące znaczenie ma „złota godzina”, czyli pierwsze 60 minut od czasu wystąpienia objawów do udzielenia fachowej, medycznej pomocy. To czas, który decyduje o powikłaniach zawału. Kolejne pracownie hemodynamiki znajdują się w oddalonych o ok. 60 km Zamościu i ok. 70 km Lublinie. W sytuacji braku dostępu do fachowej pomocy w Szpitalu w Chełmie pacjenci z rejonu Włodawy czy Hrubieszowa zostaną pozbawieni świadczenia ratującego życie. Szpital w Chełmie zapewnia hospitalizację w oddziale chorób zakaźnych, co jest szczególnie ważne w czasie trwającego stanu zagrożenia epidemiologicznego. Brak udzielania świadczeń zdrowotnych wiąże się z poważnymi konsekwencjami.

Po pierwsze Zamawiający wskazał, że w myśl ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w pojęciu świadczeń opieki zdrowotnej mieści się świadczenie zdrowotne, świadczenie zdrowotne rzeczowe, jak również świadczenie towarzyszące (art. 5 pkt 34). Zgodnie z art. 5 pkt 38 wyżej wymienionej ustawy, świadczeniem towarzyszącym jest zakwaterowanie i wyżywienie w podmiocie leczniczym. Niedopełnienie obowiązku zapewnienia świadczeń towarzyszących jest naruszeniem przepisów w zakresie udzielania świadczeń w rodzaju leczenia szpitalne, co jest równoznaczne z zaprzestaniem udzielania tych świadczeń. Konsekwencją zaprzestania udzielania świadczeń jest utrata finansowania z NFZ, a więc również brak możliwości zapłaty już istniejących zobowiązań a w szczególności wynagrodzeń pracowniczych.

Odwołanie złożone w niniejszym postępowaniu może mieć katastrofalny skutek dla bezpieczeństwa pacjentów przebywających w Szpitalu, szczególnie tych, którzy znajdują się w stanie zagrażającym życiu oraz niesamodzielnych.

Po drugie brak zapewnienia ciągłości podawania posiłków będzie skutkować ewakuacją pacjentów do innego szpitala, w którym usługa żywienia realizowana jest bez zakłóceń.

Z uwagi na pacjentów w ciężkim stanie, jest to sytuacja, do której nie można dopuścić. Przeprowadzenie ewakuacji pacjentów do innych podmiotów leczniczych jest niemal niewykonalne, z uwagi na trudność zorganizowania transportu dla tak dużej liczby pacjentów leżących oraz w stanie zagrożenia życia, nawet przy zaangażowaniu koniecznych środków z

całego województwa. Zwłaszcza, że w obecnej sytuacji nie ma żadnego zagrożenia dla pacjentów, poza przyszłym brakiem wyżywienia, aby narażać ich zdrowie i życie.

Ochrona dobra pacjentów, ich bezpieczeństwa, życia i zdrowia jako dobra najwyższego jest koronnym argumentem przemawiającym za uchyleniem zakazu zawarcia umowy na świadczenie usług żywienia pacjentów.

Po trzecie, w przedmiotowej sprawie zachodzi prawdopodobieństwo, że wniesione w dniu 13 czerwca 2022 r. odwołanie, ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Zdaniem zamawiającego opisane okoliczności potwierdzają taki wniosek.

Wykonawca firma Niro Sp. z o. o. zawarł w wyjaśnieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. sformułowania wskazujące na pozyskanie informacji po otwarciu ofert, co znacząco uprawdopodobnia stwierdzenie, że w sposób celowy przekazano wykonawcy informacje, które wprowadziły go w błąd i skutkowały powzięciem wątpliwości dotyczących prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

Treść wskazanych wątpliwości została przekazana w sposób zmanipulowany, aby wykonawcę celowo wprowadzić w błąd, oraz aby takie wątpliwości powziął. Za powyższym przemawia fakt, że podniesione w wyjaśnieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. stwierdzenia nie dotyczą tylko przedmiotowego postępowania i zapisów SWZ, ale również sytuacji finansowej zamawiającego oraz jego planów rozwoju działalności. Sugerują wprost, że zamawiający w dokumentach zamówienia podał nieprawdziwe informacje wyłącznie w celu uzyskania najkorzystniejszej oferty. Podnieść również należy, że w poprzednim postępowaniu prowadzonym na takich samych zasadach jak przedmiotowe, sytuacja finansowa zamawiającego oraz jego zamierzenia nie budziły wątpliwości u wykonawców.

