

Sygn. akt KIO/UZP 350/08

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie w dniu/~~w dniach~~ 28 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polskie Towarzystwo Rejestracji i Identyfikacji Zwierząt z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Prezydenta Miasta Warszawy z siedzibą w Warszawie, Plac Bankowy 3/5** protestu /~~protestów~~ z dnia 25 marca 2008r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx – po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa – Prezydenta Miasta Warszawy z siedzibą w Warszawie, Plac Bankowy 3/5**

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 wpisu uiszczzonego przez **Polskie Towarzystwo Rejestracji i Identyfikacji Zwierząt z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Prezydenta Miasta Warszawy z siedzibą w Warszawie, Plac Bankowy 3/5** na rzecz **Polskie Towarzystwo Rejestracji i Identyfikacji Zwierząt z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx. gr (słownie: xxxx) przez xxxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskie Towarzystwo Rejestracji i Identyfikacji Zwierząt z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług weterynaryjnych z zakresu elektronicznego znakowania psów, których właściciele zamieszkują na terenie m. st. Warszawy zostało wszczęte przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Prezydenta Miasta Warszawy z siedzibą w Warszawie, Plac Bankowy 3/5 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich dnia 12 marca 2008r. za numerem 2008/S50-068655.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej www.um.warszawa.pl w dniu 12 marca 2008r.

Protest, wniesiony przez Polskie Towarzystwo Rejestracji i Identyfikacji Zwierząt z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1 – zwanego dalej Odwołującym, datowany na dzień 20

marca 2008r. wpłynął do Zamawiającego faksem w dniu 25 marca 2008r., a listem poleconym w dniu 27 marca 2008r.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

- a) art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – zwaną dalej ustawą) tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców,
- b) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie uwzględniający wszystkich okoliczności oraz utrudniający uczciwą konkurencję,
- c) art. 6 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieprawidłowe określenie przedmiotu zamówienia z pominięciem dostawy mikroprocesorów.

Wniósł o zmianę postanowień SIWZ w sposób uwzględniający podniesione zarzuty, tak aby Odwołujący mógł wziąć udział w postępowaniu, a w przypadku gdyby Zamawiający nie mógł sanować uchybień o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł odnośnie poszczególnych zarzutów następującą argumentację :

1. naruszenie art. 7 ust. 1; art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 1 i 2

W przedmiocie zamówienia opisanym w SIWZ w części II :

- w pkt 6.2.1 Zamawiający określił, że Wykonawca musi prowadzić działalność w co najmniej dwóch zakładach leczniczych na terenie m. st. Warszawy – zapis taki powoduje ograniczenie dostępności do zamówienia publicznego, a jednocześnie nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego,

- w pkt 10 Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia Zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, co zdaniem Odwołującego w połączeniu z postanowieniami zawartymi we wzorze umowy (§ 4 pkt 3 wzoru umowy) i zastrzeżeniem w pkt 6.1.3 w odniesieniu do postanowień zawartych w art. 32 ust. 3 ustawy powoduje, iż Wykonawca pozbawiony dodatkowych informacji nie ma możliwości rzetelnej wyceny usług objętych przedmiotem zamówienia,

W części III SIWZ Zamawiający określił warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu, które zdaniem Odwołującego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i tak :

- w pkt 12.1.3 wymagał prowadzenia działalności w co najmniej dwóch zakładach leczniczych dla zwierząt, z których co najmniej jeden zlokalizowany jest na terenie dzielnicy, której dotyczy oferta, a każdy kolejny może być zlokalizowany w dzielnicy sąsiedniej – takim zapisem, według Odwołującego, Zamawiający ogranicza

konkurencję lub wymusza łączenie się lecznic w konsorcja i składanie oferty wspólnej. Ponadto zapis jest sprzeczny z ustawą o zakładach leczniczych dla zwierząt w zakresie zasad świadczenia usług weterynaryjnych, opisanych w rozdziale 4 art. 25 ust 2 tej ustawy, który stanowi, że „na podstawie zgłoszenia posiadacza zwierzęcia zakład leczniczy dla zwierząt może świadczyć usługi weterynaryjne poza swoją siedzibą”. Przez wprowadzenie takiego zapisu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający ograniczył dostęp do postępowania do wykonawców z terenu danej dzielnicy, a jednocześnie zmniejszył dostępność usługi dla ludności miasta Warszawa,

- wadliwie także, według Odwołującego, Zamawiający określił czynność umieszczania mikroprocesora jako czynność weterynaryjną – gdyż wedle ustawy o zakładach leczniczych dla zwierząt czynnością taką jest czynność mająca na celu zachowanie, ratowanie lub poprawę zdrowia zwierząt i ich produktywności, a identyfikacja nie mieści się w zakresie tego pojęcia. Czynność identyfikacji zwierzęcia przez umieszczenie mikroprocesora nie musi być wykonywana przez lekarzy weterynarii. Podniósł, że w § 5 ust 6 wzoru umowy nie stania wymogu wykonywania zamówienia przez lekarzy weterynarii, a przez osoby uprawnione.

2. art. 29 ust. 1 i 2

Odwołujący wskazał, że usługa będąca przedmiotem zamówienia została podzielona na 18 części obejmujących poszczególne dzielnice Warszawy. W każdej dzielnicy zostanie oznakowanych około 1340 psów, co daje łącznie 24 120 psów. Usługa tak obejmuje wszczepienie mikroprocesora oraz prowadzenie ewidencji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia pomija dostawę mikroprocesorów i wskazując sposób obliczenia ceny nie wskazuje, że dla realizacji zamówienia konieczny jest zakup mikroprocesorów. Jednakże w formularzu cenowym – załącznik nr 2 do SIWZ – w pozycji 7 Zamawiający nakazuje ująć koszt mikroprocesora i podobnie w § 4 ust. 2 wzoru umowy – załącznik nr 5 do SIWZ. Takie działanie ogranicza konkurencję, gdyż wprowadza w błąd wykonawców, którzy nie są zainteresowani wykonaniem samej usługi wszczepienia mikroprocesorów, ale są zainteresowani dostawą mikroprocesorów i zaproponować korzystne ceny potencjalnych transponderów. Nadto błąd w określeniu przedmiotu zamówienia może prowadzić do naruszenia przepisów podatkowych – stawki VAT. Brak jest także opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisu technicznego mikroprocesorów. Zamawiający w sposób niewystarczający, zdaniem Odwołującego, ograniczył się do wskazania normy ISO 11784, co narusza art. 29 ust. 7 ustawy, gdyż urządzenia, które mają być użyte do realizacji przedmiotowego zamówienia muszą także być opisane za pomocą kodu

CPV. Zamawiający pominął także w SIWZ kwestię gwarancji na te urządzenia, a w § 5 ust. 3 wzoru umowy znalazł się zapis „Wykonawca zobowiązuje się do pokrycia kosztów związanych z wymianą i dostawą mikroprocesorów od producentów lub hurtowni w przypadku, gdy w wyniku sprawdzenia działania mikroprocesora przed i po wykonaniu zabiegu (...) okaże się, że mikroprocesor jest wadliwy”, co może sugerować, że to Zamawiający dostarcza urządzenia.

1. art. 6 ust. 1 i 2

Odwołujący dokonał porównania wartości szacunkowej zamówienia w rozbiciu na usługę wszczepienia mikroprocesora i dostawę mikroprocesora i stwierdził, że dostawa mikroprocesora przekracza dwukrotnie wartość usługi, a więc zdaniem Odwołującego, do przedmiotowego postępowania powinny mieć zastosowanie przepisy dotyczące dostaw, a nie usług. Takie działanie, według Odwołującego, zawęży konkurencję tylko do lekarzy weterynarii zrzeszonych w Warszawskiej Izbie Lekarzy Weterynarii, co zmierza do stworzenia porozumienia monopolistycznego przez narzucenie korporacyjnej dyscypliny członkom, tak aby nie mogli świadczyć usług na rzecz podmiotów trzecich. To narusza równowagę na rynku przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że jego interes prawny przejawia się w możliwości złożenia ważnej oferty, a w konsekwencji pozyskania przedmiotowego zamówienia i doznał on uszczerbku poprzez naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w proteście przepisów.

Zamawiający w dniu 26 marca 2008r. powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 3 kwietnia 2008r. Zamawiający protest rozstrzygnął i oddalił go w całości jako bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, że :

1. żądanie prowadzenia przez wykonawców działalności w co najmniej dwóch zakładach leczniczych na terenie m. st. Warszawy ma na celu ułatwienie i zwiększenie dostępności usług dla mieszkańców tego miasta (poprzez zwiększenie ilości placówek wykonujących usługi), a uwzględniając możliwość składania przez wykonawców ofert wspólnych, poszerzenie ilości ewentualnie wykonujących usługę zakładów leczniczych i w konsekwencji zwiększenie ilości potencjalnych oferentów.
2. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy prawa do udzielenia Zamówień uzupełniających, o ile zostanie to przewidziane w SIWZ, więc zdaniem Zamawiającego, zarzut jest bezzasadny,
3. Zamawiający stoi na stanowisku, że usługa wszczepienia mikroprocesora jest czynnością weterynaryjną. W przeciwnym wypadku wykonywałyby ją osoby nie

posiadające żadnego przygotowania, wiedzy i doświadczenia oraz nie gwarantujące odpowiednich warunków sanitarno-higienicznych. Osoby takie nadto nie ponoszą odpowiedzialności zawodowej i odszkodowawczej. Usługa wprowadzenia mikroczipu wymaga znajomości anatomii zwierzęcia, jego topografii, stosowania znieczulenia miejscowego, precyzyjnego umiejscowienia mikroczipu przez iniekcję podskórną i dlatego musi ją wykonywać lekarz weterynarii.

4. Zamawiający prawidłowo określił przedmiot bo chce pozyskać wykonawców usług weterynaryjnych polegających na wykonaniu zabiegu elektronicznego znakowania psów na terenie m. st. Warszawy przy pomocy i użyciu sprzętu stanowiącego własność wykonującego usługę, a nie oczekuje dostawy mikroprocesorów. Zamawiający żądał posiadania sprzętu dostosowanego do zakresu świadczonych usług w tym m. In. mikroprocesory zgodnie z normą ISO 11784 – pkt 6.2.3 SIWZ. Wymagania tej normy spełniają oczekiwania Zamawiającego i nie ma, jego zdaniem potrzeby dalszego precyzowania i opisywania tych urządzeń.
5. Zamawiający stoi na stanowisku, że przedmiotem postępowania jest usługa, zatem w jego ocenie bez znaczenia jest fakt wartościowego udziału mikroprocesorów w realizacji całej usługi. Zamawiający podkreślił, że wyraźnie w SIWZ nakazał wliczenie w cenę usługi wszystko, co do jej wykonania jest niezbędne.

Odwołujący, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem, w dniu 8 kwietnia 2008r. wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w proteście, a nadto podnosząc, że :

1. naruszenie art. 32 ust. 3 ustawy przy określaniu zamówień uzupełniających polega na nie wskazaniu ile psów Zamawiający planuje oznakować w ramach zamówień uzupełniających,
2. wskazuje na zdarzenia mające miejsce przed wszczęciem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia tj. na komunikat Warszawskiej Izby Weterynaryjnej z dnia 8 lutego 2008r. o sukcesie negocjacji z Zamawiającym zasad i organizacji czopowania w Warszawie oraz 16 lutego 2008r. na temat „współpracy dotyczącej elektronicznego znakowania psów w tym utworzenia w dzielnicach konsorcjów zakładów leczniczych, w celu wspólnego występowania w przetargach”, co wskazuje, że wprowadzone zapisy SIWZ są konsekwencją negocjacji i tworzą rzeczywisty monopol na rzecz lekarzy weterynarii zrzeszonych obligatoryjnie w Izbie Warszawskiej.
3. to, że czopowanie nie jest czynnością o charakterze leczniczym potwierdza wyrok ZA UZP/ZO/0-1695/05.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy :

- w pkt 6.2.1 „Wykonawca musi : Prowadzić działalność, w co najmniej dwóch zakładach leczniczych na terenie m. st. Warszawy.”
- W pkt 6.2.3 „Wykonawca musi : posiadać sprzęt dostosowany do zakresu świadczonych usług weterynaryjnych w tym: a) mikroprocesory z aplikaturami, zgodne z normą ISO 11784”
- W pkt 6.5 Kasyfikacja wg CPV „Opis wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV); Usługi weterynaryjne Kod CPV: 85200000-1”
- W pkt 9 „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamówienie jest podzielone na 18 części. Wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia na maksymalnie 3 części.”
- W pkt 10 „Zamawiający przewiduje możliwość udzielania Zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w przypadku wystąpienia okoliczności polegających na konieczności powtórzenia tego samego rodzaju zamówienia.”
- W pkt 12.1.3 „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy: oświadczą, że prowadzą działalność w co najmniej dwóch zakładach leczniczych dla zwierząt, z których co najmniej jeden zlokalizowany jest na terenie dzielnicy m. st. Warszawy, której dotyczy oferta (odpowiednio nr części), a drugi i każdy następny może być zlokalizowany w dzielnicy sąsiadującej (według podziału administracyjnego m. st. Warszawy)”
- W pkt 13.2.b) „Oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, o których mowa w pkt12: oświadczenie o prowadzeniu działalności w zakładach leczniczych dla zwierząt – wg wzoru określonego w załączniku nr 4 do SIWZ”
- W pkt 22.2 „Oferowane ceny jednostkowe winny obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym Specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SIWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej.”
- W załączniku nr 2 do SIWZ „Uwaga: 7. „Wartości podane w kolumnie 2, 3 i 4 muszą uwzględniać koszt mikroprocesora oraz wszystkich elementów niezbędnych do (zgodnego z zapisami specyfikacji) oznakowania psa”

- W załączniku nr 4 do SIWZ „Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług weterynaryjnych z zakresu elektronicznego znakowania psów, których właściciele zamieszkują na terenie m. st. Warszawy” oświadczamy, iż spełniamy warunek określony w pkt 12.1.3 SIWZ i prowadzimy niżej wymienione zakłady lecznicze dla zwierząt”
- W załączniku nr 5 do SIWZ wzór umowy w :
 - § 1 ust. 3 „Zamawiający zastrzega, że ilość psów wskazana w ust. 1 oraz podana w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy jest wielkością szacunkową i może się zmniejszyć w zależności od potrzeb”
 - § 4 ust. 2 „W cenie określonej w ust. 1 mieści się całkowity koszt wykonania przedmiotu umowy, w tym wykonanie zabiegu, koszt mikroprocesora, środki dezynfekcyjne, wypełnienie druków i koszty związane z wykorzystaniem sprzętu niezbędnego do wykonania usługi i wprowadzenia danych psa do bazy danych i jej eksploatacji.”
 - § 4 ust. 4 „Zamawiający nie jest zobowiązany do wypłaty Wykonawcy całości kwoty stanowiącej wartość umowy, zgodnie z ust. 3, wobec wynikającej z umowy zasady zapłaty wynagrodzenia wyłącznie za zrealizowane faktycznie usługi, objęte przedmiotem umowy.”
 - § 5 ust. 3 „Wykonawca zobowiązuje się do: pokrycia kosztów związanych z wymianą i dostawą mikroprocesorów od producentów lub hurtowni w przypadku, gdy w wyniku sprawdzenia działania mikroprocesora przed i po wykonaniu zabiegu, o którym mowa w ust. 1 i 2, okaże się, że mikroprocesor jest wadliwy”

Izba dopuściła jako dowód SIWZ wraz z załącznikami oraz protokół postępowania wraz z załącznikami i ogłoszenia oraz referencję Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 3 kwietnia 2008r..

Izba zważyła, co następuje

1. w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1; art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 1 i 2
 - w pkt 6.2.1 Zamawiający określił, że Wykonawca musi prowadzić działalność w co najmniej dwóch zakładach leczniczych na terenie m. st. Warszawy, a w pkt 12.1.3 wymagał prowadzenia działalności w co najmniej dwóch zakładach leczniczych dla zwierząt, z których co najmniej jeden zlokalizowany jest na terenie dzielnicy, której dotyczy oferta, a każdy kolejny może być zlokalizowany w dzielnicy sąsiedniej. Izba stoi na stanowisku, że warunek ten ogranicza zasadę równego dostępu do postępowania preferując zakłady weterynaryjne prowadzące, w dacie składania ofert, działalność na terenie miasta st. Warszawy, a nadto

zmusza wykonawców do łączenia się w konsorcja celem ubiegania się o zamówienie. Możliwość ubiegania się wspólnie o uzyskanie zamówienia publicznego jest prawem wykonawców, a nie ich obowiązkiem, tym samym Zamawiający nie może tak skonstruować warunku, aby praktycznie nie istnieli wykonawcy, którzy mogą samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto wskazać należy, że w żaden sposób Zamawiający nie wykazał, że istnieją względy szczególne podyktowane potrzebami Zamawiającego, które wymagałyby wykonywania przedmiotu zamówienia wyłącznie przez podmioty mające lokale swoich przedsiębiorstw usytuowane w Warszawie. Świadczenie czynności elektronicznego znakowania psów nie musi odbywać się wyłącznie w już istniejących zakładach weterynaryjnych. Można bowiem usługę tę świadczyć objazdowo z specjalnie przystosowanych do tego celu pojazdach, czy też wynajmując na czas świadczenia usługi lokal i odpowiednio go wyposażając. Nadto zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 18 grudnia 2003r. o zakładach leczniczych dla zwierząt (Dz. U. 04.11.95) na podstawie zgłoszenia posiadacza zwierzęcia zakład leczniczy dla zwierząt może świadczyć usługi weterynaryjne poza swoją siedzibą. Zapis tego przepisu wskazuje, że możliwe jest wykonywanie usług weterynaryjnych nie tylko w zakładzie leczniczym, ale również poza nim, tym samym postawiony warunek narusza swobodę świadczenia działalności gospodarczej wyrażoną we wskazanym przepisie. Należy zauważyć, że ograniczenie konkurencji w ramach przedmiotowego warunku dotyczy wymogu posiadania placówek leczniczych na terenie miasta st. Warszawy. Bezsporne jest w sprawie, że przedmiot zamówienia ma być wykonywany na terenie miasta Warszawy, natomiast nie można odmawiać dostępu lekarzom czy też współpracującym z nimi technikom weterynaryjnym z poza Warszawy dostępu do zamówienia publicznego, jeśli posiadają właściwe kwalifikacje i zapewnią realizację zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego. W tej sytuacji brak jest jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia postawionego warunku. Izba w tym miejscu podziela i uznaje za własny pogląd wyrażony w wyroku ETS z dnia 27 października 2005r. w sprawie C-234/03, mającej za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Audiencia Nacional (Hiszpania), postanowieniem z dnia 16 kwietnia 2003, które wpłynęło do Trybunału w dniu 2 czerwca 2003, w postępowaniu Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dawniej Instituto Nacional de la Salud (Insalud), przy udziale: Air Liquide Medicinal SL, Sociedad Espanola de Carburos Metálicos SA zgodnie, z którym „Artykuł 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze, przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po

drugie, kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych, oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów pomiędzy kilkoma ofertami, i które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie, w jakim kryteria te stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia, które to okoliczności powinny zostać zbadane przez sąd krajowy.”

- w pkt 10 Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia Zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że informacje szczegółowe na temat skali (ilości psów znakowanych w przyszłości) ma wpływ na trudność oszacowania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamówienia uzupełniające Zamawiający zawiera na mocy odrębnej umowy i po negocjacjach z jednym wykonawcą w trybie zamówienia z wolnej ręki. Warunki świadczenia, jak i wysokość odpłatności za to zamówienie uzupełniające nie są przedmiotem przedmiotowego postępowania. Ponadto istnieje szereg czynników powodujących, że zamówienie uzupełniające jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, gdyż może się okazać, że w zamówieniu podstawowym zostały oznakowane wszystkie psy, że w ciągu najbliższych trzech lat nie zajdzie potrzeba dodatkowego oznakowania nowo nabywanych psów, że wreszcie zamówienie na skutek zmian prawodawczych nie będzie zadaniem publicznym, a obowiązkiem obywatela posiadającego psa i wykonywanym na jego wniosek i koszt, a więc odpadnie cel publiczny udzielenia zamówienia uzupełniającego. Z tego względu nie stanowi naruszenia ustawy, ani nie przeszkadza w obliczeniu ceny oferty, brak precyzyjnego określenia planowanych zamówień uzupełniających. Oczywiście pożądanym jest, aby Zamawiający w miarę możliwości, zwłaszcza przy planowaniu wieloletnim, jak najbardziej precyzyjnie wskazywali na przedmiot i zakres Zamówień uzupełniających. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdza naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, ani art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

- w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez uznanie przez Zamawiającego czynności elektronicznego znakowania psów za czynność weterynaryjną i ograniczenie dostępu do zamówienia publicznego, tylko do kręgu osób prowadzących praktykę weterynaryjną

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Izba stoi na stanowisku, że cel czynności weterynaryjnych został określony w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 2003r. o zakładach leczniczych dla zwierząt (Dz. U. 04.11.95) wynika, że zakład leczniczy dla zwierząt jest placówką ochrony zdrowia i dobrostanu zwierząt. Pod pojęciem dobrostanu w ocenie Izby mieści się również przeciwdziałanie bezdomności zwierząt jak i ułatwienie odnajdywania zwierząt, które miały dobrą opiekę (na tyle dobrą, że zostały poddane chipowaniu), przypadkowo zaginęły i są poszukiwane. Tym samym znakowanie psów jest czynnością weterynaryjną. Nadto wskazać należy, że implantacja mikroprocesora odbywa się za pomocą igły przypominającej igły do robienia zastrzyków o większej średnicy albo za pomocą implantera. Są jedynie dwa miejsca na ciele zwierzęcia, zgodnie z Word Small Animal Veterinary i The Federation of European Companion Animal Veterinary Associations, gdzie mikroprocesor może być umieszczony, to jest podskórnie na grzbiecie pomiędzy łopatkami bądź podskórnie w środkowej części szyi po jej lewej stronie. Przy czym zalecane jest raczej pierwsze miejsce implantacji z uwagi na możliwość migracji urządzenia oraz większy komfort zwierzęcia, a także mniejsze ryzyko powikłań. Z implantacją wiąże się naruszenie ciągłości tkanek, a więc iniekcja, co oznacza, że taki zabieg ambulatoryjny powinien być wykonywany przez osoby kompetentne. O za taką interpretacją znakowania jako czynności weterynaryjnej przemawia także treść art. 27 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U.03.106.1002 j.t. zm. Dz.U.06.249.1830), który stanowi, że zabiegi lekarsko-weterynaryjne na zwierzętach są dopuszczalne dla ratowania ich życia lub zdrowia oraz dla koniecznego ograniczenia populacji i mogą być przeprowadzane wyłącznie przez osoby uprawnione i zabiegi lekarsko-weterynaryjne i zootechniczne lub inne zabiegi wynikające z technologii produkcji mogą być wykonywane na zwierzętach wyłącznie przez osoby posiadające kwalifikacje określone odrębnymi przepisami, z zachowaniem koniecznej ostrożności, w sposób zapewniający ograniczenie cierpień i stresu zwierzęcia. Elektroniczne znakowanie zwierząt jest czynnością weterynaryjną także według Krajowej Izby Weterynaryjnej. Zamawiający ma zatem prawo oczekiwać, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby uprawnione i nie stanowi naruszenia ustawy wprowadzenie w pkt 13.1.a) SIWZ zapisu o zakazie powierzania znakowania zwierząt podwykonawcom.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie uwzględnia zarzutu i stwierdza, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy oczekując realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby prowadzące działalność weterynaryjną, co skutkuje tym, że Odwołujący będzie mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego jedynie jako członek konsorcjum.

2. odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2

Zarzut ten dotyczy nieopisania w sposób jednoznaczny i precyzyjny przedmiotu zamówienia w części dotyczącej mikroprocesorów oraz niejednoznacznych zapisów SIWZ dotyczących tego, kto ma zakupić mikroprocesory do znakowania psów, czy Zamawiający, czy wykonawca wybrany. Izba stoi na stanowisku, że opisanie mikroprocesora poprzez podanie standardu ISO 11784 jest wystarczające dla określenia przedmiotu zamówienia. Standard ten jest powszechnie stosowany od 1996 i do niego odnoszą się normy prawa polskiego i europejskiego. W oparciu o ten standard wydawane są paszporty dla psów, kotów i fretek. Wymogi tego standardu sprowadzają się do następujących cech : nieograniczona żywotność, unikalny numer- kod każdego chipa, który nie może być zmieniony, bezpieczny dla psów, kotów, koni, zwierząt egzotycznych, prosty, szybki w zastosowaniu, łatwy w odczycie poprzez skaner, zrobiony z bioszkła, pasywny dla zwierząt, reagujący tylko na fale radiowe transmitowane poprzez skaner. Każdy mikroprocesor spełniający te cechy został przez Zamawiającego dopuszczony. Mikroprocesory w tym standardzie posiadają 15 cyfrowy numer np 977000089021345 gdzie pierwsze trzy cyfry 977 opisują kod producenta nadany przez instytutu ICAR (International Committee for Animal Recording) bądź kod kraju według listy kodów ISO. Taki sposób nie ogranicza konkurencji. Izba nie podziela także zarzutu, że zapisy SIWZ, co do tego kogo obciąża obowiązek zakupu mikroprocesorów. Integralną częścią SIWZ są jej załączniki, bezspornie z ich treści wywieść można, że koszty zakupu mikroprocesorów obciąża wykonawców – vide pkt 22.2 SIWZ, uwaga nr 7 w załączniku nr 2 do SIWZ, § 4 ust. 2 wzoru umowy, § 5 ust. 3 wzoru umowy. Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zakresie podnoszonym przez Odwołującego.

3. w zakresie naruszenia art. 6 ust. 1 i 2

Zarzut Odwołującego, że przedmiot zamówienia powinien być kwalifikowany jako dostawa, a nie usługa nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na jego nieudowodnienie. W przedmiotowym postępowaniu przedmiot ma charakter mieszany, z jednej strony jest to dostawa mikroprocesorów, a z drugiej usługa ich wszczepienia. Oba ten przedmioty mogłyby być objęte odrębnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wolą Zamawiającego było ujęcie ich w jednym postępowaniu, tym samym dla prawidłowego zakwalifikowania przedmiotu zamówienia Zamawiający zobowiązany był zastosować art. 6 ust. 1 ustawy. Odwołujący twierdził, że wartość dostaw dwukrotnie przekracza wartość usług, jednakże w żaden sposób tego nie dowiódł, a zgodnie z art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy jego obciążał obowiązek dowodowy w tym zakresie. Stąd też Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 6 ust. 1 ustawy. Nadto Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 6 ust. 2 ustawy, gdyż w ocenie Izby nie ma on zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

4. Izba stwierdza nadto naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednostronne ograniczenie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z załącznikiem nr 5 - § 1 ust. 3 „Zamawiający zastrzega, że ilość psów wskazana w ust. 1 oraz podana w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy jest wielkością szacunkową i może się zmniejszyć w zależności od potrzeb” i § 4 ust. 4 „Zamawiający nie jest zobowiązany do wypłaty Wykonawcy całości kwoty stanowiącej wartość umowy, zgodnie z ust. 3, wobec wynikającej z umowy zasady zapłaty wynagrodzenia wyłącznie za zrealizowane faktycznie usługi, objęte przedmiotem umowy.” Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy. Umowa zawarta na skutek tak skonstruowanego projektu umowy byłaby nadto nieważna w § 4 ust. 4 wzoru umowy z mocy art. 473 ust. 2 kc. Nie można, bowiem zapominać, że zobowiązanie zamawiającego polega na przyjęciu świadczenia i zapłacie ceny. Gdyby zaszła sytuacja, w której z winy Zamawiającego, nie przyjąłby on świadczenia, czy nawet jej części, to zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy wykonawca nie mógłby dochodzić odszkodowania, a zgodnie z cytowanym przepisem nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Mając na uwadze fakt, że uchybienia polegające na określeniu warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję, a więc z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy i w związku z zakazem określonym w art. 38 ust. 5 ustawy oraz dodatkowo naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń i normy art. 473 ust. 2 kc w związku z art. 139 ustawy Izba stwierdziła, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i orzeka jak w sentencji na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp nakazując Zamawiającemu pokryć Odwołującemu uzasadnione koszty zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....