

## POSTANOWIENIE

z dnia 27 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 27 września 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Wojewódzka Stacja Sanitarno – Epidemiologiczna w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę 2 chromatografów cieczowych sprzężonych ze spektrometrem mas typu potrójny kwadrupol (LC-MS/MS) wraz z oprzyrządowaniem pomocniczym”, nr postępowania: ZP 13/2022,*

**postanawia:**

**umorzyć postępowanie w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Sanitarno – Epidemiologiczna w Warszawie – pismem z dnia 22 grudnia 2022r. wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy dla przedmiotowego postępowania powołując się na przesłankę wskazaną w art. 578 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) (dalej: „ustawa Pzp”), zgodnie z którym niezawarcie umowy może 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.

Zamawiający wskazał, że odwołanie o sygn. KIO 3125/22 zostało wniesione w dniu 25 listopada 2022 r. natomiast Krajowa Izba Odwoławcza wydała orzeczenie w dniu 19 grudnia 2022 r. W orzeczeniu KIO, wskazała na konieczność powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia firmy Perlan Technologies Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, wybrano ofertę złożoną przez firmę SHIM-POL A.M. B." E. B., A. R.Sp. j., z którą Zamawiający zamierza zawrzeć umowę.

Termin realizacji zamówienia został określony na dzień 30 grudnia 2022 roku. Zamawiający podniósł, że jeśli nie zostanie zawarta umowa i aparatura nie zostanie dostarczona do WSSE w Warszawie do ww. dnia Zamawiający bezpowrotnie utraci środki na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Laboratorium WSSE w Warszawie jest jedynym laboratorium urzędowym Państwowej Inspekcji Sanitarnej, które wykonuje badania pozostałości pestycydów w pełnym zakresie, zgodnie z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2021/601 z dnia 13 kwietnia 2021 r. dotyczące wieloletniego skoordynowanego unijnego programu kontroli na lata 2022, 2023 i 2024, mającego na celu zapewnienie zgodności z najwyższymi dopuszczalnymi poziomami pozostałości pestycydów w żywności pochodzenia roślinnego i zwierzęcego oraz na jej powierzchni. Pracownicy laboratorium posiadają duże doświadczenie i wiedzę z zakresu analizy pozostałości środków ochrony roślin, a laboratorium pełni funkcję Krajowego Laboratorium Referencyjnego ds. pozostałości pestycydów w żywności pochodzenia roślinnego. Chromatografy cieczone sprzężone ze spektrometrem mas typu potrójny kwadrupol (LC-MS/MS) są podstawowym narzędziem w laboratorium do monitorowania i kontrolowania pozostałości środków ochrony roślin w żywności. Stare, wysłużone i awaryjne chromatografy LC-MS/MS będące na wyposażeniu WSSE w Warszawie są niewystarczające do realizacji bieżących i przyszłych zadań w ramach monitoringu i urzędowej kontroli żywności. Aparaty również nie posiadają wsparcia technicznego (części zamienne nie są już produkowane) oraz dla niektórych związków nie ma możliwości osiągnięcia wymaganych przez UE granic oznaczalności. Dostawa LC-MS/MS pozwoli zachowanie ciągłości pracy oraz realizację badań zgodnie z wytycznymi Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) i Komisji Europejskiej.

Następnie Zamawiający wskazał, że otrzymana zgoda Prezesa KIO pozwoli na realizację przedmiotowego zamówienia w terminie umożliwiającym jego realizację tj. do dnia 31 grudnia 2022 r. Zamawiający podkreślił, że wydłużenie terminu ogłoszenia orzeczenia przez KIO z 12.12.2022 r. na 19.12.2022 jak również wykonanie czynności przez Zamawiającego wynikających z orzeczenia KIO spowodowało, że przy zachowaniu ustawowych terminów wynikających z art. 264 ust.1 Pzp. realizacja zamówienia w powyższym terminie będzie niemożliwa. Tym samym, jedynie uchylenie zakazu zawarcia umowy umożliwi realizację ważnego dla zdrowia publicznego zakupu aparatury 2 chromatografów dla WSSE w

Warszawie. Po tym terminie Zamawiający w sposób całkowity utraci środki przeznaczone na ten zakup.

