

POSTANOWIENIE

z dnia 28 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 czerwca 2022r. w Warszawie wniosku **przez zamawiającego:** Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Chełmie, ul. Ceramiczna 1 z dnia 24 czerwca 2022r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wskutek odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i K.G. i Z.G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z.G. i K.G.** w postępowaniu o udzielenie **zamówienia publicznego na:** Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu wszczętego ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 084-227840 z dnia 29.04.2022 r.

postanawia:

umorzyć postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 084-227840 z dnia 29.04.2022 r.

W dniu 13 czerwca 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i K.G. i Z.G. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej Gomi Z.G. i K.G. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia czerwca 2022 r. udzielonego przez obu współników spółki cywilnej, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z umowy spółki. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 13 czerwca 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) 239 ust. 1 i 2 w zw. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść tejże oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy treść tejże oferty jest niejednoznaczna i budzi wątpliwości, a owa niejednoznaczność i ww. wątpliwości mogły zostać usunięte przed wyborem ww. oferty jako najkorzystniejszej, gdyby zamawiający zwrócił się do wykonawcy Niro o stosowane wyjaśnienia;

2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez wadliwą ocenę oferty wybranego wykonawcy polegającą na uznaniu przez zamawiającego, że treść oferty wybranego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia oraz z Ustawą i nie wymaga wyjaśnienia, podczas gdy oświadczenia wybranego wykonawcy, co do treści jego oferty, budzą co najmniej wątpliwości, czy:

a) wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia zgodną w warunkami i zasadami określonymi w SWZ, w tym w szczególności, czy wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia wraz z wybraną przez siebie infrastrukturą (instalacją gazową), która to infrastruktura nie jest udostępniana przez zamawiającego;

b) wybrany wykonawca rozpocznie realizację zamówienia na zasadach określonych w SWZ w terminie oznaczonym w SWZ;

3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1, art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy przez zaniechanie powzięcia wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę i zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny mimo, że zamawiający - w związku z oświadczeniami złożonymi przez wybranego wykonawcę, - powinien być powziąć wątpliwości, czy zaoferowana przez tegoż wykonawcę cena umożliwia

realizację zamówienia zgodnie z warunkami, ustalonymi w dokumentacji postępowania oraz nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający w szczególności powinien powziąć wątpliwości, czy:

- a) cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę uwzględnia odpowiednie koszty:
 - i. odkupu lub montażu instalacji gazowej, wybranej przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia;
 - ii. energii niezbędnej do wytworzenia posiłków;
 - iii. wyposażenia kuchni w kotły i piece tj. koszty infrastruktury, niezbędnej do realizacji zamówienia, które to koszty przyjęte przez wybranego wykonawcę do obliczenia ceny ofertowej, mogą być zaniżone względem warunków zamówienia,
- b) ilość żywionych osób, przyjęta przez wybranego wykonawcę do ustalenia ceny za realizację zamówienia jest zgodna z warunkami zamówienia; i z uwagi na powyższe powinien być wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny.

4) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej tj.:

- a) wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, której:
 - i. treść budzi wątpliwości, co do zgodności z warunkami postępowania i Ustawą;
 - ii. której cena budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
- b) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty odwołującego i wybór, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez innego wykonawcę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wezwanie wykonawcy Niro do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia;
- 3) wezwanie wykonawcy Niro do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny;
- 4) ocenę ww. wyjaśnień i - w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia wątpliwości, o których mowa powyżej - odrzucenie oferty wykonawcy: jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia lub Ustawą lub zawierającej rażąco niską cenę;
- 5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 24 czerwca 2022 r. zamawiający złożył trzeci w kolei wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w którym podniósł argumenty odnoszące się do negatywnych skutków dla interesu publicznego faktu niezawarcia umowy, jak również wskazał na to, że jego ocenie odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Podniósł, że poprzednie postępowanie ogłoszone w dniu 28 lutego 2022 r. zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej

oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2022 r. ogłosił kolejne postępowanie dochowując tym samym należytej staranności w zachowaniu ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych.

W przedmiotowym postępowaniu w terminie wyznaczonym do składania ofert, tj. w dniu 20 maja 2022 r. zamawiający otrzymał trzy oferty, spośród których ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca Niro sp. z o. o. z siedzibą w Lubinie przy ul. Ścinawskiej 37.

Wymieniony wykonawca pismem z dnia 26 maja 2022 r. poinformował zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena może nie zawierać wszystkich elementów kosztowych wykonania zamówienia. Zamawiający, działając zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, wezwał w dniu 30 maja 2022 r. wykonawcę firmę Niro Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z wniesionym pismem.

W odpowiedzi na wezwanie firma Niro Sp. z o. o. poinformowała zamawiającego, o tym że analizując sytuację zamawiającego już po otwarciu ofert:

cyt. „pozyskała” informację, że instalacja gazowa kuchni nie jest własnością zamawiającego, tylko dotychczasowego wykonawcy, zaś przygotowanie infrastruktury do rozpoczęcia usługi może napotkać trudności;

cyt. „powzięła” informację, że zamiast deklarowanych przez Szpital 72 dodatkowych łóżek w planowanym do otwarcia pawilonie D, faktycznie będzie tak, że do nowego budynku zostaną jedynie przeniesione oddziały już istniejące, bez zwiększenia ilości osobodni;

cyt. „uzyskała” informację na temat problemów płatniczych zamawiającego, co spowodować może zagrożenie płynnego regulowania płatności za usługę żywienia, a tym samym dodatkowo obciążać budżet wykonawcy.

Po analizie wyjaśnień wykonawcy zamawiający uznał, że nie wnoszą one niczego istotnego do sprawy, ponieważ wymagania dotyczące wykonywania usługi są jasno i precyzyjnie sformułowane w dokumentach zamówienia i zawierają wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny, a argumenty zawarte w piśmie są nieprawdziwe.

Dodatkowo, wykonawcy skorzystali z uprawnień dotyczących wyjaśnienia wątpliwości treści SWZ i otrzymali wyczerpujące odpowiedzi. Zamawiający wyraźnie i szczegółowo opisał w specyfikacji warunków zamówienia sposób obliczenia ceny oferty, nie żądając od wykonawców podawania elementów składowych kalkulacji ceny (koszty produktów spożywczych, wybór technologii przygotowywania posiłków, itp.), jedynie cenę osobodnia.

Kwestia kalkulacji ceny, doboru technologii i instalacji oraz sprzętu niezbędnego do prawidłowej realizacji usługi jest obowiązkiem wykonawcy, a nie zamawiającego. Zatem pismo złożone przez wykonawcę w żaden sposób nie wpływa na treść złożonej w dniu 20 maja 2022 r. oferty.

Podkreślił, że wykonawca składając ofertę złożył oświadczenie, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z zasadami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz załącznikach stanowiących jej integralną część, przyjmując tym samym ryzyko prawidłowego obliczenia ceny oferty.

Zamawiający wskazał, że jest publicznym podmiotem leczniczym realizującym zadania na rzecz ochrony i poprawy stanu zdrowia, w szczególności poprzez udzielanie świadczeń zdrowotnych. Szpital w Chełmie jest jedynym szpitalem zapewniającym świadczenia zdrowotne dla ponad 142 tysięcznej populacji w promieniu 50 km.

Obecnie w Szpitalu przebywa 445 pacjentów, wśród których znajdują się pacjenci w stanie zagrażającym życiu, m.in. 7 pacjentów w Oddziale Anestezjologii i Intensywnej Terapii, 83 pacjentów niesamodzielnych w zakładach opieki długoterminowej, 55 pacjentów w Centrum Zdrowia Psychicznego, ponadto pacjenci kardiologiczni po zawałach i operacjach kardiologicznych oraz pacjenci po zabiegach operacyjnych i położnice z noworodkami.

Szpital w Chełmie zapewnia leczenie w zakresie ostrych zespołów wieńcowych (zawał serca), w których decydujące znaczenie ma „złota godzina”, czyli pierwsze 60 minut od czasu wystąpienia objawów do udzielenia fachowej, medycznej pomocy. To czas, który decyduje o powikłaniach zawału. Kolejne pracownie hemodynamiki znajdują się w oddalonych o ok. 60 km Zamościu i ok. 70 km Lublinie. W sytuacji braku dostępu do fachowej pomocy w Szpitalu w Chełmie pacjenci z rejonu Włodawy czy Hrubieszowa zostaną pozbawieni świadczenia ratującego życie.

Szpital w Chełmie zapewnia hospitalizacje w oddziale chorób zakaźnych, co jest szczególnie ważne w czasie trwającego stanu zagrożenia epidemiologicznego.

Brak udzielania świadczeń zdrowotnych wiąże się z poważnymi konsekwencjami.

Po pierwsze wskazał, że w myśl ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w pojęciu świadczeń opieki zdrowotnej mieści się świadczenie zdrowotne, świadczenie zdrowotne rzeczowe, jak również świadczenie towarzyszące (art. 5 pkt 34). Zgodnie z art. 5 pkt 38 wyżej wymienionej ustawy, świadczeniem towarzyszącym jest zakwaterowanie i wyżywienie w podmiocie leczniczym. Niedopełnienie obowiązku zapewnienia świadczeń towarzyszących jest naruszeniem przepisów w zakresie udzielania świadczeń w rodzaju leczenia szpitalne, co jest równoznaczne z zaprzestaniem udzielania tych świadczeń. Konsekwencją zaprzestania udzielania świadczeń jest utrata finansowania z NFZ, a więc również brak możliwości zapłaty już istniejących zobowiązań a w szczególności wynagrodzeń pracowniczych.

Odwołanie może mieć katastrofalny skutek dla bezpieczeństwa pacjentów przebywających w Szpitalu, szczególnie tych, którzy znajdują się w stanie zagrażającym życiu oraz niesamodzielnych.

Po drugie brak zapewnienia ciągłości podawania posiłków będzie skutkować ewakuacją pacjentów do innego szpitala, w którym usługa żywienia realizowana jest bez zakłóceń.

Z uwagi na pacjentów w ciężkim stanie, jest to sytuacja, do której nie można dopuścić. Przeprowadzenie ewakuacji pacjentów do innych podmiotów leczniczych jest niemal niewykonalne, z uwagi na trudność zorganizowania transportu dla tak dużej liczby pacjentów leżących oraz w stanie zagrożenia życia, nawet przy zaangażowaniu koniecznych środków z całego województwa. Zwłaszcza, że w obecnej sytuacji nie ma żadnego zagrożenia dla pacjentów, poza przyszłym brakiem wyżywienia, aby narażać ich zdrowie i

Ochrona dobra pacjentów, ich bezpieczeństwa, życia i zdrowia jako dobra najwyższego jest koronnym argumentem przemawiającym za uchyleniem zakazu zawarcia umowy na świadczenie usług żywienia pacjentów.

Po trzecie, w przedmiotowej sprawie zachodzi prawdopodobieństwo, że wniesione w dniu 13 czerwca 2022 r. odwołanie, ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Zdaniem zamawiającego opisane okoliczności potwierdzają taki wniosek.

Wykonawca firma Niro Sp. z o. o. zawarł w wyjaśnieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. sformułowania wskazujące na pozyskanie informacji po otwarciu ofert, co znacząco uprawdopodobnia stwierdzenie, że w sposób celowy przekazano wykonawcy informacje, które wprowadziły go w błąd i skutkowały powzięciem wątpliwości dotyczących prawidłowej kalkulacji ceny oferty.

Treść wskazanych wątpliwości została przekazana w sposób zmanipulowany, aby wykonawcę celowo wprowadzić w błąd, oraz aby takie wątpliwości powziął. Za powyższym przemawia fakt, że podniesione w wyjaśnieniu z dnia 1 czerwca 2022 r. stwierdzenia nie dotyczą tylko przedmiotowego postępowania i zapisów SWZ, ale również sytuacji finansowej zamawiającego oraz jego planów rozwoju działalności. Sugerują wprost, że zamawiający w dokumentach zamówienia podał nieprawdziwe informacje wyłącznie w celu uzyskania najkorzystniejszej oferty. Podnieść również należy, że w poprzednim postępowaniu prowadzonym na takich samych zasadach jak przedmiotowe, sytuacja finansowa zamawiającego oraz jego zamierzenia nie budziły wątpliwości u wykonawców.

Takie działanie stanowi zatem czyn zabroniony i jest nakierowane wyłącznie na chęć osiągnięcia korzyści. Zdaniem zamawiającego Szpital, mimo dołożenia wszelkiej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania, jest ofiarą w bezkompromisowej walce pomiędzy wykonawcami w celu uzyskania przez nich zamówienia.

Po czwarte, w niniejszej sprawie zachodzi znikome prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego, ponieważ zaoferowana przez niego cena znacząco przekracza budżet zamawiającego.

Dodatkowo zamawiający podniósł, że Szpital nie może sobie pozwolić na kolejne zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia 0 3 237 205,25 zł. tj. do kolejnej oferty w kolejności. W pierwszym postępowaniu, kwota przekraczała możliwości szpitala 0 7 176

287,61 mln zł. W drugim postępowaniu 0 868 044,67 zł. Zamawiający zwiększył kwotę przeznaczoną do wysokości najkorzystniejszej oferty. Jednak kolejne zwiększenie nie jest możliwe z uwagi na brak zabezpieczenia finansowego. W 2022 roku wartość zawartych umów z NFZ zwiększyła się o 4,5% tj. o kwotę 1 247 958,45 zł.

Szpital ma takie same problemy wynikające z inflacji i oczekiwań płacowych jak przedsiębiorcy, jednak nie ma możliwości zwiększenia marży na sprzedaży, aby zapewnić sfinansowanie wszystkich oczekiwań.

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.

Zamawiający wskazał, iż maksymalny termin wyznaczenia terminu rozprawy wynikający z ustawy PZP wykracza poza okres aktualnego zapewnienia wyżywienia dla pacjentów. Istnieje zatem pilna konieczność zawarcia umowy, gdyż w wyniku bezprzedmiotowych działań odwołującego nie jest możliwe przeprowadzenie kolejnego (trzeciego) postępowania przed upływem terminu obowiązywania aktualnej umowy, tj. przed 5 lipca 2022 r.

Zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu, zarówno w pierwszym, jak i w drugim postępowaniu. Podejmowanie działania przez potencjalnych wykonawców mogą trwać jeszcze kilka miesięcy, a w świetle obowiązujących przepisów zaskarżając każdą czynność zamawiającego mogą nie dopuścić do zawarcia umowy i sparaliżować funkcjonowanie Szpitala.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 28 czerwca 2022 r.

W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 28 czerwca 2022r. po przeprowadzeniu rozprawy Izba wydała orzeczenie kończące postępowanie w sprawie. Termin na wydanie uchwały w przedmiocie wniosku upływał w dniu 29 czerwca 2022 r. Do czasu wydania orzeczenia wnioski o uchylenie zakazu nie zostały rozpoznane.

W tym stanie rzeczy niniejszym postanowieniem na mocy art.578 ust.5 pkt 1) ustawy Izba umarza postępowanie, ponieważ dalsze postępowanie o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest zbędne w związku z ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku.

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

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie

przysługuje skarga.

Przewodniczący: