

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2018 roku w Warszawie wniosku z dnia 19 kwietnia 2018 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Szpital Giżycki Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Giżycku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *Dostawę sprzętu medycznego w tym tomografu komputerowego wraz z montażem*

**postanawia:**

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

**U z a s a d n i e**

Zamawiający - Szpital Giżycki Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Giżycku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę sprzętu medycznego w tym tomografu komputerowego wraz z montażem*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2018 roku pod numerem 2018/S 014-028115.

W dniu 19 kwietnia 2018 roku Zamawiający — w związku z odwołaniem wniesionym w dniu 16 kwietnia 2018 roku przez Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że w stosunku do niego toczy się postępowanie sanacyjne na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo Restrukturyzacyjne, które ma na celu przywrócenie szpitalowi możliwości sprawnego funkcjonowania w obrocie gospodarczym i realizowania misji szpitala w postaci pomocy medycznej na możliwie najwyższym poziomie.

Zamawiający podkreślił, iż posiada obecnie tomograf komputerowy, który jednak co do zasady nie spełnia wymogów Narodowego Funduszu Zdrowia, co stanowi realne zagrożenie w zakresie możliwości wypowiedzenia przez ten podmiot kontraktu na finansowanie świadczeń związanych z wykonywaniem badań tomografii komputerowej. Obecnie badania te są finansowane na podstawie umowy obowiązującej do dnia 30 czerwca 2018 roku. Zamawiający podkreślił, iż według jego wiedzy, Narodowy Fundusz Zdrowia zamierza zawrzeć kolejne umowy na finansowanie świadczeń w zakresie badań tomografii komputerowej po przeprowadzeniu konkursów, na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zdaniem Zamawiającego należy założyć, że konkurs winien zostać ogłoszony na co najmniej 30 dni przed upływem terminu obowiązywania dotychczasowych umów, czyli pod koniec maja lub na początku czerwca 2018 roku. Zamawiający stwierdził, iż aby móc przystąpić do konkursu na udzielanie świadczeń musi spełniać wymogi co do pracowni diagnostycznej/tomografu komputerowego, a zatem dostawa tomografu komputerowego winna nastąpić przed złożeniem oferty konkursowej. Zamawiający wskazał, że w przeciwnym razie może zostać pozbawiony źródła finansowania badań tomografii komputerowej, bez których proces diagnostyczny pacjentów doznaje poważnego uszczerbku. Zamawiający wskazał również, iż wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. zgodnie ze swoją ofertą zobowiązał się do zrealizowania umowy w terminie 35 dni roboczych od dnia podpisania umowy, co odpowiada blisko 2 miesiącom kalendarzowym ze względu, iż w maju 2018 roku jest tylko 20 dni pracujących i 11 dni wolnych. W ocenie Zamawiającego istnieje uzasadniona obawa, iż w przypadku zawarcia umowy dopiero po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie wykonawca nie będzie w stanie zrealizować przedmiotu umowy w oczekiwanym terminie.

Następnie Zamawiający podnosił, że obecnie posiadany przez niego tomograf komputerowy ma ograniczenia w zakresie funkcjonalności, co wpływa na zakres badań, które za jego pośrednictwem mogą być realizowane. Natomiast tomograf komputerowy stanowiący przedmiot zamówienia pozwala na szersze spektrum diagnostyczne oraz wykonanie bardziej precyzyjnych badań, co znacząco ogranicza posybilizm błędów diagnostycznych i wpływa na poprawę bezpieczeństwa pacjentów. Zamawiający zwrócił

również uwagę na aspekt ekonomiczny stwierdzając, iż posiadany przez niego obecnie sprzęt często ulega awariom, które wykluczają go z użytkowania, co generuje koszty związane z naprawami, a także koszty ponoszone w związku z potrzebą zapewnienia usług diagnostycznych przez podmioty zewnętrzne, czy choćby koszty transportu sanitarnego pacjentów, którzy wymagają diagnostyki przy użyciu tomografu komputerowego, do podmiotów udzielających świadczeń w tym zakresie. Ponadto, sytuacja ta może stanowić zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjentów z uwagi na niemożność przeprowadzenia natychmiastowej diagnostyki i wdrożenia leczenia. Zamawiający podał, iż można go określić mianem szpitala powiatowego, a zatem jego zadaniem jest zabezpieczenie zadań publicznych w zakresie ochrony zdrowia co najmniej na terenie powiatu giżyckiego i na terenach ościennych. Natomiast zadania te nie mogą być prawidłowo realizowane przez podmiot borykający się z problemami natury finansowej, którego możliwości diagnostyczne są dodatkowo ograniczone. Nadto, Zamawiający zwrócił uwagę na nadchodzący sezon letni i lawinowy napływ turystów, co wpłynie na istotne zwiększenie ilości pacjentów. Wobec wysokiej częstotliwości występowania usterek posiadanego tomografu komputerowego i jego ograniczonych funkcji użytkowych Zamawiający wyrażał obawę o możliwość sprostania nadchodzącym wyzwaniom.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że nie zawarcie 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.

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

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp: *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 Pzp stanowi, iż: *Zamawiający może złożyć do Izby wnioski 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.*

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.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w sposób wyczerpujący i nie budzący wątpliwości, że ziszczy się przesłanki, o których mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Podstawowym argumentem Zamawiającego uzasadniającym jego wniosek jest okoliczność, iż obecnie posiadany przez niego tomograf komputerowy nie spełnia wymogów Narodowego Funduszu Zdrowia, co w żaden sposób nie zostało nawet uprawdopodobnione przez Zamawiającego. Również zagrożenie w zakresie możliwości wypowiedzenia dotychczasowej umowy dotyczącej świadczenia usług diagnostyki przy użyciu tomografu komputerowego nie zostało uprawdopodobnione, tym bardziej, iż Zamawiający cały czas świadczy przedmiotowe usługi w ramach kontraktu z Narodowym Funduszem Zdrowia, co sam przyznał. Zamawiający oprócz swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających awaryjność posiadanego przez niego sprzętu, ani też nie wyjaśnił w sposób nie budzący wątpliwości, że konieczne byłoby natychmiastowe zawarcie umowy, bez – w istocie kilkunastodniowego (co wynika z przepisów ustawy Pzp) – oczekiwania na wydanie orzeczenia Izby kończącego postępowanie.

Ponadto, należy zauważyć, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia postępowania w takim czasie, który umożliwi udzielenie zamówienia zgodnie z planowanym terminem, przy pełnym respektowaniu przepisów ustawy Pzp - uwzględniając jednocześnie zarówno uprawnienia wykonawców związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej, jak i terminy niezbędne dla dokonywania czynności w postępowaniu. Istnienie zaś nadzwyczajnych okoliczności, które uniemożliwiłyby wszczęcie postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem Zamawiający powinien uzasadnić wyczerpująco, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie przedstawił argumentacji w tym zakresie.

Wątpliwości budzą również twierdzenia Zamawiającego co do konieczności natychmiastowego zawarcia umowy w zakresie dostawy tomografu komputerowego z uwagi na wysokie prawdopodobieństwo ogłoszenia konkursu na udzielanie świadczeń przez Narodowy Fundusz Zdrowia pod koniec maja lub na początku czerwca. Po pierwsze - Zamawiający nie wykazał, że już w dacie ogłoszenia konkursu czy złożenia ofert

konkursowych musi faktycznie dysponować tomografem komputerowym (choćby przez odwołanie się do zasad obowiązujących w ramach uprzednio prowadzonych konkursów), a także nie wykazał, co zostało wskazane powyżej, że obecnie przez niego posiadany – nie spełnia tych wymogów, skoro w dalszym ciągu świadczy usługi diagnostyczne w ramach zawartej umowy bazując na posiadanym przez siebie sprzęcie. Po drugie – termin 35 dni roboczych od daty zawarcia umowy (wskazany przez wykonawcę GE Medical System Polska Sp. z o.o. w złożonej ofercie) był niemożliwy do zachowania na koniec maja już w dacie złożenia przez Zamawiającego wniosku o uchylenie zawarcia umowy (19 kwietnia 2018 roku), a tym bardziej w dacie wydania niniejszego postanowienia.

Dalsza argumentacja Zamawiającego dotycząca aspektów ekonomicznych i spodziewanego wzrostu pacjentów w sezonie wraz z koniecznością szerszej diagnostyki również nie uzasadnia uchylenia zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, stwierdzić należy, że choć niewątpliwie dostawa tomografu komputerowego może niewątpliwie przyczynić się do poprawy jakości świadczenia usług w zakresie ochrony życia i zdrowia oraz polepszenia diagnostyki, to jednak Zamawiający nie wykazał przesłanek określonych w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, iż niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a 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.

Dodać również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środki ochrony prawnej).

Z uwagi na powyższe, Izba, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....