

Sygn. akt: KIO/W 20/22

POSTANOWIENIE
z dnia 20 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 czerwca 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 15 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie (dalej „Zamawiający”) w dniu 15 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 wszystkich ofert, ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Niro sp. z o. o. z siedzibą w Lubinie przy ul. Ścinawskiej 37. Wyżej wymieniony wykonawca pismem z dnia 26 maja 2022 r. poinformował zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena może nie zawierać wszystkich elementów kosztowych wykonania zamówienia. W odpowiedzi na powyższe, pismo, zamawiający w dniu 30 maja 2022 r., działając zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę firmę Niro Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z wniesionym pismem.

W odpowiedzi na wyżej wymienione wezwanie Niro Sp. z o. o. poinformowała zamawiającego, o tym że, cyt. „pozyskał” informację, że instalacja gazowa kuchni nie jest własnością Zamawiającego, tylko dotychczasowego wykonawcy, zaś przygotowanie infrastruktury do rozpoczęcia usługi może napotkać trudności. Ponadto, wykonawca analizując sytuację zamawiającego już po otwarciu ofert cyt. „powziął” 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. Jednocześnie w wyżej wymienionym piśmie zaznaczył, że cyt. „uzyskał” informację na temat problemów płatniczych zamawiającego, co spowodować może zagrożenie płynnego regulowania płatności za usługę żywienia, a tym samym dodatkowo obciążać budżet wykonawcy.

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. Ponadto, 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 osobodni. Podkreślić również należy, 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 wskazał, że pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. poinformował wykonawcę, że warunki świadczenia usługi zostały określone w dokumentacji postępowania, są aktualne oraz zostaną dochowane po podpisaniu umowy, a sytuacja finansowa zamawiającego jest jawna, publikowana w sprawozdaniu finansowym oraz, że 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 zdrowia, poprzez podejmowanie działań na rzecz ochrony i poprawy stanu zdrowia, w szczególności poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych. Obecnie w Szpitalu przebywa 435 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, położnice z noworodkami.

Zamawiający zobowiązany jest udzielać pacjentom nie tylko świadczeń medycznych, ale i świadczeń towarzyszących zgodnie z art. 5 pkt 34 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. Zgodnie z art. 5 pkt 38 ww. ustawy, świadczeniem towarzyszącym jest zakwaterowanie i wyżywienie w podmiocie leczniczym, Powyższe świadczenie jest więc finansowane przez Narodowy Fundusz Zdrowia. Szpital świadczy usługi żywienia na rzecz pacjentów za pomocą zewnętrznego wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że 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. Należy zauważyć, że brak zapewnienia ciągłości podawania posiłków będzie skutkować ewakuacją pacjentów z terenu Szpitala 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. Ponadto, niemal niewykonalne byłoby już samo zorganizowanie ewakuacji pacjentów Szpitala do innego lub innych podmiotów leczniczych, z uwagi na trudność zorganizowania transportu dla takiej liczby pacjentów leżących oraz w stanie zagrożenia życia, nawet przy zaangażowaniu koniecznych środków z całego województwa. Z powyższych względów, by uchronić dobro pacjentów i ich bezpieczeństwo, życie i zdrowie jako dobro najwyższe, zasadnym jest uchylenie zakazu zawarcia umowy na świadczenie usług żywienia pacjentów. Umożliwi to pełną realizację świadczeń medycznych oraz nie zagrozi zdrowiu i bezpieczeństwu zdrowotnemu pacjentów.

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.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie zachodzi również prawdopodobieństwo, że wniesione w dniu 13 czerwca 2022 r. odwołanie, ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Zdaniem zamawiającego powyżej opisane okoliczności faktyczne potwierdzają taki wniosek. Wykonawca, firma Niro Sp. z o. o., zawarł bowiem w wyjaśnieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. sformułowania wskazujące na pozyskanie informacji po otwarciu ofert, co wskazywać może na to, że w sposób celowy przekazano

wspomnianemu wykonawcy informacje, które wprowadziły go w błąd i skutkowały powzięciem wątpliwości dotyczącej prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Treść wskazanych wątpliwości musiała być przekazana w sposób zmanipulowany, aby wykonawcę celowo wprowadzić w błąd, oraz aby takie wątpliwości powziął. Takie działanie stanowi czyn zabroniony i jest nakierowane 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.

W ocenie Zamawiającego, w niniejszej sprawie zachodzi znikome prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego, ponieważ zaoferowana przez niego cena znacząco przekracza budżet Zamawiającego. Pozbawienie zaś zamawiającego usług żywieniowych dla pacjentów spowodować może uniemożliwienie realizacji świadczeń medycznych, a w konsekwencji szkodę nie tylko w zdrowiu pacjentów, ale i w finansach publicznych. Zachodzi zatem pilna konieczność zawarcia przedmiotowej umowy, ponieważ w wyniku bezprzedmiotowych działań odwołującego nie jest możliwe przeprowadzenie kolejnego (trzeciego) postępowania przed upływem terminu obowiązywania aktualnej umowy tj. przed 5 lipca 2022 r.

Mając na uwadze powyższe, oraz fakt, że Zamawiający jest podmiotem leczniczym zobligowanym do ciągłości wykonywania świadczeń zdrowotnych, Zamawiający wnioskuje jak na wstępie i 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 wnioski 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.

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 jednak w treści uzasadnienia wniosku w żaden sposób nie odniósł się do czasookresu obecnie obowiązującej umowy, upływu terminu jej obowiązywania, czy na podstawie jej postanowień możliwe jest przedłużenie terminy realizacji usług. Zamawiający wskazał wyłącznie, że poprzednie postępowanie zostało unieważnione, jednakże nie daje to żadnych podstaw do określenia jakiegokolwiek ryzyka braku zapewnienia posiłków dla pacjentów. Nie pozwala również ustalić czy Zamawiający wszczął postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby zakończyć postępowanie przed upływem terminu realizacji obecnej 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. 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.

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. Wydaje się natomiast, że dyspozycja art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. 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: