

POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 grudnia 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 grudnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego – Skarb Państwa - Państwowy Wojewódzki Inspektor Sanitarny Wojewódzka Stacja Sanitarno - Epidemiologiczna w Łodzi, ul. Wodna 40**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa chromatografu cieczowego z detekcją tandemową spektrometrią mas (LC/MS/MS) – 1 zestaw” (ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr ogłoszenia: 2023/S 173-541369, z dnia 8 września 2023 r.)

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

Uzasadnienie

Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa chromatografu cieczowego z detekcją tandemową spektrometrią mas (LC/MS/MS) – 1 zestaw” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr

ogłoszenia: 2023/S 173-541369, z dnia 8 września 2023 r., przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W dniu 24 października 2023 r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia ww. postępowania wybierając, jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy „SHIM-POL A.M. B.” E. B.-R., A. R. Sp. j.

W dniu 3 listopada 2023 r., Zamawiający otrzymał kopię odwołania wniesionego przez wykonawcę Anchem Sp. z o.o.

Na rozprawie w dniu 17 listopada 2023 r. rozstrzygnięcie odwołania zostało odroczone bezterminowo w związku z dopuszczeniem przez Izbę dowodu z opinii biegłego z dziedziny metrologii, a w przypadku braku możliwości pozyskania biegłego tej specjalności dowodu z opinii Instytutu Głównego Urzędu Miar i Wag Zakładu Mechaniki i Akustyki, w skład którego wchodzi laboratorium masy na okoliczność ustalenia wiadomości specjalnej w zakresie funkcjonowania urządzeń chromatografu cieczowego z tandemową spektrometrią mas LC-MS/MS.

Z uzyskanych przez zamawiającego informacji w Krajowej Izbie Odwoławczej wynika, że prace nad sporządzeniem opinii przez biegłego albo Instytut nie zostały jeszcze rozpoczęte.

W ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że okres realizacji zamówienia przypada na 15.12.2023 r.

Tożsamy termin wskazano w SWZ (Rozdział VI ust. 1), w OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ), jak również we wzorze umowy, gdzie zamawiający zastrzegł, że wykonanie całego przedmiotu umowy nastąpi w nieprzekraczalnym terminie do 15 grudnia 2023 r. (§ 2 ust. 3 wzoru umowy). Sam wzór oferty zamawiający skonstruował także w ten sposób, że zakresem zobowiązania oferenta było zrealizowanie dostawy w terminie do 15 grudnia 2023 r. (pkt 5 Formularza oferty).

Zamówienie jest finansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywności działania” Nr POIS.I 1.03.00-00-0177/22, w ramach działania 11.3 Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia Oś priorytetowa XIREACT-EU Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020.

Środki unijne stanowią 100 % źródła finansowania tego zamówienia.

Termin 15 grudnia 2023 r. jest terminem nieprzekraczalnym, a zamawiający nie ma możliwości jego przedłużenia. Spowodowane to jest następującymi okolicznościami: zamawiający wszczął postępowanie w dacie 5 września 2023 r. r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o możliwości zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia, z oszczędności wygenerowanych w projekcie „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywności działania” Nr POIS.I 1.03,00-00-0177/22. W ramach działania 11.3 Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia Oś priorytetowa XIREACT-

EU Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020. Przedmiotowy projekt ze względu na pandemię Covid -19 został przedłużony do końca 2023 r. i jest to data która ze względu na fakt, iż projekt już został wydłużony w czasie nie podlega przedłużeniu. Wszystkie wydatki w jego ramach muszą zostać poniesione do 31 grudnia 2023 r. ale ostatnia transza zapotrzebowania środków do Banku Gospodarstwa Krajowego musi zostać złożona do 20 grudnia (a więc w tej dacie zamawiający musi już dysponować fakturą, która może być wystawiona dopiero po zrealizowaniu całości umowy, która zakłada między innymi 5-cio dniowe szkolenie). Aneks do porozumienia pomiędzy WSSE w Łodzi a Ministrem Zdrowia umożliwiający zawarcie umowy został podpisany w dniu 19 października 2023 r. i stanowi załącznik do tego wniosku.

W konsekwencji, brak zrealizowania zamówienia w terminie do 15 grudnia 2023 r. będzie skutkował dla zamawiającego konsekwencjami wynikającymi z braku realizacji zadania wskazanego w projekcie oraz utratą dofinansowania w tym zakresie. Na dzień dzisiejszy w Instytucji Pośredniczącej prowadzone są rozmowy mogące skutkować jeszcze wcześniejszym odebraniem dofinansowania ze względu na wysokie prawdopodobieństwo nie zrealizowania zadania w terminie (w załączeniu pismo MZ wzywające do wyjaśnień w tym zakresie).

W ubiegłych latach budżet WSSE w Łodzi na wszystkie wydatki rzeczowe wynosił ok 4 milionów zł, w tym ok. 2 miliony to wydatki związane z funkcjonującymi umowami stałymi (energia elektryczna, ogrzewanie, ochrona obiektu, itp.) pozostała kwota była przeznaczana w znacznej części na bieżące funkcjonowanie laboratorium (dostawy odczynników chemicznych, testów, materiałów eksploatacyjnych itp.). Co roku WSSE w Łodzi występuje do Wojewody o przyznanie środków z rezerwy Wojewody na zabezpieczenie najpilniejszych potrzeb umożliwiających przysłowiowe dotrwanie do końca roku. Wobec powyższego jest wysoce prawdopodobne, iż w najbliższych latach nie będzie możliwości zakupienia aparatu będącego przedmiotem sporu ze środków własnych WSSE w Łodzi lub budżetu Wojewody Łódzkiego. Program „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywności działania” z którego finansowany ma być przedmiotowy zakup jest pochodną opóźnień w realizacji Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 związanych z pandemią Covid -19 i nie należy spodziewać się jego powtórzenia w przyszłości.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że:

Postanowienie KIO z 22.12.2022 r., sygn. akt KIO/W 47/22:

Wynikający z art. 577 ustawy zakaz zawarcia umowy nie ma charakteru kategoriycznego. Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić ten zakaz, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny będzie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego.

Postanowienie KIO z 25.11.2022 r., sygn. akt KIO/W 38/22:

Pojęcie „ interesu publicznego ” w polskim prawodawstwie nie zostało zdefiniowane (brak definicji legalnej), jednakże jego znaczenia można i należy poszukiwać w orzecznictwie, np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2016 roku, sygn. akt V CSK 588/17, wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 2 lutego 2017 roku sygn. akt ITFSR 4126/14.

Klauzula generalna interesu publicznego w kontekście ustawy Prawo zamówień publicznych oraz regulacji odnoszącej się do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi możliwość odwołania się przez zamawiającego stosującego prawo do wartości, które są wspólne i istotne dla danej społeczności.

W efekcie, klauzula „ interesu publicznego ” w postępowaniu .o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, stanowi przesłankę umożliwiającą ochronę określonych przepisami wartości.

Wreszcie warto powołać się na stanowisko KIO przedstawione w sprawie KI O/W 38/22. W wydanym w tej sprawie postanowieniu Izba wskazała m.in., że:

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego

(tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego,
- ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób.

Zamawiający stoi na stanowisku, że przesłanka związana z ochroną interesu publicznego zostaje spełniona w tej sprawie.

Zamawiający działa na podstawie ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2023 r. poz. 338). Działalność Zamawiającego w całości służy utrzymaniu i wzmacnianiu stanu zdrowia oraz zapobieganiu powstawania chorób, w tych zakaźnych i zawodowych. Jednym z podstawowych ustawowych zadań zamawiającego jest realizacja zadań z zakresu zdrowia publicznego polegająca na sprawowaniu nadzoru nad warunkami zdrowotnymi żywności i żywienia (art. 1 pkt 6 ww. ustawy).

Celem tego zamówienia jest zwiększenie efektywności działania zamawiającego, w ramach działania Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia. Niezrealizowanie zamówienia w terminie do 15.12.2023 r. nie tylko pozbawi zamawiającego środków na zakup sprzętu niezbędnego do realizacji ustawowych zadań, ale także nie pozwoli na osiągnięcie celów ww. Projektu. Zamawiający wskazał szczególności, że:

Laboratorium WSSE jest jednym z pięciu laboratoriów badających pozostałości pestycydów w ramach urzędowej kontrolki monitoringu Europejskiego w Polsce. W 2023 roku przebadano około 800 próbek żywności i 400 próbek wody przeznaczonej do spożycia. Badanych jest około 400 związków, wśród nich znajdują się niebezpieczne substancje o charakterze kancerogennym i mutagennym.

Podstawę doboru pestycydów stanowi skoordynowany program monitoringu Unii Europejskiej, przedstawiony w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (WE) Nr 2022/741 z 13.05.2022r., dotyczącym wieloletniego skoordynowanego wspólnotowego programu kontroli. Próbkę pobierane są przez Powiatowe Stacje Sanitarно-Epidemiologiczne z całej Polski w ramach podpisanych umów rocznych. Dodatkowo przeprowadzane są doraźne akcje wynikające z aktualnych potrzeb. W 2023 roku przebadano próbki pobrane w punktach kontroli granicznej, zgodnie z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2022/913 z dnia 20 maja 2022r. w sprawie tymczasowego zwiększenia kontroli urzędowych i środków nadzwyczajnych regulujących wprowadzenie do Unii niektórych towarów z państw trzecich. Z uwagi na braki aparaturowe, nie mając możliwości badania pojedynczych związków, WSSE w Łodzi nie mogła włączyć się do akcji kontroli zbóż z Ukrainy.

Aktualnie do badań wykorzystywany jest 1 chromatograf cieczowy LC/MSMS i 1 chromatograf gazowy GC/MSMS. Ilość sprzętu jest niewystarczająca w stosunku do potrzeb, dlatego podjęto starania o doposażenie laboratorium w ramach wskazanego wyżej projektu.

Aby spełnić wymagania Unii Europejskiej laboratorium powinno rozszerzyć zakres o kolejne matryce (grupa 5 zgodnie z obowiązującym dokumentem SANTE 11312/2021- produkty o wysokiej zawartości skrobi i/lub białka i niskiej zawartości wody i tłuszczu) oraz nowe pestycydy (chloran, chlormekwat, fosetyl_AI, glufosynat amonowy, hydrazyt kwasu maleinowego, matryna, mepikwat, AMPA, N-acetyl- glifosat, N-acetyl-glufosynat, etefon - hydroksy (HEPA), MPPA, kwas cyjanurowy, chizalofop-P, glifosat, etefon) których oznaczenia muszą być wykonywane z wykorzystaniem technik LC/MSMS, dla którego chromatograf będący przedmiotem sporu jest niezbędny.

Koniecznością jest rozszerzenie zakresu badań o oznaczanie histaminy techniką LC/MSMS w żywności. Według wytycznych Głównego Inspektora Sanitarnego należy monitorować zawartość tego silnego alergenu w około 400 próbkach rocznie. Obecnie próbki pobierane na terenie województwa łódzkiego przekazywane są do badania do innych laboratoriów na terenie kraju.

W związku z powyższym doposażenie laboratorium w chromatograf cieczowy z detekcją masową LC/MSMS jest niezbędne do zapewnienia efektywnej pracy laboratorium WSSE w Łodzi.

Oznaczanie zawartości pozostałości pestycydów w żywności jest istotne dla zdrowia publicznego gdyż pozwala wyeliminować niebezpieczne produkty z rynku dbając o zdrowie konsumentów. Dotychczasowa praktyka wykazuje, iż w około połowie próbek znajdowane są pozostałości pestycydów a w ok 10% z nich przekraczają dopuszczalne normy. Doposażenie laboratorium w aparat będący przedmiotem sporu pozwoliłoby na oznaczanie a w konsekwencji wykrywanie większej ilości substancji szkodliwych dla zdrowia dzięki temu, że posiada on wyższe czułości analityczne niż dotychczasowo posiadany sprzęt.

Badania wykonywane w tym zakresie są szczególnie istotne, gdyż w przypadku wykrycia przekroczeń substancji szkodliwych uruchamiane są procedury wycofania produktu z obrotu oraz procedury poinformowania społeczeństwa Unii Europejskiej poprzez System Wczesnego Ostrzegania o Niebezpiecznej Żywności i Paszach (RASFF)

Według zamawiającego skutki niezrealizowania zamówienia nie mają charakteru jednostkowego. W sprawie występuje potrzeba ochrony wartości o charakterze ponadindywidualnych i społecznym.

W tym kontekście interes indywidualny odwołującego nie powinien górować nad potrzebą zapewnienia ochrony wartości związanych z ochroną zdrowia publicznego.

Tym bardziej, że w zaistniałych okolicznościach sprawy interes odwołującego ma charakter teoretyczny i brak jest przesłanki związanej z poniesieniem szkody. Podstawowy cel klauzuli stand still nie występuje już w tej sprawie.

To odwołujący złożył wniosek o dowód z opinii biegłego. Mając na uwadze stan procesowy sprawy, zachodzi prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że sprawy odwoławczej nie uda się zakończyć w terminie pozwalającym na zrealizowanie zamówienia do 15.12.2023 r. Zamawiający podtrzymuje, że nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy przy rozstrzygnięciu tego postępowania. Zakładając jednak hipotetycznie, że w sprawie zapadłoby orzeczenie korzystne dla odwołującego to obiektywnie i tak nie jest możliwe skuteczne udzielenie odwołującemu zamówienia, a tym bardziej jego zrealizowanie przez odwołującego do 15.12.2023 r., zwłaszcza gdy zważy się stan procesowy sprawy, gdzie strony oczekują na wyznaczenie biegłego, termin na sporządzenie opinii wynosi 14 dni, w sprawie będzie wyznaczony kolejny termin, a względem ewentualnego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej mogłoby zostać wniesione odwołanie.

Nawet gdyby teoretycznie Izba w dniu dzisiejszym wydała wyrok w którym uchyliłaby decyzję zamawiającego i nakazałaby ponownie dokonać wyboru oferty to pierwszy możliwy termin podpisania umowy przypadłaby na dzień 11 grudnia br., co przy zapisach SWZ i umowy (określających termin wykonania całości umowy do 15 grudnia 2023 r. oraz zakładających minimum 5 dni szkolenia) uniemożliwia wykonawcy Anchem Sp. z o.o. jej wykonanie.

Wobec powyższego wysoce prawdopodobne jest iż KIO nie wyda orzeczenia w terminie umożliwiającym WSSE w Łodzi zawarcie umowy z wykonawcą na odstawę zestawu LCMS/MS.

Zamawiający powołuje ww. argumenty pomocniczo, mając na uwadze, że także w orzecznictwie Izby nie są to argumenty obojętne dla podejmowania decyzji w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Dała temu wyraz Izba chociażby w przywołanym postanowieniu KIO/W 47/22, wskazując, że:

Podkreślić również należy, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec której odwołujący formułuje zarzuty, jednakże ewentualne rozstrzygnięcie korzystne dla odwołującego nie oznacza, że przedmiotowe zamówienie zostanie mu udzielone, a to z uwagi na fakt, że zamawiający - zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 6 czerwca 2022 roku, zmienionej aneksem z dnia 13 grudnia 2022 roku—nie będzie już dysponował środkami finansowymi, które zostały mu przekazane na realizację zamówienia.

Tożsama sytuacja będzie miała miejsce w tej sprawie. Ewentualne korzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie nie doprowadzi do udzielenia mu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 8 września 2023 r. w dniu 24 października 2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. B.” E. B.-R.,

A. R. Sp. j. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasował się odwołujący Anchem sp. z o.o. W dniu 3 listopada 2023 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 przez błędne uznanie, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i wybiórczą ocenę przedmiotowych środków dowodowych i tym samym dokonanie niewłaściwej wykładni treści oferty odwołującego, w sposób sprzeczny z jego wolą i intencją, co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.
2. art. 16 pkt 1-3 ustawy przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy przepisów, co nastąpiło na skutek badania ofert złożonych w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności oraz zaniechań czynności, co do których zamawiający był zobowiązany w świetle postanowień SWZ.
3. art. 107 ust. 4 ustawy przez jego zastosowanie i nie uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego na wezwanie.
4. art. 223 ust. 1 ustawy w związku z art. 16 pkt 2) ustawy. przez wybiórczą ocenę oferty odwołującego w tym przedmiotowych środków dowodowych i złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji dokonanie niewłaściwej wykładni treści oferty odwołującego, w sposób sprzeczny ze stanem faktycznym i obowiązującymi zasadami i powszechną wiedza techniczną.
5. art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór oferty złożonej przez SHIM-POL A.M. B." E. B.-R., A. R. Spółka Jawna , która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i zaniechanie wyboru oferty odwołującego pomimo że spełnia wymagania SWZ i przedstawia najkorzystniejszy bilans w ramach kryterium przyjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez SHIM-POL A.M. B." E. B.-R., A. R. Spółka - pismo zamawiającego datowane na dzień 24.10.2023r. (przekazana informacja odwołującemu w dniu 24.10.2023r);
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego - pismo zamawiającego datowane na dzień 24.10.2023r. (przekazana informacja odwołującemu w dniu 24.10.2023r);
3. nakazanie przeprowadzenia ponownego badania oferty odwołującego i jej oceny z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego oraz całościowej treści oferty odwołującego. Jest to pierwsze odwołanie w sprawie. Izba stwierdziła, iż dotyczy ono zagadnienia technicznego dotyczącego parametru stabilności masy. Rozstrzygnięcie tego

problemu wymaga wiadomości specjalnych i w tym celu został dopuszczony na wniosek odwołującego dowód z opinii biegłego lub instytutu. W chwili obecnej został już wybrany biegły do wydania przedmiotowej opinii, trwa uzgadnianie warunków wydania opinii. Izba zatem nie ustaliła, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba zatem przystąpiła do ustalenia stanu faktycznego dotyczącego przesłanki uchylecia zakazu z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zamawiający zawarł porozumienie o dofinansowanie nr POIS.11.03.00-00-0177/22-00 Projektu pn. „Budowa modułowego laboratorium mikrobiologicznego o standardzie zabezpieczeń BSL-3” Nr POIS. 11.03.00-00-0177/22 w ramach działania 11.3 Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia Oś priorytetowa XI REACT-EU Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020

Przedmiotem Porozumienia jest udzielenie Beneficjentowi dofinansowania na realizację Projektu pn. „Budowa modułowego laboratorium mikrobiologicznego o standardzie zabezpieczeń BSL-3”1 nr POIS.11,03.00-00-0177/22 w ramach POliŚ oraz określenie praw i obowiązków Stron Porozumienia związanych z realizacją Projektu

Zgodnie z par. 4 pkt. 10 zmiana Harmonogramu Projektu, która powodowałaby wydłużenie okresu realizacji Projektu wymaga aneksowania Porozumienia, w tym odpowiedniej zmiany § 7 ust 2. Wniosek o zmianę należy złożyć w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym.

Planowany całkowity koszt realizacji Projektu wynosi 10 060000,00 PLN (słownie: dziesięć milionów sześćdziesiąt tysięcy 00/100 PLN).

Maksymalna kwota wydatków kwalifikowalnych wynosi 10 000000,00 PLN (słownie: dziesięć milionów 00/100 PLN).

Wydatki wykraczające poza maksymalną kwotę wydatków kwalifikowalnych, określoną w ust 2, w tym wydatki wynikające ze wzrostu kosztu całkowitego realizacji Projektu po zawarciu Porozumienia, są ponoszone przez Beneficjenta i są wydatkami niekwalifikowalnymi.

Beneficjent jest zobowiązany do zapewnienia sfinansowania wszelkich wydatków niekwalifikowalnych niezbędnych dla realizacji Projektu w pełnym zakresie

Dofinansowanie przeznacza się na pokrycie 100% wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu, jednak wysokość dofinansowania nie może przekroczyć kwoty 10000 000,00 PLN(słownie: dziesięć milionów 00/100 PLN), w tym 100% tytułem płatności.

Okres kwalifikowania wydatków rozpoczyna się w dniu 01 lutego 2020 r. i kończy się w dniu 31 grudnia 2023 r.

Beneficjent zobowiązany jest zakończyć realizację zakresu rzeczowego Projektu, wynikającego z wniosku o dofinansowanie i Porozumienia oraz rozpocząć fazę operacyjną Projektu w okresie kwalifikowania wydatków, o którym mowa w ust 2 oraz przedłożyć wniosek o płatność końcową, w terminie do 30 dni po upływie tego okresu.

Wydatki poniesione poza okresem kwalifikowania wydatków nie będą uznane za kwalifikowalne.

Zamawiający zawarł też Aneks nr POIS.11.03.00-00-0177/22-02 do Porozumienia o dofinansowanie nr POIS.11.03.00-00-0177/22-00 Projektu pn. „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywności działania” nr POIS.11.03.00-00-0177/22 w ramach działania 11.3 Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia Oś priorytetowa XI REACT-EU Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020 z dnia 27.12.2022 r. zwanego dalej „Porozumieniem

W Porozumieniu wprowadzono następujące zmiany:

1) § 5 ust. 1 i 2 otrzymują brzmienie:

„1. Planowany całkowity koszt realizacji Projektu wynosi 9 574 770,71 PLN (słownie: dziewięć milionów pięćset siedemdziesiąt cztery tysiące siedemset siedemdziesiąt 71/100 PLN).

2. Maksymalna kwota wydatków kwalifikowanych wynosi 9 574770,71 PLN (słownie: dziewięć milionów pięćset siedemdziesiąt cztery tysiące siedemset siedemdziesiąt 71/100 PLN).”;

2) § 6 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Dofinansowanie przeznacza się na pokrycie 100% wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu, jednak wysokość dofinansowania nie może przekroczyć kwoty 9 574770,71 PLN (słownie: dziewięć milionów pięćset siedemdziesiąt cztery tysiące siedemset siedemdziesiąt 71/100 PLN), w tym 100% tytułem płatności.”;

3) Załącznik nr 3 do Porozumienia - „Harmonogram Realizacji Projektu” otrzymuje brzmienie określone w załączniku nr 3 do Aneksu;

4) Załącznik nr 7 do Porozumienia - „Opis Projektu” otrzymuje brzmienie określone w załączniku nr 4 do Aneksu;

5) Załącznik nr 7a do Porozumienia - „Opis projektu: Wykaz wyposażenia planowanego do zakupu w ramach Projektu” otrzymuje brzmienie określone w załączniku nr 5 do Aneksu.

Do umów dołączono aktualny harmonogram oraz opis projektu, a także wykaz wyposażenia pracowni w tym w zakresie zadania 3 wyposażenie sprzęt laboratoryjny, meble - chromatograf cieczowy z detekcją tandemową spektrometrią mas (LC/MS/MS) przewidziano zakup 2 szt. w cenie jednostkowej 1 217 700zł. czyli łącznie przewidziano wydatek 2 435 400zł.

Z opisu projektu wynika, że mają być osiągnięte następujące cele szczegółowe:

- szybkie reagowanie w momencie pojawienia się nowych, niebezpiecznych patogenów,

- znaczące przyśpieszenie sekwencjonowania wszystkich przypadków zakażeń, identyfikacji nowych mutacji i innych chorób zakaźnych,

- zwiększenie bezpieczeństwa pracowników oraz społeczeństwa w zakresie chorób zakaźnych oraz eliminowanie ich negatywnych skutków zdrowotnych i społecznych, pośrednio - poprawa spójności terytorialnej i społecznej na rzecz wsparcia krajowej gospodarki. Rezultatem projektu ma być nowoczesna i sprawnie funkcjonująca infrastruktura techniczna WSSE w Łodzi w postaci laboratoriów wyposażonych w nowoczesny sprzęt, zwiększający potencjał reagowania na sytuacje kryzysowe.

Z harmonogramu wynika, że okresem przewidzianym na realizację zadania 3 w zakresie chromatografu jest III i IV kwartał 2023

Z pisma Ministerstwa Zdrowia z 29 listopada 2023 r. wynika, że z informacji uzyskanych od Beneficjenta w toku cyklicznego monitoringu projektu pn. „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywności działania” wynika, że istnieje ryzyko niezrealizowania zakupu sprzętu ujętego w zakresie rzeczowym, tj. chromatografu cieczowego z podwójnym detektorem masowym (wartość ponad 1,5 mln zł), z uwagi na toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) postępowanie w wyniku wniesienia odwołania jednego z oferentów.

Jak dotąd KIO nie wydało rozstrzygnięcia w sprawie (w dn. 17.11.2023 r. powołano biegłego sądowego z zakresu metrologii, wyznaczając termin 14 dni na wydanie opinii), co uniemożliwia zawarcie Beneficjentowi umowy na dostawę ww. sprzętu.

Ministerstwo zwróciło się do zamawiającego o przedstawienie do dn. 5 grudnia br. informacji, jakie działania związane z realizacją zadania nr 4 Wyposażenie; sprzęt laboratoryjny, meble planuje podjąć Beneficjent mając na uwadze konieczność zakończenia projektu (wykonania zakresu rzeczowego) w ramach czasowych kwalifikowalności Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, tj. do 31 grudnia br. W szczególności o informację, czy Beneficjent planuje odstąpić od zakupu chromatografu, co spowoduje uwolnienie oszczędności w projekcie czy środki te zostaną zagospodarowane na inny, identyfikowany do zakupu sprzętu.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności cele jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu dostawy uznała, że wniosek podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli :

1) nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie ziściła się pierwsza przesłanka dopuszczająca uchylene zakazu zawarcia umowy.

W ocenie Izby przedmiotowe zamówienie ma na celu stworzenie sprawnie funkcjonującego laboratorium wyposażonego w nowoczesny sprzęt. Izba wzięła pod uwagę, że zamówienie ma charakter kompleksowy i wzajemnie uzupełniający, bowiem zamawiający oprócz chromatografu objętego odwołaniem zamierza wyposażyć się w Spektrometr gamma z detektorem HPGe (zestaw chłodzony), Chromatograf cieczowy z detektorami FLD i UV-Vis, Chromatograf gazowy z detekcją tandemową spektrometrią mas (GC/MS/MS), Spektrometr 1CP-MS, a zatem są to urządzenia umożliwiające kompleksową analizę chemiczną badanych związków. Niewątpliwie jakość żywności dostarczanej konsumentom na polskim rynku ma istotne znaczenie dla zdrowia publicznego. Zamawiający przedstawił w tym zakresie wymagania wynikające z porozumień zawartych z Unią Europejską. Wskazał, że już obecnie nie jest w stanie z uwagi na braki sprzętowe uczestniczyć w badaniach żywności w takiej skali i zakresie jaka jest od niego wymagana. Jako przykład wskazał brak możliwości włączenia się w kontrolę zboża napływającego z Ukrainy. Powołał skalę swojej obecnej działalności, która mogłaby być zwiększona w wyniku zawarcia przedmiotowej umowy. Osiągnięcie celów przyznanego dofinansowania jak szybkie reagowanie w momencie pojawienia się nowych, niebezpiecznych patogenów, czy jak w tym przypadku nowych pestycydów, poprawa spójności terytorialnej i społecznej na rzecz wsparcia krajowej gospodarki, są celami wpisującymi się w realizację celu publicznego. Zamawiający wykazał również, że brak uchylene zakazu zawarcia umowy stanowi dla niego realne zagrożenie w możliwości dokonania tego zakupu, z uwagi na możliwość utraty dofinansowania.

W ocenie Izby jednym z ważniejszych interesów społecznych, jakie powinny być zaspokajane jest zapewnienie opieki zdrowotnej, zatem niewątpliwie zamówienie jest realizowane w celu zaspokojenia interesu publicznego. Opieka ta przejawia się również w dbałości o należyłą jakość żywności i wody dostarczaną obywatelom oraz zapobieganie wprowadzaniu na rynek polski produktów zawierających stężenia pestycydów przekraczających dopuszczalne normy. Zamawiający tworzy obecnie laboratorium o poziomie bezpieczeństwa BSL-3, jest to poziom, który obejmuje prace z patogenami powodującymi poważne choroby u ludzi i które mogą być przenoszone drogą kropelkową. W laboratoriach BSL-3 konieczne jest stosowanie zaawansowanych procedur bezpieczeństwa, takich jak kontrole przepływu powietrza, specjalne ubrania ochronne i ściśle kontrolowane protokoły dotyczące manipulacji z substancjami niebezpiecznymi. Przedmiotowe zamówienia oddziaływać będzie na znaczną grupę osób – konsumentów – zwiększając im dostępność przebadanej a więc bezpiecznej żywności. Wszystkie te elementy składają się na ocenę

skutków dla interesu publicznego, jakie może spowodować brak zawarcia umowy. Jednocześnie fakt pogłębiającego się kryzysu gospodarczego związanego z toczącymi się konfliktami zbrojnymi i przekładającego się na przemieszczanie się przez terytorium Polski dużych ilości żywności produktów rolnych może spowodować dalszy wzrost zapotrzebowania na prowadzenie badań do których dedykowany jest zamawiający. Natomiast uszczerbek jaki może ponieść odwołujący, to utrata spodziewanego zysku. W ocenie Izby zatem negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści spowodowane związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, które mogą doznać uszczerbku w wyniku czynności zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: