

Sygn. akt: KIO 2700/23

WYROK
z dnia 2 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie

przy udziale wykonawców Konsorcjum: EVER Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EVER Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakłada na Zamawiającego karę finansową w wysokości 7.000 złotych (słownie: siedem tysięcy złotych).
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 złotych tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie na rzecz Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 11.100 złotych (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2700/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, dalej: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn. „Wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ”. Numer referencyjny: ZP/AM/23/2023, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2023 r. pod numerem 2023/S 168-526540.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, dalej: „Odwołujący” w dniu 12 września 2023 r. wniesli odwołanie na zaniechanie czynności przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany

na podstawie ustawy oraz na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez wszczęcie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła przesłanka, którą Zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 5 wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby

konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł (i w okolicznościach niniejszej sprawy) powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym;

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. ogłoszenia o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługi wykonania czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie ogłoszonego w witrynie TED 130291-2023-PL, na fakt wszczęcia przez Zamawiającego postępowania w trybie konkurencyjnym na usługi utrzymania czystości;
2. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013, sygn. akt KIO 1485/23 celem wykazania faktu odrzucenia oferty konsorcjum Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o.;
3. umowy Nr 61/2023 celem wykazania faktu zawarcia przez Zamawiającego umowy z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia umowy nr 61/2023 z dnia 25 sierpnia 2023 r. zawartą przez Zamawiającego z Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning Sp. z o.o. w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy, ewentualnie o orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w trybie z wolnej ręki.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 3 marca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku

z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie”.

W dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawarł z Konsorcjum firm: Ever Medical Care sp. z o.o. z/s w Warszawie oraz Ever Cleaning sp. z o.o. z/s w Warszawie.

Umowę nr 61/2023 w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W ocenie Odwołującego ww. czynność Zamawiającego stanowiła naruszenie Prawa Zamówień Publicznych.

Zamawiający naruszył przepisy Pzp przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp i zawarcie Umowy.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp: Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli - ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zamawiający winien zatem wykazać kumulatywne istnienie przesłanek określonych w tym przepisie, aby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było działaniem prawidłowym:

- zaistniała wyjątkowa sytuacja,
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżały po stronie zamawiającego,
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie istniała podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nie zostały wykazane co najmniej następujące przesłanki: zaistnienie wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było przewidzieć.

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 9 maja 2019 r. (KIO/KD 39/19) - zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.).

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 115/14 - cechą wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych i niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

Zamawiający nie wykazał, żadnej nadzwyczajnej sytuacji, która uzasadniałaby zawarcie umowy w trybie niekonkurencyjnym. Zamawiający w piśmie z dnia 31 sierpnia 2023 roku nie wskazał uzasadnienia faktycznego udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W dniu 3 marca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia w przedmiocie wykonywania czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie.

W toku tego postępowania przetargowego w dniu 16 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił

o wyborze oferty Konsorcjum firm:

1) Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum. Wybór ten został zaskarżony przez Odwołujących. Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2023 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołujących i nakazała odrzucenie oferty Konsorcjum: Ever Medical Care sp. z o.o. i Ever Cleaning sp. z o.o. Powyższy wyrok nie został zaskarżony przez Zamawiającego, co oznacza, że Zamawiający zgodził się z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej. Mimo, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający powinien odrzucić ofertę w/w Konsorcjum i dokonać ponownej oceny ofert (tj. oferty Odwołującego). Zamawiający nie wykonuje wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamiast tego zawiera umowę z Konsorcjum, którego ofertę Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucić. Skoro Zamawiający nie kwestionował rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, to powinien prowadzić postępowania w trybie konkurencyjnym,

a nie zawierać umowy w trybie z wolnej ręki. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnych podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Co więcej samo przedłużenie postępowania

przetargowego prowadzonego w trybie konkurencyjnym, nie stanowi przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Na koniec warto zwrócić uwagę, że w wyroku z dnia 15 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 775/20, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujące stanowisko: „... tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki w największym stopniu ogranicza konkurencję

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skorzystanie przez zamawiającego

z tego trybu, w sytuacji niespełnienia przesłanek umożliwiających jego zastosowania, prowadzi do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, czyli fundamentalnej zasady systemu zamówień publicznych. W konsekwencji możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów przetargowych, traktować należy jako wyjątek i sytuację szczególną, co wiąże się z obowiązkiem wykazania przez zamawiającego wszystkich przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, to zamawiający bowiem na taki wyjątek się powołuje i z tego faktu wywodzi skutek prawny”.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 września 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą od Odwołującego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że prowadzi postępowanie na „Wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi,

w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ

w Pruszkowie”, nr referencyjny ZP/AM/4/2023.

W dniu 16 maja 2023 roku dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając Konsorcjum Firm: Ever Medical Care Sp. z o.o. oraz Ever Cleaning Sp. z o.o., na który to wybór w dniu

26 maja 2023 roku Izan+ Sp. z o.o. i Naprzód Hospital Sp. z o.o. - wniósł odwołanie. Sprawa prowadzona pod sygnaturą KIO 1485/23 została zakończona wyrokiem z dnia 12 czerwca 2023 roku.

W dniu 26 lipca 2023 roku do Zamawiającego wpłynęła informacja pełnomocnika Konsorcjum Ever o zamiarze wniesienia skargi do sądu, a następnie skarga Przystępującego na orzeczenie KIO 1485/23. Sprawa jest zarejestrowana w Sądzie Okręgowym w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych pod sygn. akt XXI Zs 87/23 i do dnia sporządzenia niniejszego pisma nie wyznaczono terminu rozprawy.

W pierwszej kolejności, Zamawiający wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają bezwzględnego nakazu wykonania w określonym terminie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W realiach postępowania ZP/AM/4/2023, Zamawiający zdecydował się poczekać na rozstrzygnięcie Sądu w związku ze skargą wniesioną przez Przystępującego. Wskazać bowiem należy, że dokonanie wyboru w tym postępowaniu przed rozstrzygnięciem sporu przed Sądem Okręgowym powodowałoby iluzoryczność przewidzianych ustawą Pzp środków ochrony prawnej. Pozytywny dla Przystępującego wyrok sądowy, w razie wcześniejszego zawarcia umowy z Odwołującym, miałby bowiem wymiar jedynie symboliczny dla Przystępującego, a w odniesieniu do Zamawiającego spowodowałby faktyczne poniesienie szkody (oferta Odwołującego jest wszak droższa niż oferta Przystępującego).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony przypisuje Zamawiającemu oświadczenia, których nigdy nie wyartykułował. Fakt braku wniesienia skargi na orzeczenie KIO oznacza tylko i wyłącznie to, że Zamawiający nie wniósł skargi i apeluje do Odwołującego, aby nie przypisywać tej czynności innego znaczenia.

Odnosząc się natomiast do postawionego zarzutu, Zamawiający wskazał, że jest on chybiony, ponieważ wszystkie przesłanki wskazane w art. 214 pkt 5 ustawy Pzp zostały spełnione.

Po pierwsze wskazać należy, iż wyjątkowa sytuacja faktycznie zaistniała tyle, że Odwołujący przyjmując wybiórczo fakty wydaje się tą okoliczność pomijać. Czynności jakie podejmował Zamawiający w celu udzielenia zamówienia na Wykonywanie czynności porządkowych

i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie rozpoczęto

w postępowaniu o numerze ZP/AM/4/2023. Ogłoszenie o zamówieniu, które inicjowało publiczną procedurę zostało opublikowane 3 marca 2023 roku. Zamawiający dochował wszelkiej i należytej staranności zarówno co do planowania terminów procedury, jak

i ogłoszenia postępowania z należyтым wyprzedzeniem czasowym w stosunku do zawartych zobowiązań.

Zamawiający nie mógł przewidzieć, że prowadzenie postępowania oraz udzielenie zamówienia będzie trwało kilka miesięcy. Uwzględniając obowiązujące przepisy, Zamawiający był uprawniony do poczynienia założenia, że postępowanie winno najpóźniej zakończyć się

w granicach początku sierpnia 2023 r. Powyższe wynika z założenia, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w maju 2023 r., Zamawiający przewidywał, że może dojść do wniesienia odwołania (10 dni), rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalsze 14 dni), odroczenie wydania wyroku (dalsze 5 dni), doręczenie pisemnego uzasadnienia wyroku (dalsze 10 dni), ewentualna skarga (dalsze 14 dni) oraz rozstrzygnięcie Sądu (dalszy miesiąc, zgodnie z ustawą), co dawało termin w okolicach początku sierpnia. Wprawdzie wyznaczone ustawa Pzp terminy mają charakter instrukcyjne, ale Zamawiający nie widzi powodu dlaczego to Zamawiający ma ponosić negatywne konsekwencje braku działania innych podmiotów zgodnie z wyznaczonymi terminami.

Jednocześnie wskazać należy, że z uwagi na charakter zamówienia, brak było możliwości udzielenia zamówienia w konkurencyjnym trybie. Brak personelu sprząającego oznaczałby konieczność zamknięcia części Oddziałów i utraty kontraktów z NFZ, a co się z tym wiąże naliczenie kar finansowych nałożonych przez Wojewodę.

Dla Zamawiającego, który jest jednym w największych świadczeniodawców w zakresie psychiatrii na Mazowszu zapewnienie usługi jest niezwykle istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa sanitarno – epidemiologicznego Szpitala. Z uwagi na trwanie postępowania zainicjowanego w marcu 2023 roku, prowadzenie kolejnego postępowania w trybie publicznego ogłoszenia nie pozwoliłoby z racji czasu trwania postępowania na wyłonienie Wykonawcy na krótki okres czasu. Należy bowiem wskazać i pamiętać, że umowa zawarta

z Konsorcjum Ever w trybie z wolnej ręki nie jest umową długoterminową. Zawarto ją na okres 2 miesięcy z opcją wcześniejszego rozwiązania tak, aby Zamawiający mógł podjąć działania wskazane wyrokiem sądu. Negocjacje podjęto z Wykonawcą, którego oferta została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza a cena była najniższa co ma niebagatelne znaczenie zważywszy na trudną sytuację finansową szpitala.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego ziszcili się przesłanki wskazane w art. 214 pkt 5 ustawy pzp, a tym samym odwołanie winno zostać oddalone.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Wbrew twierdzeniu Przystępującego, Odwołujący posiada interes prawny uzyskaniu zamówienia, jest wykonawcą w dalszym ciągu zainteresowanym pozyskaniem zamówienia,

a szkoda polega na braku możliwości zawarcia umowy. Gdyby Zamawiający nie zdecydował się na udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, oferta Odwołującego podlegałaby badaniu i ocenie przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie postępowania Konsorcjum: EVER Medical Care Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie oraz EVER Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie z dnia 29 września 2023 r. oświadczył, że popiera argumentację przedstawioną przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożonych podczas rozprawy:

1. ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługi wykonania czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 045-130291,
2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1485/23,
3. umowę Nr 29/23 z dnia 23.05.2023 r.,
4. wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zamówienia klasycznego o wartości wyższej niż progi unijne z 22 sierpnia 2023 r.;
5. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia pod numerem 2023/S 168-526540 z dnia 1 września 2023 r.;
6. umowę Nr 61/2023 z dnia 25.08.2023 r.,
7. skargę z dnia 31 lipca 2023 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1485/23,
8. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie, XIII Zs 87/23 z dnia 11.09.2023 r.

W dniu 3 marca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie.

dowód: - ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługi wykonania czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 045-130291

W dniu 16 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum.

Wybór ten został zaskarżony przez Odwołujących. Wyrokiem z dnia 12 czerwca 2023 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołujących i nakazała odrzucenie oferty Konsorcjum.

dowód: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1485/23

Konsorcjum skargą z dnia 31 lipca 2023 r. zaskarżyło wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz wniosło o zabezpieczenie roszczenia niepieniężnego Skarżącego poprzez zakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi. Postanowieniem z dnia 11 września 2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Zs 87/23 odrzucił wniosek.

dowód: - skarga Konsorcjum z dnia 31 lipca 2023 r.;

- postanowienie Sądu Okręgowego z dnia 11.09.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 87/23

(w aktach sprawy)

Wobec powyższego w dniu 23 maja 2023 r. Zamawiający zawarł z Konsorcjum umowę na okres 2 miesięcy z zastrzeżeniem, że Zamawiający może skrócić czas trwania umowy maksymalnie o okres nie dłuższy niż jeden miesiąc składając jednostronne oświadczenie o wypowiedzeniu umowy lub strony mają możliwość wydłużenia czasu trwania umowy o jeden miesiąc.

dowód: - umowa Nr 29/2023 z 23 maja 2023 r. (w aktach sprawy)

We wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zamówienia klasycznego o wartości wyższej niż progi unijne z 22 sierpnia 2023 r. oraz w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia pod numerem 2023/S 168-526540 z dnia 1 września 2023 r., Zamawiający jako proponowany tryb postępowania wskazał zamówienie z wolnej ręki.

W uzasadnieniu wniosku i uzasadnieniu ogłoszenia Zamawiający wskazał, że: „(...) udzielenie zamówienia jest konieczne z uwagi na potrzebę zapewnienia ciągłości i realizacji świadczeń oddziałach Szpitala. Zamawiający ogłosił i przeprowadził postępowanie przetargowe z dochowaniem należytej staranności, zaplanował również czas na badanie ofert,

który pozwoliłby na wybór najkorzystniejszej oferty i skuteczne zawarcie umowy. W toku prowadzonego postępowania wniesiono odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wybór Zamawiającego został zakwestionowany. Z uwagi jednak na możliwość wniesienia skargi do sądu a co za tym idzie możliwość wzruszenia wyroku KIO oraz brak zakreślenia w ustawie Prawo zamówień publicznych podjęcia czynności przez Zamawiającego nie podjęto czynności do upływu terminu przewidzianego na wniesienie skargi. W dniu 7 sierpnia 2023 r. do siedziby MSCZ wpłynęła skarga wniesiona przez konsorcjum Ever Cleaning oraz Ever Medical. O zamiarze wniesienia skargi MSCZ zostało również poinformowane z końcem lipca przez pełnomocnika konsorcjum.(....) Z racji uwarunkowań prawnych zaskarżonego postępowania jedynym - poza Skarżącym - uczestnikiem postępowania jest konsorcjum: Izan + oraz Naprzód Hospital, którym należałoby udzielić zamówienia na okres planowanych w SWZ 12 miesięcy. Z uwagi na konieczność zabezpieczenia ciągłości świadczenia jak również z uwagi na przepisy art. 587 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - sąd ten rozpoznaje sprawę niezwłocznie, nie później niż w terminie jednego miesiąca od dnia wpływu skargi do sądu. Z uwagi na potrzeby Zamawiającego wnioskuję o udzielenie zamówienia na warunkach poprzedniej umowy, t.j. na okres 2 miesięcy z zastrzeżeniem możliwości skrócenia czasu trwania umowy o okres 1 miesiąca na podstawie jednostronnego oświadczenia woli. Jest to rozwiązanie, które pozwoli nam zabezpieczyć potrzeby szpitala i jednocześnie ustrzeże MSCZ od zawarcia umowy na udzielenie świadczenia, które w przypadku niekorzystnego dla Skarżącego wyroku sądu nie będzie można rozwiązać bądź też rozwiązanie przed upływem terminu wskazanego w umowie naraziłoby Szpital na finansowe konsekwencje."

dowód: - wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zamówienia klasycznego o wartości wyższej niż progi unijne z 22 sierpnia 2023 r.;

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia pod numerem 2023/S 168-526540 z dnia 1 września 2023 r. (w aktach postępowania)

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2023 r. ponownie zawarł z Konsorcjum umowę o takim samym zakresie usług i okresie jej obowiązywania.

dowód: - umowa Nr 61/2023 z dnia 25 sierpnia 2023 r. (w aktach sprawy).

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art.

554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp w zw. z art.

16 Pzp przez wszczęcie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła przesłanka, którą Zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 5 wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł (i w okolicznościach niniejszej sprawy) powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym okazał się skuteczny i podlegał uwzględnieniu przez Izbę.

Stosownie do art. 305 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w artykule 214 ust. 1 pkt 1 - 5 i 7 - 14.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zgodnie z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp, przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny.

Ponieważ usługi, stanowiące przedmiot zamówienia są usługami społecznymi, zgodnie z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien zastosować przepisy ustawy Pzp właściwe dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

Do przesłanek zawartych w artykule 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należą: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzianej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów zamówienia.

Wszystkie przesłanki powinny zostać spełnione kumulatywnie, a między nimi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, który jest dopuszczalny tylko i wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Zatem przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu powinny być interpretowane ściśle, a ich wykładnię rozszerzającą uznać należy za niedopuszczalną. Powyższe stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 6/18.

Zamawiający ma obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania tego trybu. Jego zastosowanie nie może budzić żadnych wątpliwości.

Z treści wniosku Zamawiającego o wszczęcie zamówienia publicznego o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz odpowiedzi na odwołanie wynika, że jedyną okolicznością stanowiącą uzasadnienie zastosowania przez Zamawiającego przy udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki jest przedłużające się postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie, którą to okoliczność Zamawiający utożsamiał z przesłankami z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, Zamawiający, nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba doszła do przekonania, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na przyjęcie, że w przedmiotowym przypadku miała miejsce wyjątkowa sytuacja, a w dodatku, że tej wyjątkowej sytuacji Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Wyjątkowość sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego winna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zatem „wyjątkowa sytuacja” to takie zjawisko losowe, które jest obiektywnie nieprzewidywalne. Jest to ugruntowane stanowisko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów mających potwierdzać, że udzielenie zamówienia było następstwem wystąpienia zjawisk nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia. W ocenie Izby za zjawisko nadzwyczajne, takie którego nie można było przewidzieć nie można uznać przedłużającego się postępowania sądowego, czyli sytuacji,

w której wykonawcy biorący udział w postępowaniu korzystają ze środków ochrony prawnej. Jest to okoliczność, którą Zamawiający mógł i powinien był przewidzieć, a w związku z tym zaplanować przeprowadzenie postępowania w odpowiednim czasie. Zamawiający miał chociażby możliwość sprawdzenia w Sądzie Okręgowym w Warszawie, jaki jest przeciętny czas rozpoznawania spraw.

W ocenie Izby nie zaistniała żadna nadzwyczajna okoliczność, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Wręcz przeciwnie Zamawiający powtórzył tę samą czynności zawierając z Konsorcjum ponownie umowę o takim samym zakresie usług na kolejny 2-miesięczny okres. A zatem Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, odnosząc się do stanowiska Przystępującego i przywołanego przez na jego uzasadnienie wyroku z dnia 24 lipca 2027 r., sygn. akt KIO 1415/17, który zapadł na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień z 2004 r., że Izba jednoznacznie oceniła podniesioną w sprawie okoliczność przedłużającego się postępowania skargowego stwierdzając: „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi między innymi okoliczność, że względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Izba w pełni podziela przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Natomiast w kolejnym przywołanym przez Przystępującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2023 r.,

sygn. akt KIO 1693/23, Izba stwierdziła, że Zamawiający znalazł się w wyjątkowej sytuacji, której nie mógł przewidzieć, tj. wypowiedzenia przez Odwołującego umowy, a przyczyny tego stanu rzeczy nie leżały po stronie Zamawiającego, co w powiązaniu z niewrażliwym charakterem usługi skłoniło Izbę do stwierdzenia, że Zamawiający nie naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a wobec powyższego stan faktyczny sprawy nie był tożsamy z podniesionym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 305 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez rezygnację z udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Mając na względzie, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego została

zawarta przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2023 r., a Zamawiający zastosował tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 305 pkt 1 Pzp w zw.

z 214 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 Pzp, zastosowanie w sprawie znalazł art. 554 ust. 3 pkt

2 lit. c ustawy Pzp, zgodnie z którym uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 (umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia), nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży ważnym interesie publicznym w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W ocenie składu orzekającego z uwagi na okoliczności rozpoznawanej sprawy zasadnym było zastosowanie sankcji wskazanej w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp i nałożenie na Zamawiającego kary finansowej oraz stwierdzenie, że utrzymanie umowy w mocy leży

w ważnym interesie publicznym, za który Izba uznała dobrostan pacjentów oraz pracowników centrum, który zostanie utrzymany, jeśli usługi porządkowe i pomocnicze będą wykonywane w sposób ciągły.

Rozstrzygając w tym przedmiocie ocenie Izby podlegały wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy lub jej postanowienia. W szczególności Izba miała na względzie, iż w rozpoznawanym przypadku mamy do czynienia z realizacją usług i stwierdziła, że zwrot spełnionego świadczenia (jeśli w ogóle byłby możliwy) nie byłby celowy, okoliczność zawarcia umowy jedynie okres 2 miesięcy oraz konieczność kontynuacji świadczenia usług utrzymania porządku i realizacji czynności pomocniczych związanych z usługami medycznymi.

Zgodnie z artykułem 563 ust. 1 ustawy Pzp, kary finansowe, o których mowa w art. 554 ust.

3 pkt 2 lit. b oraz c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj

i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Izba ustaliła, że wartość wynagrodzenia wykonawcy w umowie nr 61/2023, zawartej

25 sierpnia 2023 roku pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, której przedmiotem są usługi wykonywania czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych Zamawiającego w ciągu 2 miesięcy wyniosła netto: 678 671,09 zł.

Biorąc pod uwagę naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 305 pkt 1 w zw. z 214 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 ustawy Pzp oraz wartość netto Umowy Nr 61/2023, Izba nałożyła na Zamawiającego karę finansową w wysokości 7.000 złotych, co stanowi nieco ponad

1% wartości wynagrodzenia netto wykonawcy we wskazanej umowie.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 567 ust. 1 ustawy Pzp, karę finansową

uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu

o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, na podstawie art. 557 oraz art. 574,

art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania zostały zaliczone: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: