

Sygn. akt: KIO/W 37/14

**POSTANOWIENIE
z dnia 10 listopada 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 listopada 2014 r. wniosku z dnia 6 listopada 2014 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Gdańsku, ul. Dębny 4, 80-211 Gdańsk, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę chromatografu cieczowego sprzężonego z detektorem masowym – spektrometru (LC/MS/MS)

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Gdańsku złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę chromatografu cieczowego sprzężonego z detektorem masowym – spektrometru (LC/MS/MS), zwanym dalej „Postępowaniem”.

Na uzasadnienie wniosku Zamawiający wskazał, że w Postępowaniu złożone zostały 2 oferty. W dniu 27 października 2014 r. dokonał on wyboru oferty wykonawcy PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-785), przy ul. Puławskiej 303 i odrzucił ofertę wykonawcy SHIM-POL A. M. B., E. B-R, A. R. sp. j. z siedzibą w Izabelinie (05-080), przy ul. Lubomirskiego 5, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, co zostało przez niego zaskarżone odwołaniem wniesionym w dniu 5 listopada 2014 r.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że nieuchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze spowoduje, zdaniem Zamawiającego, negatywne skutki dla interesu publicznego, co wyjaśnił w następujący sposób.

Na wstępie podał, że stan jedyne urządzenie będącego w jego posiadaniu, wykorzystywanego dotychczas w celu urzędowego badania żywności w kierunku mykotoksyn, w granicznych punktach wejścia na rynek Unii Europejskiej w portach w Gdyni i w Gdańsku, w chwili obecnej nie pozwala na potwierdzenie zabezpieczenia technicznej możliwości wykonywania badań wynikających z szeregu aktów prawa unijnego oraz zobowiązań przyjętych w tym względzie przez Rzeczpospolitą Polską i przez podległe Województwie Pomorskiemu organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w województwie pomorskim. Zasygnalizował, że jest to jedyny tego typu sprzęt będący w dyspozycji Państwowej Inspekcji Sanitarnej w województwie pomorskim.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że graniczne kontrole sanitarne żywności pochodzenia niezwierzęcego oraz materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością, importowanych z państw trzecich realizowane są na zasadach określonych w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U.2010.136.914 j.t. ze zm.) oraz Rozporządzenia Komisji (WE) nr 882/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie kontroli urzędowych przeprowadzanych w celu sprawdzenia zgodności z prawem paszowym i żywnościowym oraz regułami dotyczącymi zdrowia zwierząt

i dobrostanu zwierząt. Obecnie eksploatowany w Dziale Laboratoryjnym Zamawiającego chromatograf firmy VARIAN użytkowany jest blisko 11 lat. Około 6 lat temu producent tego urządzenia wygasił jego produkcję. Od około 4 lat zaprzestał również zabezpieczać wsparcie techniczne oraz części zamienne. Stan urządzenia z uwagi na intensywną, ciągłą eksploatację oraz znaczące ilości prób żywności importowanej, koniecznych do przebadania w zakresie zawartości mykotoksyn nie daje, od około roku, rękojmi zachowania ciągłości badań niezbędnych do dokonywania odpraw granicznych. Skutkiem najmniejszej awarii, które zdarzają się obecnie z bardzo dużą intensywnością, będzie zaprzestanie przyjmowania próbek do badań żywności importowanej od Granicznej Stacji Sanitarnej-Epidemiologicznej w Gdyni, co z kolei spowoduje szereg dodatkowych kosztów dla budżetu państwa związanych z dostarczeniem prób do innego, posiadającego status urzędowego, najbliższego w tym zakresie laboratorium w głębi kraju. Przerwa w zakresie wykonywania powyższych badań lub konieczność odsyłania ich poza województwo pomorskie spowodować może trudne do oszacowania konsekwencje w zakresie terminowości odpraw celnych, a co z tym związane także znacznych perturbacji w gospodarce, czego efekty przełożą się również na negatywne skutki dla budżetu państwa. Sytuacja jest tym bardziej poważną, iż z informacji uzyskanych od Głównego Inspektora Sanitarnego przez graniczne punkty wejścia na rynek UE w portach w Gdyni i w Gdańsku corocznie przewija się 85 % żywności importowanej do Polski drogą morską z państw niebędących członkami Unii Europejskiej. Zachwianie ciągłości odpraw celnych lub ich spowolnienie spowodować może w związku z tym znaczące negatywne konsekwencje.

Zamawiający zasygnalizował, że z informacji uzyskanych od Państwowego Granicznego Inspektora Sanitarnego w Gdyni, Dyrektora Izby Celnej w Gdyni oraz zarządzających portami wynika, iż w najbliższym roku spodziewane jest znaczące zwiększenie ilości towarów wchodzących na rynek europejski przez granicę morską w obu trójmiejskich portach. Wspomniane służby potwierdzają, iż wraz z łącznym wzrostem ilości towarów odprawianych spodziewać należy się proporcjonalnego wzrostu ilości artykułów żywnościowych badanych w kierunku mykotoksyn. Powyższe ma być efektem podnoszenia od kilku lat konkurencyjności polskich portów oraz przygotowywanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie deregulacji m. in. w postaci, tzw. „czwartej ustawy deregulacyjnej” zawierającej tzw. pakiet portowy. Zakładanym efektem prowadzonych prac ma być m. in. skrócenie odpraw towarów do 24 godzin. Według wstępnych prognoz należy spodziewać się nawet trzykrotnego wzrostu towarów żywnościowych, badanych w kierunku mykotoksyn. Dotychczas wykorzystywane urządzenie, niezależnie od jego krytycznego w chwili obecnej stanu technicznego, z uwagi na swą wydajność, nie byłoby w stanie obsłużyć prognozowanego wzrostu badań.

Zamawiający podkreślił, że zakup ww. urządzenia koresponduje z rekomendacjami stawianymi dla ww. badań żywności przez Komisję Europejską. Ma to związek z uzyskaniem znacznie wyższej, niż dla obecnie wykonywanych, wiarygodności wyników dokonywanych badań mykotoksyn. Unia Europejska rekomenduje, aby wiarygodność wyników dla powyższych badań wynosiła minimum 95 %, co można uzyskać jedynie za pomocą urządzenia, którego dotyczy powyższy wniosek. Przypuszczać należy, iż w perspektywie najbliższych kilku lat tak wysoka wiarygodność wyniku stanie się wymogiem stawianym przez Komisję Europejską względem laboratoriów wykonujących urzędową kontrolę żywności.

Uzasadniając wniosek Zamawiający wskazał dodatkowo, że zabezpieczenie finansowania Postępowania pochodzi z rezerwy ogólnej budżetu państwa, a środki przyznane decyzją Ministra Finansów nr MF/FG06/002899 z dnia 3 września 2014 r. na powyższy cel wygasną wraz z końcem bieżącego roku budżetowego. Zamawiający nie mógł więc wszcząć Postępowania przed decyzją o przyznaniu środków, nie może również wydatkować tych środków po ich wygaśnięciu, tj. po 31 grudnia 2014 r. W ocenie Zamawiającego istnieje więc prawdopodobieństwo, że po zakończeniu postępowania odwoławczego, konieczność ponownego rozstrzygnięcia postępowania spowoduje wygaśnięcie tych środków.

Zamawiający dodał, że w obecnym budżecie, jak i przyszłorocznym projekcie budżetu województwa pomorskiego brak jest środków finansowych na zakup przedmiotowego urządzenia. Również wysokość środków przyznanych Zamawiającemu w budżecie na rok 2014 oraz w projekcie budżetu na rok 2015 nie pozwala na wyasygnowanie kwoty niezbędnej na zakup przedmiotowego chromatografu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Wniosek Zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucja przewidziana komentowanym przepisem ma charakter wyjątku od zasady statuowanej art. 183 ust. 1 Pzp, co determinuje konieczność ścisłej wykładni przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy. Nie jest przy tym wystarczające ograniczenie się do utożsamiania interesu publicznego z przedmiotem działalności instytucji zamawiającej, bowiem co do zasady kategorię zamawiających na gruncie przepisów Pzp tworzą podmioty,

które wykonują działalność mającą charakter publiczny. Takie rozumowanie mogłoby również prowadzić do wniosku, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedmiot zamówienia wiąże się z tego rodzaju działalnością zawsze będzie wypełniona przesłanka interesu publicznego. Co więcej, uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może być uzależnione od wykazania przez zamawiającego jakichkolwiek negatywnych skutków niezawarcia umowy, a jedynie takich, które uzasadniają przesunięcie na plan dalszy potrzeby ochrony m.in. interesu wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

Ad casum, zdaniem Izby, Zamawiający przedstawił wprawdzie rozbudowany opis możliwych negatywnych skutków nieuwzględnienia wniosku, jednak opierał się on na ogólnikowych i nieudowodnionych okolicznościach związanych m.in. ze skalą wykorzystywania aktualnie posiadanego urządzenia, jego stanem technicznym, brakiem wsparcia producenta, czy niezbędnych do napraw części zamiennych. Należy przy tym zauważyć, że skoro obecnie używana przez Zamawiającego aparatura nie jest już produkowana – jak wskazuje we wniosku – od około 6 lat, a wspierana technicznie przez producenta – od około 4 lat, to powstaje wątpliwość dlaczego jej wymianą Zamawiający zainteresował się dopiero teraz, tym bardziej, że – jak sam wskazuje – od roku boryka się z częstymi awariami urządzenia, co nie daje „[...]rękojmi zachowania ciągłości badań niezbędnych do dokonywania odpraw granicznych[...]”. Z powyższych względów nie mogły również stanowić podstawy do uwzględnienia wniosku Zamawiającego przewidywania odnoszące się do zwiększenia ilości badań artykułów żywnościowych z uwagi na „[...]znaczące zwiększenie ilości towarów wchodzących na rynek europejski przez granicę morską w obu trójmiejskich portach[...]”. Nawet jeśli przyjąć, że przedstawiona argumentacja potwierdzać miałaby możliwość wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego (z czym, z uwagi na jej ogólnikowość, zgodzić się nie sposób), to Zamawiający nie wykazał, że przeciwdziałanie owej możliwości miałoby być realizowane z pierwszeństwem przed korzyściami płynącymi z ochrony interesów, o których mowa w art. 183 ust. 2 zd. drugie Pzp. Generalnie bowiem każde nieuwzględnienie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy złożonego przez zamawiającego, którego przedmiot działalności ma na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze publicznym, wiąże się w pewnym stopniu z możliwością wystąpienia niekorzystnych konsekwencji dla interesu publicznego, co jednak – jak wskazano – nie stanowi samoistnej podstawy do uwzględnienia takiego wniosku i odstąpienia od konieczności ochrony interesu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

.....