Sygn. akt: KIO 841/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2024 r. przez wykonawcę **„SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. Wacława Dąbrowskiego – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie** i
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie**, tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 841/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. Wacława Dąbrowskiego – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa kompletnego zestawu chromatografu cieczowego sprzężonego ze spektrometrem mas typu potrójny kwadrupol, znak sprawy: DZ.22.04.2023.ZA.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem:2023/S 171-536741 z dnia 06.09.2023 r.

W dniu 14 marca 2024 r. wykonawca „SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj.: czynności unieważnienia postępowania z dnia 04.03.2024 r. (datowanej na 01.03.2024 r.).

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

a w konsekwencji powyższego zarzutu:

- naruszenie także art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- obciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę „SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska - Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 marca 2024 r. (pismo z dnia 22 marca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie

publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć

Izba zważa, że możliwość unieważnienia postępowania przewidziana tym przepisem uzależniona jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek: 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności, 2) jej zaistnienie musi powodować, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, 3) zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania.

Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 4 marca 2024 r. poinformował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu o czynności unieważnienia postępowania, podając podstawę prawną art. 255 pkt 5 ustawy PZP, wskazując jako zdarzenie o charakterze zewnętrznym powzięcie w dniu 17 października 2023 r. informacji o zakwalifikowaniu do finansowania wniosku złożonego przez Zamawiającego w ramach programu „Nauka dla Społeczeństwa II" oraz zawarciu w dniu 28 grudnia 2023 r. (z odpowiedzi na odwołanie, jak i z dowodu wynika zawarcie umowy w dniu 19 grudnia 2023 r.) przez Zamawiającego umowy z Ministerstwem Edukacji i Nauki na realizację projektu objętego dofinansowaniem, a także że w listopadzie 2023 r. (pismo z dnia 10 listopada 2023 r.) powziął informację dotyczącą zakresu prac przewidzianych do realizacji w ramach dotacji celowej Instytutu.

Izba wskazuje, że Zamawiający jest Instytutem Badawczym działającym w formule Państwowego Instytutu Badawczego, co wynika z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2020 r. w sprawie nadania Instytutowi Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. Wacława Dąbrowskiego w Warszawie statusu państwowego instytutu badawczego. Zamawiający w ramach prowadzonej działalności, poza badaniami naukowymi wykonuje również prace rozwojowe i badania stosowane, w tym na zlecenie administracji publicznej i organów nadzorujących.

Izba zważa, że Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w listopadzie 2023 rokuzwróciła się do Departamentu Rynków Rolnych Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, aby badania (ocenę ryzyka)niezbędne do przeprowadzenia (potencjalnej) interwencji na rynku zbóż wykonał Zamawiający w ramach zadań zlecanych w ramach dotacji celowej. Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi pismem z dnia 10 listopada 2023 r. skierował do Zamawiającego propozycje tematów zadań (9 zadań) w ramach dotacji celowej dla IBPRS-PIB na 2024 r., co jednoznacznie wynika z dowodu

wniesionego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo do katalogu prac włączono nowe zadanie wynikające z konieczności oceny wpływu regulacji Komisji Europejskiej w zakresie zanieczyszczeń żywności na ryzyko w obrocie handlowym surowcami rolnymi i żywnością.

Izba zważa, że podnoszone na rozprawie przez Odwołującego zadanie badawcze w postaci analizy jakości surowców rolnych z uwzględnieniem zagrożenia wystąpienia substancji skażających, występujące w piśmie Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 10 listopada 2023 r. jako jedne z zadań i złożone dowody w postaci wydruków ze strony internetowej obejmujące zadania badawcze na lata 2021-2023 oraz plany badań naukowych i prac rozwojowych na 2023 rok i 2024 rok, wskazujące również na ww. zadanie, w ocenie Izby, Odwołujący pomija fakt, że dotyczy ono zadania badawczego, w którym to zakres badań w poszczególnych latach jest przecież różny, na co zwrócił także uwagę na rozprawie Zamawiający.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, iż z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Rolnictwa i Rozwoju Wsi (korespondencja zastrzeżona jako informacja poufna) wynika, żezakres prac realizowanych w 2024 roku będzie znacznie większy niż wskazany przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwana podstawie badań w 2023 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, ze względu na zadania zlecone do realizacji przez Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, nastąpiła u Zamawiającego zmiana sposobu realizacji badań (zakresu prac, w tym konieczność prowadzenia dużej ilości specjalistycznych badań), których Zamawiający nie mógł przewidzieć na moment wszczęcia niniejszego postępowania, tj. dnia 1 września 2023 r. Inaczej mówiąc, Zamawiający nie był w stanie przewidzieć, że zaistnieje konieczność wykonywania innych badań oraz wykonywania planowanych wcześniej badań w odmienny sposób. Zdaniem Izby są to okoliczności o charakterze obiektywnie nieprzewidywalnym i niezależnym od Zamawiającego.

Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Zamawiającego, iż jednoczesna realizacja projektu badawczego pn. Psychobiotyczny potencjał *Lactobacillus* w projektowaniu terapeutycznych strategii żywieniowych (nr rej. NdS-II/SN/0238/2023/01.2.)" w ramach programu „Nauka dla Społeczeństwa II" oraz zadań wskazanych przez Ministra nadzorującego wymaga zastosowania „odmiennego podejścia badawczego, analitycznego i wykorzystania innego rodzaju aparatury".

Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż „Stan rzeczy podawany przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania jest bowiem w całości konsekwencją własnych działań i decyzji Zamawiającego."

W ocenie Izby, stwierdzenie Odwołującego, iż: „Z uzasadnienia unieważnienia ponownie wynika, że Zamawiający co do zasady chce kupić takie same urządzenie, tyle że doposażone o przystawkę do bezpośredniego dozowania – „moduł do jonizacji", który to moduł Zamawiający może w każdej chwili dokupić. Podobnie, w ogóle nie wiadomo, z czego mają wynikać pozostałe okoliczności podawane przez Zamawiającego, w tym twierdzenie o ograniczeniu kosztów i to w sposób istotny, w tym kosztów środowiskowych oraz czasu pracy", jest zdaniem Izby stwierdzeniem niezasadnym, ponieważ Odwołujący nie jest w stanie określić potrzeb Zamawiającego jako gospodarza przedmiotowego postępowania. Zdaniem Izby, nie jest przecież tak, że Zamawiający jest zmuszony dokupić przystawkę do bezpośredniego dozowania, jak sugeruje Odwołujący, ponieważ po pierwsze element ten w niniejszym postępowaniu nie był w ogóle ujęty w SWZ, a po drugie zastosowanie bezpośredniej jonizacji ogranicza proces przygotowania próbek do badań, co skutkuje ograniczeniem czasu badań, zużyciem materiałów czy też kosztów środowiskowych, na co zwrócił również uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a czego Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie. Nadto Izba zważa, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który nie świadczyłby o powyższym.

W ocenie Izby nie zmienia powyższego dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci pisma firmy SHIMADZU z dnia 23 marca 2024 r., wskazujący na możliwość rozbudowania spektrometru mas LCMS-8060 o źródła bezpośredniej jonizacji. Z kolei odnosząc się do dowodu Odwołującego w postaci notatki służbowej z dnia 8 stycznia 2024 r., w której Odwołujący powołuje się na fragment o treści następującej: „Zakup samego spektrometru LCMS QQQ bez możliwości przynajmniej rozbudowy, adaptacji, wykorzystania takich rozwiązań jest w tym momencie i w warunkach nowych okoliczności nie zasadny", to Izba chciałaby podkreślić, iż Odwołujący zdaje się nie zauważać, że w tym samym piśmie Zamawiający stwierdza, iż: „Realizując badania z jego zastosowaniem narazimy się na bardzo duże koszty związane z przygotowaniem próbek do badań jeżeli ich wykonanie będzie w ogóle możliwe. Istotne są również koszty środowiskowe wynikające z emisji LZO", czy też na jednoznaczne wskazanie, iż: „Zestaw LCMS powinien być wyposażony (...) rozwiązanie umożliwiające bezpośrednią analizę próbek (...)".

Nadto Izba zważa, że Zamawiający w unieważnieniu postępowania z dnia 4 marca 2024 r. wskazał jedynie na wybrane istotne parametry, których oferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia w odniesieniu do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający w ww. unieważnieniu wskazał, iż: „badania muszą być realizowane przy użyciu specjalistycznej aparatury o odpowiedniej konfiguracji sprzętowej, czułości i być przystosowane do użycia źródeł jonów umożliwiających bezpośrednią jonizację próbki", przy czym w ocenie Izby Zamawiający nie był zobowiązany wskazać ww. unieważnieniu szczegółowo „zakresu badań, o jaką konfigurację sprzętową, funkcjonalności czy czułość chodzi".

Podobnie, zdaniem Izby, nie ma racji Odwołujący, że „Badania eksponowane teraz przez Zamawiającego są ponadto badaniami w istocie rutynowymi", zwłaszcza że Odwołujący „nie ma wiedzy o zakresie prac przewidzianych do realizacji w szczególności w ramach działalności B+R", na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Poza tym Izba zważa, iż unieważnienie przedmiotowego postępowania w dniu 20 października 2023 r. (pierwsze unieważnienie), następnie w dniu 29 stycznia 2024 r. (drugie unieważnienie), jak również to, iż Zamawiający kierował do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w dniu 22 listopada 2023 r., 15 grudnia 2023 r., 2 stycznia 2024 r. oraz zwrócił się w dniu 3 stycznia 2024 r. do wszystkich wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni, w ocenie Izby powyższe okoliczności nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca nie określa, w jakim momencie czasu może nastąpić unieważnienie postępowania z art. 255 pkt 5 ustawy PZP, co oznacza, że może ono nastąpić również po dokonaniu ww. czynności przez Zamawiającego.

Konkludując, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu doszło do istotnej zmiany okoliczności o charakterze obiektywnie nieprzewidywalnym i niezależnym od Zamawiającego w chwili wszczęcia postępowania. Izba doszła do przekonania, że w realiach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z indywidualnym interesem Zamawiającego, zaś ww. okoliczności spowodowały, iż prowadzenie niniejszego postępowania nie leży w interesie publicznym (interesie społecznym). Należy bowiem zwrócić uwagę, iż zadania zlecone przez Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi są szczególnie ważne dla planowania i realizacji polityki państwa i zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, rozwoju gospodarki żywnościowej, ochrony środowiska i poprawy jakości życia obywateli oraz mają za zadanie realizację ważnych celów społecznych.

W ocenie Izby, pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Poza tym, Izba zważa, że okoliczności podnoszone przez Odwołującego na rozprawie co do postanowień umowy zawartej pomiędzy Ministerstwem Edukacji i Nauki a Zamawiającym w ogóle nie były podnoszone w odwołaniu.

W związku z powyższym, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 5 ustawy PZP, jak również art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz zasady przejrzystości uregulowanej w art. 16 pkt 2 ustawy PZP, są w ocenie Izby niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….