W ocenie Zamawiającego, takie działanie stanowi zatem czyn zabroniony i jest nakierowane wyłącznie na chęć osiągnięcia korzyści. Zdaniem Zamawiającego Szpital, mimo dołożenia wszelkiej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania, jest ofiarą w bezkompromisowej walce pomiędzy wykonawcami w celu uzyskania przez nich zamówienia.

Po czwarte, zdaniem Zamawiającego, w niniejszej sprawie zachodzi znikome prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego, ponieważ zaoferowana przez niego cena znacząco przekracza budżet zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Szpital nie może sobie pozwolić na kolejne zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o 3 237 205,25 zł. tj. do kolejnej oferty w kolejności. W pierwszym postępowaniu, kwota przekraczała możliwości szpitala o 7 176 287,61 mln zł. W drugim postępowaniu o 868 044,67 zł. Zamawiający zwiększył kwotę

przeznaczoną do wysokości najkorzystniejszej oferty. Jednak kolejne zwiększenie nie jest możliwe z uwagi na brak zabezpieczenia finansowego. W 2022 roku wartość zawartych umów z NFZ zwiększyła się o 4,5% tj. o kwotę 1 247 958,45 zł.

Szpital ma takie same problemy wynikające z inflacji i oczekiwań płacowych jak przedsiębiorcy, jednak nie ma możliwości zwiększenia marży na sprzedaży, aby zapewnić sfinansowanie wszystkich oczekiwań.

Wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

W ocenie Zamawiającego, pozbawienie pacjentów świadczeń zdrowotnych w wyniku unieważnienia postępowania, ogłoszenie trzeciego postępowania, na które de facto nie ma już czasu, przy stale rosnących cenach żywności i mediów jest nieracjonalne, bowiem uzyskane nowe oferty z pewnością przekroczą możliwości finansowe Szpitala. Takie działanie z uniemożliwi realizację świadczeń medycznych, spowoduje w konsekwencji szkodę w zdrowiu pacjentów, interesie pracowników oraz w finansach publicznych.

Zamawiający wskazał, iż maksymalny termin wyznaczenia terminu rozprawy wynikający z ustawy PZP wykracza poza okres aktualnego zapewnienia wyżywienia dla pacjentów. Istnieje zatem pilna konieczność zawarcia umowy, gdyż w wyniku bezprzedmiotowych działań odwołującego nie jest możliwe przeprowadzenie kolejnego (trzeciego) postępowania przed upływem terminu obowiązywania aktualnej umowy, tj. przed 5 lipca 2022 r.

Zamawiający wskazał, że dochował należytej staranności w swoim działaniu, zarówno w pierwszym, jak i w drugim postępowaniu. Podejmowanie działania przez potencjalnych wykonawców mogą trwać jeszcze kilka miesięcy, a w świetle obowiązujących przepisów zaskarżając każdą czynność zamawiającego mogą nie dopuścić do zawarcia umowy i sparaliżować funkcjonowanie Szpitala.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający jako podmiot leczniczy zobligowany do ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych, wnioskuje jak na wstępie i ponownie wnosi o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawnie Krajowej Izby Odwoławczej celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 577 ustawy P.z.p., w przypadku wniesienia odwołania, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z kolei przepis art. 578 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi, iż: Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

W myśl ust. 2, 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.

Z powołanych powyżej przepisów 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. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna 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.

Zamawiający powinien wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając złożony w przedmiotowym postępowaniu wniosek, Izba stwierdziła, że wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ustawy P.z.p.

Izba w całości podtrzymuje swoją argumentację wyrażone w postanowieniu z dnia 20 czerwca 2022 r. Zdaniem Izby, Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych okoliczności, a tym bardziej dowodów na wykazanie zasadności swoich twierdzeń.

Analizując treść złożonego wniosku Izba stwierdziła, że jego uzasadnienie opiera się przede wszystkim na wskazaniu znaczenia przedmiotu umowy. Izba podkreśla, że rozpoznając wniosek Zamawiającego, ma świadomość tego znaczenia, w związku z tym argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie jest przez Izbę kwestionowana. Zamawiający wskazał, że poprzednie postępowanie zostało unieważnione, jednakże nie daje to żadnych podstaw do określenia jakiegokolwiek ryzyka braku zapewnienia posiłków dla pacjentów. Zamawiający nie przedłożył obecnie obowiązującej umowy. Zatem nie ma podstaw by obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie nieujawnionymi przez Zamawiającego okolicznościami poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero *post factum*, po zawarciu umowy.

Izba zaznacza, że Zamawiający winien wykazać, iż niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, co uzasadnia uchylenie zakazu zawarcia umowy. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający zaś opisał obowiązki jakie na nim ciążyą z tytułu zapewnienia pacjentom wyżywienia i skutki jakie mogłyby powstać w przypadku braku zapewnienia takiego wyżywienia. Przy czym, zdaniem Izby, Zamawiający zaniechał wykazania w jakikolwiek sposób, że taka groźba realnie istnieje i nie ma innych narzędzi w celu spełnienia ciążących na nim ustawowych obowiązków. Ustawa Pzp umożliwia zabezpieczanie potrzeb Zamawiającego na czas toczącego się postępowania przetargowego poprzez zastosowanie innych trybów postępowania. Brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na wykazanie realności zagrożenia na jakie powołuje się Zamawiający powoduje, iż zdaniem Izby nie została spełniona przesłana, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że sytuacja finansowa Zamawiającego nie jest przesłanką do uchylenia zakazu zawarcia umowy. Gdyby tak szeroko rozumieć przesłanki określone w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to niemal każdy podmiot lecznicy mógłby wnioskować o uchylenie zakazu, gdyż problemy finansowe dotyczą większości z nich. To Zamawiający gospodaruje finansami Szpitala i to Zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe zabezpieczenie środków finansowych na realizację zadań ustawowych. Trudno obarczać wykonawców konsekwencjami decyzji jakie Zamawiający podejmuje w tym zakresie.

Podkreślić należy, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, może być stosowana w okolicznościach szczególnych oraz gdy spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy

P.z.p., nie budzi żadnych wątpliwości. Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, to Zamawiający ma obowiązek wykazać przewagę negatywnych skutków dla interesu publicznego w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał takich okoliczności.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi również możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy z powołaniem na art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. Jak wynika ze złożonego wniosku, zarzuty odwołania dotyczą nieprawidłowej oceny oferty wybranego wykonawcy Niro sp. z o.o. Z doświadczenia Izby wynika, że tego rodzaju postępowania należą do postępowań skomplikowanych w materii rozstrzyganej przez Krajową Izbę Odwoławczą i wymagają przanalizowania materiału dowodowego. Argumentacja zaś Zamawiającego opiera się na hipotetycznych i subiektywnych założeniach co do źródła decyzji wykonawcy Niro sp. z o.o. dotyczących prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. W zasadniczej części Zamawiający wchodzi w rolę wykonawcy i formułuje tezy służące uzasadnieniu jego własnej oceny sytuacji. Ta jednak nie musi być w żaden sposób tożsama z oceną wykonawcy Niro sp. z o.o. Dyspozycja art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji oczywistych, w których już pobieżna lektura treści odwołania wskazuje na jego oczywistą niezasadność. Uznanie, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, mogłoby w konsekwencji naruszyć regulację, z której wynika konieczność rozpoznania odwołania na jawnej rozprawie (art. 545 ust. 1 ustawy P.z.p.).

Z uwagi na powyższe, Izba, na podstawie art. 578 ust. 4 zd. pierwsze ustawy P.z.p., postanowiła jak w sentencji. Stosownie do zdania drugiego, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: