Sygn. akt KIO 3885/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, 3 października 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 września 2025 przez wykonawcę Sterbios Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 36 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Olsztynie, ul. Szarych Szeregów 7

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie,

2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

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

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt KIO 3885/25

Uzasadnienie

Postępowanie w trybie podstawowym pod nazwą „Dostawa testów do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (NDV) u kur" ogłoszono wBiuletynie Zamówień Publicznych z 4 września 2025 r., nr ogłoszenia 2025/BZP 00406367/01

Ogłoszenie o zmianie treści SWZ zostało opublikowane n10 września 2025 r., wraz z publikacją zmienionego Zał. nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (po modyfikacji) oraz zmienionego Zał. nr 3 do SWZ - Formularz cenowy (po modyfikacji).

15 września 2025 r. wykonawca Sterbios Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 36 wniósł odwołanie przez Prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1)naruszenie art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy przez zmodyfikowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że jego zmodyfikowany opis utrudnia uczciwą konkurencję;

2)naruszenie art. 16 pkt 3 ustawy w związku z art. 99 ust. 6, przez określenie w zmodyfikowanym opisie przedmiotu zamówienia kryteriów równoważności produktu, które stanowią cechy, których wymaganie nie jest proporcjonalne w stosunku do celów przedmiotu zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie i:

1)nakazanie zamawiającemu zmiany Załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (po modyfikacji) oraz Załącznika nr 3 do SWZ - Formularz cenowy (po modyfikacji) przez przywrócenie treści tych załączników sprzed dokonania ich modyfikacji, tj. przez usunięcie w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (po modyfikacji), w pkt. III Wymagania szczegółowe, oraz w Załączniku nr 3 Formularz cenowy (po modyfikacji), w kryteriach równoważności, punktu 5 0 treści „Odczynniki testu ELISA, tj. koniugat, substrat, płyn zatrzymujący reakcje (stop solution), rozcieńczalnik (sample diluent), muszą być w formie gotowej do użycia (ready to use).";

2)w przypadku, gdyby dokonanie zmiany określonej w pkt. 1) powyżej nie było możliwe ze względu na upływ terminu do składania ofert, nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3)zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania w kwocie 7.500 zł.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy, bowiem jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w wyniku dokonania modyfikacji SWZ nie jest w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (zarówno w jego pierwotnej, jak i zmodyfikowanej wersji), przedmiotem zamówienia jest dostawa testów do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (N DV) u kur. W pkt. I ppkt. 6 tego dokumentu wskazano, iż testy muszą posiadać wpis do wykazu wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej, prowadzonego przez Głównego Lekarza

Weterynarii zgodnie z art. 76a ust. 1 ustawy z dnia 1 1 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Dz. U. z 2023 r., poz. 1075). W pkt. III „Wymagania szczegółowe" określono, iż przedmiotem zamówienia jest Zestaw ELISA do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (NDV) u kur, tej. produkt IDEXX 99-09263 lub produkt równoważny. W punkcie tym zostały ponadto określone, w czterech podpunktach, kryteria równoważności.

W Wykazie wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej, prowadzonym przez Główny Lekarz Weterynarii, publikowanym w formie pliku Excel, do którego link https://www.wetgiw.gov.pl/download/Wykaztestow-do-diagnostyki-in-vitro_GLW_3_09_2025-r,2928.xlsx zamieszczony jest na stronie Głównego Lekarza Weterynarii, pod adresem: https://www.wetgiw.gov.pl/nadzor-weterynaryjny/diagnostyka-in-vitro, znajdują się są obecnie tylko dwa produkty stanowiące zestaw ELISA do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (NDV) u kur, tj. produkt zamieszczony pod pozycją 567 0 nazwie IDEXX NDV, którego producentem jest firma IDEXX Laboratories, Inc. oraz produkt zamieszczony pod pozycja 663 0 nazwie Newcastle Disease Virus Antibody Test Kit, którego producentem jest firma BioChek UK Ltd.

Odwołujący jest dystrybutorem między innymi wskazanego wyżej produktu Newcastle Disease Virus Antibody Test Kit, który spełnia wszystkie kryteria określone w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia (w tym określone w czterech punktach kryteria równoważności) i który odwołujący zamierzał zaoferować w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

10 września 2025 r., tj. na dwa dni przed upływem terminu do składania ofert, który pierwotnie upływał 12.09.2025 r. o godz. 11 :00 zamawiający dokonał zmiany SWZ, przedłużając termin do składania ofert do dnia 15.09.2025 r., do godz. 11:00 oraz opublikował zmieniony Zał. Nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (po modyfikacji) oraz zmieniony Zał. Nr 3 do SWZ - Formularz cenowy (po modyfikacji), które zostały zmodyfikowane przez dodanie dodatkowego kryterium równoważności o treści: „5. Odczynniki testu ELISA, tj. koniugat, substrat, płyn zatrzymujący reakcje (stop solution), rozcieńczalnik (sample diluent), muszą być w formie gotowej do użycia (ready to use).".

Zamawiający, dokonując zmiany treści SWZ, w żaden sposób nie uzasadnił konieczności wprowadzenie dodatkowego kryterium równoważności. Nie wskazał okoliczności, dla których wprowadzenie tego kryterium było niezbędne dla zrealizowania celu przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie tej zmiany nie było również wynikiem udzielenia wyjaśnień do SWZ, bowiem takie wyjaśnienia nie zostały w tym postępowaniu w ogóle udzielone.

Dystrybuowany przez odwołującego produkt Newcastle Disease Virus Antibody Test Kit nie spełnia określonego powyżej dodatkowego kryterium równoważności.

W opinii odwołującego dokonana przez zamawiającego modyfikacja Zał. Nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia oraz Zał. Nr 3 do SWZ - Formularz cenowy narusza art. 99 ust. 4 w zawiązku z art. 16 pkt 1, a także art. 16 pkt 3 w związku z art. 99 ust. 6 ustawy z następujących powodów:

a/ Określone w tych załącznikach kryteria równoważności zapewniają obecnie jedynie „pozorowaną konkurencyjność", bowiem wymagania te może spełnić tylko jeden konkretny produkt, tj. produkt referencyjny IDEXX 99-09263. Powołał orzecznictw KIO i Sądów Okręgowych.

b/ Zgodnie z ar. 16 pkt 3) ustawy zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Obowiązek kierowania się zasadą proporcjonalności oznacza, że zamawiający, realizując swoje obowiązki dotyczące postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, musi stosować środki odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu postępowania oraz najmniej uciążliwe, a tym samym zobowiązany jest zweryfikować, czy tego celu nie można osiągnąć przy pomocy mniej restrykcyjnych środków. Wprowadzone przez zamawiającego dodatkowe kryterium równoważności nie jest konieczne od osiągnięcia celu, dla którego zamawiający wszczął postępowanie, jakim jest przeprowadzanie badań w zakresie wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (NDV) u kur. Kryterium to ma jedynie charakter techniczny i jest związane z metodologią przeprowadzania testu. Brak spełnienia tego kryterium nie powoduje, że wyniki badania przeprowadzonego przy użyciu innego produktu będę nieprawidłowe lub niemiarodajne. Wskazany wyżej produkt Newcastle Disease Virus Antibody Test Kit, który odwołujący zamierzał zaoferować, a który nie spełnia tego kryterium, posiada pozytywną opinię Państwowego Instytutu Weterynaryjnego Państwowego Instytutu Badawczego i został wpisany do wykazu wyrobów do diagnostyki in vitro stosowanych w medycynie weterynaryjnej, prowadzonego przez Głównego Lekarza Weterynarii. Tym samym został dopuszczony do obrotu na polskim rynku jako produkt do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi rzekomego pomoru drobiu (NDV) u kur, a co za tym idzie odpowiada potrzebom zamawiającego i pozwala na osiągnięcie celu, dla którego zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie. Wprowadzone przez zamawiającego dodatkowe, piąte kryterium równoważności narusza zasadę proporcjonalności postępowania, bowiem określone przez niego wymaganie jest nadmierne i nie jest niezbędne do osiągnięcia celu postępowania, gdyż cel ten może zostać osiągnięty również przy użyciu produktu, który nie spełnia tego wymagania, a tym samym przy pomocy mniej restrykcyjnych środków.

15 września 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy.

23 września 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Rozważania Krajowej Izby Odwoławczej (KIO)

KIO nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba stwierdziła, wobec ustalenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku przystępujących po stronie zamawiającego, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy oraz wydania postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy. Zgodnie z regulacją art. 522 ust. 1 ustawy zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodnicząca: ……