

Sygn. akt: KIO/W 97/20

POSTANOWIENIE
z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 listopada 2020 r. wniosku z dnia 2 listopada 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed)” w zakresie części (pakietów) nr 2 i 4, ogłoszonym 7 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 069-163648

postanawia:
odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

2 listopada 2020 r. Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed)” przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 23 października 2020 r. przez J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D.(sygn. akt KIO 2727/20).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że odwołanie zostało wniesione po terminie i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Resculine Sp. z o.o. i Medline Sp. z o.o. (zwanych dalej „Konsorcjum”) w odniesieniu do pakietów nr 2 i 4, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego podniesione zarzuty naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą czynności Zamawiającego, o których Odwołujący został poinformowany 8 września 2020 r., w związku z czym przysługujący Odwołującemu termin na złożenie odwołania zaczął biec 8 września 2020 r. i, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, upłynął 18 września 2020 r. Dlatego obecne działanie podejmowane przez Odwołującego, który wcześniej nie był zainteresowany zakwestionowaniem wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wniósł odwołania w terminie do 18 września 2020 r., skutkuje uniemożliwieniem zawarcia umowy w zakresie części (pakietu) nr 2 i 4 postępowania i tym samym utrudnieniem lub uniemożliwieniem jej wykonania przez wykonawcę, z którym zostałyby podpisana umowa. Zgodnie bowiem z postanowieniem rozdziału VII pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 60 dni kalendarzowych od podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30 listopada 2020 r. Powyższy termin nie może zostać wydłużony z uwagi na potrzeby resortu obrony narodowej i procedury budżetowe. Mając na uwadze powyższe oraz trudności, jakie napotykają wykonawcy na etapie wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych z powodu pandemii COVID-19, opóźnienie w zawarciu umowy w ramach niniejszego postępowania w sposób bezpośredni spowoduje groźbę uniemożliwienia wykonania zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że nikt nie powinien czynić ze swojego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 5 Kodeksu cywilnego). Takie działanie uprawnionego nie powinno być traktowane jako wykonywanie prawa i nie powinno korzystać z ochrony. Krajowa Izba Odwoławcza nie powinna akceptować nadużywania środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że uzasadnione jest skorzystanie z uprawnienia z art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z działaniem Odwołującego skutkującym przedłużeniem postępowania, zaś brak zawarcia umowy w jak najszybszym terminie może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a w szczególności w dziedzinie bezpieczeństwa. Przedmiotem postępowania bowiem są indywidualne pakiety medyczne (IPMed), które stanowią indywidualne wyposażenie medyczne żołnierza i pracownika resortu obrony narodowej. Powyższy pakiet IPMed przeznaczony jest do udzielenia pierwszej pomocy przez niewykwalifikowanego pod kątem medycznym żołnierza, szczególnie w zakresie urazów pola walki i postępowania przedszpitalnego, w ramach „samopomocy” lub „pomocy koleżeńskiej”.

Negatywne skutki dla interesu publicznego w zakresie bezpieczeństwa przejawiają się w tym, że przedłużanie czasu trwania postępowania odwoławczego niesie znaczące ryzyko niezrealizowania na czas dostaw zestawów ratownictwa medycznego (IPMed), które są potrzebne w szczególności dla żołnierzy służących na misjach zagranicznych. Skutkiem opóźnienia lub uniemożliwienia dostawy będzie pozbawienie żołnierzy podstawowych i bezpośrednich środków ratujących życie i zdrowie żołnierzy. Brak odpowiednich środków osłabia zdolności obronne żołnierzy i naraża ich na utratę zdrowia i życia. Jest to szczególnie niebezpieczna sytuacja dla żołnierzy służących na misjach zagranicznych, dla których ryzyko niebezpieczeństwa jest realne. Żołnierze na misjach zagranicznych codziennie są narażeni na ataki napastników powodujące rany postrzałowe i inne obrażenia zagrażające życiu i zdrowiu. Powyższe okoliczności wskazują na konieczność szybkiego rozpoczęcia realizacji zamówienia. Bezsprzecznie powyższe cele stanowią również interes publiczny w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakikolwiek przedłużanie postępowania, w tym oczekiwanie na zakończenie postępowania odwoławczego, uniemożliwi realizację zamówienia w terminach przewidzianych zakresem zamówienia i budżetem.

Działanie Odwołującego, który nie skorzystał ze środka ochrony prawnej w terminie 10 dni od uzyskania wiedzy o wyborze oferty Konsorcjum (tj. do 18 września 2020 r.), jest sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Przedstawione powyżej negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo braku doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Trudno uznać, że ochrona interesów Odwołującego jest ważniejsza aniżeli interes publiczny, w sytuacji, gdy nie był on zainteresowany uzyskaniem zamówienia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej z 8 września 2020 r. Bez wątpliwości takie działanie nie zasługuje na ochronę, gdyż jest nadużyciem przysługującego prawa.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin realizacji zamówienia upływa najpóźniej 30 listopada 2020 r. Tym samym zakaz zawarcia umowy spowodowany wniesieniem odwołania utrudni wykonawcy, który uzyska zamówienie, należyte wykonanie umowy, a Zamawiającego pozbawi bezpośrednich środków ratujących życie i zdrowie. Interes publiczny z art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przemawia za tym, aby umowę zawrzeć. 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.

Z powyższych powodów, w przekonaniu Zamawiającego, zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia takiej umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie – skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania Zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla finansów publicznych. Jako wyjątek art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie 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.

Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony ww. interesów.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał w niniejszym przypadku, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia.

Główny argument Zamawiającego odnosi się do wniesienia odwołania po terminie, tj. niezakwestionowania czynności Zamawiającego z 8 września 2020 r. w postaci odwołania

wniesionego przez Odwołującego (odwołanie takie wniósł inny z wykonawców biorących udział w postępowaniu). Jednak Zamawiający czynność tę unieważnił 22 września 2020 r. (co spowodowało wycofanie ww. odwołania) i następnie dokonał nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – 13 października 2020 r., od której to czynności zostało wniesione odwołanie.

Tym samym to Zamawiający poprzez swoje czynności (bez istotnego znaczenia, czy słuszne, czy też nie), doprowadził do sytuacji, w której wybór oferty najkorzystniejszej został przedłużony do 13 października 2020 r., co otworzyło wykonawcom kolejną możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej.

Sama zaś wskazywana przez Zamawiającego konieczność dostawy indywidualnych pakietów medycznych do 30 listopada 2020 r., jak też sytuacja związana z występowaniem wirusa COVID-19, nie jest nową okolicznością, która pojawiła się w październiku czy listopadzie 2020 r. i była znana Zamawiającemu, czy też powinna być mu znana, już na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego. Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności przedstawione w uzasadnieniu wniosku nie są wystarczającą podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo, w przedmiotowej sprawie termin posiedzenia Izby został wyznaczony na 10 listopada 2020 r., o czym Zamawiający został poinformowany 2 listopada 2020 r., przed doręczeniem do Izby wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W złożonym wniosku Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób wyznaczony termin rozpoznania odwołania może wpłynąć negatywnie na interes publiczny. Zamawiający jest zobowiązany do bieżącego zapewnienia przedmiotowych dostaw, jednak nie uzasadnia to zawarcia umowy bez weryfikacji jej poprawności przez Izbę, zwłaszcza że ustawa Prawo zamówień publicznych daje Zamawiającemu odpowiednie środki prawne do prawidłowego bieżącego funkcjonowania.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, czy to zarządzając majątkiem publicznym, czy to wykonując swoje zadania ustawowe, powinien odpowiednio planować swoje działania, m.in. przeprowadzając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze stosownym wyprzedzeniem oraz w sposób nie powodujący przewlekłości postępowania przetargowego – na kwestię tę Izba, jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwracali uwagę już wielokrotnie.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: