

Sygn. akt KIO/222/11

WYROK

z dnia 15 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8** od czynności zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115.**

przy udziale **IMED Poland Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 314** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8** na rzecz **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szczepionki Td-tężcowo-błoniczej-adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 700 000 dawek – znak sprawy: ZZP – 04/11.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 lutego 2011 roku wykonawca Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED Spółka Akcyjna, 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8 (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zaniechania odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp;
3. naruszenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nakazujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, którego oferta podlega odrzuceniu;
4. nieuprawnione przyznanie wykonawcy Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 40 pkt w kryterium „jakość”, co stanowi naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Imed Poland Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, względnie dokonanie ponownej oceny ofert;
3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego J.S. Hamilton Poland LTD. Sp. z o.o. ul. Indyjska 13, 81-336 Gdynia na okoliczność zawartości związków rtęci w szczepionce Td-pur produkcji Novartis Vaccines and Diagnostics GmbH & Co KG 0,5 ml w wraz ze zobowiązaniem Imed Poland Sp. z o.o. do dostarczenia ww. szczepionki w liczbie dawek 12 na potrzeby dokonania badania oraz pozostałych dowodów powołanych w treści uzasadnienia;
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed KIO.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 10 listopada 2010 roku na stronie internetowej Zamawiającego ukazało się ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na dostawę szczepionki Td - tężcowo-błoniczej adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w łącznej liczbie 700 000 dawek w ramach realizacji Programu Szczepień Ochronnych na rok 2011, znak sprawy: ZZP-04/11 poz. 1-4. W rozdziale VI ust. 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zasady oceny ofert” - „Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie”, określono kryteria oceny ofert w następujący sposób:

1. Oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia - ranga 60%
2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - ranga 40%

Wartość punktowa w/w kryterium nr 2 została opisana: Szczepionka zawierająca związki rtęci (np. Tiomersal) - 0 pkt Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - 40 pkt.

W dniu 16 listopada 2010 roku odwołujący się przesłał zamawiającemu wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji i zmianę zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale VI ust. 1 pkt. 2 w następujący sposób:

„Szczepionka niezawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. Tiomersalu)- ranga 40%”

W piśmie odwołujący się wskazał, iż wnioskowana zmiana zgodna jest z wytycznymi European Medicines Agency (EMA)¹ i World Health Organization (WHO)², które zalecają usunięcie tiomersalu lub jego redukcję do możliwie najniższej zawartości, co zmniejsza do

minimum ryzyko reakcji nadwrażliwości. Śladowe ilości tiomersalu -stanowiące pozostałość po procesie produkcyjnym - nie odgrywają roli konserwującej. Mając na uwadze potencjalny wpływ usunięcia tiomersalu na jakość szczepionki powyższe wytyczne zalecają, aby całkowite usunięcie tiomersalu ze składu produktu przeprowadzane było dwustopniowo. W pierwszym etapie tiomersal nie jest dodawany w procesie formułacji produktu końcowego, w efekcie czego uzyskuje się produkt zawierający jedynie śladowe ilości tiomersalu pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania, a nie odgrywające roli środka konserwującego. Odwołujący się poinformował zamawiającego, że różnica pomiędzy szczepionką bez tiomersalu i szczepionką zawierającą jego śladowe ilości, nie jest na tyle znacząca, aby mogła stanowić podstawę do dyskryminacji tej drugiej w obecnie ogłoszonym postępowaniu. Kryterium oceny zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uwzględniało różnic pomiędzy standardowymi szczepionkami konserwowanymi tiomersalem a szczepionkami zawierającymi jedynie jego śladowe ilości.

Odwołujący się wskazał także, że zaproponowany sposób sformułowania kryterium zapewni ocenę ofert zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy). Zastąpienie braku tiomersalu kryterium braku tiomersalu lub zawartością śladowej ilości tiomersalu w przypadku szczepionki tężcowo-błoniczej jest uzasadnione i stanowi gwarancję zachowania zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ umożliwi dostęp do realizacji zamówienia publicznego znak: ZZP - 04/11 bez ograniczania szans potencjalnym wykonawcom. Na dowód w piśmie odwołujący się powołał się na aktualny Wykaz produktów leczniczych dopuszczonych do obrotu prowadzonego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego. W Polsce jest tylko jedna szczepionka tężcowo-błonicza, która nie zawiera tiomersalu (obecnie dystrybuowana w Polsce przez spółkę Imed Poland). Zamawiający uwzględniając w kryteriach oceny - brak tiomersalu, może doprowadzić do sytuacji, w której żaden wykonawca nie będzie mógł uczciwie i na równych zasadach konkurować z tą szczepionką. Odwołujący poinformował zamawiającego, że tylko jedna zarejestrowana szczepionka spełnia obecnie wszystkie wymagania zamawiającego i ma realne szanse na wygraną.

W odpowiedzi na zapytanie Odwołującego, w dniu 25 listopada 2010 roku, zamawiający zmienił kryteria oceny ofert w następujący sposób:

1. Oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia - ranga 60%
2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. Tiomersalu) do 1 pg/dawkę szczepionki - ranga 40%

2.2. Wartość punktowa w/w kryterium nr 2 [Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. Tiomersalu) do 1 pg/dawkę szczepionki]:

2.2.1. Szczepionka zawierająca związki rtęci (np. Tiomersal) – 0 pkt

2.2.2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. Tiomersalu) do 1 pg/dawkę szczepionki - 40 pkt.

Zamawiający opublikował zmianę na swojej stronie internetowej.

W dniu 6 grudnia 2010 roku wpłynęło do zamawiającego odwołanie spółki Imed Poland z siedzibą w Warszawie, ul. Puławskiej 314 (jedyne w Polsce dystrybutora szczepionki tężcowo-błoniczej bez tiomersalu), w związku z czynnością zamawiającego polegającą na dokonaniu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących zasady oceny ofert. Imed Poland wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającego na zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale VI ust. 1 i 2 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZZP-04/11

Na wypadek nieuwzględnienia żądania z pkt. 2 powyżej

- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału VI ust. 1 i 2 poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób następujący:

1. Oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia - ranga 60%
2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - ranga 40%

wartość punktowa ww. kryterium nr 2: szczepionka zawierająca związki rtęci (np. Tiomersal) - 0 pkt; szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - 40 pkt.

W odwołaniu, podobnie jak w pismach kierowanych do zamawiającego z dnia 29 grudnia 2010 r. oraz 4 stycznia 2011 r. Imed Poland zawarł m. in. następujące stwierdzenia:

Jeden z tych produktów [dotyczy szczepionki produkcji Novartis Vaccines and Diagnostics GmbH & Co KG dystrybuowanej przez IMED Poland Sp. z o.o.] jest bezsprzecznie lepszy i bezpieczniejszy dla zdrowia, jako nieposiadający związków rtęci", oraz, że produkt Instytutu Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. zawierający

śladowe ilości tiomersalu (do 1 ug/dawkę szczepionki) jest „mniej korzystny i przyjazny dla organizmu człowieka” w domyśle od produktu dystrybuowanego przez IMED Poland Sp. z o.o. Na uzasadnienie powyższych tez IMED Poland Sp. z o.o. przywołuje wydruki z portali internetowych zawierające pobieżne i nieudowodnione rzetelnymi badaniami naukowymi wnioski.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w dniu 7 grudnia 2010 roku opublikował na swojej stronie internetowej pismo, w którym wyjaśnił, m.in., że: Zalecenia European Medicines Agency (EMA) i Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z roku 2001, podtrzymane w latach 2004 i 2008 wskazują na konieczność usunięcia tiomersalu lub jego redukcję do możliwie najniższej wartości, co znacząco zmniejsza ryzyko reakcji alergicznych i ewentualnej nadwrażliwości.

Konieczne stało się wprowadzenie właściwego kryterium oceny, które nie wykluczałoby żadnego z producentów z wzięcia udziału w postępowaniach przetargowych, ale klasyfikowałoby w sposób jasny oczekiwania zamawiającego.

Zapis kryterium dot. szczepionki nie zawierającej związków rtęci (np. tiomersalu): „Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. tiomersalu) do 1 pg/dawkę szczepionki”, miał doprecyzowywać kwestie niestosowania tiomersalu jako konserwantu w szczepionce ze wskazaniem górnej granicy przyjętej dla substancji chemicznych pojawiających się w ilościach śladowych w leku.

Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców, że przywracając wyjściowe kryterium oceny, zmienia kryteria oceny ofert w następujący sposób:

1. Oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia - 60%
 2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - 40%
- 2.2. Wartość punktowa w/w kryterium nr 2 [Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu)]:
- 2.2.1. Szczepionka zawierająca związki rtęci (np. Tiomersal) - 0 pkt
 - 2.2.2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) – 40 pkt

Wobec kolejnej zmiany treści SIWZ odwołujący się zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie i w dniu 17 grudnia 2010 r. do odwołującego się wpłynęła odpowiedź zamawiającego, w której poinformował odwołującego się, że „szczepionka zawierająca ilość tiomersalu do 1 ug/ml w dawce zostanie zakwalifikowana jako zawierająca

związki rtęci." Sformułowana przez zamawiającego informacja zawiera nadto dopisek o treści: Zamawiający przez prostą klasyfikację (zawiera/nie zawiera) chce utrzymać jasną interpretację zapisów kryteriów oceny, która nie naruszałaby w żaden sposób zasad uczciwej konkurencji bez względu na stężenie tiomersalu (konserwant czy ilość śladowa). Wyjaśnienie zamawiającego, a także zmiana SIWZ, spowodowana została odwołaniem wniesionym przez Imed Poland Sp. z o.o.

Wobec wyjaśnienia treści SIWZ, odwołujący się - IBSS BIOMED S.A. wniósł odwołanie, które zostało odrzucone postanowieniem KIO z dnia 5 stycznia 2011 r. jako wniesione po terminie. Na postanowienie KIO IBSS BIOMED wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie.

W dniu 10 stycznia 2011 r. odwołujący się przesłał wykonawcy - Imed Poland Sp. z o.o. wezwanie do zaniechania czynów nieuczciwej konkurencji polegających na rozpowszechnianiu nieprawdziwych i wprowadzających w błąd informacji sugerujących, że szczepionka produkowana przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. Td-Szczepionka tężcowo-błonicza adsorbowana przeznaczona zgodnie z programem szczepień ochronnych dla młodzieży oraz osób dorosłych (zawierająca do 1 ug tiomersalu w dawce szczepionki) jest bardziej niebezpieczna i szkodliwa dla zdrowia oraz „bezsprzecznie” gorsza od dystrybuowanej przez IMED Poland Sp. z o.o. oraz złożenia stosownego oświadczenia w tym zakresie. Kopia wezwania została przekazana zamawiającego.

W dniu 25 stycznia 2011 r. odwołujący się otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Imed Poland Sp. z o.o.

W dniu 28 stycznia 2011 r. IMED Poland Sp. z o.o. odpowiedziała na pismo IBSS BIOMED S.A. z dnia 10 stycznia 2011 r.

W ocenie odwołującego się opisany stan faktyczny jednoznacznie wskazuje, że wykonawca Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

- a) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania co jest zagrożone sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie dyspozycji art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- b) dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, że w toku przedmiotowego postępowania Imed Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie z dnia 3 grudnia 2010 r., w którym podniosła m. in., że: Jeden z tych produktów [dotyczy szczepionki produkcji Novartis Vaccines and Diagnostics GmbH &

Co KG dystrybuowanej przez IMED Poland Sp. z o.o.] jest bezsprzecznie lepszy i bezpieczniejszy dla zdrowia, jako nieposiadający związków rtęci" oraz produkt Instytutu Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. zawierający śladowe ilości tiomersalu (do 1 ug/dawkę szczepionki) jest „mniej korzystny i przyjazny dla organizmu człowieka" w domyśle od produktu dystrybuowanego przez IMED Poland Sp. z o.o.

Na potwierdzenie powyższych tez IMED Poland Sp. z o.o. przywołała wydruki z portali internetowych zawierające pobieżne i nieudowodnione rzetelnymi badaniami naukowymi wnioski.

Odwołujący się podkreślił, że powyższe stwierdzenia, które spowodowały dokonaną przez zamawiającego w dniu 7 grudnia 2010 r. zmianę rozumienia kryteriów oceny ofert, a w efekcie wybór oferty IMED Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej są nieprawdziwe.

Odwołujący dysponuje opiniami Krajowego Konsultanta ds. Epidemiologii pana prof. Andrzeja Z. oraz pani prof. Bożeny B. Kierownika Zakładu Badania Surowic PZH, które jednoznacznie wskazują, że stwierdzenia Imed Poland Sp. z o.o., które spowodowały zmianę treści SIWZ i zadecydowały o wyborze jej oferty nie polegają na prawdzie. Stanowisko to potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/2803/10), gdzie Izba stwierdziła: „Mając na względzie powyższe, Izba wzięła pod rozwagę argumentację Odwołującego oraz przedłożone przez niego opinie, tj. opinię z dnia 3 stycznia 2011 r. pana prof. Dr hab. n. med. