

Sygn. akt: KIO/W 18/18

POSTANOWIENIE

z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 października 2018 r. w Warszawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego w dniu 15 października 2018 r. przez **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup sprzętu medycznego w ramach realizacji projektu pn. „Miedziowo - Turoszowskie Zagłębie Onkologiczne - Poprawa jakości i dostępności do świadczeń zdrowotnych dla pacjentów z problemami onkologicznymi poprzez zakup nowoczesnego sprzętu medycznego i wykonanie niezbędnych prac budowlanych

postanawia:

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

U z a s a d n i e

Zamawiający - Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu - złożył w trybie art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego *na Zakup sprzętu medycznego w ramach realizacji projektu pn. „Miedziowo*

- *Turoszowskie Zagłębie Onkologiczne - Poprawa jakości i dostępności do świadczeń zdrowotnych dla pacjentów z problemami onkologicznymi poprzez zakup nowoczesnego sprzętu medycznego i wykonanie niezbędnych prac budowlanych - w podziale na pakiety.* Wniosek Zamawiającego dotyczy pakietu nr 1 RTG TELEKOMANDO. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 143-326413

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że w dniu 2 października 2018 r. dokonał wyboru w zakresie pakietu nr 1 (dostawa RTG TELEKOMANDO) oferty wykonawcy 4RAD Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie. Następnie, w dniu 12 października 2018 r. wykonawca ActionMed Sp. z o.o. złożył odwołanie, żądając unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy 4RAD Sp. z o.o. Sp. k. oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zamawiający argumentował, że niezawarcie umowy spowoduje negatywne i nieodwracalne skutki dla interesu publicznego. Przetarg dotyczy bowiem zakupu nowoczesnego sprzętu medycznego, który ma poprawić jakość oraz dostępność do świadczeń zdrowotnych dla pacjentów z problemami onkologicznymi. Zakup jest współfinansowany ze środków unijnych i jego niezrealizowanie do dnia 20 października 2018 r. spowoduje bezpowrotną utratę dofinansowania, a zarazem utratę przez szpital jedynej szansy na zakup nowoczesnego sprzętu do diagnostyki.

W dniu 13 grudnia 2017 r. została podpisana umowa dofinansowania na realizację projektu pn. *Miedziowo-Turoszowskie Zagłębie Onkologiczne - Poprawa jakości i dostępności do świadczeń zdrowotnych dla pacjentów z problemami onkologicznymi poprzez zakup nowoczesnego sprzętu medycznego i wykonanie niezbędnych prac budowlanych* w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego na lata 2014-2020. Głównym celem projektu jest poprawa dostępności, efektywności i jakości opieki zdrowotnej w zakresie chorób onkologicznych do 2018 roku na terenie zachodnio-północnym województwa, ale również pozostałej części Dolnego Śląska, poprzez inwestycje infrastrukturalne w oddziały onkologii wraz z innymi jednostkami organizacyjnymi.

Zgodnie z §3 ust. 2 umowy o dofinansowanie okres kwalifikowalności wydatków dla projektu trwa od 5 marca 2014 r. do 2 listopada 2018 r. Postanowienia ww. umowy nie przewidują możliwości przedłużenia terminu kwalifikowalności wydatków. Zamawiający podniósł, że jeżeli nie dojdzie do zawarcia umowy na zakup aparatu rtg i realizacji przedsięwzięcia to ww. terminy nie zostaną dotrzymane, a w konsekwencji Zamawiający nie otrzyma pełnego dofinansowania, przy ryzyku zagrożenia realizacji projektu, a samodzielnie

nie jest w stanie ponieść ciężaru finansowania projektu i będzie zmuszony zaniechać jego realizacji.

Zdaniem Zamawiającego nie można stwierdzić zwłoki w zakresie rozpoczęcia i prowadzenia przez Zamawiającego procedury przetargowej. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia wymagało uwzględnienia wszystkich potrzeb Zamawiającego oraz skonfrontowanie ich z wymaganiami w zakresie parametrów technicznych jakie musi spełniać aparat rtg telekomando. Skomplikowana procedura poprzez dużą liczbę kierowanych przez wykonawców w trybie art. 38 ustawy Pzp pytań do SIWZ (złożono 181 pytań), jak również składane w toku postępowania przez wykonawcę AkcionMed sp. z o.o. odwołanie wobec treści SWIZ, spowodowały, że postępowanie zajęło więcej czasu niż przewidywano, a realny czas na wykonanie przedmiotu zamówienia uległ znaczącemu skróceniu.

Zamawiający podkreślał, że obecny 13-letni sprzęt ze względu na duże wyeksploatowanie spowodowane ogromną ilością badań nie spełnia już swoich funkcji. W ostatnich trzech latach aparat był naprawiany aż siedmiokrotnie, a każdy miesiąc eksploatacji to niebezpieczeństwo kolejnych awarii i wyłączenia aparatu z użytkowania. Ponadto szpital będzie pozbawiony drugiego aparatu RTG, co przy dużej liczbie pacjentów zaburza funkcjonowanie pracy szpitala. Aparat ten wykonuje procedury dla wszystkich oddziałów szpitalnych, które bez takiej diagnostyki nie są w stanie funkcjonować. Ponadto Zakład Diagnostyki Obrazowej wykonuje badania nie tylko na potrzeby szpitala, ale również dla innych świadczeniodawców medycznych w regionie w tym Podstawowej Opieki Zdrowotnej (lekarza rodzinnego) z całego powiatu zgorzeleckiego. Zamawiający zawarł 19 umów z gabinetami POZ obejmujących badania RTG. W związku z tym nie tylko w interesie szpitala, ale również w interesie ogółu lokalnej ludności (interesie publicznym) jest realizacja zakupu aparatu rtg typu telekomando.

W ocenie Zamawiającego, brak rtg typu telekomando pozbawi możliwości wykonywania takich badań w szpitalu w Zgorzelcu, spowoduje wydłużenie czasu oczekiwania na specjalistyczne badania fluoroskopowe i narazi pacjentów na konieczność dojeżdżania do innych pracowni, szpitali odległych o kilkadziesiąt kilometrów. Ponadto, w sytuacji braku drugiego aparatu RTG w Pracowni Diagnostyki Obrazowej zmuszony będzie do wypowiedzenia umów na badania RTG zawarte z gabinetami POZ.

Jednocześnie Zamawiający podnosił, iż zarzuty Odwołującego są całkowicie bezpodstawne, o czym świadczą dokumenty przedstawione przez Przystępującego 4RAD Sp. z o.o. Sp.k. Oznacza to, iż wniesione odwołanie jest niezasadne, a wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp 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 ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Institucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie bada zarzutów podniesionych w odwołaniu, a jedynie rozważa wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony interesów innych wykonawców, w tym wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

Zwrócić należy uwagę, że z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika także, że zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez zamawiającego oczekiwanym. W kontekście powyższego, niezrozumiałym jest postępowanie zamawiającego, który mając na uwadze konieczność wydatkowania środków na zakup urządzeń do 2 listopada 2018 r. wszczyna postępowanie w dniu 27 lipca 2018 r. Podczas gdy umowa o dofinansowanie została zawarta w grudniu 2017 r., zatem ponad pół roku przed wszczęciem postępowania. Ponadto, zamawiający dochowując należytej staranności winien mieć świadomość, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej progów unijnych, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, trwają średnio trzy miesiące, co potwierdzają chociażby dane prezentowane w Sprawozdaniu Urzędu Zamówień Publicznych za 2017 r. Na podstawie ogłoszeń opublikowanych przez zamawiających w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej można wskazać, że średni czas trwania postępowania o wartości powyżej progów unijnych w roku 2017 wyniósł 93 dni.

Należy również wskazać, że w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych zamawiający może, zgodnie z art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, skrócić termin składania ofert w przypadku jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw z dnia 24 lutego 2016 r. *Zmianą w porównaniu do obowiązujących przepisów ustawy PZP jest wprowadzenie w projekcie ustawy procedury przyspieszonej (stanu pilnej konieczności) również w przetargu*

nieograniczonym. Procedura przyspieszona została przewidziana m.in. na potrzeby sytuacji wynikających ze zwykłych błędów ludzkich, jak np. zamówienie dla szpitala, które musi być zrealizowane w określonym terminie (np. dostawa określonego sprzętu czy leków), w którym zamawiający nie dopilnował, aby opublikować ogłoszenie o zamówieniu w terminie umożliwiającym uwzględnienie minimalnych terminów składania ofert. Warto zaznaczyć, że zastosowanie ww. przepisu nie jest uzależnione od tego, czy pilna potrzeba wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a także od tego, czy zaistnienie pilnej potrzeby można było przewidzieć.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że fakt niezyskania dofinansowania lub konieczność zwrotu dotacji nie stanowi co do zasady skutecznej przesłanki od uchylecia zakazu zawarcia umowy. W przypadku tak sformułowanych wniosków Izba wskazuje, że zasady przyznania takich środków, podobnie wydatkowania, są uregulowane prawnie i dotyczą tysięcy podmiotów w Polsce, które muszą, przewidywać ich ewentualne uzyskanie i wydatkowanie, i organizować tak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe wywiązanie się z terminów wskazanych w umowie, przykładowo o kwalifikowalności wydatków dla projektu w określonym terminie. Izba jednocześnie podnosiła wielokrotnie, że ocena nie może być warunkowana korzyściami w wymiarze finansowym, związanymi z ochroną interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (vide: postanowienie z dnia 4 maja 2012 r., sygn. akt: KIO/W 15/12). Stąd argumentacja zamawiającego, iż w przypadku niedokonania zakupu do dnia 2 listopada 2018 r. będzie on zmuszony zaniechać realizacji zamówienia, nie może uzasadniać rezygnacji z ochrony interesów innych wykonawców, korzystających ze środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest niewątpliwie zakup urządzenia poprawiającego jakość świadczeń zdrowotnych pacjentów z problemami onkologicznymi, w szczególności że termin rozprawy w sprawie odwołania ActionMed Sp. z o.o. został wyznaczony na dzień 26 października 2018 r.

W związku z powyższym, na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: