

Sygn. akt: KIO 1804/22

POSTANOWIENIE
z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Anchem sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: **1) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Białymstoku, 2) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, 3) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, 4) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu**, w imieniu i na rzecz których działa: **Centrum Obsługi Administracji w Warszawa**

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Anchem sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Anchem sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – 1) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Białymstoku, 2) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku, 3) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, 4) Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz których działa: Centrum Obsługi Administracji w Warszawie, prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czterech chromatografów cieczowych z tandemowym spektrometrem mas (LC-MS/MS) wraz z oprzyrządowaniem i oprogramowaniem dla Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii, Nr zamówienia 2022/17. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 czerwca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 107-296404

I

W dniu 7 lipca 2022 r. Wykonawca Anchem sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i celowego ograniczenia konkurencyjności do jednego produktu na rynku jednego dostawcy bez uzasadnionych potrzeb funkcjonalnych i technicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 99 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty.
- 2) art. 16 ustawy Pzp poprzez przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) nieprzejrzysty; 3) nieproporcjonalny.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, polegającej na:

- 1) dopuszczeniu rozwiązań równoważnych dla źródła jonów ortogonalne jakim jest źródło jonów nieortogonalne;

2) uszczegółowieniu opisu przedmiotu zamówienia poprzez opisanie każdej metody w tym podanie dla każdej metody badawczej:

- grupy związków oznaczanych w metodzie
- matrycy z jakiej będą oznaczane anality
- poziomów stężeń analitów spodziewane w próbce
- wymaganych poziomów LOD i LOQ dla każdego analitu;
- normy na jakich opierają się wybrane metody.

Jako datę powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania Odwołujący wskazał datę otrzymania informacji w zakresie wyjaśnień treści SWZ w tym wymagań opisu przedmiotu zamówienia w dniu 27 czerwca 2022 r. Odwołujący podał, że wyjaśnienia zamieszczone na stronie Zamawiającego, wyjaśnienia, które nie wyjaśniają SWZ, a zarazem pogłębiają zakres braku możliwości skalkulowania, zatem 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 7 lipca 2022 r.

II

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

SWZ została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 3 czerwca 2022 r. Pismem z dnia 27 czerwca 2022 r. (znak pisma: WZP.2600.2022.17.2022.1.PN) Zamawiający, działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o odpowiedziach udzielonych na pytania do treści SWZ. W zakresie pytań oznaczonych m.in. numerem 9, 30, 6 oraz 15 wskazał, co następuje:

Pytanie nr 9: W celu wyceny metod badawczych Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o szczegółowy opis każdej metody w tym podanie dla każdej metody badawczej: - wskazanie grupy związków oznaczanych w metodzie - wskazanie matrycy z jakiej będą oznaczane anality - podanie poziomów stężeń analitów spodziewane w próbce - podanie wymaganych poziomów LOD i LOQ dla każdego analitu - czy Zamawiający dostarcza wzorce i odczynniki (fazy ruchome, odczynniki do przygotowania próbek itd.)? - czy opracowanie metody obejmuje etap przygotowania próbek? - czy wdrożenie metod obejmuje walidację tych metod? - czy metody badawcze wymagane przez zamawiającego mają być zgodne z

normami? Jeżeli tak prosimy o wskazanie tych norm - czy zamawiający zapewnia dostęp do wymaganych norm nieodpłatnie?

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z treścią SWZ Wykonawca jest zobowiązany do wdrożenia w okresie gwarancji 5 metod badawczych (dla każdego z zainstalowanych zestawów LC-MS/MS odrębnie) wraz z dostawą 10 kolumn analitycznych (po dwie do każdej metody). Zamawiający nie wskazują na etapie prowadzonej procedury zakupowej konkretnych metod badawczych ze względów funkcjonalnych – konkretne metody zostaną wskazane przez każdego z czterech Zamawiających odrębnie na etapie realizacji umów. Zamawiający wyjaśnia, że ustawianie metod nie dotyczy przygotowywania próbek ani walidacji, a jedyne optymalizacji parametrów metody badawczej na aparacie (dostarczenie niezbędnych wzorców i odczynników leży po stronie Zamawiającego).

Pytanie nr 30: Dotyczy Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ Pkt V i §4 Pkt. 13 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy Prosimy o udostępnienie listy metod badawczych, który Zamawiający zamierza wdrożyć. Nasza prośba wynika z faktu dużego zróżnicowania metod badawczych i różnego czasu niezbędnego do ich rozwoju i wdrożenia. Czas ten może zawierać się w przedziale od 1 do 30 dni co przekłada się bezpośrednio na wartość w ofercie przetargowej. Prosimy o wyspecyfikowanie ogólnych parametrów kolumn chromatograficznych wymaganych do dostarczenia w ramach rozwoju metod. Swoją prośbę motywujemy faktem, że cena kolumn zależy od typu złoża, charakterystyki, długości oraz producenta. Zakres cenowy wynosi od 1 000 PLN do 12 000 PLN. Bez uszczegółowienia tej informacji trudno oszacować tę wartość w ofercie.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z treścią SWZ Wykonawca jest zobowiązany do wdrożenia w okresie gwarancji 5 metod badawczych (dla każdego z zainstalowanych zestawów LC-MS/MS odrębnie) wraz z dostawą 10 kolumn analitycznych (po dwie do każdej metody). Zamawiający nie wskazują na etapie prowadzonej procedury zakupowej konkretnych metod badawczych ze względów funkcjonalnych – konkretne metody zostaną wskazane przez każdego z czterech Zamawiających odrębnie na etapie realizacji umów. Zamawiający wyjaśnia, że ustawianie metod nie dotyczy przygotowywania próbek ani walidacji, a jedyne optymalizacji parametrów metody badawczej na aparacie (dostarczenie niezbędnych wzorców i odczynników leży po stronie Zamawiającego).

Pytanie nr 6: Czy Zamawiający dopuści rozwiązania równoważne opisanym poniżej zapewniające tożsamą funkcjonalność tj. „źródło jonów ortogonalne” – oferowane przez nas rozwiązanie równoważne to źródło jonów „nieortogonalne” pozwalające na uzyskanie wyższych parametrów czułości i rozdzielczości niż wymagane. Według wiedzy wykonawcy nie istnieją żadne badania naukowe czy dane literaturowe porównujące efektywność jonizacji w

źródle jonów o układzie ortogonalnym vs nieortogonalnym na podstawie których można jednoznacznie stwierdzić przewagę źródła jonów o układzie ortogonalnym. Jeżeli Zamawiający dysponuje takimi danymi prośmy o ich przedstawienie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 15: Czy wyrażą Państwo zgodę na zaoferowanie rozwiązania równoważnego zapewniającego tożsamą funkcjonalnością odnoszącego się do źródła jonów ortogonalnego? Rozwiązaniem równoważnym jest oferowane przez nas źródło jonów „nieortogonalne” pozwalające na uzyskanie wyższych parametrów czułości i rozdzielczości niż wymagane.

Odpowiedź: Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 6.

Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl przepisu art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienia umowy. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1) odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, Specyfikacja Warunków Zamówienia została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 3 czerwca 2022 r. Postanowienia SWZ, które stały się przedmiotem zarzutów wniesionego odwołania były zatem znane Odwołującemu od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia nie zostały zmienione przez Zamawiającego w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp – jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania – Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że termin na wniesienie odwołania w zakresie postanowień SWZ czy też ich braku biegł od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zatem odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 7 lipca 2022 r. należy uznać za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Bez znaczenia dla biegu terminu na wniesienie odwołania pozostaje fakt zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w sytuacji, gdy Zamawiający w wyniku rozpatrzenia tego wniosku nie zmienia pierwotnego brzmienia postanowień SWZ znanych wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 553 zd. drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: