

Sygn. akt: XXIII Zs 65/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: SSO Stanisław Gradus-Wojciechowski

Sędziowie SSO Monika Skalska

SSO Arkadiusz Kucharski

Protokolant: Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2021 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego

z udziałem zamawiającego: (...) Szpitala (...) w O.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

uczestników postępowania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

ze skargi odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 604/21

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 2 w ten sposób, że nakłada na (...) Szpital (...)(...) w O. karę finansową w wysokości 204.704 zł (dwieście cztery tysiące siedemset cztery złote) i w pozostałym zakresie odwołanie oddala ;

II. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 3 w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. i (...) Szpital (...) w O. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 7.500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

oraz

zasądza od (...) Szpitala (...) w O. na rzecz wykonawcy (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 5.550 zł (pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych) stanowiącą udział zamawiającego w wysokości 1/2 w uzasadnionych kosztach postępowania odwoławczego poniesionych przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

III. oddala skargę w pozostałej części;

IV. zasądza od (...) Szpitala (...) w O. na rzecz (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 11.500 zł (jedenaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

V. oddała wnioszek uczestników postępowania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

SSO Monika Skalska SSO Stanisław Gradus-Wojciechowski SSO Arkadiusz Kucharski

Sygn. akt: XXIII Zs 65/21

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 5 listopada 2021 r.

Zamawiający (...) Szpital (...) w O. z siedzibą w O. zawarł z wykonawcami: (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. (dalej jako (...)) umowę Nr (...) z dnia 21 stycznia 2021 r., przedmiotem której jest usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe.

Dnia 23 lutego 2021 r. odwołanie złożył wykonawca (...) sp. z o.o. w Ł.. Odwołanie złożono wobec udzielenia zamówienia w drodze zawarcia umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej jako „p.z.p.”), mimo że zamawiający był do tego zobowiązany, oraz zaniechania opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ewentualnie - ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 2 ust. 1 pkt 1 i art. 4 pkt 1 p.z.p. w zw. art. art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2021 r. poz. 2069 z późn. zm.) przez udzielenie zamówienia w drodze umowy, z zaniechaniem przeprowadzenia uprzedniego postępowania, podczas gdy komentowany przepis zobowiązywał zamawiającego do przeprowadzenia takiego postępowania, zaś:

a) przepis art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nie dawał zamawiającemu podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów p.z.p., gdyż nie ma związku między udzieleniem zamówienia a zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii (zamówienie ma charakter rutynowy);

b) żaden także ewentualnie inny przepis ustawy p.z.p. nie dawał zamawiającemu podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów p.z.p.,

2. art. 265 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, ewentualnie, gdyby Izba stwierdziła, że do zamówienia będącego przedmiotem umowy stosuje się przepisy działu III p.z.p. - art. 309 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia,

3. ewentualnie, jeśli Izba stwierdzi, że w istocie umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 214 ust. 1 p.z.p. przez udzielenie zamówienia w warunkach, gdzie przepisy p.z.p. nie przewidują możliwości zastosowania tego trybu, ewentualnie, w stwierdzenia przez Izbę, że wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych - art. 305 p.z.p.

Odwołujący zażądał unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej na zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Wyrokiem z 15 kwietnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie pierwszym umorzyła postępowanie w zakresie naruszenia art. 214 ust. 1 i 305 p.z.p., w punkcie drugim oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, w punkcie trzecim kosztami postępowania obciążyła (...) sp. z o.o. w Ł. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania 7.500 zł uiszczoną przez odwołującego (pkt 3.1.) oraz nakazała zwrot 7.500 zł na rzecz odwołującego tytułem nadpłaconego wpisu (pkt 3.2.).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2021 r. zawarł umowę nr (...) z Konsorcjum Firm: (...) sp. z o.o.; (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. Strony zawierały umowę na podstawie art. 46c ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przedmiotem umowy jest usługa kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe. Umowa weszła w życie od 21 stycznia 2021 r. i ma obowiązywać do dnia wyłonienia przez (...) Szpital (...) w O. wykonawcy zgodnie z p.z.p. Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia. Jednocześnie zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym we wrześniu 2020 r. Wybór ten został zaskarżony przez obecnie odwołującego się wykonawcę, do momentu wydania niniejszego orzeczenia postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 242/21 nie zakończono.

Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 i 305 p.z.p., więc w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu. Wskazała, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 p.z.p., przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000 zł, przez zamawiających publicznych. W myśl zaś art. 4 pkt 1 p.z.p. przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, 1622 i 1649). Z art. 3 ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi przepisy ustawy stosuje się do zakażeń i chorób zakaźnych, których wykaz jest określony w załączniku do ustawy, oraz biologicznych czynników chorobotwórczych wywołujących te zakażenia i choroby. W razie niebezpieczeństwa szerzenia się zakażenia lub choroby zakaźnej innych niż wymienione w wykazie, o którym mowa w ust. 1, minister właściwy do spraw zdrowia może ogłosić, w drodze rozporządzenia, zakażenie lub chorobę zakaźną oraz, o ile jest znany, wywołujący je biologiczny czynnik chorobotwórczy, a jeżeli to konieczne, szczególny sposób postępowania świadczeniodawców i osób narażonych na zakażenie lub zachorowanie przez czas określony w rozporządzeniu. Na podstawie art. 11 ust. 1 przywołanej regulacji kierownicy podmiotów leczniczych oraz inne osoby udzielające świadczeń zdrowotnych są obowiązani do podejmowania działań zapobiegających szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych. Zgodnie z art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.

Przechodząc do rozstrzygnięcia odwołania, Izba zauważyła, iż bezspornym wydaje się fakt, że do zawarcia umowy doszło z powodu przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zamawiający wszczął we wrześniu 2020 r. Wskazała, że choć złożyły się na to czynniki wynikające zarówno z działań samego zamawiającego, jak i z czynności podejmowanych przez wykonawców, jak choćby korzystanie ze środków ochrony prawnej, to nie zmienia to faktu, że obowiązkiem zamawiającego jako jednostki służby zdrowia jest zapewnienie sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania szpitala (w tym szpitala tymczasowego) w sposób ciągły do momentu zakończenia prowadzonego postępowania. Usługa sprzątnia ma charakter ciągły i nieprzerwany, a dodatkowym czynnikiem,

który zamawiający musi obecnie uwzględnić w ramach funkcjonowania jednostki, jest ogłoszony stan epidemii. Zamawiający został wyznaczony jako szpital jednoimienny w regionie i dodatkowo podjęto decyzję o zorganizowaniu w ramach jednostki szpitala tymczasowego, gdzie przyjmowani są pacjenci chorzy na (...)19.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że prawidłowy proces sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń szpitalnych odgrywa kluczową rolę w przeciwdziałaniu zakażeniom szpitalnym i szerzeniu się pandemii. Zamawiający zabezpieczył swoje interesy, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego we wrześniu 2020 roku, więc stosunkowo wcześniej, biorąc pod uwagę fakt, że miał zapewnioną ciągłość świadczenia do końca stycznia 2021 roku, zaś przedłużająca się procedura nie była wynikiem działań tylko strony zamawiającej. W ocenie Izby zamawiający mógł zakładać, że czas od września 2020 roku do stycznia 2021 roku będzie wystarczający do wyłonienia wykonawcy celem realizacji świadczeń umownych. Jeżeli z różnych przyczyn stało się to niemożliwie, to w ocenie składu obowiązkiem zamawiającego było podjęcie kroków warunkujących dalsze funkcjonowanie szpitala i realizacja celów przypisanych danej jednostce publicznej.

Izba wyraziła przekonanie, że działania zamawiającego przyjęły prawidłową formę. Przepis art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi odwołuje się do związku zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane celem zapobiegania lub zwalczania epidemii na danym obszarze. Zdaniem KIO, wbrew twierdzeniom odwołującego, w przepisie nie ma mowy o bezpośrednim związku takich zamówień z epidemią. Przepis nie wyłącza także zamówień, które w przypadku niewystępowania epidemii mają charakter rutynowy, jak na przykład sprzątnia pomieszczeń. Przepisy przywołanej ustawy w ogóle nie odnoszą się do charakteru udzielanych zamówień, stanowią zaś, że te zamówienia mają pomagać w zwalczaniu lub zapobieganiu epidemii. Hipokryzją byłoby zdaniem Izby uznanie, że usługi utrzymania porządku w pomieszczeniach szpitala (także tych administracyjnych) nie są związane z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii tylko z tego powodu, że są wykonywane także podczas jej niewystępowania. Niezrozumiałe dla Izby są wywody odwołującego, że nie ma związku z utrzymaniem czystości pomieszczeń a zapobieganiem epidemii. Wystąpienie stanu epidemii ma charakter zjawiska ekstraordynaryjnego, a odpowiednie regulacje prawne pozwalają zamawiającym na zapewnienie sprawnego funkcjonowania jednostki służby zdrowia w taki sposób, by zjawisko to nie doprowadziło do wystąpienia negatywnych skutków dla pracowników i pacjentów korzystających z usług szpitala przy wystąpieniu wyjątkowych okoliczności. Przepisy szczególne umożliwiają procedowanie w sposób szybki, ograniczając do minimum formalności związane z udzielaniem zamówień. Zdaniem Izby świadczenia wykonawcy wskazane w umowie zawartej przez zamawiającego są bowiem świadczeniami podstawowymi, warunkującymi normalne funkcjonowanie szpitala z uwzględnieniem panujących warunków zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego, a wystąpienie epidemii ma tutaj wydźwięk czynnika dodatkowego. Owszem, konieczność zlecenia usługi sprzątnia przez zamawiającego nie pojawiła się w związku z epidemią, ale zwłaszcza podczas takiego stanu nie można zaprzestać jej wykonywania, tylko z tego powodu, że wygasła wcześniejsza umowa, a nie dokonano wyboru wykonawcy w prowadzonym postępowaniu. W ramach zapewnienia ciągłości wykonywania określonych świadczeń, zwłaszcza w czasie występowania stanu epidemii, zdaniem Izby, należy upatrywać celu zawartej umowy.

W ocenie Izby, nawet gdyby jednak uznać, że musi istnieć bezpośredni związek między udzielanym zamówieniem w trybie art. 46c ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi a zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, to taki związek między usługą będącą przedmiotem zawartej umowy a zwalczaniem epidemii istnieje. Odwołujący wspomina w uzasadnieniu odwołania, przywołując stanowisko doktryny, że taki związek będzie istniał w przypadku zamawiania przykładowo odzieży ochronnej czy sprzętu medycznego. Zauważyć należy, iż to także elementy będące również standardowo przedmiotem postępowań o udzielenie zamówienia w trybie ustawy p.z.p. Nie jest przecież tak, że tylko podczas epidemii zamawiana jest odzież ochronna i sprzęt medyczny. Izba stwierdziła, że nie widzi różnicy, w ramach której dopuszczalny jest zakup odzieży ochronnej z pominięciem ustawy p.z.p., ale nie jest już dopuszczalne zawarcie umowy na sprzątnia pomieszczeń szpitalnych i pomoc w opiece nad chorymi oraz wykonywanie dodatkowych świadczeń zleconych przez zamawiającego, jak dezynfekcja, transport chorych. W tym zakresie stanowisko odwołującego wydaje się wewnętrznie sprzeczne. Istnieje bowiem wiele obszarów, dla których udzielanym zamówieniom można przypisać cechę rutynowych, gdzie jednocześnie nie jest kwestionowana

niezbędność ich udzielenia w specjalnym trybie w ramach ogłoszonego stanu epidemii. W ocenie Izby to nie charakter tych zamówień decyduje o możliwości zastosowania przepisów szczególnych, a niezbędność realizacji określonych świadczeń podczas występowania stanu epidemii. Usługi będące przedmiotem umowy są niezbędne do realizacji świadczeń w trakcie trwania epidemii, a zamawiający nie może zrezygnować z ich wykonywania. Nawet najlepszy sprzęt medyczny i odzież ochronna czy leki nie zapewnią ochrony personelowi i pacjentom szpitala, jeżeli dopuści się do niekontrolowanego rozprzestrzeniania się czynników chorobotwórczych i nieprzestrzegania ustalonych zasad reżimu sanitarnego w wydzielonych strefach. W ocenie Izby utrzymanie takiego reżimu sanitarnego nie jest możliwe bez zapewnienia usług sprzątanania i utrzymania porządku w pomieszczeniach szpitala.

W ocenie Izby nie polegają na prawdzie twierdzenia odwołującego, że umowa jest zawarta na czas nieokreślony. Z § 10 umowy wynika, że będzie ona obowiązywała do momentu wyłonienia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a decyzja ta będzie miała charakter ostateczny. Jest to więc w ocenie składu Izby umowa czasowa, zawarta pod warunkiem rozwiązującym. Taka konstrukcja warunków umownych udowadnia, że celem zawartej umowy jest przeciwdziałanie epidemii na określonym obszarze w określonym czasie, a nie udzielenie świadczenia publicznego, które powinno być udzielone z zastosowaniem trybów przewidzianych w ustawie p.z.p., czego zamawiający zaniechał.

Zdaniem Izby argumentacja przedstawiona przez samego odwołującego w dodatkowym piśmie procesowym przemawia za poprawnością działań zamawiającego. Jeżeli jednostka, udzielając innych zamówień, nawet przy wykorzystaniu trybu opisanego w art. 46c, stosuje dodatkowo zapytania ofertowe, oznacza to, że zamawiający zdaje sobie sprawę z wyjątkowości regulacji ustawowej i w jak najszerszym zakresie stosuje zasady uczciwej konkurencji, nawet przy wystąpieniu sytuacji o wyjątkowym charakterze. W przedmiotowej sprawie zamawiający zawarł umowę po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym, na czas określony, z wykonawcą, którego oferta (choć nieostatecznie) została uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że zamawiający nie dokonał wyboru partnera kontraktowego w sposób dowolny, ale z poszanowaniem reguł określonych w przepisach p.z.p. Z drugiej zaś strony takie działanie pozwoliło na niezakłócone funkcjonowanie jednostki.

Oceniając, czy zamawiający zobowiązany był do zamieszczenia w odpowiednim publikatorze ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, Izba doszła do przekonania, że taki obowiązek nie istniał. Skoro zamawiający nie ma obowiązku stosować p.z.p. przy nabywaniu świadczeń na podstawie art. 46c ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, to wyłączenie dotyczy również sfery związanej z ogłoszeniami. Nawet gdyby taki obowiązek istniał, a zamawiający zaniechał tych czynności, to naruszenie takie ma jedynie charakter formalny i nie wpływa na ważność i skuteczność zawartej umowy.

Konkludując, Izba stwierdziła, że zamawiający był uprawniony do zawarcia umowy z wykorzystaniem regulacji przewidzianej w art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania, wskazujące na naruszenia przez zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy p.z.p., a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 p.z.p., a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli odwołującego. Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego na rzecz zamawiającego z uwagi na niezłożenie dowodów ich poniesienia, to jest faktur lub rachunków. Izba nakazała jednocześnie zwrot na rzecz odwołującego 7.500 zł tytułem nadpłaconego wpisu - na podstawie § 2 ust. 4 pkt 1 przywołanego rozporządzenia.

Skargę na powyższe orzeczenie wniósł odwołujący się (...) sp. z o.o. w Ł., zaskarżając je w części, tj. w punkcie 2 – w całości, a w punkcie 3 – w zakresie punktu 3.1. Rozstrzygnięciu zarzucił naruszenie:

1. art. 554 ust. 1 w zw. art. 513 pkt 3 p.z.p. przez jego błędne niezastosowanie i oddalenie odwołania, podczas gdy podlegało ono uwzględnieniu, gdyż przeciwnik skargi zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy, choć był do tego zobowiązany, bowiem zasadne były zarzuty odwołania,

2. art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi przez jego błędną wykładnię i stwierdzenie, że:

- przyjęcie, że do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych niezależnie od tego, czy związek tych usług, dostaw lub robót budowlanych z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii jest bezpośredni, czy jedynie pośredni,
- fakt udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o tożsamym zakresie przedmiotowym nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu,
- to nie charakter zamówień decyduje o możliwości zastosowania komentowanego przepisu, a niezbędność realizacji określonych świadczeń podczas występowania stanu epidemii,

3. art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi przez jego niewłaściwe zastosowanie i stwierdzenie, że istnieje bezpośredni związek między usługą będącą przedmiotem umowy a zwalczaniem epidemii, podczas gdy związek ten ma charakter pośredni, gdyż: przedmiotem umowy są usługi utrzymania czystości, które mają charakter rutynowy, zlecane niezależnie od związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii; przeciwnik skargi utworzył w bezpośrednim sąsiedztwie swojej placówki leczniczej, której terenu dotyczy umowa, szpital tymczasowy, w którym umieszczone są wszyscy pacjenci z podejrzeniem lub stwierdzeniem zarażenia wirusem Sars-Cov-2, z pominięciem placówki, której dotyczy umowa; umowę zawarto na czas określony do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o tożsamym zakresie przedmiotowym, co wskazuje, że rzeczywistą intencją zawarcia umowy jest zabezpieczenie funkcjonowania placówki szpitalnej do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie zapobieganie lub zwalczanie epidemii,

4. art. 309 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi przez jego błędną wykładnię i stwierdzenie, że nawet gdyby przeciwnik skargi miał obowiązek publikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, to naruszenie takie ma charakter jedynie formalny i nie wpływa na ważność i skuteczność zawartej umowy.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 2 przez unieważnienie umowy Nr (...) w całości, ewentualnie unieważnienie ww. umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, nałożenie na przeciwnika skargi kary finansowej oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed sądem oraz KIO.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi (...) Szpital (...) im. (...) w O. wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów.

Po stronie przeciwnika skargi do sprawy przystąpiły: (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o., wnosząc o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 2020) - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych do niniejszego postępowania skargowego stosuje się przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Sądu zarzuty skarżącego są zasadne i zasługują na aprobatę, co skutkuje zmianą zaskarżonego wyroku.

Zgodnie z art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. Omawiany przepis został dodany ustawą z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374) i wszedł w życie 8 marca 2020 r.

Sąd Okręgowy nie podziela wykładni przedmiotowego przepisu zaprezentowanej przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i wywiedzionej tam argumentacji, skutkującymi uznaniem, że został on prawidłowo zastosowany jako podstawa prawna umowy.

Prawidłowa wykładnia normy prawnej zawartej w przepisie art. 46c ust. 1 cyt. ustawy powinna uwzględnić fakt, że ma ona charakter wyjątku od reguły ustanowionej w art. 4 p.z.p, na mocy której jednostki sektora finansów publicznych, a więc i zamawiający, są zobowiązane do stosowania przepisów p.z.p. Skoro omawiana norma ma charakter szczególny wobec zasad ogólnych, należy interpretować ją ściśle, zgodnie z paremią *exceptiones non sunt extendendae*. Brak w treści omawianego przepisu wskazania, że dotyczy on „bezpośredniego” związku zamówienia z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii - na co powołuje się KIO - nie może prowadzić do wniosków sprzecznych z powyższą wykładnią. Tymczasem powyższy argument, skutkujący następnie przyjęciem, że omawiany przepis nie odnosi się w ogóle do charakteru udzielanych zamówień, stanowi zaś, że te zamówienia mają pomagać w zwalczaniu lub zapobieganiu epidemii, w ocenie Sądu Okręgowego właśnie do takich wniosków doprowadził.

Powyższe twierdzenie nie znajduje jednak uzasadnienia w literalnym brzmieniu przepisu, który nie bez przyczyny mówi o „związku” między zamówieniem a zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii. Z tego wywieść należy, że udzielenie zamówienia musi być związane z ustawowym celem, o którym mowa w ww. przepisie, a stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, stanowiący jedną z przesłanek art. 46c ust. 1 cyt. ustawy, musi być źródłem potrzeby udzielenia tego zamówienia. Wbrew twierdzeniu KIO, związek taki powinien wynikać już z samego charakteru usługi, dostawy lub robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia.

Zaprobowanie przeciwnego założenia skutkowałoby oczywistym nadużywaniem art. 46c ust. 1 cyt. ustawy przez stosowanie go do zamówień mających tylko pozorny związek z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii i wyłączeniem w nich przepisów o zamówieniach publicznych. Cel taki z pewnością nie przyświecał ustawodawcy wprowadzającemu omawianą normę, co do którego istnieje domniemanie racjonalności podejmowanych działań legislacyjnych.

Sąd Okręgowy podziela wyrażony w doktrynie pogląd, przywołany przez skarżącego, że warunkiem pominięcia p.z.p. na podstawie art. 46c cyt. ustawy jest okoliczność, że wspomniane usługi, dostawy i roboty budowlane przeznaczone są do zadań publicznych związanych z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, a ponadto, że z wyłączenia przewidzianego w art. 46c korzystać mogą wyłącznie te usługi, dostawy i roboty budowlane, które pozostają w bezpośrednim związku z zadaniami publicznymi związanymi z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii. Bezpośredni związek polega zaś na tym, że dana usługa, dostawa, czy dane roboty budowlane będą wykorzystane w czynnościach przeciwdziałających epidemii – taki związek będzie istniał np. w przypadku zamówienia odzieży ochronnej dla personelu medycznego zajmującego się chorymi, respiratorów, płynu dezynfekującego dla personelu medycznego i pracowników instytucji publicznych, maseczek i przyłbic ochronnych, czy remontu oddziału zakaźnego.

Wątpliwe byłoby natomiast zamawianie z pominięciem p.z.p. usług, dostaw i robót związanych jedynie pośrednio z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, np. sprzętu komputerowego wykorzystywanego do pracy przez pracowników ministerstwa zdrowia; biurka, szaf, foteli i innych mebli biurowych na potrzeby personelu medycznego (patrz J. Roszkiewicz [w:] L. Bosek [red.] Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz, 2021, Legalis).

W tym kontekście jako racjonalny jawi się argument skarżącego, że o braku związku zamówienia będącego przedmiotem umowy Nr (...) świadczy okoliczność, że usługi te miały charakter rutynowy, niezależny od wystąpienia stanu epidemii. Nie ulega wątpliwości, że potrzeba świadczenia usług utrzymania czystości w szpitalu i pozostałych wyspecyfikowanych w umowie jest immanentnie związana z prawidłowym funkcjonowaniem placówki zdrowotnej i wykonywaniem przez nią działalności leczniczej. Jako taka zaś - jak słusznie stwierdziła KIO - nie mogła powstać więc w związku z pojawieniem się epidemii, albowiem istniała przez cały okres działania szpitala.

Fakt, że w niniejszej sprawie usługi te zostały zlecone w okresie obowiązywania stanu epidemii, nie zmienia ich charakteru i celu. W ocenie Sądu Okręgowego świadczy to niezbicie o tym, że przedmiotowe zamówienie nie zostało udzielone przez zamawiającego w związku z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii (postępowanie przetargowe zostałoby bowiem przeprowadzone i w normalnych okolicznościach), a co za tym idzie, nie spełniało przesłanek z art. 46c ust. 1 cyt. ustawy.

Dowodem, który powinien doprowadzić KIO do podobnych wniosków, a który nie został dostatecznie doceniony w poczynionych rozważaniach, jest fakt, że zamawiający we wrześniu 2020 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi tożsame z określonymi w umowie Nr (...) na podstawie przepisów p.z.p., mimo że już w tym okresie obowiązywał przepis art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Sprzeczna z logiką byłaby koncepcja, że to samo zamówienie, w identycznych realiach prawnych raz podlega obowiązkowemu postępowaniu w trybie p.z.p., a innym razem z tego obowiązku jest zwolnione. Niewytłumaczalne jest także zachowanie zamawiającego, który wszczął postępowanie przetargowe, nie dostrzegając w zlecanych usługach celu związanego z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, o którym mowa w art. 46c ust. 1, by następnie uczynić ten przepis podstawą prawną zawartej umowy.

W tych okolicznościach powołany przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę fakt, że od 15 września 2020 r., zgodnie z decyzjami Wojewody (...), zobowiązany był do realizacji świadczeń opieki zdrowotnej w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 poprzez zapewnienie wskazanej liczby łóżek dla pacjentów z podejrzeniem lub potwierdzeniem zakażeniem Sars-Cov-2, nie tylko nie zmienia powyższej oceny, ale jeszcze ją potwierdza. Skoro bowiem już od tego dnia na terenie placówki (a nie tylko na terenie utworzonego później szpitala tymczasowego) przebywali pacjenci z podejrzeniem COVID-19 lub z COVID-19, to - w świetle argumentacji przeciwnika skargi - tym mniej zrozumiałe było wszczęcie 18 września 2020 r. postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie p.z.p.

Podkreślenia wymaga, że KIO poczyniła podobne spostrzeżenia, trafnie stwierdzając, że celem zawartej umowy było zapewnienie ciągłości wykonywanych świadczeń. Chybiona jest jednakże argumentacja Izby, że taki cel umowy uzasadnia zastosowanie w niniejszej sprawie szczególnej regulacji przewidzianej w art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Należy podkreślić, że przedłużające się postępowanie przetargowe żadną miarą nie może stanowić podstawy do ominięcia obowiązujących przepisów p.z.p.

Zamawiający, widząc, że zawarcie umowy odwleka się w czasie, co może grozić przerwaniem świadczeń, powinien był skorzystać z innych trybów przewidzianych w p.z.p., np. z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto mógł również wystąpić do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy (art. 183 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy p.z.p.). Zamiast tego zamawiający wykorzystał omawiany przepis instrumentalnie, a takie działanie nie może spotkać się z aprobatą Sądu Okręgowego.

Uznanie zarzutu naruszenia art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi za trafny stanowi dostateczną podstawę do zmiany zaskarżonego orzeczenia, bez konieczności odnoszenia się do pozostałych zarzutów.

Mając na względzie powyższe, Sąd uwzględnił skargę w części na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 588 ust. 2 p.z.p., oddalając ją w pozostałym zakresie na podstawie art. 588 ust. 1.p.z.p.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c oraz ust. 4 w zw. z art. 588 ust. 2 p.z.p. Sąd nałożył na zamawiającego karę finansową, uznając, że w niniejszej sprawie utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, jakim jest zapewnienie ciągłości świadczeń udzielanych przez Zamawiającego, do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, wszczętego we wrześniu 2020 roku pod numerem (...)

Stosownie natomiast do przepisu art. 563 p.z.p. 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. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy wzięwszy pod uwagę powyższe przesłanki uznał, że kara finansowa w wysokości 204.704 zł stanowiąca 2 % wynagrodzenia wykonawcy obliczonego na podstawie art. 35 p.z.p. i wynikającego z zawartej umowy z dnia 21 stycznia 2021 r. za 12 miesięcy (852.933,19 zł x12=10.235.198,28 zł) będzie wystarczająca.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku w pkt 1 była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach postępowania stosownie do jego wyniku. O kosztach postępowania skargowego Sąd orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 p.z.p., uznając, że skarżący i zamawiający powinni ponieść je po połowie, stosownie do wyniku postępowania przed sądem, gdyż tylko jedno z dwóch żądań skargi zostało ostatecznie uwzględnione.

Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do zasądzenia kosztów postępowania skargowego na rzecz podmiotów przystępujących do sprawy po stronie przeciwnika skargi i dlatego wnioski ten został oddalony. Przystępujący nie jest stroną postępowania skargowego, lecz uczestnikiem postępowania funkcjonującym zawsze po którejś ze stron (w tym wypadku po stronie Przeciwnika skargi - Zamawiającego). Umocowanie przystępującego w postępowaniu skargowym ma charakter interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 589 ust. 1 p.z.p. koszty postępowania - stosownie do wyniku postępowania - ponoszą wyłącznie strony. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako norma *lex specialis*.

SSO Monika Skalska SSO Stanisław Gradus-Wojciechowski SSO Arkadiusz Kucharski