

POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 sierpnia 2021 roku w Warszawie wniosku z dnia 23 sierpnia 2021 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego, którym jest **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „**Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt — narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego**”. Numer referencyjny: **DZPUCK.262.042.2021**

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (dalej „UCK WUM” lub „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylny produkt — narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego”, nr ref. DZPUCK.262.042.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2021 r pod Nr 2021/S 098-257084.

W dniu 23 sierpnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 578 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (tj. Dz.U.2021.1129 ze zm.) (dalej „Pzp” lub „ustawa”) o uchylenie zakazu zawarcia umowy z Konsorcjum Wykonawców 1) CitoNet — Warszawa sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu 2) Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Świadczenie usługi w zakresie procesu dekontaminacji: mycia, dezynfekcji i sterylizacji, gwarantującego sterylne narzędzi chirurgicznych oraz sprzętu medycznego” nr DZPUCK.262.042.2021 w związku z wniesieniem odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający podkreślił, że *obecnie usługa sterylizacji w LICK WIJM realizowana jest na podstawie umowy nr DZP.262.07.104.2018 z dnia 29 marca 2018 roku zawartej z Samodzielnym Publicznym Centralnym Szpitalem Klinicznym (dalej „CSK”), której pierwotny okres realizacji został ustalony na 36 miesięcy od dnia jej zawarcia. Równoległe do ww. umowy biegł okres obowiązywania umowy nr DZP.262.07.105.2018 z dnia 29 marca 2018 roku zawartej z Samodzielnym Publicznym Dziecięcym Szpitalem Klinicznym (dalej „DSK”). Nadmienić należy, że UCK WUM powstało z połączenia dwóch ww. szpitali oraz Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus, co w konsekwencji doprowadziło do realizowania umów w istocie dla jednego Zamawiającego.*

Zamawiający wskazuje, że umowa dotycząca lokalizacji DSK (pomimo jej zwiększenia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp z 2004 roku) wyczerpała się finansowo już w marcu 2021 roku, co w konsekwencji doprowadziło, iż zakres ten był realizowany na podstawie kwoty pozostałej w umowie przeznaczonej dla CSK.

Zaznaczyć trzeba, że globalna kwota umowy nr DZP.262.07.104.2018 na usługę sterylizacji dla CSK a de facto dla UCK WIJM wynosiła 9 693 727,67 zł brutto. Dodać należy, że umowa na podstawie art. 144 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp z 2004 roku została aneksowana w dniu 23 marca 2021 roku o kwotę 267.966,00zł brutto w rezultacie dając ostatecznie wartość 9 961 693,67 zł brutto. Podkreślenia jednocześnie wymaga, że ww. umowa została aneksowana 3 - krotnie pod kątem wydłużenia okresu trwania umowy, tj.

- 1) *aneks z dnia 29 marca 2021, przedłużający umowę o okres 3 miesięcy*
- 2) *aneks z dnia 26 czerwca 2021, przedłużający umowę o okres 1 miesiąca;*
- 3) *aneks z dnia 22 lipca 2021, przedłużający umowę o okres 1 miesiąca.*

Zaznaczyć trzeba, że na dzień 1 sierpnia 2021 r. wartość jaka pozostała do wykorzystania z umowy wynosi 411.612,28 zł brutto. Z kolei wartość usługi sterylizacji w sierpniu na dzień 20 sierpnia 2021 wynosi już 200.341,24 zł brutto. W konsekwencji

powyższego, mając na uwadze pozostały czas do końca sierpnia 2021 roku, Zamawiający zakłada brak możliwości dalszego aneksowania umowy lub aneksowania go o jedynie kilka dni (co i tak wymaga zgody Wykonawcy), a co nie wyczerpuje uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt. 1 ustawy „Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli 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”

W ocenie Zamawiającego wszystkie przesłanki wymienione ww. przepisem zaistniały w tym stanie faktycznym. Po pierwsze brak świadczenia usług sterylizacji dla UCK WIJM prowadzi do braku możliwości świadczenia usług zdrowotnych przez UCK WIJM. Nie ulega w ocenie Zamawiającego wątpliwości, że faktyczne zaprzestanie działalności przez największy szpital w Warszawie będzie miało negatywne, wręcz katastrofalne skutki dla interesu publicznego, albowiem mieszkańcy Warszawy, a w zasadzie obywatele całego kraju zostaną pozbawieni możliwości leczenia w tych placówkach, w tym zajdzie konieczność odwoływania planowych zabiegów, na które pacjenci często oczekiwali przez dany (krótszy bądź dłuższy) okres. Po drugie interes ochrony jednego wykonawcy (Odwołującego), co do którego istnieją poważne wątpliwości w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, nie powinien być postawiony wyżej aniżeli interes publiczny rozumiany jako zbiór interesów wszystkich pacjentów UCK WIJM. Ponadto ewentualny zysk — nie odnosząc się na tym etapie do zarzutu rażąco niskiej ceny — został przy najbardziej optymistycznych wariantach skalkulowany w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na poziomie 420.000,00 zł, co przy skali uszczerbku jakiego może doznać w tym przypadku interes publiczny jest praktycznie marginalny. Warto dodać, że o wiele większe szkody dla tysięcy obywateli przyniesie zaprzestanie świadczenia usług przez największy szpital w Warszawie, aniżeli pozbawienie odwołującego i tak dalece wątpliwego zysku dla tego zamówienia. (...).

Odnosząc się również do faktu późnego ogłoszenia postępowania w tym przedmiocie Zamawiający wskazuje, że nie było to działanie celowe, ale wynikało ze wskazanej wyżej konsolidacji trzech szpitali oraz pogodzenia ich interesów. Wskazać należy, że jest to pierwsze postępowanie na usługę sterylizacji przeprowadzone właśnie po połączeniu ww. jednostek, a zatem wymagało uzgodnienia na wielu płaszczyznach jak wszelkie zamówienia, których przedmiotem są usługi dla całego UCK WUM. Zamawiający ma świadomość, że postępowanie powinno zostać ogłoszone wcześniej, jednakże ogrom problemów z „międzyszpitalnymi” uzgodnieniami obiektywnie uniemożliwił zawarcie umowy

w terminie zakończenia obowiązywania obecnego kontraktu na ten zakres. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie oprócz uchylenia zakazu zawarcia umowy nie ma on innej zgodnej z prawem możliwości zawarcia umowy na świadczenie usług sterylizacji, albowiem orzecznictwo wskazuje, że późne ogłoszenie postępowania nie stanowi przesłanki dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Zatem zawarcie umowy na tej podstawie byłoby obarczone po pierwsze wadą prawną grożącą jej unieważnieniem, a po drugie będzie rodziło odpowiedzialność dyirekcji UCK WUM z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli 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.

Podkreślenia wymaga, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Składając zatem wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wykazać ziszczenie się przesłanek o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. I tak, jak wynika z przywołanego wyżej przepisu, dla zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

W związku z powyższym, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy szczególnie ważne jest wyczerpujące i dokładne uzasadnienie składanego wniosku, wskazujące na zaistnienie szczególnych okoliczności uzasadniających zastosowania powyższej instytucji, bowiem Izba bada zaistnienie podanych przez Zamawiającego przesłanek uchylenia zakazu

zawarcia umowy stanowiących podstawę wniosku i ocenia, czy wskazane przez zamawiającego okoliczności uzasadniają uchylenie zakazu zawarcia.

W ocenie Izby, Zamawiający, uzasadniając zastosowanie powyższej instytucji nie wykazał zaistnienia ustawowych przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Przedstawiona we wniosku bardzo ogólna argumentacja, nie zawiera żadnego merytorycznego uzasadnienia, potwierdzającego konieczność zastosowania wnioskowanej instytucji.

Z przedstawionego przez Zamawiającego stanu sprawy, nie wynika aby wobec Zamawiającego zaistniały nadzwyczajne lub szczególne okoliczności, uzasadniające konieczność uchylenia zakazu zawarcia umowy, oraz że 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.

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku przedstawił okoliczności, w jakich powstało Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, oraz wskazał na umowy, które były realizowane przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie oraz przez Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie, tj. dwa z trzech podmiotów, z połączenia których powstało Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.

Wskazał, iż aneksował umowę nr DZP.262.07.104.2018 w dniu 23 marca 2021 r, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm,) o kwotę 267.966,00 zł brutto oraz trzykrotnie aneksował ww. umowę w zakresie wydłużenia terminu jej trwania, wskazując na aneks z dnia 29 marca 2021- przedłużający umowę o okres 3 miesiące, aneks z dnia 26 czerwca 2021- przedłużający umowę o okres 1 miesiąca oraz aneks z dnia 22 lipca 2021 - przedłużający umowę o okres 1 miesiąca. Wskazał również, że zakłada brak możliwości dalszego aneksowania umowy.

Przedstawiona we wniosku argumentacja nie zawiera żadnego merytorycznego uzasadnienia, potwierdzającego konieczność zastosowania wnioskowanej instytucji. Zamawiający nie wykazał, dlaczego w jego ocenie brak jest dalszej możliwości aneksowania ww. umowy w zakresie terminu jej obowiązywania oraz wartości umowy. Nie wykazał, braku możliwości zmiany ww. umowy przy zastosowaniu innych przesłanek wynikających z prawa zamówień publicznych, nie wyjaśnili, czy istnieją jakiegokolwiek przeszkody uniemożliwiające

zastosowanie dostępnych instrumentów prawnych w celu zapewnienia ciągłości usług stanowiących przedmiot zamówienia do czasu podpisania umowy z wykonawcą w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Nie wskazał w tym zakresie na żadne okoliczności, potwierdzające poprawność przyjętego przez siebie założenia co do braku dalszej możliwości aneksowania umowy. Nie wskazał, aby podjął chociażby próbę dokonania analizy, co do możliwości udzielenia zamówienia w zakresie niezbędnym do prawidłowego funkcjonowania szpitala z zastosowaniem innego trybu przewidzianego w ustawie. Ogólne odwołanie się do orzecznictwa KIO i wskazanie, że *„późne ogłoszenie postępowania nie stanowi przesłanki dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 215 ust. 1 pkt 5 Pzp*, nie jest argumentem wystarczającym, aby uzasadnić wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zamawiający wskazując, *iż brak świadczenia usług sterylizacji dla UCK WIJM prowadzi do braku możliwości świadczenia usług zdrowotnych przez UCK WIJM oraz, że faktyczne zaprzestanie działalności przez największy szpital w Warszawie będzie miało negatywne, wręcz katastrofalne skutki dla interesu publicznego, albowiem mieszkańcy Warszawy, a w zasadzie obywatele całego kraju zostaną pozbawieni możliwości leczenia w tych placówkach, w tym zajdzie konieczność odwoływania planowych zabiegów, na które pacjenci często oczekiwali przez dany (krótszy bądź dłuższy) okres*, skupił się na ochronie interesu publicznego rozumianego jako zbiór interesów wszystkich pacjentów, wskazując jego nadrzędność nad interesem wykonawcy, który złożył odwołanie. Zamawiający jednakże nie wykazał, że ochrona powyższego interesu publicznego nie może zostać zapewniona w inny sposób, niż poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy. Nie przedstawił wiarygodnej argumentacji, potwierdzającej że zastosowanie powyższej instytucji stanowi jedyny możliwy sposób ochrony interesu publicznego. Samo przeświadczenie Zamawiającego że tak jest, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla możliwości zastosowania instytucji, która co do zasady może mieć zastosowanie jedynie w szczególnych okolicznościach uzasadniających ochronę interesu publicznego, której realizacja nie jest możliwa w inny sposób.

Zamawiający, z góry założył, że realizacja ciążącego na nim obowiązku nie będzie możliwa w inny sposób niż uzyskanie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy, i nie podejmując nawet próby dokonania rozeznania rynku w tym zakresie. Jak wynika z treści uzasadnienia, Zamawiający – nie wyjaśniając dlaczego - założył brak możliwości dalszego aneksowania zawartej umowy oraz założył że oprócz uchylenia zakazu zawarcia umowy nie ma on innej zgodnej z prawem możliwości zawarcia umowy na świadczenie usług sterylizacji.

Brak informacji w powyższym zakresie uniemożliwił Izbie ocenę, czy Zamawiający dołożył należytej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu niniejszego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego mając na względzie zabezpieczenie potrzeb Zamawiających w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Izba podkreśla, iż sam Zamawiający w uzasadnieniu wniosku wskazał, że *ma świadomość, że postępowanie powinno zostać ogłoszone wcześniej, jednakże ogrom problemów z „międzyszpitalnymi” uzgodnieniami obiektywnie uniemożliwił zawarcie umowy w terminie zakończenia obowiązywania obecnego kontraktu na ten zakres*, co poddaje w wątpliwość zachowanie należytej staranności po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, w tym możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej ostatniej okoliczności należy liczyć się również z czasem trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W tym stanie rzeczy, w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie Izba uznała że Zamawiający nie wykazał, że zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umowy w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

