

Sygn. akt: KIO/W 35/21

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. Witolda Orłowskiego CMKP z siedzibą w Warszawie przy ul. Czerniakowskiej 231 (00-416 Warszawa) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę do apteki szpitalnej produktów leczniczych i sprzętu do żywienia pozajelitowego i dojelitowego w okresie 12 miesięcy – pakiety 1-16 oraz usługę transportową produktów leczniczych i sprzętu do żywienia z siedziby zamawiającego do domu chorego – pakiety 17-18* (numer postępowania: 25/8/2020)

postanawia:

**uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

U z a s a d n i e

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. Witolda Orłowskiego CMKP z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „zamawiającym”) w dniu 26 marca 2021 r. działając na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 2020), w zw. z art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019), zwanej dalej „Pzp”, w związku z odwołaniem złożonym przez wykonawcę B. S. prowadzącą działalność

gospodarczą pod firmą B. S. NEOMED (zwaną dalej: „odwołującym”), złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, której dotyczy postępowanie.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wyjaśnił, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Dostawa do apteki szpitalnej produktów leczniczych i sprzętu do żywienia pozajelitowego i dojelitowego w okresie 12 miesięcy – pakiety 1-16 oraz usługa transportowa pakiety 1-18” (numer postępowania: 25/8/2020). Pismem z dnia 8 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyniku postępowania i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1 oferty złożonej przez firmę Depol Sp. z o.o. Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 marca 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu Nr 1 oferty złożonej przez firmę Depol Sp. z o.o. oraz zaniechania czynności odrzucenia przedmiotowej oferty, twierdząc, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W pakiecie Nr 1 wymienione są w kolejnych pozycjach:

- a) worki do żywienia pozajelitowego – 22 pozycje,
- b) worki do żywienia dojelitowego – 1 pozycja oraz
- c) „Korek do zamykania cewnika permanentnego, osłonięty z dwu stron (membrana i wkręt) – 1 pozycja.

W zakresie pakietu nr 1 odwołujący złożył ofertę na kwotę 3.039.302,22 zł brutto, zaś oferta wybrana jako najkorzystniejsza opiewała na kwotę 1.716.611,62 zł brutto. W zakresie kryterium cena oferta odwołującego otrzymała 49,13 pkt (łącznie wg wszystkich kryteriów: 60, 13 pkt), zaś oferta wybrana 87 pkt (łącznie: 100 pkt). W odwołaniu odwołujący zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 uchylonej Pzp, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 uchylonej Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 tej Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał w postępowaniu zaofiarowania wyrobów dopuszczonych do obrotu zgodnie z wymogami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Jak podaje, na potwierdzenie tego faktu każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał obowiązek złożyć stosowne oświadczenie w tym zakresie.

Stosownie do art. 578 ust. 1 Pzp, który ma zastosowanie na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), ponieważ Oddział 12 zatytułowany: „Zakaz zawarcia umowy” znajduje się w Rozdziale 2, zatytułowanym: „Postępowanie odwoławcze”, zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 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.

Zamawiający oświadczył, że zachodzą obie przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Twierdzenie, że odwołujący wniósł odwołanie wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy uprawdopodobniają następujące fakty i dowody:

1) już w dniu 10 lutego 2021 r. w „Informacji z dnia otwarcia ofert” odwołujący został powiadomiony, że na sfinansowanie zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 2.081.626,78 zł brutto; wybrana oferta wykonawcy Depol sp. z o.o. została złożona na kwotę 1.716.611,62 zł brutto, zaś oferta odwołującego na kwotę 3.039.302,22 zł brutto;

2) zasady doświadczenia życiowego oraz zasady logiki wskazują, że nawet gdyby zarzut był zasadny, to zamawiający zmuszony byłby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 uchylonej Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa o 957.675,44 zł kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

3) zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, nie ma prawnej możliwości, zwiększenia kwoty do ceny oferty złożonej przez odwołującego, tj. do kwoty 3.039.302,22 zł brutto w sytuacji, gdy uzyskał informację, że ten sam przedmiot zamówienia może nabyć za kwotę o 1.322.690,60 zł niższą;

4) zarzut odwołującego dotyczy wyłącznie jednej pozycji, zaś cały Pakiet nr 1 obejmuje 24 pozycje;

5) wartość asortymentu z zakwestionowanej pozycji 24 w Pakiecie nr 1, tj. „Korka do zamykania cewnika permanentnego, osłoniętego z dwóch stron (membrana i wkret)”, jest nieznaczna i według:

- szacunku zamawiającego – wynosiła 144.720 zł brutto (1,34 zł x 100 000 szt. plus 8% VAT), co stanowiło 6,95% całej szacowanej wartości zamówienia w Pakiecie nr 1;

- oferty odwołującego wynosi 221.130 zł brutto (2,05 zł x 100 000 szt. plus 8% VAT), co stanowi – 7,27 % wartości całej oferty w danym pakiecie;

- zaś w przypadku wykonawcy wybranego 109.080 zł brutto (1,01 zł x 100 000 plus 8% VAT), co stanowi – 6,35%,

6) istota zarzutu odwołującego sprowadza się do stwierdzenia, że „Korek do zamykania cewnika permanentnego, osłonięty z dwu stron (membrana i wkret)” (poz. 24 w Pakiecie nr 1), nie spełnia wymogów ustawy o wyrobach medycznych;

7) bezpodstawność zarzutu odwołującego, zamawiający szczegółowo wyjaśnił w „Odpowiedzi na wezwanie do zmiany wyniku postępowania w zakresie Pakietów nr 1 oraz 13” z dnia 18 marca br.; 8) zamawiający od kilku lat nabywa worki do żywienia pozajelitowego objęte Pakietem nr 1 oraz „Korki do zamykania cewnika permanentnego, osłonięte z dwóch stron (membrana i wkret)” od wykonawcy, który został wybrany (Depol Sp. z o.o.), tak więc oceniany korek jest zamawiającemu znany;

9) zamawiający, korzystając na podstawie obowiązującej umowy z „Korków do zamykania cewnika permanentnego, osłoniętych z dwóch stron (membrana i wkret)”, przekazuje swoim pacjentom całe opakowania, tj. po 20 szt. korków do zamykania cewnika permanentnego, w którym znajdują się niezbędne informacje o wyrobie medycznym, których brak zarzuca odwołujący.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca dokonał koniecznych zgłoszeń wyrobu medycznego; odpis powiadomienia (zgłoszenia) dotyczącego poz. 24 z Pakietu 1 został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Następnie zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp, 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 czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym zakresie zamawiający zaświadczył, że:

- 1) niezawarcie umowy, której dotyczy wnioski spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia i życia pacjentów zamawiającego objętych leczeniem dojelitowym;
- 2) niezawarcie umowy, której dotyczy wnioski uniemożliwi świadczeniobiorcom, w tym przede wszystkim ubezpieczonym, uzyskanie gwarantowanych świadczeń zdrowotnych w czasie i na warunkach określonych w obowiązującym prawie;
- 3) ochrona zdrowia lub życia stanowi ważny interes publiczny i w hierarchii chronionych wartości zajmuje najwyższą pozycję;
- 4) nie zachodzi nawet najmniejsze prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w interesach odwołującego ani jakiegokolwiek innego podmiotu w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) jeżeli nawet hipotetycznie przyjąć, że istnieje prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w interesach odwołującego w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia to negatywne skutki dla interesu publicznego w

postaci bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia i życia pacjentów, jakie spowoduje niezawarcie umowy, której dotyczy wnioszek przewyższają w bardzo dużym stopniu korzyści związane z koniecznością ochrony wskazanych interesów odwołującego.

Podstawową przesłankę uchylenia zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, stanowi wymóg, aby „niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego”. Przede wszystkim podkreślić należy, że niezawarcie umowy na pakiet nr 1 oznacza, że niemożliwe będzie zawarcie umowy na dostawę żywienia pozajelitowego w warunkach domowych. Niezawarcie umowy na dostawę żywienia pozajelitowego w warunkach domowych oznacza niepotencjalne, ale pewne negatywne skutki dla interesu publicznego, jakim w niniejszej sprawie jest ochrona zdrowia i życia pacjentów zamawiającego. Ponadto, istotnym jest, że ochrona zdrowia i życia zaliczana jest do „ważnych interesów publicznych”, co w konsekwencji – a priori – oznacza, że interes ten stawiany jest ponad inne interesy, w szczególności interesy ekonomiczne. Ponadto zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp – negatywne skutki związane z niezawarciem umowy muszą przewyższać 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.

Dalej zamawiający wskazał, że obowiązująca umowa z Depol Sp. z o.o. z dnia 12 czerwca 2019 r. nr DPO.073.279.2019 zawarta została pierwotnie na 12 miesięcy od dnia 4 lipca 2019 r. do dnia 4 lipca 2020 r. Przedmiot umowy obejmuje *Wykonanie na rzecz Zamawiającego kompleksowej dostawy do Apteki Szpitalnej produktów leczniczych i sprzętu do żywienia pozajelitowego i dojelitowego w okresie 12 miesięcy oraz usługa transportowa produktów leczniczych i sprzętu do żywienia polegające na:*

1) sprzedaży i dostawie przez Wykonawcę do siedziby Zamawiającego (Apteki Szpitalnej) produktów leczniczych i sprzętu do żywienia pozajelitowego i dojelitowego przeznaczonych do przygotowania i podania chorym żywionym pozajelitowo lub dojelitowo w warunkach domowych w ilościach i asortymencie wyszczególnionym w tabeli asortymentowo—cenowej, stanowiącej integralną część Umowy „Załącznik nr 1 — o parametrach i jakości zgodnej z normami i obowiązującymi przepisami (dalej jako „Produkty i Sprzęt”); dostawy obejmować będą Produkty i Sprzęt dla 260 chorych dorosłych żywionych pozajelitowo i 260 chorych żywionych dojelitowo w domu na terenie całego kraju w okresie dwunastu miesięcy leczenia w 6 transzach, odpowiednio do: 31 sierpnia 2019 r., 31 października 2019 r., 31 grudnia 2019 r., 29 lutego 2020 r., 30 kwietnia 2020 r. i 30 czerwca 2020 r.

oraz

usługa transportu Produktów i Sprzętu, polegająca na odbiorze przez Wykonawcę z siedziby Zamawiającego pakietów do indywidualnych programów leczenia wydawanych na podstawie zleceń przygotowanych przez Oddział Kliniczny Żywienia i Chirurgii Zamawiającego

(indywidualne programy leczenia) i dostarczeniu ich bezpośrednio do domu pacjenta; przez dom pacjenta rozumie się jego miejsce zamieszkania, wskazane przez Zamawiającego, przy czym miejsce zamieszkania znajduje się na terenie całego kraju, według indywidualnych programów leczenia; usługa transportu będzie wykonywana przez 12 (dwanaście) miesięcy od dnia podpisania Umowy

Wartość umowy brutto w dniu zawarcia wynosiła 12.305.367,54 zł. Do umowy zawarto w sumie pięć aneksów: aneks 1 zmiana ceny jednego z leków; aneks 2 – przedłużenie umowy do 30 września 2020 r. (powołując się na COVID); aneks 3 – zmiana cen niektórych leków, aneks 4 – wycofanie leku + zmiana, aneks 5 – przedłużenie umowy do 31 marca 2021 r. z powołaniem się na COVID + dodatkowe postanowienie. Umowa obowiązuje do 31 marca 2021 r., nie ma podstaw prawnych do kolejnej zmiany i przedłużenia okresu obowiązywania, a tym bardziej do zwiększenia wartości zamówienia. Na dzień 26 marca 2021 r. pełna wartość umowy została wykorzystana. Firma Depol sp. z o.o. odmawia dostaw, które nie mają oparcia w umowie.

Dostawy i usługi realizowane w ramach umowy, której dotyczy niniejszy wniosek muszą zapewnić prawidłowe i niezakłócone udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie żywienia pozajelitowego w warunkach domowych (żywienie pozajelitowe). Warunki realizacji świadczeń gwarantowanych z zakresu żywienia pozajelitowego w warunkach domowych precyzyjnie określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (tj. Dz.U. z 2016, poz. 357, z późn.zm.), zwane dalej „rozporządzeniem”. Umowa ta dotyczy udzielania świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej, zwanych dalej „świadczeniami gwarantowanymi”, obejmujących m. in. żywienie pozajelitowe w warunkach domowych: Całkowite żywienie pozajelitowe. Warunki realizacji świadczeń gwarantowanych z zakresu żywienia pozajelitowego w warunkach domowych precyzyjnie określa rozporządzenie. Zgodnie z rozporządzeniem:

- „żywienie pozajelitowe w warunkach domowych” to podawanie białka i energii oraz elektrolitów, witamin, pierwiastków śladowych i wody drogą dożylną prowadzone w domu pacjenta;

- „immunomodulujące żywienie pozajelitowe w warunkach domowych” to podawanie białka i energii oraz elektrolitów, witamin, pierwiastków śladowych i wody drogą dożylną z dodaniem substancji modulujących działanie układu immunologicznego glutaminy lub omega-3 kwasów tłuszczowych (w postaci oleju rybiego) w dawce nie mniejszej niż 0,2 g glutaminy/ kg masy ciała/ dobę lub 0,1 g oleju rybiego/ kg masy ciała/ dobę żywienia pozajelitowego u chorych dorosłych i 0,5 - 1 g / kg masy ciała/ dobę oleju rybiego u niemowląt i małych dzieci.

Świadczenie gwarantowane z zakresu żywienia pozajelitowego w warunkach domowych (całkowite żywienie pozajelitowe) dotyczy pacjentów, którzy z powodu braku możliwości podaży substancji odżywczych w ilości wystarczającej do utrzymania przy życiu drogą

naturalną, wymagają długotrwałego podawania substancji odżywczych w sposób inny niż drogą przewodu pokarmowego.

Żywienie pozajelitowe w warunkach domowych polega na podawaniu substancji odżywczych drogą dożylną w domu pacjenta wraz z kompleksową opieką nad pacjentem, wynikającą z choroby podstawowej i prowadzonego leczenia.

Należy podkreślić, że żywienie pozajelitowe w warunkach domowych to kompleksowa opieka nad pacjentem, wynikająca z choroby podstawowej i prowadzonego leczenia, która obejmuje:

- kwalifikacje w warunkach szpitalnych pacjenta do leczenia pozajelitowego. Pacjenci wymagający długotrwałego żywienia pozajelitowego są przyjmowani do Kliniki zamawiającego w celu oceny metabolicznej, oceny mikrobiologicznej, stanu odżywienia, założenia dostępu permanentnego do układu żylnego;

- określenie indywidualnego programu żywieniowego dostosowany do stanu i potrzeb pacjenta;

- przygotowanie pacjenta lub opiekunów do leczenia w warunkach domowych. Przygotowanie obejmuje szkolenie pacjenta lub jego opiekuna w zakresie przygotowania mieszaniny odżywczej i prawidłowej obsługi linii żylnych. Szkolenie prowadzone jest przez wyspecjalizowany zespół leczenia żywieniowego. Celem szkolenia jest perfekcyjne opanowanie technik związanych z żywieniem pozajelitowym i osiągnięcie poczucia pewności siebie, pozwalającego na przejęcie opieki nad chorym oraz zapobieganie powikłaniom septycznym, które należą do najgroźniejszych powikłań związanych z dostępem do układu naczyniowego. W celu zmniejszenia ryzyka zakażeń odcewnikowych wypracowano w szpitalu zamawiającego obszerny i szczegółowy program szkolenia pacjentów, które obejmuje: posługiwanie się sprzętem do żywienia pozajelitowego, zapoznanie z budową stosowanego sprzętu (worka, strzykawki, przedłużacza), napełnianie worka, użycie poszczególnych drenów w worku, zasady przechowywania i sprawdzanie przydatności do użycia preparatów i sprzętu, aseptyczne przygotowanie i podanie mieszaniny odżywczej, poprawne podłączenie i odłączenie wlewu z mieszaniną odżywczą, poprawne przepłukanie i zamknięcie cewnika naczyniowego na okres przerwy, ustawienie prawidłowej szybkości wlewu, obsługa pompy infuzyjnej, zasady opieki nad cewnikiem, w razie wystąpienia powikłań rozpoznanie ich i zapobieganie im, sposób kontaktu z lekarzem prowadzącym i zespołem żywieniowym, zasady podawania leków i odżywiania drogą doustną jeśli nie ma przeciwwskazań, zasady higieny osobistej, zasady utylizacji odpadów, zasady powiadamiania o nagłej hospitalizacji w innych placówkach medycznych;

- zapewnienie ciągłego kontaktu telefonicznego z pacjentem lub opiekunami;

- program badań kontrolnych zgodnie z terminarzem wizyt oraz według potrzeb w poradni prowadzącej leczenie pacjentów żywionych pozajelitowo w warunkach domowych lub domu pacjenta – co najmniej raz na kwartał. Świadczenie gwarantowane z zakresu żywienia

pozajelitowego w warunkach domowych (całkowite żywienie pozajelitowe), które zostało zastosowane w szpitalu jest kontynuowane w domu pacjenta jako procedura żywienia pozajelitowego w warunkach domowych. Zwykle pierwsza wizyta kontrolna w Poradni odbywa się po 3-4 tygodniach od wypisu, następnie wyznaczane są co 2-3 miesiące;

- dostarczanie preparatów, sprzętu i niezbędnych środków opatrunkowych do domu pacjenta. Sprzęt stosowany w żywieniu pozajelitowym w domu musi spełniać następujące wymogi: musi być dobrze znany chorym w zakresie umożliwiającym bezpieczne posługiwanie się nim, posługiwanie się sprzętem powinno być łatwe i powinno umożliwiać wykonanie wszystkich niezbędnych czynności przez jedną osobę, cewniki permanentne muszą być trwałe na tyle, aby można było je stosować codziennie przez okres kilku lat bez konieczności wymiany lub naprawy (udokumentowane bezawaryjne stosowanie 10 lat u jednego chorego), worki do żywienia pozajelitowego powinny być sterylizowane dwukrotnie w sposób wykluczający pozostawienie zanieczyszczeń (cząstki, drobnoustroje, zarodniki) należy przedstawić sposób sterylizacji oraz wyniki testów lub badań potwierdzających skuteczność sterylizacji i zachowania czystości w czasie zgrzewania worka, wszystkie elementy linii żylniej oraz zestawów do przygotowania mieszanin powinny zapewniać szczelność połączeń i aseptyczne posługiwanie się nimi. Worki pakowane razem z zestawem do przetoczeń powinny zapewniać zestaw do przetoczeń umożliwiający precyzyjne ustawienie szybkości wlewu metodą grawitacyjną i jej utrzymanie przez okres 18-20 godzin; ponadto powinien posiadać w komorze kroplowej filtr przeciwbakteryjny. Zamawiający, w celu zapewnienia możliwości należytego wykonywania świadczeń opieki zdrowotnej, za bezpieczne i optymalne rozwiązanie uznał, że wykonawca zapewni worki wraz z zestawem, który umożliwi precyzyjne ustawienie szybkości wlewu metodą grawitacyjną i jej utrzymanie przez okres 18-20 godzin;

- zapewnienie hospitalizacji w ośrodku prowadzącym leczenie żywieniowe przypadku podejrzenia lub wystąpienia powikłań oraz innych wskazań wymagających leczenia szpitalnego, pozostających w związku z leczeniem żywieniowym;

- transport pacjenta do ośrodka w celu badań lub hospitalizacji w przypadku wskazań do transportu medycznego.

Świadczenie gwarantowane z zakresu żywienia pozajelitowego w warunkach domowych (całkowite żywienie pozajelitowe) udzielane jest, jak już wskazano, osobie, która nie wymaga dalszej hospitalizacji, a jej stan zdrowia pozwala na bezpieczne leczenie w warunkach domowych. Pacjent, z powodu braku możliwości odżywiania drogą doustną lub dojelitową, w ilości wystarczającej do utrzymania przy życiu, wymaga podawania mieszaniny odżywczej drogą dożylną.

Zamówienie publiczne udzielane jest w celu zapewnienia Klinice Chirurgii Ogólnej i Żywienia Klinicznego odpowiednich warunków udzielania świadczeń zdrowotnych. Obecnie świadczenia gwarantowane z zakresu żywienia pozajelitowego w warunkach domowych

(całkowite żywienie pozajelitowe) udzielane są przez Poradnię dla Chorych Żywionych Pozajelitowo i Dojelitowo w Warunkach Domowych, która jest integralną częścią Kliniki Chirurgii Ogólnej i Żywienia Klinicznego. Zadaniem Poradni jest prowadzenie i monitorowanie żywienia pozajelitowego i dojelitowego w warunkach domowych.

Obecnie pod opieką Poradni znajduje się 260 chorych dorosłych żywionych pozajelitowo, oraz 250 chorych żywionych dojelitowo.

Mając a uwadze cel zawierania umowy, której dotyczy wniosek, opisany szczegółowo powyżej, oczywistym jest, że uchylenie zakazu zawarcia umowy uzasadnione jest koniecznością zagwarantowania ochrony zdrowia i życia ludzkiego. Przesłanka ta mieści się w kategorii tzw. „ważnych interesów publicznych”, o którym mowa m. in. w art. 22 Konstytucji RP. Prawo do ochrony zdrowia znajduje wyraz w Konstytucji Światowej Organizacji zdrowia, w świetle której „zdrowie jest stanem zupełnej pomyślności łącznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”, a „korzystanie z najwyższego, osiągalnego poziomu zdrowia jest jednym z podstawowych praw każdej istoty ludzkiej bez względu na rasę, religię, przekonania polityczne, warunki ekonomiczne lub społeczne”. Podobne stanowisko zajął polski Ustrojodawca, który podkreśla, że „każdy ma prawo do ochrony zdrowia” (art. 68 ust. 1 Konstytucji RP), a „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi” (art. 76 Konstytucji). Z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia (zob. wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03).

Zamawiający wskazał, że komentatorzy podkreślają, że przepis art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp nie precyzuje, ja należy rozumieć ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreśla się, że Krajowa Izba Odwoławcza na pewno powinna badać:

- czy skutki niezawarcia umowy mają rozmiar i doniosłość pozwalające przedłożyć je ponad prawo wykonawców do ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia;
- nie tylko sam interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, ale także ewentualne następstwa nieuzyskania przez niego zamówienia;
- rangę naruszeń ustawy zarzucanych zamawiającemu i zasadność twierdzeń w tym przedmiocie zawartych w odwołaniu; nawet ewentualne negatywne skutki dla interesu publicznego nie powinny stanowić podstawy uwzględniania wniosku zamawiającego w sytuacji szczególnie rażącego naruszenia prawa przez niego.

Odnosząc powyższe uwagi do okoliczności postępowania zamawiający stwierdził, że odwołujący podaje w odwołaniu, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy

odwołujący poniósł szkodę, bowiem w sytuacji dokonania odrzucenia oferty firmy Depol Sp. z o.o. oferta odwołującego, zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert, uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu.

Istota zarzutu, zdaniem zamawiającego, sprowadza się do stwierdzenia, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Jak wyjaśnił zamawiający, bezpodstawność zarzutu szczegółowo wyjaśnił w „Odpowiedzi na wezwanie do zmiany wyniku postępowania w zakresie Pakietów nr 1 oraz 13” z dnia 18 marca br.

Zamawiający podsumował uzasadnienie stwierdzeniem, że mając na uwadze powyższe, złożenie wniosku było konieczne i w pełni uzasadnione.

Do wniosku zamawiający załączył:

- informację z KRS, potwierdzającą umocowanie do działania w imieniu zamawiającego;
- załącznik nr 2 do SIWZ;
- załącznik nr 3a do SIWZ;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- odpowiedź na wezwanie do zmiany postępowania w zakresie Pakietów nr 1 oraz 13 z dnia 18 marca br.;
- zdjęcie próbki przedstawionej przez odwołującego;
- zdjęcie próbki przedstawionej przez Depol Sp. z o.o.;
- zdjęcie treści informacji, która dołączana jest przez Depol Sp. z o.o. do opakowania 20 sztuk korka, przekazywanego do pacjenta;
- zdjęcie opakowania z korkami firmy Depol Sp. z o.o., które są dostarczane do pacjentów;
- zdjęcie otwartego opakowania z korkami firmy Depol sp. z o.o., które są dostarczane do pacjentów;
- 2 odpisy wniosku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej „Pzp”. Z uwagi na powyższe, Izba rozstrzygając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który dotyczy odwołania wniesionego w dniu 18 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. Rozpoznanie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wywołane wniesionym odwołaniem i w odniesieniu do niego znajdują zastosowanie przepisy właściwe dla procedury odwoławczej.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 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.

Zamawiający we wniosku odnosił się do obu wskazanych podstaw prawnych.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie dokonuje oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Izba zważyła, że zamawiający nie wykazał, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Przepis został wprowadzony do Pzp w związku z sytuacjami, w których zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu wnoszenia kolejnych odwołań przez wykonawcę, który – sam nie mając szansy na uzyskanie zamówienia – blokował tę możliwość konkurentom. Odwołania takie były bezzasadne *prima facie* albo podlegały odrzuceniu. Sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Odwołanie wniesione przez odwołującego było pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie wniesione zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Brak było zatem podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy zaszły jednak przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Powołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem, skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego

Jeśli chodzi o kwestię dotyczącą definicji „interesu publicznego” Izba w całości popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w postanowieniach z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 55/20 oraz z dnia 15 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 25/21, w których Izba odniosła się do ww. pojęcia:

„Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego,
- ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób.

Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.”

W ocenie Izby przedmiot niniejszego wniosku dotyczył potrzeby ochrony zdrowia publicznego, zaprzestanie bowiem dostaw do apteki szpitalnej zamawiającego produktów leczniczych do żywienia pozajelitowego i dojelitowego mogłoby przełożyć się na zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów. Jak wynika z powyższego ochrona życia i zdrowia wpisuje się

w rozumienie pojęcia „interesu publicznego”. Izba doszła do przekonania, że zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu, którego dotyczył wniosek, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W tym zakresie Izba uznała za słuszną argumentację zamawiającego dla wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, którego podstawą prawną był art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Argumentacja zamawiającego została szeroko przytoczona powyżej, zatem skład orzekający stwierdził, że nie było potrzeby jej powielenia.

W dalszej kolejności Izba uznała, że niezawarcie w najbliższym czasie umowy na dostawę do apteki szpitalnej zamawiającego produktów leczniczych do żywienia pozajelitowego i dojelitowego mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, znacząco przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony innych interesów, które ewentualnie mogłyby doznać uszczerbku. W zakresie tych interesów należy w szczególności wskazać na interes ekonomiczny odwołującego. Niewątpliwie negatywne skutki dla interesu publicznego, dotyczące życia i zdrowia obywateli, przewyższają interes ekonomiczny odwołującego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 Pzp.

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

Przewodniczący: