

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 czerwca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 24 czerwca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o., os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków,

postanawia:

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

U z a s a d n i e n i e

Pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o., os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Roboty budowlano - instalacyjne polegające na modernizacji pomieszczeń Oddziału Neurologii i Udarów Mózgu z Pododdziałem Udarów Mózgu wraz z pomieszczeniami”, numer referencyjny: 128/ZP/2021.

Uzasadniając wniosek zamawiający wskazał, że: „obecny stan techniczny oddziału jest jednym z najgorszych na terenie całego szpitala. Nie zapewnia on standardów jakie w procesie leczenia i rehabilitacji powinny być pacjentom zapewnione, w szczególności biorąc pod uwagę poszanowanie praw pacjenta do godności, odpowiednich warunków sanitarnych etc. co w procesie całego leczenia i komfortu pacjentów często niepełnosprawnych, wymagających pomocy przy bieżących czynnościach życia codziennego jest niezwykle istotne. Oddział

neurologii nie była od początku istnienia szpitala nigdy remontowana, tj. od 1986 roku. Warunki tam panujące w żadnej mierze nie są dostosowane do obecnego postępu medycyny, jak również do prowadzonych w nim obecnie innowacyjnych i nowoczesnych metod leczenia. (...)

Z uwagi na fakt, że znaczny odsetek pacjentów neurologicznych obciążonych jest dysfunkcjami narządu ruchu, zaburzeniami w orientacji i koordynacji konieczne jest skumulowanie zaplecza opieki neurologicznej (w tym programów lekowych i rehabilitacji) w jednym miejscu, aby ograniczyć uciążliwe dla nich przemieszczanie się (część pomieszczeń dla pacjentów objętych programami tekowymi w leczeniu SM zlokalizowanych jest aktualnie na XI piętrze budynku). W tym celu zakłada się przeniesienie oddziału Neurologii i Udarów Mózgu z leczeniem i rehabilitacją SM na XI piętro budynku szpitalnego, gdzie po adaptacji dwóch segmentów B1 i B3 o pow. ok. 2 000 m² możliwe będzie zorganizowanie kompleksowej opieki neurologicznej. Pozwoli to także istotnie poprawić warunki pobytowe pacjentów (pokoje 2 osobowe każdy z węzłem sanitarnymi dostosowanym do potrzeb pacjentów z niepełnosprawnościami) oraz realizacji świadczeń medycznych (lokalizacja w jednym miejscu i rozdział funkcjonalny pracowni EEG, EMG, USC, EKG oraz pokoi konsultacyjnych logopedy i psychologa). Dzięki zwiększeniu powierzchni Zamawiający uzyska dodatkowe zaplecze do rozwoju programów lekowych oraz opieki koordynowanej (dodatkowe pokoje diagnostyczne, pokoje do wlewów, sala do rehabilitacji dziennej). Poprawie ulegną także warunki opieki nad pacjentami wymagającymi stałego monitoringu oraz izolacji w związku z charakterem schorzenia/przebiegiem terapii (pacjenci z udarami, pacjenci poddawani wlewom dożylnym/ wiewom do kanału łądźwiowego w programach tekowych, poddawani przetoczeniom immunoglobulin/plazmaferezie w leczeniu chorób neurologicznych, pacjenci z chorobami zakaźnymi na tle neurologicznym oraz z podejrzeniem zakażenia COVID-19). Taka organizacja opieki zapewni jej kompleksowość oraz zoptymalizuje warunki pracy i opieki nad najczęściej chorymi i niepełnosprawnymi pacjentami. (...)

Ponadto przewidywana przedłużona procedura definitywnie pozbawi zamawiającego środków na sfinansowanie inwestycji gdyż Zamawiający nie posiada środków własnych, które mógłby przeznaczyć na rzeczona inwestycję. Inwestycja ma być bowiem sfinansowana z dotacji poczynionej przez Województwo Małopolskie, w imieniu którego działa Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego. Warunkiem skorzystania z dofinansowania jest wydatkowanie otrzymanych środków do dnia 31 grudnia 2021 roku, a więc w zasadzie niemożliwym jest dalsze procedowanie bez negatywnych konsekwencji dla realizacji, które będą skutkować z prawdopodobieństwem graniczącym pewnością z koniecznością rezygnacji Zamawiającego z realizacji przedmiotowej inwestycji.

Niezrealizowanie inwestycji w zakładanym terminie (do 30 listopada 2021 roku - na chwilę obecną również brak przesłanek wynikających z p.z.p. uzasadniających zmianę terminu umowy) spowoduje utratę dofinansowania, które wynosi 5,95 mln zł. Zamawiający zobowiązał

się do realizacji Projektu m.in. w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy, który stanowi integralną część umowy. Zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego wymagają zgody Lidera (Województwa Małopolskiego). Zamawiający ponosi przy tym pełną odpowiedzialność za prawidłowość realizacji Projektu oraz wypełnianie obowiązków, które wynikają z umowy o dofinansowanie, w zakresie zadań przypisanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Konsekwencje realizacji umowy o dofinansowanie niezgodnie z jej postanowieniami może spowodować daleko idącą odpowiedzialność Zamawiającego. Warto zauważyć, iż Projekt ma na celu poprawę dostępności publicznych usług medycznych dla mieszkańców województwa małopolskiego. Brak realizacji Projektu w terminie wyznaczonym w harmonogramie powoduje, iż cel ten nie może być osiągnięty w zakładanym czasie, co jest sprzeczne z interesem publicznym. Ochrona zdrowia publicznego ma swoje miejsce w Konstytucji RP. Zgodnie z art. 68 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Zakup sprzętu w ramach realizacji Projektu niweluje nierówności, które niewątpliwie istnieją w zakresie ochrony zdrowia. Warto dodać, iż niezawarcie umowy i brak realizacji Projektu w terminie, może mieć daleko idące konsekwencje dla Zamawiającego, gdyż może spowodować utratę finansowania Projektu, a tym samym cel, jakim jest ochrona zdrowia publicznego nie zostanie osiągnięty.

Analizując także przesłankę dopuszczalności uchylenia zakazu zawarcia umowy tj. analizę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a chodzi tutaj przede wszystkim o interes odwołującego się, należy zauważyć, iż korzyści jakie mogą być osiągnięte na płaszczyźnie publicznej są niewspółmiernie bardziej istotne j przewyższają interes „prywatny” jaki należałoby przypisać odwołującemu się. Korzyści dla interesu publicznego to w szczególności:

- lepszy dostęp do usług medycznych,
- wydajniejsza i bardziej komfortowa praca personelu medycznego,
- dostęp do nowoczesnego i bezpieczniejszego sprzętu,
- zwiększenie dostępności i powszechności usług medycznych,
- poprawa jakości zdrowia lokalnej populacji.

Korzyści podmiotów, wobec których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku to jedynie: osiągnięcie zysku, którego utrata - uwzględniając skalę działalności odwołującego się oraz jego wcześniejsze działania - stanowi niewielki uszczerbek.

Szpital zaś ze względu na trudną sytuację ekonomiczną wywołaną w dużej mierze przez trwającą od ponad roku epidemię nie ma i w najbliższej przyszłości nie będzie posiadał środków własnych umożliwiających zrealizowanie takiej inwestycji (fakt bezsporny). Modernizacja oddziału dzięki realizacji dofinansowania jest jedyną szansą, która pozwala w znaczący sposób podwyższyć jakość świadczonych usług medycznych. Mając na względzie

sytuację finansową Zamawiającego i możliwość znacznego dofinansowania remontu oddziału będącego przedmiotem postępowania przetargowego ze środków zewnętrznych, jest to jedyna szansa Szpitala na jego wykonanie.

Korzystne rozstrzygnięcie KIO dla Odwołującego mogłoby spowodować, że koniecznym byłoby powtórzenie postępowania przetargowego, co niesłoby za sobą rażąco negatywne skutki dla Zamawiającego. Po pierwsze jak wskazywano powyżej, Zamawiający nie dysponuje takimi środkami pieniężnymi, a konieczność powtórzenia procedury przetargowej spowodowałaby utratę całości dofinansowania, zatem Zamawiający w ogóle nie mógłby sobie pozwolić na wykonanie modernizacji oddziału, co w świetle przedstawionej dokumentacji fotograficznej jawi się jako szczególnie pilne i istotne.

Ponadto poddając analizie drugą przesłankę tj. uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie uniemożliwienia zawarcia umowy w ocenie Zamawiającego, wprost potwierdza to analiza oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący złożył najwyższą ofertę z czterech zgłoszonych wg kryterium ceny (jedynego jako kryterium oceny ofert). opiewającą na kwotę 8.987.175,72 zł. (...)

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 6.482.916,52 zł brutto, zaś dofinansowanie ze środków zewnętrznych wynosi 5.950.000.00 zł. Zatem wyłącznie Wykonawca wyłoniony w przetargu zaoferował cenę możliwą do zaakceptowania przez Zamawiającego, wszystkie pozostałe oferty były przekroczone. Z całą stanowczością należy przy tym podkreślić, iż gdyby Zamawiający nie wybrał oferty wskazanej w pkt 1, to nie wybrałby również oferty Odwołującego, choćby z tej przyczyny że musiałby z własnych środków przeznaczyć na sfinansowanie inwestycji kwotę 3.037.175,72 zł, a środkami takimi nie dysponuje i nie zabezpieczył takiej kwoty w swoim budżecie na ten cel. (...).”

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 577 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Z kolei art. 578 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, iż:

1. Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.
2. 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.

Z powołanych wyżej przepisów wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

Wykazanie zasadności uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga przedstawienia nie tylko określonych okoliczności faktycznych związanych z zamówieniem, ale również związku przyczynowo-skutkowego między tymi okolicznościami a negatywnymi skutkami zakazu zawarcia umowy dla interesu publicznego. Innymi słowy, niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego konkretnych okoliczności faktycznych wynikających z niemożności zawarcia umowy i ich konkretnego negatywnego wpływu na interes publiczny. Dodatkowo zamawiający musi także wykazać, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich innych interesów, przede wszystkim interesów wykonawców, którzy w wyniku ewentualnego zawarcia przez zamawiającego umowy przed rozstrzygnięciem Izby, tracą możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, że ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że postępowanie dotyczy zamówienia na modernizację pomieszczeń Oddziału Neurologii i Udarów Mózgu z Pododdziałem Udarów Mózgu, gdzie niewątpliwie ratuje się życie i sprawność ludzką, a brak wykonania zamówienia spowoduje takie negatywne konsekwencje jak: ograniczony dostęp do nowoczesnego sprzętu, który w ramach modernizacji będzie mógł być zainstalowany w pomieszczeniach szpitala, mniej wydajna praca personelu medycznego, który nie będzie mógł korzystać z ww. sprzętu, a w efekcie – mniejszy dostęp pacjentów do świadczeń medycznych, które w przypadku pacjentów neurologicznych, częstokroć są niezbędne do ratowania życia i funkcjonowania w życiu codziennym. Już tylko na marginesie, należy dodać, że negatywną konsekwencją niewykonania zamówienia byłby też zdecydowanie mniejszy komfort przebywania pacjentów na oddziale.

Tym samym interes publiczny w niniejszym postępowaniu dotyczy bezpośrednio ochrony zdrowia publicznego, co oznacza, że negatywne skutki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przełożą się na zdrowie pacjentów.

Po drugie, należy wziąć pod uwagę stan faktyczny zaistniały w niniejszym postępowaniu. W postępowaniu tym złożono cztery oferty, a odwołujący zakwestionował w odwołaniu stawki podatku VAT w ofertach znajdujących się w rankingu ofert na pierwszych trzech miejscach (jego oferta znajduje się na czwartym miejscu rankingu). Cena oferty odwołującego przewyższa kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie jest w stanie samodzielnie sfinansować ww. zamówienia za tę cenę. Natomiast niewykonanie zamówienia w terminie do 30.11.2021 r. spowoduje utratę dofinansowania. Od tego dofinansowania zależy natomiast, czy zamówienie w ogóle będzie mogło być realizowane.

Co do zasady, możliwość utraty dofinansowania nie jest uznawana za samodzielną przesłankę wystarczającą do uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Jednakże w przedmiotowej sprawie, utrata tego dofinansowania całkowicie pozbawi zamawiającego możliwości wykonania zamówienia, które jest niezbędne do ratowania życia ludzkiego i sprawności pacjentów neurologicznych, a jednocześnie ewentualnie korzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie Izby nie będzie skutkowało uzyskaniem przez odwołującego zamówienia. W takiej bowiem sytuacji zamawiający z przyczyn finansowych nie będzie mógł udzielić odwołującemu zamówienia, a jedynie będzie zmuszony unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast zasadność wszczęcia nowego może okazać się bezcelowa wobec braku dofinansowania.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, jakim niewątpliwie jest życie i zdrowie ludzkie. Jednocześnie ww. negatywne skutki przewyższają korzyści, jakie ewentualnie może zyskać odwołujący, zwłaszcza w kontekście konieczności unieważnienia postępowania z uwagi na cenę oferty odwołującego przekraczającą środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia i ryzyko nieudzielenia zamówienia w najbliższej przyszłości w ogóle z powodu utraty przez zamawiającego dofinansowania. Spełnione zatem zostały przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: