

Sygn. akt: KIO/W 8/19

## POSTANOWIENIE

z dnia 15 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 marca 2019 r. w Warszawie wniosku z dnia 11 marca 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa aparatury medycznej, Pakiet nr 6*,

**postanawia:**

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

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku – na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 11 marca 2019 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu pn. *Dostawa aparatury medycznej*, w zakresie Pakietu nr 6.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że w dniu 25 października 2018 r. zawarł umowę na dofinansowanie zakupów inwestycyjnych związanych ze swoją działalnością statutową. Wskazał, że prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w którym wykonawca Klaromed Sp. z o.o. złożył już po raz trzeci odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, co spowodowało znaczne opóźnienie procedury. W ocenie Zamawiającego jedynym zamiarem wykonawcy jest utrudnienie lub uniemożliwienie Zamawiającemu zgodnego z prawem zawarcia umowy. Powyższe stanowi sytuację nadzwyczajną, gdyż w innych przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na dostawę

aparatury medycznej, finansowanych dotacją celową, wykonawcy zostali wybrani, umowy podpisane, sprzęt medyczny dostarczony, a dokumentacja skompletowana i dostarczona do Dotującego.

Zamawiający stwierdził, że wniesienie kolejnego odwołania w niniejszym postępowaniu i jego przedłużenie sprawi, że niemożliwe stanie się sfinansowanie zadania z przyznanej na ten cel dotacji, z uwagi na brak możliwości dotrzymania terminów określonych w umowie z Dotującym. Jednocześnie Zamawiający nie dysponuje innymi źródłami finansowania przedmiotowego zadania. Aby zrealizować zamówienie, Zamawiający musiałby zabezpieczyć kwotę w wysokości 190.000,00 zł ze środków własnych szpitala, czyli sfinansować to zamówienie ze środków przeznaczonych na działalność leczniczą. Zamawiający podniósł, że zakup wyposażenia nie może podważać, czy też nawet tylko zakłócać skuteczności prowadzenia działalności leczniczej, której w przedmiotowej sprawie należy przyznać prymat zgodnie z interesem publicznym. Środki własne szpitala służą zakupowi leków, przeprowadzaniu zabiegów czy też pokrywane są z nich wynagrodzenia pracowników. Ewentualne nadwyżki środków własnych wypracowane przez szpital, powinny służyć poprawieniu skuteczności prowadzenia działalności leczniczej, a tylko w przypadku takiego uznania przez władze szpitala zgodnie z interesem publicznym i danymi możliwościami, powinny być przeznaczone na działalność inwestycyjną. Na marginesie Zamawiający wskazał, że uprawnienia wykonawców w postępowaniu odwoławczym nie mogą ingerować w budżet zamawiających.

Zamawiający podał, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

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

W dniu 4 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Klaromed Sp. z o.o., złożone w postępowaniu na dostawę aparatury medycznej, prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Białymstoku. Odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie Pakietu nr 6.

Zgodnie z art. 183 ust. 2 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 koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał (ani nawet nie uprawdopodobnił) wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

We wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający po pierwsze powołał się na okoliczność, że wykonawca Klaromed Sp. z o.o. – działając z zamiarem utrudnienia zawarcia umowy – złożył już po raz trzeci odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, co spowodowało znaczne opóźnienie procedury. Po drugie Zamawiający wskazał, że w przypadku nieuchylenia tego zakazu niemożliwe stanie się sfinansowanie zadania z przyznanej na ten cel dotacji, z uwagi na brak możliwości dotrzymania terminów określonych w umowie z Dotującym.

Odnosząc się do powyższej argumentacji stwierdzić należy, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Warto również zauważyć, że wcześniejsze postępowanie odwoławcze wszczęte na skutek odwołań spółki Klaromed nie zakończyły się merytorycznym rozpoznaniem sprawy z uwagi na fakt, że w obu przypadkach Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniach.

Podkreślić również należy, że Zamawiający nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że zaledwie kilkudniowe opóźnienie w zawarciu umowy w przypadku nieuchylenia przez Izbę zakazu jej zawarcia (tj. do czasu rozpatrzenia odwołania przez Izbę), ma znaczenie z punktu widzenia możliwości skorzystania z dotacji. Nie złożono na tę okoliczność żadnych dowodów, Zamawiający nie wyjaśnił nawet, czy ewentualne uwzględnienie jego wniosku da możliwość zawarcia umowy w terminie umożliwiającym sfinansowania zamówienia z dotacji, a w przypadku zawarcia umowy kilka dni później taka możliwość będzie wykluczona.

Zauważenia wymaga także, że Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, że niezawarcie umowy będzie skutkowało na tyle dużym uszczerbkiem dla interesu publicznego, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. Zamawiający ograniczył się w tym zakresie do stwierdzenia, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów oraz podał, że niemożliwość sfinansowania zamówienia z dotacji spowodowałaby konieczność zaangażowania środków własnych szpitala, które powinny być przeznaczone na działalność leczniczą. Z wniosku nie wynika jednak, czy w przypadku niezrealizowania zamówienia prowadzenie działalności leczniczej będzie istotnie utrudnione, nie wiadomo w jaki sposób i w jakim stopniu okoliczność ta mogłaby wpłynąć na pracę szpitala i dobro jego pacjentów. Okoliczność, że dokonanie określonych zakupów byłoby z punktu widzenia pracy szpitala określoną wartością dodaną nie jest równoznaczna z istnieniem tak znacznego interesu społecznego, że uzasadnia odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....