

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 kwietnia 2021 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - (1) **Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider)**, (2) **Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)** i (3) **Ever Medical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 214 ust. 1 i 305 ustawy Pzp2019 z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża **Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. nakazuje zwrot kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego - Naprzód Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, tytułem nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 23 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm., dalej jako „Pzp2019”) odwołanie złożył wykonawca **Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce** zawarł umowę Nr 33/2021 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, z wykonawcami: Ever Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. i Ever Medical sp. z o.o. (dalej jako „EVER”).

Odwołanie złożono wobec:

1. udzielenia zamówienia w drodze zawarcia umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp, mimo że Zamawiający był do tego zobowiązany,
2. 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 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 2 ust. 1 pkt 1 i art. 4 pkt 1 Pzp w zw. art. art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi 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 Pzp, gdyż nie ma związku między udzieleniem zamówienia a zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii (zamówienie ma charakter rutynowy);
- b) żaden także ewentualnie inny przepis ustawy PZP nie dawał Zamawiającemu podstaw do odstąpienia od stosowania przepisów Pzp,

II. art. 265 ust. 1 Pzp2019 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 Pzp - art. 309 ust. 1 Pzp2019 przez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia,

III. 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 Pzp2019 przez udzielenie zamówienia w warunkach, gdzie przepisy Pzp nie przewidują możliwości zastosowania tego trybu - ewentualnie art. 305 Pzp2019 w razie stwierdzenia przez Izbę, że wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z:

1. załączonej kopii Umowy na dowód, że Zamawiający zawarł Umowę z naruszeniem Pzp,
 2. załączonej kopii pisma Zamawiającego z dnia 19 lutego 2021 r. w przedmiocie w przedmiocie udostępnienia Umowy w trybie dostępu do informacji publicznej — na dowód, że Odwołujący powziął informację o zawarciu Umowy w dniu 19 lutego 2021 r.,
 3. kopii wniosku „IZAN+” sp. z o.o. w sprawie opublikowania wzoru umowy wy z dnia 23 września 2020 r.;
 4. kopii wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 28 września 2020 r.,
 5. kopii odwołania „IZAN+” sp. z o.o. z dnia 7 października 2020 r.,
 6. kopii odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2020 r.,
 7. kopii wyroku kopii wyroku KIO z dnia 5 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2563/20,
 8. kopii pisma Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2020 r. - odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ,
 9. ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 stycznia 2021 r.
- (przy czym oryginały dokumentów z pkt 5,6,7 znajdują się w aktach sprawy KIO o sygn. 2563/20, a Odwołujący wnosil o załączenie akt w/w sprawy do sprawy niniejszej celem przeprowadzenia z nich dowodu, że rozstrzygnięcie postępowania ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 18 września 2020 roku pod pozycją 2020/S 182-438721, odwlekło się w czasie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a zatem nie istniały podstawy do pominięcia stosowania Pzp przy zawarciu Umowy.

Ponadto Odwołujący żądał:

1. unieważnienia Umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i
2. nałożenia kary finansowej na Zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie Umowy.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu we wniesieniu odwołania, prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym Umową, a zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narusza jego prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne na równi z wykonawcami, którzy zawarli Umowę z Zamawiającym, choć Odwołujący także był zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i poniósł szkodę z powodu zaniechania przeprowadzenia postępowania, w którym mógłby złożyć ofertę najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 513 pkt 3 Pzp2019, odwołanie przysługuje także zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. Właśnie ten przepis jest podstawą wniesienia odwołania.

W dniu 21 stycznia 2021 r. Zamawiający zawarł Umowę z wykonawcami: EVER Cleaning sp. z o.o., Everteam sp. z o.o. oraz Ever Medical Care sp. z o.o. (dalej zwanych: „Konsorcjum Ever”). Przedmiotem Umowy jest usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe. Zamawiający nigdzie nie opublikował:

1. informacji o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. ogłoszenia o zamiarze zawarcia Umowy,
3. ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Odwołujący powziął informację o zawarciu Umowy w dniu 19 lutego 2021 r. po tym jak uzyskał jej treść w trybie dostępu do informacji publicznej.

Ponadto, w dniu 18 września 2020 roku w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 182-438721 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe. Postępowanie to było dotknięte licznymi błędami Zamawiającego, które wydłużyły okres jego trwania. Wraz ze wszczęciem postępowania, Zamawiający nie opublikował wzoru umowy; uczynił to dopiero w dniu 28 września 2020 r. po wniesieniu przez „IZAN+” sp. z o.o. odwołania w dniu 28 września 2020 r. W dniu 7 października 2020 r. ponownie „IZAN+” sp. z o.o. wniósł odwołanie, tym razem tym razem wobec treści warunków umowy. Odwołanie zawierało m.in. zarzuty zastrzeżenia w projekcie umowy kar umownych niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W dniu 5 listopada 2020 r. KIO wydała w sprawie o sygn. akt: KIO 2563/20 wyrok, na mocy którego Zamawiający został zobowiązany do zmiany projektowanych postanowień. Dopiero w dniu 1 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców co do treści SIWZ;

jednocześnie Zamawiający wydłużył termin składania ofert do 17 grudnia 2020 r. Od wszczęcia postępowania do złożenia ofert minęły 3 miesiące.

W dniu 12 stycznia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający odrzucił jednocześnie ofertę konsorcjum „Naprzód”, którzy mieli interes we wniesieniu odwołania, więc musiał się liczyć z tym, że odwołanie to zostanie wniesione do dnia 22 stycznia 2021 roku. W związku z tym nie będzie możliwe zawarcie umowy w wyniku postępowania, zaś umowa z dotychczasowym wykonawcą kończy się 20 stycznia 2021 r.

Zamawiający nie przeprowadził jednak żadnej dopuszczalnej formy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w momencie, gdy było już prawdopodobne, że postępowanie nie skończy się przed upływem terminu dotychczasowej umowy.

W dniu 12 stycznia 2021 r. Zamawiający ogłosił, że odrzucił ofertę konsorcjum Naprzód, a jako najkorzystniejszą wybrał ofertę konsorcjum EVER, droższą o ponad 2 miliony. Odrzucenie oferty konsorcjum Naprzód stanowiło podstawę wniesienia przez te podmioty odwołania w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 242/21, które nie jest jeszcze rozstrzygnięte.

Zgodnie z § 10 Umowy, Umowa wchodzi w życie od dnia 21.01.2021r. r. do dnia wyłonienia przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce Wykonawcy zgodnie z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych. Jednocześnie, w Umowie wcale nie wskazano, co należy rozumieć przez „wyłonienie wykonawcy zgodnie z Pzp” i że Umowa wcale nie przewiduje jej automatycznego wygaśnięcia w żadnym wypadku; § 11 Umowy daje jedynie Zamawiającemu możliwość, a nie obowiązek, wypowiedzenia Umowy, przy czym w katalogu przesłanek wypowiedzenia brak jest wskazania, które znalazło się w § 10 Umowy. Wobec niewskazania daty zakończenia Umowy (lub terminu jej obowiązywania) w istocie Umowa została zawarta na czas nieoznaczony i może trwać do zakończenia stanu epidemii, gdyż żadne jej postanowienie nie zobowiązuje Zamawiającego do wygaszenia Umowy i do zawarcia nowej.

W preambule Umowy wskazano, że Strony zawierają umowę na podstawie art. 46c ustawy z dnia 5 grudnia 2008r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Oznacza to, że Zamawiający zawarł Umowę bez stosowania przepisów Pzp. Skoro § 10 Umowy nie określa w sposób terminu, na który Umowa została zawarta, zastosowanie znajduje art. 35 ust. 3 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi, których łączna cena nie może być określona, jest wartość miesięczna zamówienia pomnożona przez 48 - w przypadku zamówień udzielanych na czas nieoznaczony lub oznaczony dłuższy niż 48 miesięcy. Wynagrodzenie miesięczne w Umowie, zgodnie z jej § 7 ust. 1, wynosi 852 933,19 zł. Ta wartość, pomnożona przez 48, daje wartość 40.940.793,12 zł. Zamawiający to SPZOZ, którego zgodnie z art. 9 ustawy o finansach publicznych należy

zaklasyfikować do jednostek sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 4 ust. 1 Pzp. Skoro jednak, jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, organem tworzącym w stosunku do Zamawiającego jest Samorząd Województwa Mazowieckiego, czyli jednostka samorządu terytorialnego, to do Zamawiającego znajduje zastosowanie pkt I.3 załącznika do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, zgodnie z którym próg unijny wynosi 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł. W konsekwencji, Odwołujący przyjęli, że Zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem działu II Pzp, czemu odpowiada wysokość wpisu i treść zarzutów. Działając jednak z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący sformułowali także zarzuty ewentualne, na wypadek, gdyby Izba uznała, że jednak Zamawiający powinien był udzielić zamówienia, stosując przepisy działu III Pzp.

Ad 1) zarzut naruszenia art. 2 ust. 1 pkt 1 i art. 4 pkt 1 Pzp w zw. z art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp, przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych. W myśl zaś art. 4 pkt 1 Pzp, 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). Powyższe przepisy ustanawiają zasadę, że w wypadku, gdy mamy do czynienia z zamówieniami klasycznymi i zamawiającymi publicznymi, stosowanie ustawy jest obowiązkowe, a zwolnienie z jej stosowania w tych wypadkach musi wyraźnie wynikać z przepisu ustawy.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby wyłączyć stosowanie Pzp, gdyż żaden przepis ustawy nie dawał mu takiego prawa. Pzp. Zamawiający pominął zastosowanie Pzp na podstawie art. 46c ust. 1 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przepis ten, na który Zamawiający powołał się w preambule Umowy, stanowi: *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.*

Jak trafnie wywiedziono w doktrynie, 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 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 przypadku dla personelu medycznego zajmującego się chorymi; respiratorów potrzebnych dla pacjentów doświadczających ciężkiego przebiegu choroby; zamówienia płynu dezynfekującego dla personelu medycznego, a także dla pracowników instytucji publicznych; zamówienia maseczek i przyłbic ochronnych; zamówienia remontu oddziału zakaźnego (Bosek Leszek [red.], Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, pkt II.1).

Znamienne jest, że choć Zamawiający znajduje się na liście znajduje się na liście szpitali zakaźnych tzw. jednoimiennych w Województwie Mazowieckim, to w dniu 18 września 2020 r. wszczął regularne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi. Przedmiot zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego w toku, jest identyczny z tym, który został określony w Umowie. Usługa sprzątnięcia szpitalnego, która jest przedmiotem Umowy, obejmuje zarówno przestrzeń szpitalną, jak i biurową (tj. pomieszczenia administracji na II piętrze szpitala), więc absolutnie nie ma podstaw, aby uznawać taką usługę za bezpośrednio związaną z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii. Samo sprzątnięcie szpitala, tj. pomieszczeń szpitalnych jest usługą rutynową, wykonywaną w szpitalu niezależnie od tego, czy jest stan epidemii, czy nie. Fakt zatem, że zamówienie dotyczy pomieszczeń szpitalnych, to za mało, aby przyjąć, że mamy do czynienia ze zwolnieniem ze stosowania Ustawy Pzp. Sprzątnięcie szpitalne nie jest bowiem zamówieniem mającym charakter specjalny, na potrzeby szpitalne lub na potrzeby zapobiegania lub zwalczania epidemii, lecz jest zamawiane przez szpitale w całej Polsce niezależnie od panujących dookoła warunków. Zamawiający skorzystał z komentowanych przepisów w sposób instrumentalny, w istocie szukając wyjścia z sytuacji, w jakiej się znalazł, tj. wobec przewleczenia się z jego winy zamówienia publicznego, wszczętego we wrześniu 2020 roku.

Ad 2) zarzut naruszenia art. 265 ust. 1 Pzp, ewentualnie – art. 309 ust. 1 Pzp2019

Zgodnie z art. 265 ust. 1 Pzp2019, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Przepis ten znajduje się w dziale II Pzp.

Zgodnie zaś z art. 309 ust. 1 Pzp2019, który znajduje się w dziale III Pzp, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie

o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania.

Obydwa wskazane przepisy w sposób tożsamy wskazują, że Zamawiający ma 30 dni na publikację ogłoszenia odpowiednio o udzieleniu zamówienia lub o wyniku postępowania z informacją o udzieleniu zamówienia. Zamawiający nie opublikował żadnego z takich ogłoszeń, co stanowi jasne pogwałcenie Pzp w wypadku uznania, że był zobowiązany do stosowania tej ustawy.

Ad 3) zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 Pzp2019.

Jedynie na wypadek stwierdzenia, że wbrew dosłownej treści Umowy, a zwłaszcza jej preambuły, Zamawiający w istocie udzielił zamówienia z wolnej ręki, Odwołujący podkreślił, że nie było przesłanek do zastosowania tego trybu. Podstawą zarzutu jest art. 214 ust. 1 Pzp, zaś w razie stwierdzenia, że jednak wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych - art. 305 Pzp2019.

Nie istniała potrzeba natychmiastowego udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp2019. Zamawiający miał bowiem podstawy, aby przewidywać przed dniem końca umowy z dotychczasowym wykonawcą (20.01.2021 r.), że będzie miał potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia - usługa sprzątnia szpitalnego jest mu bowiem potrzebna każdego dnia funkcjonowania placówki szpitalnej. Jeśli nie można było dochować terminów przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, Zamawiający powinien co najmniej przeprowadzić postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia - w ramach tego trybu w ramach tego trybu jest bowiem możliwość udzielenia zamówienia, gdy zachodzi pilna potrzeba jego udzielenia (art. 209 ust. 1 pkt 4, ewentualnie art. 301 ust. 1 pkt 3 Pzp). Nie ma zaś żadnych podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w umowie, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W przedmiotowej sprawie zarówno do prowadzonego postępowania odwoławczego w zakresie formalnym i materialnym zastosowanie znajdują przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019”).

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy Pzp2019 i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp2019. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wyboru trybu prowadzenia postępowania oraz wybór innego Wykonawcy jako partnera kontraktowego i podpisanie z nim umowy w sprawie realizacji zadania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i naraża go na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider), (2) Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) i (3) Ever Medical Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), dalej jako „konsorcjum EVER”.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Odnosnie zarzutu nr 1:

Zamawiający podkreślił, że stosuje przepisy ustawy Pzp, w dniu 18 września 2020 roku w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 182-438721, zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem zamówienia jest: usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej nie sklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe. W trakcie trwania postępowania przetargowego wpłynęły liczne wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, warunkując i wpływając na jego termin rozstrzygnięcia. W dniu 7 października 2020 roku w postępowaniu wypłynęło odwołanie do KIO złożone przez jednego z wykonawców będącego członkiem grupy kapitałowej Odwołującego. Swoim działaniem spółka Izan nie czekając na złożenie wyjaśnień przez Zamawiającego zablokowała postępowanie. Postępowanie zostało wstrzymane na 30 dni. Niezrozumiałe jest

dla Zamawiającego postępowanie Odwołującego ponieważ, Odwołujący miał pełną wiedzę o przyczynach opóźnienia w postępowaniu przetargowym oraz pełną wiedzę kiedy kończy się umowa z firmą Naprzód. Wyrok z dnia 5 listopada 2020 r. pozwolił na dalsze procedowanie. Zamawiający w dniu 12 stycznia 2021 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w prowadzonym postępowaniu. W dniu 21 stycznia 2021 roku w postępowaniu wpłynęło do KIO drugie odwołanie złożone przez konsorcjum Naprzód, w którym mimo odbytego posiedzenia w dniu 18.02.2021r. nie zakończono rozprawy wydaniem postanowienia lub wyroku. Status sprawy KIO 242/21 to „zawieszona”.

Zamawiający w związku z niemożliwością zawarcia umowy w ramach w postępowania oraz realnego zagrożenia epidemiologicznego podjął środki zapobiegawcze, jakim jest zapewnienie kompleksowej usługi sprzątnia w Oddziale Zakaźnym, SOR-rze oraz 11 Oddziałach posiadających wydzielone izolatki, wymagające stosowania wyższego reżimu sanitarnego, zastosował przepis art. 46 C ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Poza wirusem SARS-CoV-2 zagrożenie stanowią drobnoustroje wysokoodporne. Do szpitala trafiają pacjenci zakażeni i skolonizowani wysokoodporną florą bakteryjną, wymagający stosowania reżimu sanitarnego. Prawidłowy proces sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń szpitalnych odgrywa kluczową rolę w przeciwdziałaniu zakażeniom szpitalnym i szerzeniu się pandemii.

Art. 46 C ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń można zastosować przy spełnieniu dwóch przesłanek:

1. Usługa, dostawa lub robota budowlana służy zwalczaniu lub zapobieganiu epidemii - potwierdzeniem spełnienia przedmiotowej przesłanki jest załączona do odpowiedzi opinia Kierownika ds. Kontroli Zakażeń Szpitalnych w Szpitalu dowodząca, iż usługa sprzątnia służy zwalczaniu i zapobieganiu epidemii;
2. Na obszarze, na którym ma być realizowane zamówienie ogłoszono stan epidemii lub zagrożenia epidemicznego. Pomimo że COVID-19 nie jest umieszczony w wykazie zakażeń i chorób zakaźnych stanowiących załącznik do ustawy, nie ulega wątpliwości, że COVID-19 wywoływany przez wirusa SARS CoV-2 jest chorobą zakaźną (chorobą wywołaną przez biologiczny czynnik chorobotwórczy). Na gruncie normatywnym, poza definicją ustawową z ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi wskazuje na to treść Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020r. w sprawie ogłoszenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii. Przedmiotowe rozporządzenie oznacza, że spełniona jest druga przesłanka - na danym terenie (Polski) ogłoszono stan epidemii, co niejako zezwala na użycie wspomnianego art. 46C ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w szpitalu na usługę kompleksowego

utrzymania czystości w szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej nie sklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 46 C w/w ustawy, z którego wynika: „Do zamówień na usługi udzielanie 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” w związku z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 roku w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii zmuszony został do zawarcia umowy nr 33/2021 w dniu 21 stycznia 2021 roku z Konsorcjum firm: EverCleaning Sp. z o. o. Zgodnie z § 10 Umowa została zawarta na okres oznaczony. Umowa wchodzi w życie od dnia 21 stycznia 2021 roku do dnia wyłonienia przez Szpital wykonawcy zgodnie z ustawą Pzp, a nie do czasu zakończenia stanu epidemii, jak sugeruje Odwołujący.

Zamawiający z całą stanowczością podkreślił, że było i jest jego intencją zabezpieczenie Szpitala w dobie epidemii SARS CoV-2 usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, a nie jak zarzuca Odwołujący w swoim odwołaniu, że Umowa ma na celu niestosowanie Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający kierował się zawierając umowę zabezpieczeniem szpitala w procesie sprzątnia oraz opieki nad pacjentem mając na uwadze toczące się odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zawarł Umowę do czasu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, a nie jak twierdzi Odwołujący na czas nieokreślony.

Wyłączenie stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest w tej sytuacji uznane za uzasadnione, gdyż wyłączenia te dotyczą nie tylko zamówień na zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, preparatów do dezynfekcji lecz przede wszystkim usług związanych z zapobieganiem rozprzestrzeniania epidemii, w tym sprzątnia w podmiocie leczniczym z funkcjonującym Oddziałem Zakaźnym. Epidemia wymaga natychmiastowych reakcji i szybkiego wdrażania rozwiązań służących zwalczaniu koronawirusa i innych chorób zakaźnych.

Odniesienie zarzutu nr 2 i 3:

Ustawa z dnia z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nie przewiduje obowiązku publikacji informacji oraz ogłoszenia o wyniku postępowania.

Zgodnie z interpretacją kierownika zespołu zamówień publicznych w instytucji publicznej, zgodnie z art. 15 pkt 4 ustawy z 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19, wprowadzone zostało nowe brzmienie art. 46c ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Oznacza to, że z chwilą wejścia w życie art.

15 ustawy z 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19 obowiązuje wyłącznie nowe brzmienie przepisu. Zarówno w dotychczasowym, jak i w nowym brzmieniu art. 46c ust. 1 ustawy użyto sformułowania „nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych”. Taki zapis oznacza, że żaden regulacje ustawy Pzp nie mają zastosowania do zamówień objętych tym przepisem, w tym te dotyczące publikacji informacji i ogłoszeń.

Zgodnie z informacją z dnia 9 listopada 2020 r. UZP dot. art. 6 Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych *„Uprzejme informujemy, iż Pan Prezydent RP podpisał w dniu 3 listopada ustawę z dnia 28 października o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19. Przywołana ustawa „przywraca” wyłączenie stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r., poz. 1086) do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Przepis brzmi podobnie jak wygasły we wrześniu art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 lub innych chorób zakaźnych oraz wywołanymi nimi sytuacjami kryzysowymi (Dz. U. poz. 1842). Istotną zmianą w tym zakresie jest tylko kwestia zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu takiego zamówienia. Poprzednio należało je opublikować w Biuletynie Informacji Publicznej. Aktualnie Zamawiający w terminie 7 dni od dnia udzielenia powyżej opisanego zamówienia, będzie zobowiązany zamieścić to ogłoszenie Biuletynie Zamówień Publicznych.”* Natomiast Zamawiający zastosował art. 46 c ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych, a ta nie zobowiązuje do publikacji informacji o udzielonych zamówieniach w BZP lub BIP.

Na podstawie dokumentacji przekazanej w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 21 stycznia 2021 roku zawarł umowę nr 33/2021 z Konsorcjum Firm: (1) Ever Cleaning Sp. z o. o.; (2) Everteam Sp. z o. o.; (3) Ever Medical Care Sp. z o. o. Strony zawierały umowę na podstawie art. 46c ustawy z dnia 5 grudnia 2008r. 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 dnia 21.01.2021r. r. i ma obowiązywać do dnia wyłonienia przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce Wykonawcy zgodnie z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszonym we wrześniu 2020 roku. 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 ustawy Pzp2019, więc w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu (pkt 1 sentencji).

W pozostałym zakresie, biorąc pod uwagę poczynione przez Izbę ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie podlegało oddaleniu (pkt 2 sentencji).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp2019, przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych. W myśl zaś art. 4 pkt 1 Pzp2019, 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 z dnia z dnia 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1845 ze zmianami) 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, zauważyć należy, 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 roku. Zapewne wiele czynników złożyło się na wystąpienie powyższej okoliczności, część z nich wynika z działań samego Zamawiającego, inne z powodu czynności podejmowanych przez Wykonawców, jak choćby korzystanie ze środków ochrony prawnej. Nie zmienia to jednak 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. Sam bowiem Odwołujący zauważa, że usługa sprzątnia ma charakter ciągły i nieprzerwany. Dodatkowym czynnikiem, który Zamawiający musi obecnie uwzględnić w ramach funkcjonowania jednostki jest ogłoszony stan epidemii, występujący na terenie całego kraju. 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 COVID-19. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, 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 wcześnie, biorąc pod uwagę fakt, że miał zapewnioną ciągłość świadczenia do końca stycznia 2021 roku. Jak już zauważono w niniejszym orzeczeniu, przedłużająca się procedura nie jest 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.

Zadaniem Izby było ocenić, czy zawarcie umowy kompleksowej usługi sprzątnia w określonym trybie i przy wyborze określonych regulacji prawnych, zgodne było z przepisami ustawy Pzp2019. Skład Izby orzekający w niniejszej sprawie wyraża 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. 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 sprzątnie 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. Celnie podkreślił w piśmie procesowym Przystępujący, iż 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 zdaniem Izby wystąpienie epidemii ma tutaj wydzźwięk 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.

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 w ocenie Izby 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 są to także elementy będące również standardowo przedmiotem postępowań o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp2019. Nie jest przecież tak, że tylko podczas epidemii zamawiana jest odzież ochronna i sprzęt medyczny. Izba nie widzi różnicy, w ramach której dopuszczalny jest zakup odzieży ochronnej z pominięciem ustawy Pzp2019, ale nie jest już dopuszczalne zawarcie umowy na sprzątanie pomieszczeń szpitalnych i pomoc w opiece nad chorymi oraz wykonywanie dodatkowych świadczeń zleconych przez Zamawiającego, typu dodatkowo dezynfekcja, transport chorych. W tym zakresie stanowisko Odwołującego wydaje się wewnątrznie 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. Trudno polemizować, że usługi będące przedmiotem umowy nie są niezbędne do realizacji świadczeń w trakcie trwania epidemii, a Zamawiający 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 sprzątania i utrzymania porządku w pomieszczeniach szpitala.

Nie można również tracić z pola widzenia okoliczności, że umowa będąca przedmiotem analizy Izby zawarta została na czas określony. Nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że jest ona 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 Pzp2019, 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. 46 c, 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. Warto podkreślić, że 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 Pzp2019. 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 Pzp2019 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. Słusznie zauważył również Przystępujący, że 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 uważa, że nie są uprawnione tezy Odwołującego, że Zamawiający nie 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.

Reasumując, 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 Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, 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 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., 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 kwoty 7 500 zł tytułem nadpłaconego wpisu. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 przywołanego Rozporządzenia wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany, wynosi 7500 złotych – w przypadku zamówienia na dostawy lub usługi bez względu na wartość samego postępowania.

Przewodniczący:

.....