

WYROK

z dnia 14 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez **BIOMEDICA POLAND Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy PPH „Eskulap” M. F....., J. M..... Spółka jawna w Gliwicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Biomedica Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez „**Biomedica Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie**” tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Biomedica Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie** na rzecz **Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Poznaniu** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Poznaniu – prowadzi postępowanie na dostawę testów Elisa do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny E (gE) choroby Aujeszkyego na 120 000 oznaczeń wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz dostawę 3 zestawów Elisa do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny B (GB) choroby Aujeszkyego wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 listopada 2012 roku wykonawca BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego powodujących:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
2. naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy Pzp tj. dokonanie wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe ESKULAP M. F....., J. M..... Spółka jawna z siedzibą w Gliwicach, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej
3. naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania *ergo* naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej oceny ofert (z pominięciem oferty odwołującego)
4. *ewentualnie* naruszenie 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień na okoliczność, czy wymagany zamówieniem zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi zamawiającego, pomimo faktu, że w treści oferty znajduje się jednoznaczne potwierdzenie tych okoliczności. Powyższe naruszenie faktycznie uniemożliwiło odwołującemu złożenie jakichkolwiek wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem na okoliczność jakoby jej treść nie odpowiadała treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia

6. naruszenie art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.)
7. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście
8. złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się poprzez zobowiązanie zamawiającego do dokonania czynności zaniechanej w postaci zawezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu odnoszącego się do wymogów przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podniósł, że zamawiający w piśmie zawierającym rozstrzygnięcie postępowania i zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego napisał, iż:

„ (...) Zgodnie z zapisem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w opisie technicznym przedmiotu zamówienia na dostawę testów Elisa (...) wraz z niezbędnym oprogramowaniem (załącznik nr 2 do SIWZ) wskazał, że testy immunoenzymatyczne m. in. muszą umożliwiać wykonanie badań w dwóch wariantach: inkubacji jednodniowej (diennej) i inkubacji całonocnej. Z dołączonej do oferty przetargowej instrukcji wykonania testu wynika, że zaoferowany przez firmę Biomedica Poland Sp. z o.o. test SYANOYIR PRY gB-Ab (anty-PRV-gB) numer katalogowy: 10-7262-02; 10-7262-10 nie spełnia wymagań określonych w opisie technicznym przedmiotu zamówienia, ponieważ zaoferowane testy uniemożliwiają przeprowadzenie badań w procedurze całonocnej.

Jednocześnie w treści obowiązującej SIWZ do niniejszego postępowania zamawiający wymagał w pkt IX opisanym jako „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, podpunkt 10:

10. Dokumentację producenta testu dotyczące ich użytkowania i metodyki badania przy pomocy zaoferowanych testów (w wersji oryginalnej oraz przetłumaczone na język

polski);

Odwołujący się podkreślił, że spełnia wymóg nałożony przez zamawiającego, i zaoferowany przez niego test SVANOVIR PRV gB-Ab (anty PRY-gB) numer katalogowy 10-7262-02; 10-7262-10 spełnia wymóg wykonania badania w dwóch wariantach inkubacji jednodniowej (dziennej) i inkubacji całonocnej.

Faktem jest, że poprzez zapomnienie odwołujący nie załączył do oferty instrukcji wykonania testu w języku angielskim, natomiast w instrukcji sporządzonej w języku polskim (tłumaczeniu z oryginalnego dokumentu) pominięty był fragment potwierdzający ww. okoliczność.

Niemniej z tego faktu nie wynika prawo zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty odwołującego. Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. zarówno instrukcji wykonania testu w języku angielskim i ewentualnie polskim.

Zważyć bowiem należy, że zamawiający nie wprowadził w tekście SIWZ obowiązku, że każdy parametr jaki opisany został w załączniku nr 2 do SIWZ tj. w tzw. opisie technicznym musi zostać potwierdzony w tekście dokumentów dotyczących użytkowania i metodyki badania przy pomocy zaoferowanych testów.

Wprost przeciwnie spełnienie ww. wymogu zostało potwierdzone w ofercie odwołującego poprzez jednoznaczne stwierdzenie „TAK spełnia”, w miejscu na to przeznaczonym przez zamawiającego. Zamawiający wymagał potwierdzenia wymaganych parametrów, poprzez złożenie stosownego oświadczenia, a nie poprzez zewnętrzne dokumenty.

Dokumenty w pkt IX ppkt 10 SIWZ były, jak sama nazwa wskazuje, wymagane celem informacji na temat samej metodyki badania (sposobu wykonania), a nie właściwości samego nośnika informacji (testu). Oczywiście odwołujący ma świadomość, że oba elementy się wzajemnie przenikają, niemniej jeżeli zamawiający miał wątpliwość czy zaoferowany test spełnia wymóg z opisu technicznego, to w pierwszej kolejności miał obowiązek oprzeć się na wymaganym przez siebie oświadczeniu, nadto kumulatywnie powinien wezwać o uzupełnienie dokumentów w wersji angielskiej jak i polskiej (gdyż dokument zawierający błędy lub opuszczenia — wadliwy) należy traktować tak samo jak brak dokumentu i także podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi: wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 roku sygn. akt KIO 1716/12 oraz wyrok z dnia 21

sierpnia 2012 sygn. akt KIO 1675/12.

Odwołujący się zwrócił uwagę, że metodyka czy sposób wykonania testu nie podlegał ocenie punktowej poprzez pryzmat np. kryterium jakości, walorów użytkowych, dlatego wadliwie i sprzecznie z prawem postąpił zamawiający zaniechawszy wezwania odwołującego o brakujące dokumenty, lecz na zasadzie „automatyzmu” odrzucając jego ofertę. Odwołujący złożył wymagane oświadczenie, że zaoferowany test spełnia wymóg inkubacji całonocnej, co jest zgodne z rzeczywistością. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia tego w załączonych do oferty dokumentach, a jednak z tego powodu odrzucił ofertę odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
3. Dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego
4. Wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 PZP
5. Dokonanie wyboru oferty odwołującego albowiem wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia „oferty najkorzystniejszej”
6. Udzielenia firmie Biomedica Sp. z o.o. niniejszego zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że wymagał dokumentacji producenta testu dotyczącej jego użytkowania i metodyki badania przy pomocy zaoferowanych testów. Stwierdził, że fakt, iż oferowany przez odwołującego się test spełnia wymóg wykonania testu w dwóch wariantach inkubacji jednodniowej (dziennej) i inkubacji całonocnej, nie jest równoznaczny z tym, że inkubacja całonocna została zaopiniowana przez PIW-PIB, a następnie metoda ta „zalegalizowana” w Rejestrze Wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej/Wykaz wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej. Zamawiający przedłożył informację Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego, z którego wynika, że w odniesieniu do zestawów SV-10-7262-02PRV-gB i SV-10-7262-10-PRV-gB podczas badań przedrejestracyjnych stosowano, zgodnie z dostarczoną przez wnioskodawcę (producenta) instrukcją wykonania, krótki (1 godzina) dzienny czas inkubacji w temperaturze 37° C. Od wydania wymienionej opinii nie zwracano się z prośbą o ponowną opinię w zakresie zmiany istotnych warunków (w odniesieniu do czasu i temperatury inkubacji) wykonania testu i wynikającej z tego zmiany ważności wpisu do rejestru.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca

PPH „Eskulap” M. F....., J. M..... Spółka jawna w Gliwicach (dalej: przystępujący).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa testów ELISA do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny E (gE) choroby Aujeszkyego na 120 000 oznaczeń oraz dostawa 3 zestawów ELISA do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny B (gB) choroby Aujeszkyego.

Test Elisa do wykrywania przeciwciał dla glikoproteiny B (gB) choroby Aujeszkyego powinien spełniać między innymi następujące wymogi:

- a) Test wpisany jest do Rejestru Wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej/Wykazu wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej,
- b) Test posiada pozytywną opinię Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach,
- d) Test musi umożliwiać wykonanie badania w procedurze inkubacji dziennej i nocnej.

Stosownie do rozdz. IX SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt 8 wykonawcy winni byli przedłożyć dokumenty potwierdzające, że zaoferowane testy wpisane są do Rejestru Wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej/Wykazu wyrobów do diagnostyki w medycynie weterynaryjnej, pkt 9 – pozytywne opinie dotyczące zaoferowanych testów wydane przez Państwowy Instytut Weterynaryjny – Państwowy Instytut Badawczy w Puławach, pkt 10 – dokumentacje producenta testu dotyczące ich użytkowania i metodyki badania przy pomocy zaoferowanych testów (w wersji oryginalnej oraz przetłumaczone na język polski).

Odwołujący się zaoferował zestaw diagnostyczny ELISA pn. „SVANOVIR PRV gB-Ab” [Wścieklizna rzekoma/choroba Aujeszkyego (anty-PRV-gB] do wykrywania przeciwciał dla glikoproteiny B wirusa choroby Aujeszkyego (prod. Svanova Biotech AB, Szwecja). Do oferty załączone zostały dokumenty Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach, w tym:

- 1) Sprawozdanie z badań,

2) Karta wyników

3) Opinia na temat zaoferowanego zestawu

Do oferty załączono informację Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wpisie testu do Rejestru wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej.

Ponadto oferta odwołującego się zawiera instrukcję wykonania testu w języku polskim. Z rozdziału zatytułowanego „Procedura” pkt 4 wynika, iż inkubacja powinna trwać 1 godzinę w temperaturze 37° C.

Pismem z dnia 24 października 2012 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Jednocześnie zamawiający poinformował, że oferta odwołującego się została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z zapisem w specyfikacji zamawiający w opisie technicznym przedmiotu zamówienia na odstawę testów Elisa do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny E (gE) choroby Aujeszkiego wraz z niezbędnym oprogramowaniem i testów Elisa do wykrywania w surowicy krwi trzody chlewnej przeciwciał dla glikoproteiny B (gB) choroby Aujeszkiego wraz z niezbędnym oprogramowaniem wskazał, że testy immunoenzymatyczne m.in. muszą umożliwiać wykonanie badań w dwóch wariantach: inkubacji jednodniowej (diennej) i inkubacji całonocnej. Z dołączonej do oferty przetargowej instrukcji wykonania testu wynika, że zaoferowany przez firmę Biomedica Poland Sp. z o.o. test SVANOVIR PRV gB-Ab (anty-PRV-gB) numer katalogowy: 10-7262-02; 10-7262-10 nie spełnia wymagań określonych w opisie technicznym przedmiotu zamówienia, ponieważ zaoferowane testy uniemożliwiają przeprowadzenie badań w procedurze całonocnej.

Pismem do zamawiającego z dnia 25 października 2012 roku odwołujący się poinformował, że w świetle dogłębnej analizy złożonych dokumentów stwierdza, że przedstawiona polska wersja instrukcji dotycząca testu SVANOVIR PRV gB-Ab (anty-PRV-gB) numer katalogowy 10-7262-02, 10-7262-10 obarczona jest błędem tłumacza. Do oferty załączono pierwotne tłumaczenie, które nie uwzględnia korekty tłumaczenia oryginalnego tekstu. Odwołujący się oświadczył, że oferowany przez niego test spełnia wymóg wykonania nadania w dwóch wariantach: inkubacji jednodniowej (diennej) i inkubacji całonocnej. Na dowód powyższego załączył oryginalną instrukcję producenta.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zał. Nr 2 „Opis przedmiotu zamówienia”) zamawiający wymagał testu Elisa do wykrywania przeciwciał dla glikoproteiny B (gB) choroby Aujeszkiego, który jest wpisany do Rejestru Wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej/Wykazu wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej, posiada pozytywną opinię Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach oraz umożliwia wykonanie badania w procedurze inkubacji dziennej i nocnej. Wbrew stanowisku odwołującego się Izba nie ma wątpliwości co do tego, iż wymagania formalne w postaci wpisania testu do rejestru oraz pozytywna opinia wskazanego instytutu muszą dotyczyć testu o parametrach opisanych przez zamawiającego, a zatem testu, który umożliwia wykonanie badania w procedurze inkubacji dziennej i nocnej.

Zgodnie z art. 26 a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych u zwierząt (Dz. U. z 2008 roku Nr 213, poz. 1342 ze zmianami) do obrotu i używania może być wprowadzony wyrób do diagnostyki in vitro stosowany w medycynie weterynaryjnej, który uzyskał pozytywną opinię Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego i został umieszczony w wykazie wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej, który prowadzi Główny Lekarz weterynarii. Zgodnie z art. 76a ust. 2 lit. 3 wskazanej ustawy podmiot jest obowiązany wystąpić do Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego, jeżeli zamierza:

- 1) wprowadzić do obrotu wyrób do diagnostyki in vitro stosowany w medycynie weterynaryjnej – z wnioskiem o wydanie opinii o tym wyrobie;
- 2) przedłużyć ważność wpisu wyrobu do diagnostyki in vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej w wykazie, o którym mowa w ust. 1 – z wnioskiem o wydanie opinii o przedłużeniu ważności wpisu wyrobu w wykazie wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej;
- 3) dokonać zmiany w opinii dotyczącej zmian parametrów wyrobu do diagnostyki in vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej – z wnioskiem o wydanie opinii o

planowanej zmianie.

W myśl ust. 5 do wniosków, o których mowa w ust. 2 załącza się:

- 1) dokumentację wytwórcy dotyczącą sposobu i metodyki wykonywania badań przy użyciu wyrobu do diagnostyki in vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej;
- 2) egzemplarz wyrobu do diagnostyki in vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej.

Stosownie do ust. 7 wydanie opinii, o których mowa w ust. 2 następuje na podstawie weryfikacji dokumentacji wytwórcy, o której mowa w ust. 5 pkt 1, i w wyniku badań egzemplarza wyrobu do diagnostyki in vitro stosowanego w medycynie weterynaryjnej, o którym mowa w ust. 5 ust. 2, albo na podstawie weryfikacji dokumentacji wytwórcy, o której mowa w ust. 5 pkt 1.

Z pisma Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego z dnia 6 listopada 2012 roku wynika, iż w odniesieniu do zestawów SV-10-7262-02-PRV-gB i SV-10-7262-10-PRV-gB, które zaofertował odwołujący się, podczas badań przedrejestracyjnych stosowano, zgodnie z dostarczoną przez wnioskodawcę (producenta) instrukcją wykonania, krótki (1 godzina) – dzienny czas inkubacji w temperaturze 37° C. Przesłana do wnioskodawcy z dniem 26 października 2009 roku opinia zawiera opis badań przeprowadzonych w jednej procedurze inkubacji 37° C przez 1 godzinę). Od wydania opinii wnioskodawca nie zwracał się z prośbą o ponowną opinię w zakresie zmiany istotnych warunków (w odniesieniu do czasu i temperatury inkubacji) wykonania testu i wynikającej z tego zmiany ważności wpisu do rejestru.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż odwołujący się posiadał dokumentację pozwalającą na wprowadzenie do obrotu testu SV-10-7262-02-PRV-gB i SV-10-7262-10-PRV-gB wydaną na podstawie badań wykonanych w krótkim (1 godzina) – dziennym czasie inkubacji. Taki czas inkubacji wynikał z instrukcji wykonania, złożonej wraz z wnioskiem o wydanie opinii. Wyłącznie test o takich parametrach mógł zostać wprowadzony do obrotu, zgodnie z obowiązującymi, wskazanymi powyżej przepisami. Wykonawca, który chciał wprowadzić do obrotu test o zmienionym parametrze w zakresie czasu inkubacji, powinien był dokonać zmiany zgodnie z obowiązującą procedurą wynikającą z powołanych przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku. Z przywołanego wyżej pisma Państwowego Instytutu Weterynaryjnego wynika, iż wnioskodawca takiej procedury nie przeprowadził i nie jest uprawniony do wprowadzenia do obrotu testu umożliwiającego wykonanie badania w procedurze inkubacji nocnej. Izba stwierdza, że to na odwołującym się spoczywał ciężar

wykazania, iż posiada stosowną dokumentację również dla testu wykonywanego w procedurze inkubacji nocnej. Odwołujący się nie złożył w tym zakresie żadnego wniosku dowodowego, jak również nie zaprzeczył informacjom i wnioskom wynikającym ze wzmiankowanego pisma Instytutu.

Argumentacja odwołującego się sprowadzała się do tego, że nie był on zobowiązany do przedstawienia dokumentacji w postaci dokumentów potwierdzających, że zaoferowane testy są wpisane do właściwego Rejestru Wyrobów oraz pozytywnych opinii Instytutu dla testu umożliwiającego wykonanie badania w procedurze inkubacji nocnej. Stanowisko swoje uzasadniał tym, iż złożył wymagane dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w rozdz. IX pkt. 8 i 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest dokument potwierdzający wpisanie testu do właściwego rejestru oraz pozytywną opinię dotyczącą zaoferowanego testu. Podnosił, że z zapisów specyfikacji nie wynikało, że dokumenty te mają dotyczyć testu umożliwiającego wykonanie badania w inkubacji dziennej i nocnej. W jego ocenie złożył on wymagane dokumenty i dokumenty te dotyczą testu, który zaoferował, a zatem uczynił zadość postawionym wymogom. Bez znaczenia w ocenie odwołującego było to, że dokumenty, które załączył, poprzedzone były badaniami przeprowadzonymi na podstawie instrukcji umożliwiającej wykonanie badań wyłącznie w procedurze inkubacji dziennej. Zdaniem odwołującego się możliwość wykonywania inkubacji w procedurze nocnej potwierdzona została jego oświadczeniem złożonym w ofercie oraz instrukcją wykonania badań, o uzupełnienie której powinien być zostać wezwany przez zamawiającego.

Z argumentacją odwołującego się nie sposób się zgodzić. Nie można poszczególnych postanowień specyfikacji odczytywać w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający w opisie zawarł bowiem wymóg wykonania badania w procedurze inkubacji dziennej i nocnej, a zatem wymagane dokumenty powinny dotyczyć właśnie tego rodzaju testów. To, że zamawiający nie zapisał w pkt. 8 i 9 rozdziału IX, iż dokumenty mają dotyczyć testu wykonywanego w obu inkubacjach nie oznacza, że wystarczy, aby dokumenty dotyczyły zaoferowanego testu, mimo że opinia i dokumenty rejestracyjne nie obejmowały badań wykonanych w inkubacji nocnej. Zgodnie z zacytowanymi wyżej przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku test, który nie ma stosownych dokumentów wydanych na podstawie badań wykonanych w tej procedurze, nie może być wprowadzony do obrotu. Izba nie zgadza się z odwołującym się, że zapisy specyfikacji nie były precyzyjne, bowiem w pkt. 8 i 9 rozdz. IX nie wskazano, że wymagane dokumenty mają dotyczyć testów przebadanych w inkubacji nocnej. Skoro opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ opisywał szczegółowo parametry testu, dokumenty formalne winny dotyczyć testów spełniających wszystkie wymagane parametry. Oferta odwołującego się nie odpowiada

zatem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zasadnie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Izba uznała, że brak wymaganych przez zamawiającego dokumentów jest równoznaczny z tym, że odwołujący się zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ. Uzasadnia to odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zamawiający wadliwie uzasadnił swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego się stwierdzając, że z dołączonej do oferty przetargowej instrukcji wykonania testu wynika, że zaoferowany przez odwołującego się test nie spełnia wymagań określonych w opisie technicznym przedmiotu zamówienia, ponieważ zaoferowane testy uniemożliwiają przeprowadzenie badań w procedurze całonocnej. Powzięcie takiej informacji wyłącznie z instrukcji wykonania testu uzasadnia wezwanie wykonawcy do złożenia prawidłowej instrukcji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wywodził, iż żadna instrukcja przedłożona przez odwołującego się nie była opiniowana przez PIW-PIB w zakresie inkubacji całonocnej. Zamawiający jako organ Inspekcji Weterynaryjnej posiada aktualną wiedzę z urzędu o zakresie opiniowania wyrobów stosowanych w medycynie weterynaryjnej. Tym samym żądanie od odwołującego się dokumentu byłoby żądaniem niemożliwym, bo wezwaniem o dokument nielegalny. Żaden bowiem producent czy też jego przedstawiciel nie może dołączyć do testu instrukcji, która

przewidywałaby metodę jego wykonania bez spełnienia wcześniejszych ustawowych przesłanek opiniujących i rejestracyjnych.

Izba stwierdza, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty wykonawcy wyłącznie na podstawie wiedzy, którą dany organ posiada z urzędu. Czynności zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne powinny być podejmowane wyłącznie w oparciu o dokumenty zgromadzone w danym postępowaniu. Wynika to z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady prowadzi się w formie pisemnej. W ocenie Izby podstawę do odrzucenia odwołania stanowią dopiero informacje zawarte w piśmie Państwowego Instytutu Weterynaryjnego – Państwowego Instytutu Badawczego w Puławach z dnia 6 listopada 2012 roku. Dokument ten został doręczony zamawiającemu dopiero w dniu 6 listopada 2012 roku, a zatem już po dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego się i po złożeniu przez niego odwołania. A zatem w dniu 24 października 20112 roku, czyli w dniu, w którym zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty, decyzja zamawiającego nie miała poparcia w dokumentacji postępowania.

Pomimo powyższego Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania. Uwzględnienie odwołania równałoby się bowiem z nakazaniem zamawiającemu wezwania odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowane testy umożliwiają wykonanie badania w procedurze inkubacji dziennej i nocnej i dokonanie ponownej oceny ofert. W myśl wskazanego wyżej przepisu dokumenty złożone w wyniku wezwania powinny potwierdzać spełnianie przez zaoferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tymczasem postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wykazało, że odwołujący się takich dokumentów nie posiada, a zatem jego oferta i tak podlega odrzuceniu.

W myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie wadliwość czynności zamawiającego nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się, zaś ponowna ocena ofert doprowadziłaby do takiego samego rozstrzygnięcia. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....