

Sygn. akt: KIO/W 33/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 listopada 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 6 listopada 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Doposażenie klinik i oddziałów hematologicznych w sprzęt do diagnostyki i leczenia białaczek i chłoniaków”*, w zakresie zadania nr 1 - zakup skanera preparatów histologicznych. Znak sprawy: ZP/80/PN/2024.

postanawia:

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

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Doposażenie klinik i oddziałów hematoonkologicznych w sprzęt do diagnostyki i leczenia białaczek i chłoniaków”, w zakresie zadania nr 1 - zakup skanera preparatów histologicznych.”*

Izba ustaliła, że w dniu 28 października 2024 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Opta-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygnaturą akt KIO 3963/24.

Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2024 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej tego samego dnia, na podstawie art. 578 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą pzp”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający uzasadniając wniosek wskazał, że postępowanie w ramach którego ma zostać zawarta umowa, finansowane jest przez Zamawiającego ze środków pozyskanych z dotacji Ministra Zdrowia udzielonej na podstawie zawartej w dniu 26 sierpnia 2024 r. umowy nr 1/13/10/2024/129/205 na realizację programu wieloletniego pn. Narodowa Strategia Onkologiczna, w zakresie zadania pn.: "Doposażenie klinik i oddziałów hematoonkologicznych w sprzęt do diagnostyki i leczenia białaczek i chłoniaków" – dla podmiotów udzielających świadczenia dzieciom w 2024 r. Umowa ta obliguje Zamawiającego do wydatkowania przyznanych środków oraz przedstawienia Ministrowi rozliczenia, obejmującego m. in. skan faktury VAT oraz protokołu zdawczo-odbiorczego zakupionego sprzętu, najpóźniej do dnia 29 listopada 2024 r (§2 ust. 10 umowy nr 1/13/10/2024/129/205). Skutkiem uchybienia temu terminowi jest nałożenie na Zamawiającego kary umownej do wysokości 3% pozyskanej dotacji, tj. kwoty 1 816 888 zł (słownie: jeden milion osiemset szesnaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt osiem złotych). Nie zawarcie umowy będzie zatem wywierać podwójne negatywne skutki dla interesu publicznego: po pierwsze opóźni się realizacja przedmiotu umowy, co w oczywisty sposób odbije się na jakości udzielanych świadczeń zdrowotnych dzieciom leczonym w naszym ośrodku, po wtóre doprowadzi do obciążenia zamawiającego

karami umownymi, co uszczupli budżet szpitala, będącego jednostką sektora finansów publicznych. Podkreślił więc, że nie zawarcie umowy z wybranym w toku postępowania Wykonawcą rodzi ryzyko wystąpienia skutków, które przekraczają potencjalne ryzyko naruszenia innych interesów, w szczególności interesów odwołującego się.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że wszczął postępowanie w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie po podpisaniu umowy nr 1/13/10/2024/129/205 ze Skarbem Państwa - Ministrem Zdrowia, co nastąpiło w dniu 26 sierpnia 2024 r. Zamawiający od razu podjął czynności mające na celu przygotowanie dokumentacji postępowania i ogłosił zamówienie w dniu 16 września 2024 r., tj. zaledwie po trzech tygodniach od podpisania ww. umowy. Biorąc pod uwagę konieczność przygotowania dokumentacji do zamówienia publicznego, którego przedmiotem było łącznie aż siedem zadań, należy zauważyć, iż Zamawiający opublikował ogłoszenie o wszczęciu postępowania najszybciej, jak było to możliwe. Nie można zatem zarzucić Zamawiającemu jakiegokolwiek opieszałości w podejmowaniu czynności zmierzających do zrealizowania umowy dotacyjnej i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto w ocenie Zamawiającego spełniona została również druga przesłanka uchylenia zakazu zawarcia umowy, określona w art. 578 ust. 2 pkt 2) ustawy pzp, albowiem z przedstawionego powyżej opisu stanu faktycznego sprawy, a w szczególności terminów realizacji dostawy urządzenia stanowiącego przedmiot postępowania wynika jednoznacznie, iż odwołujący się nie będzie mógł zrealizować przedmiotu umowy. Postępowanie odwoławcze wszczęte na skutek działań Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. zakończy się bowiem w takim terminie, który uniemożliwi Zamawiającemu zawarcie umowy a następnie otrzymanie zamówionego sprzętu i faktury przed 29 listopada 2024 r. Wobec uchybienia temu terminowi Zamawiający nie będzie mógł kontynuować procedury zakupowej, a co za tym idzie żaden podmiot nie otrzyma zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, iż jedynym celem działania odwołującego się w postępowaniu jest uniemożliwienie zawarcia umowy, co wypełnia znamiona ww. przepisu

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

Zgodnie z art. 577 ustawy pzp „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego

postępowanie odwoławcze.” Zamawiający może jednak złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 (art. 578 ust. 1 ustawy pzp).

W myśl art. 578 ust. 2 ustawy pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) 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;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 6 listopada 2024r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją o charakterze nadzwyczajnym, stanowiącą wyjątek od zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Wnosząc zatem o odstąpienie od powyższej zasady Zamawiający powinien szczegółowo wykazać wystąpienie przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy pzp.

Odnosząc się do przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp Zamawiający powinien jednoznacznie określić jakie negatywne skutki dla interesu publicznego spowoduje nie zawarcie umowy, a po drugie wykazać, że negatywne skutki nie zawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Ponadto, uzasadnienie uchylenia zakazu zawarcia umowy musi w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania, a także że Zamawiający nie może zapobiec wystąpieniu negatywnych skutków dla interesu publicznego w inny sposób.

Zauważenia wymaga, że ustawa pzp nie zawiera definicji interesu publicznego. Jest to klauzula generalna, której wyjaśnienie nie znajduje się bezpośrednio w Konstytucji, niemniej jednak jest w niej zakotwiczone. Doktryna jak również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odwołuje się do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP akcentując, że pojęcie interesu *publicznego obejmuje przede wszystkim wartości wynikające z dyspozycji powyższego przepisu tj.: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt: K 8/98: „Cel (interes) publiczny należy rozumieć*

wyłącznie jako dobro ogółu, tzn. całego społeczeństwa lub społeczności regionalnej (por. K. 18/95, op.cit., s. 20; T. Dybowski, Własność..., op.cit., s. 326). Wzbogacenie tylko niektórych członków społeczności lokalnej kosztem wspólnoty stanowi raczej przykład naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej, aniżeli realizacji dobra ogółu.” W zamówieniach publicznych interes publiczny będą więc stanowiły korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Co istotne, interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego.

Z przedstawionego przez Zamawiającego stanu sprawy, nie wynika, aby 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.

Podkreślić należy, że wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający musi wskazać konkretne, obiektywne okoliczności przemawiające za uchyleniem tego zakazu. Tymczasem zauważyć należy, że uzasadnienie złożonego wniosku jest lakoniczne i w żaden sposób nie wykazuje przesłanek umożliwiających Izbie podjęcie decyzji o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

Po pierwsze wskazać należy, że uzasadnienie odnosi się do potrzeby niezwłocznego udzielenia zamówienia, które w przypadku nie zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą może nie zostać zrealizowane. Zbliżający się termin realizacji zamówienia nie jest jednak okolicznością wystarczającą dla uznania uchylenia zakazu zawarcia umowy za uzasadnione.

Po drugie, zdaniem Zamawiającego za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy jest potencjalne opóźnienie realizacji przedmiotu umowy, co w oczywisty sposób odbije się na jakości udzielanych świadczeń zdrowotnych dzieciom leczonym w naszym ośrodku. Zauważyć należy jednak, że Zamawiający w jakikolwiek sposób nie wyjaśnił jednak w jaki konkretnie sposób wpłynie to na jakość udzielonych świadczeń, nie wyjaśnił, czy badania w ogóle nie będą mogły być wykonywane, czy też będą wykonywane w mniejszym zakresie. Poza lakonicznym stwierdzeniem brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia ww. okoliczności, co powoduje konieczność stwierdzenia, że Zamawiający nie wykazał jakie negatywne skutki i zagrożenia dla interesu publicznego spowoduje nie zawarcie umowy.

Trzecim argumentem przemawiającym zdaniem Zamawiającego za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy jest kwestia ewentualnego naliczenia kary umownej z powodu braku rozliczenia zakupionego sprzętu najpóźniej do dnia 29 listopada 2024 r. Jednakże wskazać

należy, że powyższe stanowi tylko i wyłącznie o interesie zamawiającego, którego jak wyżej wyjaśniono nie można utożsamiać z interesem publicznym. Zamawiający wnosząc natomiast o uchylenie zakazu zawarcia umowy winien był wskazać o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia prawa odwołującego na skutek potencjalnego pozytywnego rozstrzygnięcia złożonego wniosku. Temu obowiązкови Zamawiający jednak nie podołał, w związku z czym Izba uznała, że okoliczności podnoszone przez Zamawiającego nie wypełniają przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający nie uzasadnił także drugiej przesłanki umożliwiającej zastosowanie wyjątkowej instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający wskazał, że z uwagi na obowiązujące terminy „odwołujący się nie będzie mógł zrealizować przedmiotu umowy. Postępowanie odwoławcze wszczęte na skutek działań Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. zakończy się bowiem w takim terminie, który uniemożliwi Zamawiającemu zawarcie umowy a następnie otrzymanie zamówionego sprzętu i faktury przed 29 listopada 2024 r. Wobec uchybienia temu terminowi Zamawiający nie będzie mógł kontynuować procedury zakupowej, a co za tym idzie żaden podmiot nie otrzyma zamówienia”. Z powyższego wynika, że Zamawiający niezasadnie uznaje prymat interesu Wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia oraz własnego interesu nad prawem Odwołującego do zakwestionowania czynności Zamawiającego poprzez wniesienie odwołania. Zdaniem Zamawiającego wszystkie wskazane okoliczności świadczą o dążeniu Wykonawcy do uniemożliwienia zawarcia umowy i realizacji w terminie zamówienia. Jednak Izba powyższą argumentację uznała za chybioną, gdyż wniesienie środka ochrony prawnej w ustawowym terminie stanowi uprawnienie wykonawcy. Nie stanowią również uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy twierdzenia, że w ocenie Zamawiającego na skutek działań Odwołującego nie zdąży on zrealizować zamówienia. Działania Wykonawcy stanowią przejaw dążenia do ochrony jego interesów, których zdaniem Izby nie można ocenić jako ukierunkowanych na nieuzasadnione przedłużenie postępowania, a bynajmniej takiego celowego działania Wykonawcy Zamawiający nie wykazał.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: