

Sygn. akt: KIO/W 34/20

POSTANOWIENIE
z dnia 18 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 maja 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 14 maja 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawę staplerów, ładunków do staplerów, klipsownic i klipsów polimerowych”*

postanawia:

- uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze -**

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku, wystąpił w dniu 14 maja 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawę staplerów, ładunków do staplerów, klipsownic i klipsów polimerowych”*

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że nie zawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla ważnego 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 wszczął postępowanie 14.11.2019 r., czyli niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zaistnieniu interesu publicznego, którym jest konieczność zakupu staplerów, ładunków do staplerów, klipsownic i klipsów polimerowych, tj. urządzeń niezbędnych do przeprowadzenia zabiegów chirurgicznych.

Staplery, których dotyczy postępowanie, wykorzystywane są przez Kliniki Chirurgii Ogólnej, Chirurgu Onkologicznej, Chirurgii Klatki Piersiowej Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, celem wykonywania zabiegów onkologicznych w zakresie płuc oraz przewodu pokarmowego. Zabiegi te dotyczą pacjentów operowanych z powodów onkologicznych oraz pacjentów hospitalizowanych w drodze przyjęcia nagłego poprzez Kliniczny Oddział Ratunkowych. W obu tych grupach, zastosowanie staplerów jest niezbędne dla przeprowadzenia operacji chirurgicznej. Ich brak nie pozwala na prawidłowe przeprowadzanie procedury, a w konsekwencji powikłania (krwawienia, rozejście zespolenia, przetoka), co niejednokrotnie może prowadzić do trwałego kalectwa, a nawet zgonu pacjenta.

Zamawiający zamieścił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej na platformie SmartPZP, na której prowadzi postępowanie, w dniu 27.03.2020 r. W dniu 06.04.2020 r. Wykonawca MEDITRADE Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w odpowiedzi na informację o odrzuceniu z przedmiotowego postępowania w zakresie części 2 i 5, wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, zgodnie z art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych. Ww. Wykonawca wskazał, iż przedmiotem odwołania są następujące działania i zaniechania Zamawiającego: wadliwa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 5 zamówienia oraz wadliwa czynność odrzucenia oferty Odwołującego w części 2 i 5 zamówienia. Spółka MEDITRADE Poland Sp. z o.o. wskazała również, iż Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w części 2 i 5 przedmiotowego zamówienia oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Należy wskazać, iż postępowanie o udzielenie zamówienia zawierało wyraźny, jednoznaczny wymóg, co do produktu, zaś ten, który został zaoferowany przez Odwołującego,

nie spełnia tego wymogu. Ta okoliczność jednoznacznie kwalifikuje konieczność odrzucenia takiej oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W sytuacji, kiedy Wykonawca zaoferował produkt niezgodny z SIWZ, nie może on, w ramach wyjaśnień zmienić ten produkt, bo oznaczałoby to niedozwoloną zmianę treści oferty. Wyjaśnienie treści oferty powinno się dokonać, gdy np. oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (wyrok KIO z 14.10.2019 r. sygn. akt KIO 1926/19), a nie w przypadku, kiedy w sposób niebudzący wątpliwości, oferta wykonawcy jest jasna, lecz oferowany produkt (produkty) nie spełniają wymogów wynikających z treści SIWZ, należy też pamiętać, że granicą zastosowania wyjaśnień oferty jest niezmiennosc treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzałyby do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, iż sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 r., KIO/UZP 996/10).

Również w wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r., KIO 788/11, Izba wskazała, że: „(...) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie podkreśla się, że: „ Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2011 r., KIO 997/11).

Reasumując, w ocenie Zamawiającego, wobec zaoferowania przedmiotu zamówienia nie spełniającego wymagań bezwzględnych określonych w SIWZ, bezsprzecznie zachodziły

przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy Meditrade Poland Sp. z o. o. z przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie należy wskazać, iż Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wykonawca MEDITRADE Poland Sp. z o.o. miał możliwość wzięcia udziału w ustalonym spotkaniu (zorganizowanym w konsekwencji uwzględnienia w całości pierwszego odwołania wniesionego przez ww. Wykonawcę — sygn.. akt KIO 481/20) którego przedmiotem było dokonanie ponownego badania i oceny ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż ważny interes publiczny, w przedmiotowej sprawie, wyraża się następująco:

- 1) Zakup urządzenia umożliwi przeprowadzenie zabiegów chirurgicznych;
- 2) Ochrona zdrowia i życia pacjentów;
- 3) Ochrona praw człowieka, w tym prawo do świadczeń zdrowotnych.

Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy, są:

- 1) Brak urządzenia niezbędnego do przeprowadzenia zabiegów chirurgicznych;
- 2) Narażenie pacjenta na utratę zdrowia i życia;
- 3) Odsyłanie pacjentów do innych szpitali celem wykonania operacji może zagrażać zdrowiu i życiu pacjentów;
- 4) Brak urządzeń w obecnej sytuacji pandemii wpłynie niekorzystnie na ochronę zdrowia publicznego.

W kontekście specyfiki wykonywanych operacji (nowotwory płuc, nowotwory żołądka, nowotwory jelita grube, nowotwory przełyku, nowotwory dróg żółciowych) nie jest możliwe także odwlekanie realizowanych zabiegów na czas po uzyskaniu wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Działanie takie naraziłoby pacjentów na ryzyko postępu choroby, której zaawansowanie mogłoby przekroczyć definicje operacyjności, a zatem pozbawić pacjenta możliwości leczenia radykalnego. Podobnie, w odniesieniu do pacjentów operowanych w trybie ostrego dyżuru, zastosowanie staplerów pozwala na bezpieczne przeprowadzenie operacji u pacjentów z zagrożeniem życia, u których wystąpienie powikłań pooperacyjnych, wynikających z zastosowania nieprawidłowej techniki operacyjnej, może powodować znaczące pogorszenie stanu zdrowia i niepowodzenie podjętego leczenia.

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. Należy również nadmienić, iż wystąpienie pandemii spowodowało zawieszenie pracy Krajowej Izby Odwoławczej, co oznacza, iż termin zawarcia umowy jest nieznany i podlega wydłużeniu. Powyższa sytuacja wpływa niekorzystnie na interes publiczny, w szczególności ochronę zdrowia publicznego.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, uznała, że wniosek zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 183 ust.2 zdanie drugie Pzp, Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie 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.

Skład orzekający badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane we wniosku Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, stwierdził, że wniosek zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wskazane przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny okoliczność, 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z przepisów prawa, które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, w związku z istniejącą w Polsce sytuacją epidemiologiczną związaną z występowaniem pandemii wirusa COVID-19, za zasadną uznać argumentację, że pomiędzy niezawarciem umowy a negatywnymi skutkami dla interesu publicznego istnieje związek przyczynowo-skutkowy. Niezawarcie umowy w terminie może skutkować istotnym uszczerbkiem dla interesu publicznego. Szczególnie istotne powyższe jest w aktualnej sytuacji gospodarczej, wywołanej stanem epidemii, gdyż sytuacja taka może spowodować nieodwracalne skutki dla Zamawiającego.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że w okolicznościach niniejszej sprawy, trzeba uznać prymat interesu publicznego nad innymi interesami, w tym nad interesem wnoszącego odwołanie.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: