

Katowice, dnia 7 września 2020 r.

#### **OZNACZENIE ORGANU**

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a**

**02 – 676 Warszawa**

#### **OZNACZENIE ODWOŁUJĄCEGO**

**PPH „Eskulap” M. Furyk, J. Matłosz sp. j.**, ul. Elsnera 6, 44-105 Gliwice, tel. 0 801 120 104, mail: [biuro@eskulap.gliwice.pl](mailto:biuro@eskulap.gliwice.pl)

**reprezentowany przez radcę prawnego Michała Badurę**, Ślązak Zapiór i Wspólnicy – Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych sp. k. w Katowicach, ul. Modelarska 25, 40-142 Katowice, tel. 32 783 88 00, mail: [mbadura@kancelaria-szip.pl](mailto:mbadura@kancelaria-szip.pl)

#### **OZNACZENIE ZAMAWIAJĄCEGO**

**Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Gdańsku**, ul. Na Stoku 50, 80-958 Gdańsk, tel. 58 300 39 47,, mail: [przetargi@gdansk.wiw.gov.pl](mailto:przetargi@gdansk.wiw.gov.pl)

#### **OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

Dostawa zestawów diagnostycznych do wykrywania i izolacji DNA wirusa afrykańskiego pomoru świń (ASFv) u świń i dzików dla Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Gdańsku – 2 części

#### **Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich oraz numer ogłoszenia Zamawiającego**

Data publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – 26 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 165-400277.

Numer sprawy Zamawiającego: WIW-a-z.272.13.2020

**WSKAZANIE CZYNNOŚCI LUB ZANIECHANIA CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO, KTÓREJ ZARZUCA SIĘ NIEZGODNOŚĆ Z PRZEPISAMI USTAWY:**

Ukształtowanie przez Zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w zakresie sposobu obliczania punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert – w sposób naruszający uczciwą konkurencję i nakaz równego traktowania wykonawców, a także sprzecznie z zasadą proporcjonalności.

**ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW**

Zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 p.z.p.** w związku z **art. 91 ust. 2 p.z.p.** poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję, polegające na zaburzeniu proporcjonalności punktacji w kryterium „Termin ważności testu”, gdzie maksymalną liczbę punktów przyznaje się za termin ważności przekraczający 15 miesięcy, podczas gdy testy z tak długim terminem ważności oferuje wyłącznie jeden działający na rynku dostawca, a biorąc pod uwagę obecne tempo zużycia testów, partia zamawiana w niniejszym postępowaniu zostanie zużyta maksymalnie w 10 miesięcy.

**WNIOSEK (ŻĄDANIE) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:**

Odwołujący wnosi o **nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tak aby w rozdziale 9 pkt 2 ppkt 3) SIWZ, w wierszu 5. tabeli, w punkcie 1. c) maksymalna liczba punktów przyznawana była za termin ważności testów wynoszący 12 miesięcy.**

**WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:**

**I. INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA ORAZ RYZYKO PONIESIENIA SZKODY**

Odwołujący posiada wymagany mocą art. 179 ust. 1 p.z.p. interes w uzyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania wszczętego przez Zamawiającego, ponieważ ustalony w treści SIWZ sposób przyznawania punktów w kryterium „Termin ważności testu” skutkować będzie uzyskanie wyższej pozycji w hierarchii złożonych ofert przez Wykonawcę oferującego testy droższe, lecz o dłuższym terminie ważności – mimo iż różnica w terminie ważności nie będzie miała w toku realizacji zamówienia praktycznego znaczenia, ponieważ przedmiotowe testy zostaną zużyte wcześniej. W ten sposób dochodzi w istocie do nieuprawnionego faworyzowania wyłącznie jednego z działających na rynku wykonawców, a Odwołujący pozbawiany jest szansy na uzyskanie zamówienia, pomimo oferowania konkurencyjnego cenowo produktu spełniającego wszystkie wymogi jakościowe stawiane przez Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia. Obecna redakcja postanowień SIWZ w praktyce pozbawia Odwołującego szans na złożenie w postępowaniu najkorzystniejszej oferty. Gdyby treść SIWZ ukształtowana była z poszanowaniem nakazów wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący byłby w stanie zaferować wykonanie zamówienia na potencjalnie najkorzystniejszych spośród ogółu Wykonawców warunkach.

## **II. TERMIN DO WNIESIENIA ODWOŁANIA**

Zamawiający zamieścił informację o wszczęciu postępowania na swojej stronie internetowej dnia 26 sierpnia 2020 r. Tego samego dnia ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Tym samym, wnosząc odwołanie dnia 7 września 2020 r., po uprzednim przesłaniu jego kopii zamawiającemu, Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i dochował terminu do wniesienia odwołania.

## **III. UZASADNIENIE ZARZUTÓW**

### **1. Ogólna charakterystyka zamówienia i rynku, na którym jest udzielane.**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest dostawa zestawów diagnostycznych do wykrywania i izolacji DNA wirusa afrykańskiego pomoru świń (ASFv) u świń i dzików. Zapotrzebowanie na tego rodzaju specyfikę diagnostyczne nie wynika jedynie z bieżącej działalności Zamawiającego, ale wiąże się ściśle z prowadzonym tak w Polsce, jak i na terenie całej Unii Europejskiej programem zwalczania afrykańskiego pomoru świń – groźnej, zakaźnej i zaraźliwej choroby wirusowej zagrażającej świniom domowym, której śmiertelność sięga nawet 100%. Ponieważ nie istnieje szczepionka przeciwko wirusowi afrykańskiego pomoru świń, kluczową kwestią w toku zwalczania choroby jest diagnostyka, umożliwiająca szybkie i pewne wykrywanie chorych osobników.

Na terenie Polski działania w ramach zwalczania ASF prowadzi i koordynuje Inspekcja Weterynaryjna. Na stronach [www.Głównego Inspektoratu Weterynarii](https://www.wetgiw.gov.pl/nadzor-weterynaryjny/afrykanski-pomor-swin), pod adresem <https://www.wetgiw.gov.pl/nadzor-weterynaryjny/afrykanski-pomor-swin> znaleźć można kompilację informacji dotyczących przedmiotowego programu.

Od strony prawnej, podstawowymi aktami prawnymi zakotwiczącymi program zwalczania ASF na poziomie prawodawstwa krajowego i unijnego, są przede wszystkim:

- a. Dyrektywa Rady 2002/60/WE z dnia 27 czerwca 2002 r. ustanawiająca przepisy szczególne w celu zwalczania afrykańskiego pomoru świń oraz zmieniająca dyrektywę 92/119/EWG w zakresie choroby cieszyńskiej i afrykańskiego pomoru świń (Dz.U.U.E.L.2002.192.27),
- b. Decyzja Komisji z dnia 26 maja 2003 r., zatwierdzająca podręcznik diagnostyczny dotyczący afrykańskiego pomoru świń (Dz.U.U.E.L.2003.143.35),
- c. Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 6 maja 2015 r. w sprawie zwalczania afrykańskiego pomoru świń (Dz.U.2015.754),
- d. w bieżącym roku kluczowe znaczenie ma Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 12 lutego 2020 r. w sprawie wprowadzenia w 2020 r. na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej "Programu mającego na celu wczesne wykrycie zakażeń wirusem wywołującym afrykański pomór świń i poszerzenie wiedzy na temat tej choroby oraz jej zwalczanie" (Dz.U.2020.290).

Drugi spośród wymienionych aktów prawnych między innymi ustala wytyczne i wymogi minimalne co do procedur diagnostycznych, metod pobierania prób i kryteriów oceny wyników badań klinicznych i sekcyjnych oraz testów laboratoryjnych w celu poprawnego rozpoznawania ASF. W oparciu o przedmiotowe wytyczne, jednostki terenowe Inspekcji Weterynaryjnej, to jest Wojewódzkie Inspektoraty Weterynarii, oraz działające na ich rzecz Centrum Obsługi Administracji Rządowej regularnie nabywają w postępowaniach prowadzonych w reżimie p.z.p. znaczne liczby zestawów diagnostycznych do wykrywania wirusa ASF u świń i dzików. Zakupy obejmują testy diagnostyczne dwójakiego rodzaju: wykonywane metodą qRT-PCR oraz metodą ELISA.

Jednym z takich postępowań jest przetarg, którego dotyczy niniejsze odwołanie i sformułowany w jego ramach zarzut. Jego przedmiotem są zestawy diagnostyczne do wykonywania testów metodą qRT-PCR.

## **2. Zarzut ustalenia nieproporcjonalnej punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert.**

Ustalone w niniejszym postępowaniu kryteria oceny ofert to cena, za którą uzyskać można maksymalnie 60 punktów (na 100 ogółem) oraz pozacenowe kryteria pod nazwami „Termin płatności” (maksymalnie 10 punktów do zdobycia) i „Termin ważności testu”, w ramach którego możliwe jest uzyskanie maksymalnie 30 punktów.

Jakkolwiek treść rozdziału 9 SIWZ nie precyzuje tego w żaden dalszy sposób, jako uprawnione jawi się założenie, że pojęciem „termin ważności testu” może być utożsamiane z określeniem „wymagalny minimalny okres ważności nieotwartych testów”, o którym mowa w rozdziale 1 punkt I.2.8 SIWZ, gdzie Zamawiający ustalił tenże okres na 10 miesięcy, licząc od daty dostawy.

Odwołujący nie kwestionuje samego prawa Zamawiającego do posłużenia się w niniejszym postępowaniu tego rodzaju kryterium oceny ofert. Mimo, iż termin ważności testu, o ile wykracza poza minimalny okres zastrzeżony w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowi istotnej cechy

przedmiotu zamówienia, to przez prymat treści przepisu art. 91 ust. 2c p.z.p. można uznać taką praktykę za dopuszczalną.

Sprzeczność działania Zamawiającego z prawem zamówień publicznych polega jednak w tym przypadku na tym, że **zasady przyznawania punktacji w ramach tego kryterium ustalone zostały w sposób naruszający uczciwą konkurencję i nakaz równego traktowania wykonawców. Nie pozostają one także w zgodzie z zasadą proporcjonalności.**

Maksymalną liczbę punktów w ramach przedmiotowego kryterium otrzyma wykonawca, który zaoferuje dostawę testów z terminem ważności dłuższym, niż 15 miesięcy od daty dostawy. Jednakże **w praktyce Zamawiający nie uzyskuje żadnej korzyści z zakupu testu o tak długim terminie ważności**, ponieważ w związku z opisanym we wstępnej części niniejszego odwołania intensywnie realizowanym programem zwalczania ASF, **cała zamawiana partia testów zostanie przez niego zużyta na przestrzeni najdalej kilku miesięcy od daty dostawy**. W rezultacie, wskutek wadliwego i dyskryminacyjnego ukształtowania zasad przyznawania punktów w przedmiotowym kryterium, Zamawiający naraża się na konieczność poniesienia wyższych wydatków na produkt o identycznych cechach jak testy tańsze, a różniący się jedynie dłuższym terminem trwałości, z którego jednakże nie skorzysta w żaden sposób z uwagi na wysoką rotację zamawianych towarów. Rodzi to ryzyko niegospodarności w zakresie dysponowania środkami publicznymi.

Okoliczność powyższa znajduje pełne potwierdzenie w tempie, w jakim zrealizowane zostały poprzednie zamówienia na takie same zestawy diagnostyczne na rzecz Zamawiającego. Dnia 10 października 2019 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu oznaczonym znakiem WIW-a-z.272.15.2019, którego przedmiotem (w części nr 1) była dostawa zestawów diagnostycznych umożliwiających wykonanie 70.000 reakcji. Dostawy miały być zrealizowane do dnia 6 grudnia 2019 r.

Następnie, w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o znaku WIW-a-z.272.1.2020 dnia 5 czerwca 2020 r. zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego, której drugą stroną był Odwołujący. Całość przedmiotu zamówienia w ramach części nr 1, to jest zestawy diagnostyczne umożliwiające wykonanie 20.000 reakcji, Odwołujący dostarczył Zamawiającemu na jego zamówienie już dnia 3 lipca 2020 r. – mimo że umowa obowiązywać miała do 4 grudnia 2020 r.

#### **Dowody:**

1. Umowa nr WIW-a-z.273.6.2020 z dnia 5 czerwca 2020 r.
2. Faktura nr 4780/FVD/20/2 z dnia 3 lipca 2020 r.

Po nieco ponad siedmiu tygodniach, dnia 26 sierpnia 2020 r., Zamawiający opublikował ogłoszenie o wszczęciu niniejszego postępowania, którego przedmiotem w części nr 1 są zestawy diagnostyczne umożliwiające wykonanie 80.000 reakcji.

Uprawnione jest więc wnioskowanie, że na przestrzeni od dnia 6 grudnia 2019 r. (najpóźniejszy termin dostawy testów z postępowania o znaku WIW-a-z.272.15.2019) do dnia 3 lipca

2020 r. (data dostawy testów przez Odwołującego w wykonaniu umowy o znaku WIW-a-z.272.1.2020), czyli **w ciągu siedmiu miesięcy, Zamawiający spożytkował 70.000 testów**. Ponieważ stopień zagrożenia ASF, jak też skala diagnostycznych nie maleje, można z całkowitą pewnością przyjąć, że przedmiotowe tempo badań zostanie utrzymane i **zamawiane w ramach niniejszego postępowania 80.000 testów zostanie zużyte w ciągu najdalej 10 miesięcy**, co pokrywa się z minimalnym terminem trwałości zastrzeżonym w rozdziale 1 punkt I.2.8 SIWZ.

Przyznawanie punktów za takie cechy zamawianych towarów, których Zamawiający w żaden sposób nie wykorzysta należy bez cienia wątpliwości traktować jako naruszenie zasady proporcjonalności. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r., KIO 2615/19, *Przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. **Swoboda zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający ma prawo swobodnie określić jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości*** (podkreślenia Odwołującego).

Dla uznania, że sposób przyznawania punktacji w opisywanym kryterium ma charakter dyskryminacyjny i narusza także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podstawowe znaczenie ma też wyjaśnienie, jak kształtowały się okresy ważności zestawów diagnostycznych do wykrywania wirusa afrykańskiego pomoru świń w ostatnim czasie w analogicznych postępowaniach – tam gdzie Zamawiający oczekiwał podania maksymalnego terminu ważności, a nie jedynie zadeklarowania dochowania terminu minimalnego.

W postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej pod znakiem WZP/238/2020/WW, gdzie otwarcie ofert miało miejsce dnia 7 maja 2020 r., oferowane „terminy ważności nieotwartych zestawów diagnostycznych” były następujące:

- a. 16 miesięcy: Biuro Handlowo Techniczne Animal Trade sp. z o.o. w Warszawie,
- b. 15 miesięcy: Billmed sp. z o.o. w Warszawie,
- c. 13 miesięcy: Odwołujący.

**Dowód:** Informacja z otwarcia ofert z dnia 7 maja 2020 r.

W innych postępowaniach, analogicznych do niniejszego, a prowadzonych w ostatnim czasie, **tego rodzaju kryterium oceny ofert nie obowiązywało**. Dotyczy to następujących postępowań:

- a. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krośnie, Ogłoszenie nr 502459-N-2020 z dnia 14 stycznia 2020 r. Kryteria oceny ofert: 60% cena, 40% termin realizacji dostawy.
- b. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, postępowanie nr WIW.AD.272.27.2019. Kryterium oceny ofert: 100% cena.
- c. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, postępowanie nr WIW.AD.272.78.2019. Kryteria oceny ofert: 60% cena, 40% termin płatności.
- d. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, postępowanie nr WIW.AD.272.1.2020. Kryteria oceny ofert: 60% cena, 40% termin płatności.
- e. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, postępowanie nr WIW.AD.272.5.2020. Kryteria oceny ofert: 60% cena, 40% termin płatności.
- f. Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Siedlcach, postępowanie nr WIW.AD.272.16.2020. Kryteria oceny ofert: 60% cena, 40% okres gwarancji.

Jasno więc widać, że w przypadku utrzymania przedmiotowego kryterium w obecnym jego kształcie, **tylko jeden dostawca będzie w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów w jego ramach**. Raz jeszcze podkreślić należy, że w tym konkretnym przypadku **będzie to jednoznaczne naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ termin ważności testów dłuższy niż 10 (maksymalnie 12) miesięcy nie będzie miał żadnego praktycznego znaczenia dla Zamawiającego** z uwagi na utrzymujące się zagrożenie ASF i stałe, wysokie tempo wykonywania testów.

W istocie więc, jeżeli w niniejszym postępowaniu najkorzystniejszą ofertą okaże się oferta droższa, ale z dłuższym terminem ważności, Zamawiający dopłaci za parametr, który nie przyniesie mu żadnej korzyści praktycznej, co uznać należy za niegospodarność. W przywołanym postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej różnica cen jednostkowych wynosiła 0,50 zł, co w przypadku pełnej realizacji przedmiotu zamówienia daje łączny wydatek wyższy o 275.000 zł. Nie przełoży on się na żadne pozytywne aspekty, jeżeli testy zostaną spożytkowane w spodziewanym okresie kilku, a nie kilkunastu miesięcy.

Należy też odnotować, że kryteria oceny ofert takie, jak okres gwarancji, termin płatności, czy też termin realizacji dostawy, stosowane w innych postępowaniach o analogicznym przedmiocie, pozostają w pełni zgodne z przepisami p.z.p., w szczególności z art. 7 oraz art. 91. W tym przypadku Wykonawcy mają pełną swobodę w doborze parametru, który umożliwi im przedstawienie konkurencyjnej oferty, zaś Zamawiający faktycznie zyskuje dodatkową korzyść w postaci odroczonego terminu płatności czy szybszej realizacji dostawy. W przypadku terminu ważności testu, zmiana tego parametru po zakończeniu procesu rejestracji danego specyfiku najczęściej nie jest już możliwa.

Odwołujący wyjaśnia przy tym, że nie domaga się całkowitego usunięcia przedmiotowego kryterium oceny ofert, ponieważ jak już wcześniej podał, samo jego wprowadzenie nie narusza zasad przygotowania i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwe jest

sanowanie przedmiotowego kryterium poprzez ustalenie maksymalnego pułapu punktacji na poziomie zbieżnym z prawdopodobnym okresem zużycia testów przez Zamawiającego – a więc 12 miesięcy – i tak właśnie sformułował żądanie Odwołujący. Z pewnością jednak, gdyby Zamawiający zdecydował się na całkowite usunięcie tego kryterium (i na przykład zwiększenie wagi kryterium „Termin płatności”) byłoby to rozwiązanie jeszcze bardziej pożądane z punktu widzenia obiektywizmu i proporcjonalności postępowania.

Z wyżej wskazanych przyczyn, niniejsze odwołanie pozostaje uzasadnione, a Odwołujący wnosi, jak we wstępie.

#### **PODPIS**

**Dokument podpisano elektronicznie za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.**

#### **WYKAZ ZAŁĄCZNIKÓW**

1. Odpis pełnomocnictwa.
2. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
3. Informacja z KRS w zakresie dotyczącym Odwołującego.
4. Dowody wymienione w treści odwołania.
5. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
6. Dowód przesłania kopii niniejszego Odwołania Zamawiającemu.