

Sygn. akt KIO 2365/13

**WYROK**  
**z dnia 16 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2013 r. przez wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na rzecz Instytutu Psychiatrii i Neurologii w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze), dalej jako „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zintegrowana usługa w zakresie utrzymania czystości wewnętrznej i zewnętrznej, obsługi technicznej, ochrony obiektu oraz usługę żywienia szpitalnego w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2013 r., pod pozycją 2013/S 147-256084.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

1 października 2013 r. zamawiający przesłał Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie informację o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia zachowując termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do zastosowania tych przepisów. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że podpisanie przez zamawiającego porozumienia z organizacjami związkowymi działającymi u zamawiającego zakładającego wstrzymanie działań związanych z prowadzeniem przetargu do czasu wprowadzenia programu restrukturyzacyjnego nie wypełnia dyspozycji wskazanych przepisów.

Odnosząc się do wymagań art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp podniósł, że podpisanie porozumienia nie jest okolicznością niezależną od woli zamawiającego, której nie mógł on wcześniej przewidzieć. Odwołujący argumentował, że w sytuacji wszczęcia postępowania, którego przedmiotem jest m.in. przejście pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy, możliwość sporu zbiorowego ze związkami zawodowymi była do przewidzenia. Wywodził, że porozumienie ze związkami zawodowymi nie niweczy celu postępowania, którym jest powierzenie usługi utrzymania czystości i żywienia podmiotowi zewnętrznemu, zaś interes części załogi niezainteresowanej przejściem do nowego pracodawcy nie stanowi interesu publicznego, dla którego wszczęto postępowanie.

Zdaniem odwołującego postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż w ramach wiążącego go porozumienia zamawiający mógłby na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Izba uznała, że odwołanie przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej, z powodu braku możliwości jego wniesienia za pośrednictwem platformy EPUAP, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, spełnia wymagania co do formy odwołania wskazane w art. 180 ust. 4 Pzp.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Organizacje związkowe działające u zamawiającego: Ogólnopolski Związek Zawodowy Lekarzy, Ogólnopolski Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych, Związek Zawodowy Pracowników Administracji i Obsługi Służby Zdrowia, Związek Zawodowy „Solidarność”, Ogólnopolski Związek Psychologów pismem z 2 września 2013 r., z powołaniem się na art. 1 oraz art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, zażądały od Dyrektora Instytutu m.in. wstrzymania wszelkich działań restrukturyzacyjnych, w tym również ogłoszonego przetargu dotyczącego outsourcingu, do czasu przeprowadzenia rozmów z przedstawicielami związków. Związki zawodowe żądały od pracodawcy uwzględnienia żądań w terminie 3 dni oraz zastrzegły, że brak uwzględnienia żądań spowoduje ogłoszenie strajku w terminie dopuszczonym przez przepisy (pismo w aktach sprawy).

Projekt porozumienia z 12 września 2013 r. został zaakceptowany przez Dyrektora Instytutu pismem z 16 września 2013 r. po spotkaniu ze związkami zawodowymi 12 września 2013 r. Pkt 3 porozumienia przewiduje odstąpienie od przetargu na kompleksowy outsourcing usług w Instytucie Psychiatrii i Neurologii (pisma w aktach sprawy).

Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na wejście w spór zbiorowy i porozumienie co do unieważnienia postępowania (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w aktach sprawy).

Postępowanie zostało unieważnione przed upływem terminu składania ofert, który upływał 2 października 2013 r. (pismo z 19 września 2013 r., w aktach sprawy).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że spór zbiorowy wszczęły wszystkie organizacje związkowe działające u zamawiającego. Przed wszczęciem postępowania nie było obaw, czy symptomów sporu zbiorowego, zamawiający nie otrzymał też żadnego pisma, które zapowiadałoby ewentualny spór lub strajk.

Zamawiający oświadczył, że kontynuacja postępowania związana byłaby ze strajkiem, odejściem personelu od łóżek pacjentów, co miało już miejsce w roku 2009. Nie wiadomo, jaki będzie ostateczny wynik negocjacji. Wyjaśnił również, że outsourcing ma dotyczyć sanitariuszy, którzy nie są wyłącznie personelem sprzątającym, gdyż są przyuczeni do bycia kadrą pomocniczą, a sprzątanie stanowi jedynie ok.20% ich czynności.

Zapowiadane u zamawiającego zwolnienia mają objąć ok. 80 osób z 950 zatrudnionych u zamawiającego (wydruk z portalu rynekzdrowia.pl, w aktach sprawy).

Założenia planu restrukturyzacji, przyczyny złej kondycji ekonomicznej i finansowej zamawiającego oraz zasadność zwolnień pracowników są obecnie przedmiotem dyskusji między Dyrektorem Instytutu a wszystkimi działającymi u zamawiającego związkami zawodowymi (pismo z 3 października 2013 r., w aktach sprawy).

Twierdzenie odwołującego, że zamawiający w ramach programu restrukturyzacji wszczął postępowania na ochronę, żywienie i sprzątanie nie znajduje potwierdzenia również w wykazie postępowań o udzielenie zamówienia na stronie zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi, że zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. (sygn. akt V Ca 2224/03) „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”.

Rację ma odwołujący, gdy twierdzi, że spór zbiorowy, czy nawet strajku same w sobie nie stanowią same w sobie wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, okoliczności te winny być badane indywidualnie z uwzględnieniem charakteru działalności zamawiającego oraz oceny następstw czynności podjętych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 11 kwietnia 2008 r., (sygn. X Ga 45/08) Sąd Okręgowy w Gliwicach wskazał, że sam fakt wybuchu akcji protestacyjnej i strajku w kopalni nie stanowią istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Taką zmianę okoliczności mogłyby dopiero stanowić skutki strajku np. w postaci strat finansowych.

Oceniając okoliczności unieważnienia badanego postępowania Izba uwzględniła, że zamawiający nie prowadzi działalności w celu osiągnięcia zysku, lecz jego zadaniem jest udzielanie świadczeń zdrowotnych. Podstawowa działalność zamawiającego realizuje więc wprost interes publiczny, wyrażający się w korzyściach uzyskiwanych przez ogół obywateli realizowanych w drodze usług powszechnie dostępnych związanych z ochroną zdrowia (*vide*: uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W/96).

Czym innym jest strata finansowa dotycząca podmiotu gospodarczego, a czym innym narażenie na szwank życia i zdrowia ludzi. Nie budzi wątpliwości, że strajk uniemożliwiłby zamawiającemu wykonanie jego ustawowych powinności z możliwością uszczerbku dla życia i zdrowia pacjentów. Izba stoi na stanowisku, że w tych szczególnych okolicznościach możliwość unieważnienia postępowania zachodzi nie tylko w sytuacji, gdy skutkiem ogłoszenia strajku i „odejścia od łóżek pacjentów” zdrowie i życie konkretnych osób już zostało zagrożone, ale również w celu zapobieżeniu takiej sytuacji.

Izba uznała, że wystąpiły istotne okoliczności, godzące w zaspokojenie interesu publicznego, któremu miało służyć dane postępowanie.

Kontynuacja postępowania, którego przedmiotem było zamówienie usług umożliwiających zamawiającemu jego działalność podstawową – tj. udzielanie świadczeń zdrowotnych - jednak ściśle powiązane ze zmianą formy świadczenia zamawianych usług, ma mniejsze znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, niż pozbawienie obywateli usług powszechnie dostępnych związanych z ochroną zdrowia. Istotne jest przy tym to, że skutkiem unieważnienia postępowania zamawiający nie zostanie pozbawiony zamawianych usług. Będą one świadczone na dotychczasowych zasadach, do czasu zakończenia negocjacji ze związkami zawodowymi, umożliwiających przeprowadzenie postępowania, którego elementem będzie przejście pracowników.

Z przyczyn powołanych wyżej nie podzielono stanowiska odwołującego, że unieważnienie postępowania nastąpiło wyłącznie w interesie części pracowników zamawiającego. W tym miejscu zresztą odwołujący popada w sprzeczność twierdząc jednocześnie, że interes pracowników podlegających przejściu jest zaspokojony przez dobrodziejstwo zastosowania art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy.

W zakresie przesłanki braku przewidywalności przyczyn unieważnienia postępowania Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że nie spodziewał się on sporu zbiorowego, ani groźby strajku. Okoliczności tej zamawiający nie może wywieść z niczego innego, niż tylko z

własnego oświadczenia, wymagałoby to bowiem złożenia dowodu negatywnego. Tego zamawiający nie jest w stanie uczynić, zatem to odwołujący winien przywołać dowód lub uprawdopodobnić twierdzenie przeciwne tzn. że ten konkretny zamawiający winien był się liczyć ze sporem zbiorowym oraz strajkiem. Odwołujący wskazał tymczasem wyłącznie na to, że w razie zamiaru przejęcia pracowników przez podmiot zewnętrzny inni zamawiający prowadzą wcześniejsze konsultacje, co Izba uznała za niewystarczające.

Tezy z orzeczeń przywołanych przez odwołującego nie odnoszą się do okoliczności faktycznych sprawy, żadne z nich nie zostało wydane w odniesieniu do zamawiającego – jednostki ochrony zdrowia.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie potwierdził się.

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli zostało ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby przesłanki wymagane tym przepisem nie wystąpiły. Niewątpliwie negocjacje zamawiającego ze związkami zawodowymi mają znaczenie dla opisu przedmiotu zamówienia, co najmniej w odniesieniu do liczby pracowników podlegających przejęciu oraz mogą mieć wpływ na wartość zamówienia i warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielanie zamówienia. Nie można jednak stracić z oczu, że do dnia otwarcia oferty postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie mogą być zmienione zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp.

W okolicznościach sporu nie można więc mówić, że w dacie unieważnienia w postępowania tkwiła nieusuwalna wada. Wada taka mogła zaistnieć dopiero po upływie terminu składania ofert, w sytuacji, gdy zaszłaby konieczność zmiany postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp potwierdził się.

Potwierdzenie jednego zarzutu odwołania nie ma wpływu na wynik postępowania, które zostało przez zamawiającego unieważnione z przyczyn wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....