

Sygn. akt: KIO/W 51/21

POSTANOWIENIE

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 maja 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 maja 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Powiat Włocławski, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia*,

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 21 maja 2021 r. Powiat Włocławski złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że niezawarcie umowy może powodować 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. Zamawiający wskazał na istotny interes ochrony zdrowia publicznego we Włocławku, podniósł, że może on dotknąć mieszkańców całego Powiatu Włocławskiego i Województwa Kujawsko-Pomorskiego, co może skutkować brakiem możliwości zapewnienia należytej opieki zdrowotnej, szczególnie wobec panujące epidemii COVID-19 oraz zmieniających się standardów sanitarno-epidemiologicznych.

Zamawiający zaznaczył, że Powiat Włocławski od lat planował i zdobywał fundusze na realizację inwestycji w postaci budowy Powiatowego Centrum Zdrowia, której założeniem jest

dostosowanie infrastruktury przychodni do norm europejskich oraz norm określanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia dla placówek medycznych, jak również podniesienie standardów wykonywanych usług oraz zwiększenie dostępności do publicznej służby zdrowia. Obecnie większość świadczeń zdrowotnych w powiatowej przychodni zdrowia udzielana jest w obiektach wybudowanych w latach 80-tych ubiegłego wieku, których stan techniczny zbliża się do granicy eksploatacji. Wiąże się to z koniecznością pilnych remontów, których koszty obciążają budżet powiatu i są bezcelowe, gdyż nie wpływają na możliwości świadczenia usług zdrowotnych w szerszym zakresie, czy też na ich jakość. Zamawiający podkreślił, że obecny stan techniczny budynków, może narazić Samodzielny Publiczny Zespół Przychodni Specjalistycznych we Włocławku na utratę kontraktu z Narodowym Funduszem Zdrowia, m.in. ze względu na brak dostosowania budynków dla osób niepełnosprawnych, w tym podjazdów dla osób niepełnosprawnych oraz wind, jak również ze względu na ogólny stan budynków, w których świadczone są usługi zdrowotne.

Zamawiający wskazał, że inwestycja objęta przedmiotem zamówienia umożliwi rozszerzenie świadczonych usług medycznych, m.in. o chirurgię jednego dnia, poradnię leczenia ran oraz całodobowe ambulatoryjne pogotowie stomatologiczne. W tej chwili usługi świadczone są w czterech różnych lokalizacjach co wpływa na częste pomyłki, niedogodność dla pacjentów i brak możliwości należytej organizacji pracy przychodni. Wpływa to również na koszty, jakie w związku z funkcjonowaniem przychodni w czterech lokalizacjach musi ponosić Powiat Włocławski, a co za tym idzie zmniejszają się możliwości przeznaczenia środków na świadczenie dodatkowych usług medycznych na odpowiednim poziomie. Zmniejszenie kosztów utrzymania przychodni wiąże się również z zastosowaniem nowoczesnych i proekologicznych technologii, takich jak panele fotowoltaiczne. Jak najszybsze oddanie do użytku inwestycji przyczyni się również do podniesienia jakości świadczonych usług medycznych poprzez kompleksową obsługę pacjenta w jednym miejscu oraz efektywne wykorzystanie zasobów ludzkich i sprzętu. Dodatkowo doświadczenia związane z obecnie panującą epidemią COVID19 uwydatniły problemy organizacyjne i możliwości przychodni ze względu na różne jej lokalizacje, w obecnych budynkach brak jest możliwości podziału przychodni na strefy przeznaczone dla osób zakażonych i na ich obsługę z unikaniem kontaktu z osobami zdrowymi.

Zamawiający wskazał, że 29 września 2020 r. złożył do Wojewody Kujawsko-Pomorskiego wniosek o uzyskanie środków Funduszu Przeciwdziałania COVID-19. Powiat otrzymał w dniu 11 grudnia 2020 r. kwotę 6.000.000,00 zł z przeznaczeniem na realizację przedmiotowego zamówienia. Przyznane środki podlegają szczególnym zasadom wykonywania budżetu. Wykorzystanie otrzymanych środków, pod rygorem ich zwrotu, musi nastąpić do końca 2022 r. Zamawiający przygotowując postępowanie ustalił harmonogram

prac w sposób zapewniający możliwość wykonania części zamówienia w terminie umożliwiającym uzyskanie dofinansowania. Wydłużenie momentu podpisania umowy w postępowaniu o kolejne tygodnie, a nawet miesiące może doprowadzić, do sytuacji, w której terminy przewidziane w 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 4 do SIWZ będą niemożliwe do dochowania. Nieprzyznanie dofinansowania oznaczać będzie dla budżetu Zamawiającego gigantyczny ubytek, którego skutki odczuwalne będą w innych aspektach działania Powiatu, zatem realna strata dla Zamawiającego może być znacznie wyższa niż 6 000 000 zł dofinansowania. W interesie publicznym leży niezwłoczne rozpoczęcie robót budowlanych, których celem jest dostosowanie infrastruktury przychodni do współczesnych standardów, tym samym zapewniając mieszkańcom regionu dostęp do świadczeń medycznych na wysokim poziomie oraz uniknięcie nieprzyznania dofinansowania inwestycji.

Zamawiający podniósł, że odwołanie jest oczywiście niezasadne i nie zgadza się z podniesionymi przez Odwołującego zarzutami. Zdaniem Zamawiającego odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, a podjętego przez Zamawiającego działania nie naruszają interesu Odwołującego. Zamawiający przedstawił polemikę z zarzutami podniesionymi w odwołaniu i przedstawioną tam argumentacją, stwierdzając, że nie ma podstaw do uznania zarzutów Odwołującego za zasadne, a odwołanie ma jedynie na celu uniemożliwienie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 14 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., Alstal Investment Sp. z o.o. Sp. k., złożone w postępowaniu pn. *Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia*. Odwołanie dotyczy wyboru oferty wykonawcy Wiksbud Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 14 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych. Tym samym przepisy nowej ustawy Pzp mają zastosowanie również do postępowania w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, które jest częścią postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, *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.*

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. 578 ust. 2 nowej 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 wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Po pierwsze zauważyć należy, że zasadnicza część argumentacji Zamawiającego zmierza do wykazania korzyści dla interesu publicznego płynących z jak najszybszego udzielenia zamówienia. Korzyści te oczywiście trudno zanegować, ich istnienie nie świadczy jednak automatycznie o zasadności skorzystania z nadzwyczajnej możliwości, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem sprawy przez Izbę. Zauważyć bowiem należy, że większość inwestycji samorządowych przyczynia się do poprawy jakości życia i funkcjonowania społeczności lokalnej, a także poprawy bezpieczeństwa czy zdrowia publicznego, w związku z czym oczekiwane jest ich możliwie szybkie sfinalizowanie. Udzielanie zamówień na wykonywanie takich inwestycji co do zasady służy realizacji słusznego interesu publicznego, nie sposób jednak uznać, że w związku z tym w każdej takiej sytuacji interes ten przewyższa korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów.

Dalej zauważyć należy, że część argumentacji Zamawiającego zmierza do wykazania negatywnych skutków, jakie wiązałyby się z nieudzieleniem zamówienia. Z punktu widzenia

oceny zasadności wniosku istotne jest natomiast to, jakie skutki zaistnieją przez sam fakt wstrzymania się z udzieleniem zamówienia do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Izbę. Skoro wniesienie odwołania oznacza czasową niemożność udzielenia zamówienia, to Zamawiający powinien wykazać, dlaczego okresowe wstrzymanie się z udzieleniem zamówienia może wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego. Odnosząc się do przedstawionej we wniosku argumentacji zauważyć należy, przedstawiony przez Zamawiającego stan dotyczący warunków, w jakich udzielane są we Włocławku świadczenia medyczne, zapewne nie zaistniał nagle, ale trwa od dłuższego czasu. Nie zostało wykazane, że właśnie okres wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia może być tym okresem, który zaważy na bezpieczeństwie zdrowotnym mieszkańców Włocławka i okolic. Zamawiający nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że jeśli nie udzieli zamówienia natychmiast, to inwestycja nie będzie mogła być zrealizowana. Zamawiający poprzestał na ogólnym i gołosłownym stwierdzeniu, że *wydłużenie momentu podpisania umowy w postępowaniu o kolejne tygodnie, a nawet miesiące może doprowadzić, do sytuacji, w której terminy przewidziane w 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 4 do SIWZ będą niemożliwe do dochowania*. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnej analizy, która wykazywałaby, że oczekiwanie na rozstrzygnięcie sprawy przez Izbę realnie zwiększy ryzyko niepowodzenia inwestycji.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o dofinansowaniu zamówienia ze środków pochodzących z Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 i związanej z tym konieczności wydatkowania tych środków w terminie wynikającym z umowy o dofinansowanie, zauważyć należy, że Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nawet nie uprawdopodobnił, że wstrzymanie się z zawarciem umowy do czasu wydania orzeczenia przez Izbę, stanowi zagrożenie dla realizacji zadania. Zamawiający nie wykazał, że zmiana ustalonych terminów nie jest możliwa ani że podjął próby ustalenia, czy taka możliwość istnieje.

Zauważyć również należy, że Zamawiający powinien zapewnić odpowiedni czas na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 23 grudnia 2020 r. W ocenie Izby nie powinno być dla Zamawiającego zaskoczeniem, że w maju 2021 r. postępowanie przetargowe nie zostało jeszcze zakończone ze względu na wnoszone odwołania.

Należy więc stwierdzić, Zamawiający nie wykazał, aby interes publiczny w realizacji tej inwestycji – jakkolwiek niewątpliwy – przewyższał potrzebę ochrony wszystkich innych interesów.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, tj. uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2), stwierdzić należy, że również ta przesłanka nie została przez Zamawiającego uprawdopodobniona. Zamawiający wywodzi jej zaistnienie jedynie z tego, że nie zgadza się z podniesionymi w odwołaniu zarzutami i stwierdza, że nie mogą one być uznane za zasadne. Odnosząc się do takiej argumentacji wskazać należy, że nie można ww. przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy utożsamiać z opinią Zamawiającego o niezasadności wniesionego odwołania. Przesłanka ta dotyczy bowiem sytuacji, w której z uwagi na konkretne okoliczności towarzyszące danemu postępowaniu, widoczne jest, że celem wniesienia odwołania nie jest ochrona praw wykonawcy, a jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy. Jeżeli natomiast odwołanie zmierza do zapewnienia wykonawcy rzeczywistej ochrony prawnej, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, nie może być utożsamiane z działaniem w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Niezasadność podniesionych zarzutów może być stwierdzona przez Izbę w wyniku merytorycznego rozpoznania sprawy, zaś subiektywne przekonanie Zamawiającego o takiej niezasadności nie może prowadzić do pozbawienia czy ograniczenia wykonawcy prawa do ochrony jego interesów. W związku z tym rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie ocenia zasadności zarzutów odwołania, lecz bada, czy Zamawiający uprawdopodobnił, że w postępowaniu, w którym złożono wniosek, zachodzą szczególne okoliczności pozwalające stwierdzić, że wnosząc odwołanie wykonawca nie zmierza do ochrony swoich praw, a jedynie do uniemożliwienia zawarcia umowy. Tym bardziej Izba nie może na tym etapie oceniać kwestii udowodnienia podnoszonych w odwołaniu zarzutów, postępowanie dowodowe jest bowiem elementem rozprawy, a stosownie art. 535 nowej ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Nie jest zatem zasadne wywodzenie zamiaru uniemożliwienia zawarcia umowy z tego, że wraz z odwołaniem nie przedstawiono dowodów na poparcie podniesionych zarzutów.

Wobec ustalenia, że nie zostały wykazane okoliczności określone w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, Izba postanowiła odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: