Sygn. akt: KIO 1025/25

WYROK

Warszawa, dnia 1 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę Th. Geyer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Inspekcji Weterynaryjnej Wojewódzkiemu Inspektoratowi Weterynarii we Wrocławiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę Th. Geyer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2.Kosztami postępowania obciąża Inspekcję Weterynaryjną Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Th. Geyer Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Inspekcji Weterynaryjnej Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii we Wrocławiu na rzecz Th. Geyer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 1025/25

U z a s a d n i e n i e

Inspekcja Weterynaryjna Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wzorców do wykonywania badań laboratoryjnych" dotyczącego części II zamówienia. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2025 r. pod nr 2025/BZP 00095271/01.

W dniu 17 marca 2025 r. wykonawca Th. Geyer Polska Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie wyrażające się
w odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie oferowanych produktów, oznaczonych nr 2, 3, 64 w zadaniu, w związku z tym, że zaoferowane przez Odwołującego produkty nie posiadały akredytacji ISO 17034;

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – z ostrożności procesowej – Odwołujący podniósł zarzut naruszenia:

2)art. 255 pkt 6) ustawy Pzp wyrażający się w zaniechaniu unieważnienia Przetargu obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem opis przedmiotu zamówienia określony w SWZ, w tym niejednoznaczna treść odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, biorących udział w Przetargu, stworzyła warunki do odmiennej interpretacji w zakresie możliwości zaoferowania produktów oczekiwanych przez Zamawiającego, a tym samym stworzyła warunki do złożenia ofert, których nie można porównać,

a dodatkowo wraz z każdym z ww. zarzutów, Odwołujący podniósł zarzut naruszenia:

3)art. 16 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, wyrażające się w szczególności
w naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości poprzez nieuzasadnione przyjęcie jednej z dwóch alternatywnych interpretacji postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, dotyczącego produktów oznaczonych nr 2, 3, 64 w zadaniu, a także naruszeniu zasady proporcjonalności poprzez przypisanie negatywnych skutków wykonawcom, biorącym udział w Przetargu.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz

- nakazanie Zamawiającemu badania i oceny ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami Ustawy,

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Przetargu,

- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie wzorców do wykonywania badań laboratoryjnych na potrzeby Zamawiającego, a mianowicie wzorce leków (Pakiet nr 2). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z ilościami określają: Formularz cenowy stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ oraz Opis przedmiotu zamówienia stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ. Zamawiający, określając sposób przygotowania oferty w specyfikacji warunków zamówienia, opracowanej na potrzeby przeprowadzenia Przetargu (dalej: „SWZ"), zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty m.in. Załącznika nr 7 do SWZ, stanowiącego oświadczenie wykonawcy składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w dniu 25 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. na okoliczność zgodności zaoferowanego asortymentu
z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący w oświadczeniu będącym Załącznikiem nr 7 do SWZ poinformował Zamawiającego, że oferowane produkty odpowiadają oczekiwaniom Zamawiającego – posiadają ważny i aktualny certyfikat kontroli jakości oraz spełniają wymagania w odniesieniu do normy ISO 1734. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wpłynęła do niego informacja od jednego z wykonawców biorących udział w Przetargu, wskazująca na niezgodność zaoferowanych przez Odwołującego produktów, określonych odpowiednio pod nr 2, 3 i 64 w Zadaniu, albowiem produkty te nie posiadają akredytacji ISO 17034.

Odwołujący pismem z dnia 2 marca 2025 r. wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytania z dnia 17 lutego 2025 r., w tym na pytanie nr 12, Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie materiałów m.in. w pozycji nr 2, 3, 64 bez akredytacji ISO 17034 z powodu braku dostępności na rynku innych wzorców dla tych substancji posiadających akredytację ISO17034. Odwołujący zaznaczył, że tak wyrażona zgoda była jednoznaczna i bezwarunkowa.

Odwołujący podniósł, że wszelkie wyjaśnienia lub odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SWZ, które dotyczą opisu przedmiotu zamówienia są wiążące i mogą modyfikować pierwotne oczekiwania Zamawiającego. Odwołujący przyznał, że ponowna analiza treści odpowiedzi Zamawiającego na wszystkie pytania prowadzi do wniosku, że Zamawiający udzielił jednocześnie innej odpowiedzi, w której – odnosząc się do wymagań stawianych m.in. wobec produktów oznaczonych nr 2, 3, 64 – wyraził zgodę warunkową, wskazując, że zgoda na oferowanie ww. produktów bez akredytacji ISO 17034 uzależniona będzie od tego, czy faktycznie nie będzie możliwości zaoferowania produktów z akredytacją (przykładowo odpowiedź na pytanie nr 3 i 6).

Zdaniem Odwołującego, ujawniony brak niejednoznaczności w treści odpowiedzi Zamawiającego oraz przyjęta przez Zamawiającego interpretacja udzielonych przez niego odpowiedzi nie uzasadnia tak daleko idących decyzji Zamawiającego, eliminujących Odwołującego z Przetargu. W ocenie Odwołującego, wykonawca uprawniony był do własnej interpretacji treści udzielonej odpowiedzi, a w przypadku wątpliwości nie powinien ponosić negatywnych skutków niejednoznacznego określenia wymagań przez Zamawiającego dotyczących zamawianych produktów.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający - na skutek udzielenia ww. odpowiedzi - faktycznie rozszerzył zakres potencjalnych produktów możliwych do zaoferowania przez wykonawców w Przetargu przez wyrażenie zgody na zaoferowanie produktów bez akredytacji ISO 17034, to Zamawiający nie jest na obecnym etapie postępowania uprawniony do kwestionowania zgodności ze zmodyfikowanym (na skutek udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego) opisem przedmiotu zamówienia w ww. zakresie i przedstawiania własnych interpretacji tych

odpowiedzi. Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego było nieuprawnione.

Argumentując zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że nie był odosobniony w swojej interpretacji treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 12 przedstawionej w piśmie z dnia 17 lutego 2025 r., przyjmując możliwość zaoferowania również produktów nie posiadających akredytacji ISO 17034. Taką samą interpretację dotyczącą (bezwarunkowej) zgody Zamawiającego przyjął również inny wykonawca. Oznacza to, jak wskazał Odwołujący, że sposób rozumienia treści ww. odpowiedzi Zamawiającego nie był wyłącznie subiektywną oceną Odwołującego zniekształcającą przekaz przedstawiony przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że niejednoznaczność w przedmiocie faktycznych oczekiwań Zamawiającego spowodowała złożenie ofert, których nie można porównać (brak rzetelnej podstawy do weryfikacji). Co więcej, trudno jest aktualnie ocenić, na ile przyjęta przez większość wykonawców, biorących udział w Przetargu, interpretacja miała wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny. Zdaniem Odwołującego, takie okoliczności uzasadniają unieważnienie Przetargu, doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i powtórzenie Przetargu z zachowaniem podstawowych zasad procesu.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na brak konsekwencji ze strony Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania. Z jednej strony Zamawiający modyfikuje oczekiwany poziom jakości oferowanych produktów, z drugiej zaś bezkrytycznie uwzględnia zastrzeżenia jednego z wykonawców co do niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego związane z eliminacją z postępowania zarówno Odwołującego, jak i kolejnego wykonawcy (z tych samych powodów), jest wyraźnym przejawem braku przejrzystości postępowania, w tym wyrazem braku dołożenia należytej staranności w określeniu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia,
a w konsekwencji naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zaznaczył, że również zasada proporcjonalności sprzeciwia się przypisywaniu wykonawcom negatywnych skutków niejasności prawa lub niejednoznaczności czynności zamawiającego (Wyrok TSUE z 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15).

Pismem z dnia 31 marca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia dla Pakietu 2 (Załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania poszczególnych wzorców leków (poz. 1-87) spełniających wymóg: „Certyfikat kontroli jakości wymagany wraz z dostawą towaru. Spełnienie wymagań w odniesieniu do normy ISO 17034".

Treść ww. wymogu budziła wątpliwości poszczególnych wykonawców co do możliwości jego spełnienia, co znalazło odzwierciedlenie w pytaniach kierowanych do Zamawiającego. Odpowiadając na pytanie nr 12 Zamawiający w piśmie z dnia 17 lutego 2025 r. stwierdził:

„Pytanie 12

Dotyczy Pakiet nr 2.

Pozycje nr 2,3,6,7,9,18,20,23,24,25,27,32,36,38,46,51,55,57,60,64,68,69,70,80,87: Obecnie dostępne serie wskazanych w specyfikacji produktów nie posiadają akredytacji ISO17034. Według naszej wiedzy, nie ma obecnie na rynku innych wzorców dla tych substancji posiadających akredytacje ISO17034. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie tych materiałów bez wymaganej akredytacji?

Odpowiedź: Dla w/w pozycji nr 2, 3, 6, 7, 9, 18, 20, 23, 24, 25, 27, 32, 36, 38, 46, 51, 55, 57, 60, 64, 68, 69, 70, 80, 87 z powodu braku dostępności na rynku innych wzorców dla tych substacji posiadających akredytację ISO17034, Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie materiałów bez akredytacji ISO17034.".

W piśmie tym Zamawiający wskazał ponadto, że „Niniejsze pismo wraz z załącznikiem stanowi integralną część SWZ i dotyczy wszystkich Wykonawców biorących udział w ww. postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę z uwzględnieniem udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień i dokonanych zmian. W pozostałym zakresie SWZ pozostaje niezmienione.”.

Izba stwierdziła, że ww. odpowiedź na pytanie 12 z dnia 17 lutego 2025 r. stanowi modyfikację treści SWZ w ten sposób, że Zamawiający dla wskazanych w przedmiotowym pytaniu pozycji dopuścił zaoferowanie wzorców nie posiadających akredytacji ISO17034. Izba zważyła, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie 12 nie była warunkowa – Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że dla wymienionych w pytaniu pozycji, z powodu braku dostępności na rynku innych wzorców dla tych substancji posiadających akredytację ISO17034, Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie materiałów bez akredytacji ISO17034. W przedmiotowej odpowiedzi Zamawiający nie stwierdził, że dostawa wzorców nie posiadających akredytacji ISO17034 będzie możliwa wyłącznie wtedy, gdy na rynku niedostępne będą wzorce posiadające stosowną akredytację. Warunek taki Zamawiający sformułował w odpowiedziach na inne pytania, jak np. w odpowiedzi na pytanie 15. Izba stwierdziła, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 12 Zamawiający *de facto* rozszerzył zakres możliwych do zaoferowania materiałów.

Bez wpływu na powyższe pozostaje okoliczność, że treść odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 3 i 6 z dnia 17 lutego 2025 r., obejmująca m.in. pozycje 2, 3, 64, wskazywała na warunek w postaci braku dostępności wzorców spełniających wymagania ISO17034. Odpowiedzi na ww. pytania są sprzeczne z odpowiedzią na pytanie nr 12 z 17 lutego 2025 r., co nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, że wszelkie niejasności w opisie przedmiotu zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawców.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią dokumentów zamówienia. Tym samym, zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp
i w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:……..