Zamawiający wskazał, że niezrealizowanie zamówienia w przedmiotowym terminie spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach zdrowia publicznego i bezpieczeństwa ludności. 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.

Zamawiający argumentował, że ustalanie interesu publicznego pozostaje w związku z całokształtem okoliczności towarzyszących danemu, konkretnemu stanowi faktycznemu każdej indywidualnie ocenianej sprawy i nie nadaje się do uniwersalnego unormowania prawnego. Nie jest możliwe trwałe ustalenie pierwszeństwa interesu bez odniesienia do konkretnej sprawy. Zamawiający doszedł do przekonania, że wspominając o interesie publicznym należy przede wszystkim zastanowić się, czy dana potrzeba znajduje w obiektywnie określonej sytuacji faktycznej uzasadnienie społeczne z punktu widzenia korzyści, które może przynieść, a wymaga to relatywizacji do konkretnego układu wartości, z uwagi na który nadaje się jej publiczny wymiar.

Zamawiający wskazał też, że poszukując treści pojęcia, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zwykle w odniesieniu do tego pojęcia powołuje się on na istotę wskazanego zapisu przy okazji rozważań nad konfliktami, jakie występują pomiędzy interesem publicznym a indywidualnym, gdzie interes publiczny pełni rolę ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki. 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 wskazał, że doktryna i orzecznictwo posiłkuje się także uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia

usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie art. 578 ust.2 pkt. 1) niezawarcie 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. Zdaniem Zamawiającego zostały wykazane w złożonym wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z podjętych zobowiązań, które uzasadniają konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia (w szczególności, w sytuacji, gdy rozpatrzenie odwołania nastąpiło z 19.12.2022 r. tj. o tydzień później niż pierwotnie wyznaczony termin Zamawiający wykazał, że brak możliwości podpisania umowy z wybranym wykonawcą w ustalonym terminie spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Bezsportny jest też brak możliwości realizacji zamówienia w terminie późniejszym.

**Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 577 i art. 578 ustawy Pzp uznała, że postępowanie w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy podlega umorzeniu na podstawie art. 578 ust. 5 pkt 1) i 3) ustawy Pzp.**

**Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Stosownie do przepisu art. 578 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

2. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

1) niezawarcie 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.

3. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, rozpoznaje skład orzekający wyznaczony do rozpoznania odwołania. Przepisy art. 488 ust. 4 i 5 i art. 490-492 stosuje się.

4. W sprawie wniosku, o którym mowa w ust. 1, Izba rozstrzyga na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Na postanowienie Izby nie przysługuje skarga.

5. Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1, w przypadku:

- 1) ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku;
- 2) cofnięcia wniosku;
- 3) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego nie może być interpretowana rozszerzająco. Nie ma więc możliwości uchylecia zakazu zawarcia umowy „na przyszłość”. Aby można było rozpatrywać kwestię uchylecia zakazu zawarcia umowy, musi zostać wniesione odwołanie. Innymi słowy przepisy nie przewidują możliwości uchylecia zakazu zawarcia umowy z uwagi na potencjalną możliwość zaskarżenia czynności zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 578 ust. 5 pkt 1) i pkt 3) ustawy. Po pierwsze, jest bezsporne, że zanim wpłynął przedmiotowy wniosek został wydany 19 grudnia 2022 r. wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3125/22, co oznacza zakończenie postępowania odwoławczego w tej sprawie – tym samym wypełniona jest przesłanka o której mowa w art. 578 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby zachodzi również przesłanka umorzenia postępowania, o której mowa w pkt 3) ww. regulacji prawnej, bowiem we wniosku Zamawiający nie wskazuje, jakoby zostało wniesione nowe odwołanie. Brak wniesienia nowego, innego niż rozstrzygnięte, odwołania przy jednoczesnym zakończeniu przed Izbą postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3125/22 powoduje, że dalsze postępowanie w sprawie procedowania wniosku jest zbędne. Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:.....