

Sygn. akt: KIO/UZP 412/08,

KIO/UZP 424/08

WYROK

z dnia 14 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 maja 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., Piaseczno, ul. Raszyńska 13,

B ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, Bydgoszcz, ul. Powstańców Wielkopolskich 10** protestów:

A BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., Piaseczno, ul. Raszyńska 13 dnia 25 kwietnia 2008 r.,

B ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B z dnia 24 kwietnia 2008 r.,

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego ESKULAP M. Furyk, J. Matłosz s.j., Gliwice, ul. Elsnera 6**

po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,
2. Kosztami postępowania obciąża **Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, Bydgoszcz, ul. Powstańców Wielkopolskich 10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., Piaseczno, ul. Raszyńska 13,**
 - B koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 264 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, Bydgoszcz, ul. Powstańców Wielkopolskich 10** na rzecz **BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., Piaseczno, ul. Raszyńska 13,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego oraz wpisu od odwołania,
 - B kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii, Bydgoszcz, ul. Powstańców Wielkopolskich 10** na rzecz **ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego oraz wpisu od odwołania,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., Piaseczno, ul. Raszyńska 13,**
 - B** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Inspekcja Weterynaryjna Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę zestawów Elisa do diagnozowania choroby Aujeszkyego. W dniu 21 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy PPH ESKULAP M. Furyk, J. Matłosz s.j. zwanej dalej ESKULAP.

Na powyższą decyzję Zamawiającego protest wniosła w dniu 24 kwietnia 2008 r. firma BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 przez złamanie zasad nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ESKULAP,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Protestującego.

Wykonawca zwrócił uwagę na treść rozdziału III pkt 2 ppkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stwierdzając, że zapis w nim zawarty jest nieprecyzyjny i nie określa konkretnego odczynnika, nie zawiera także wyjaśnienia co oznacza określenie „skomplikowana rekonstytucja”. Podniósł, że w ofertach wszystkich wykonawców niektóre odczynniki znajdują się w formie niegotowej do użycia np. w ofercie firmy ESKULAP jeden z reagentów – bufor do płukania znajduje się w postaci stężonej i nie jest gotowy do użycia, ponieważ wymaga rozcieńczenia. Protestujący stwierdził, że żaden z zawartych w jego ofercie odczynników nie wymaga skomplikowanego rozcieńczenia i stwierdził, że wymóg „nieskomplikowanej” rekonstytucji został przez Zamawiającego różnie oceniony. Podkreślił, że wszystkie zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne testy spełniają wymóg postawiony w rozdziale III, pkt 2 ppkt 4 Specyfikacji, w żadnym z testów nie ma procesu skomplikowanego przygotowania odczynników.

Protestujący wniosł o:

- uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- ponowne badanie i ocenę ofert ważnych.

Na czynność Zamawiającego polegającą na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej protest złożyła w dniu 24 kwietnia 2008 r. również firma ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący wskazał, że zaofiarowany przez niego test PrioCHECK PRV gE 2.0 zawiera pięć odczynników gotowych do użycia, a pozostałe odczynniki należy po prostu rozcieńczyć. Stwierdził, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zawarto wymagań odnośnie czasu przechowywania przygotowanych roztworów, a co za tym idzie, nie można na tej podstawie określać stopnia komplikacji procesu przygotowywania odczynników. Odczynnik wymagający rekonstytucji tj. rozcieńczenia będący w postaci koncentratu nie wymaga skomplikowanej procedury, wiążącej się z wieloma etapami przygotowań. W przypadku koniugatu w postaci koncentratu wystarczy jedynie odpowiednią ilość koncentratu rozcieńczyć w buforze Elisa i odczynnik jest gotowy do użycia w ilości koniecznej do badań. Protestujący zwrócił uwagę, że proces badawczy zawarty w ofercie ESKULAP wymaga przed użyciem dodatkowych działań, co Zamawiający jednak uznał za prawidłowe. Protestujący stwierdził, że skoro Zamawiający nie sprecyzował co rozumie przez sformułowanie „*bez potrzeby skomplikowanej rekonstytucji*”, a ustawa tej kwestii nie reguluje, to wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków niejasnych zapisów Specyfikacji. Stwierdził także, że niedopuszczalne jest dokonanie różnej oceny tej samej procedury rozcieńczania występującej w ofercie Protestującego i ofercie wybranej jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne. Podkreślił, że jego oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie powinna być odrzucona.

Protestujący wniósł o :

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- dokonanie powtórnej oceny oferty.

Protesty zostały złożone z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 28 kwietnia 2008 r. przystąpienie do postępowań toczących się w wyniku wniesienia ww. protestów złożyła firma ESKULAP.

W dniu 30 kwietnia 2008 r. Zamawiający oddalił oba protesty w całości. Stwierdził, że zarzuty Protestujących dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są spóźnione. Podniósł, że wymóg dostawy „*odczynników gotowych do użytku bez konieczności ich skomplikowanej rekonstytucji*” wynika ze specyfiki badań masowych z użyciem urządzeń automatycznych. Stwierdził, że nie do przyjęcia dla Zamawiającego jest korzystanie z zestawów, które wymagają rozcieńczania reagentów dla jednej lub kilku płytek bezpośrednio przed użyciem. W ocenie Zamawiającego konieczność przeprowadzania takich działań wypełnia ramy pojęcia „*skomplikowanej rekonstytucji*” i podważałoby sens

automatyzacji procesu, zaś w przypadku, gdy jeden z odczynników może być rozcieńczony przez użytkownika jeden raz na cały dzienny proces diagnostyczny, to sam fakt takiego przygotowania roztworu nie może być uznany za skomplikowany i utrudniający pracę. Zdaniem Zamawiającego, test zaoferowany przez Protestującego BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o. nie spełnia wymogów Specyfikacji, bowiem zgodnie z procedurą „*Przygotowanie odczynników*” należy: „*koniugat przygotować bezpośrednio przed użyciem*”. Stwierdził, że w ofercie BIOMEDICA jeden liofilizat przeznaczony jest do każdej płytki testowej i musi być przygotowany bezpośrednio przed badaniem, co jest czynnością pracochłonną. W ocenie Zamawiającego również test zaoferowany przez Protestującego ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. nie spełnia wymogów Specyfikacji, bowiem ulotka dołączona do opakowania zawiera następujące zapisy: „*rozcieńczony koniugat jest niestabilny, przygotować tuż przed użyciem*”, „*Bufor Elisa może być przechowywany w 22±3°C do 4 godzin*”. Powyższe czynności, zdaniem Zamawiającego, są bardzo pracochłonne i mają istotny wpływ na procedurę przygotowania testów do badania.

Odnosząc się do oferty ESKULAP Zamawiający stwierdził, że zawiera ona gotowy do użycia stabilny koniugat, natomiast bufor, który wymaga przygotowania przed rozpoczęciem badań zachowuje trwałość nie krótszą niż jeden dzień roboczy od momentu jego sporządzenia. Procedura badawcza dla testów wymaga dokonania rozcieńczenia surowicy badanej, ale w związku z zastosowaną aparaturą czynność ta dokonywana jest automatycznie przez urządzenie pipetujące i nie absorbuje personelu.

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców stwierdził, że rozcieńczanie odczynników wykonywane przez personel laboratorium niezwykle utrudnia i spowalnia procedury badawcze i przy ogromnej ilości badań do wykonania może wpływać na ostateczne wyniki badania.

Zamawiający wskazał także, że Protestujący ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. nie wykazał interesu prawnego, bowiem jego oferta była trzecią z kolei pod względem ceny.

Wobec powyższego, w dniu 5 maja 2008 r. firma BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o. złożyła odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście i wnosząc o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- unieważnienie wyboru oferty ESKULAP,
- dokonanie ponownej oceny oferty Protestującego.

Odwołanie złożyła również w dniu 5 maja 2008 r. firma ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnosząc jak w proteście.

Odwołania zostały złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego złożyła w dniu 13 maja 2008 r. firma ESKULAP.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarówno Odwołujący BIOMEDICA POLAND Sp. z o.o., jak i Odwołujący ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o. posiadają interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej tym bardziej, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokonanie ponownej oceny ofert złożonych przez Odwołujących może mieć zatem istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Należy zauważyć, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty. Oferty muszą być zgodne z wymaganiami wskazanymi w Specyfikacji, aby ściśle odpowiadać potrzebom Zamawiającego. Wymogi te, w szczególności w przypadku zamówień specjalistycznych, powinny zostać opisane w Specyfikacji szczegółowo. Powinna ona zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam Zamawiający, interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji Zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia – muszą być one jednoznacznie i wyczerpująco opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tak, aby nie wprowadzać w błąd wykonawców. Wnioskowanie o zamiarze Zamawiającego z innych przesłanek niż treść Specyfikacji tj. np. na podstawie wiedzy technicznej czy logiki, skutkowałoby dowolnym określeniem przedmiotu danego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu spór sprowadza się do interpretacji określenia „skomplikowana rekonstrukcja”, którego użył Zamawiający w rozdziale III pkt 2 ppkt 4

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający nie określił jednoznacznie w Specyfikacji co rozumie przez powyższe stwierdzenie. Z uwagi na to, że pojęcie to nie zostało w Specyfikacji zdefiniowane, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków braku takiej definicji.

Izba przychyliła się do twierdzeń Zamawiającego, iż dokonywanie testów, dla których kilka odczynników wymaga rozcieńczenia będzie utrudnione, jednakże Zamawiający nie zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szczegółowych wymagań np. dotyczących czasu dokonywania rekonstrukcji, liczby jej etapów, dopuszczalnej liczby odczynników, które wymagają rekonstrukcji, nie może zatem na tym etapie postępowania dokonywać interpretacji powyższego sformułowania i na jej podstawie odrzucać ofert poszczególnych wykonawców. Takie postępowanie prowadzi do wniosku, iż Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i bezpodstawnie odrzucił oferty Odwołujących.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....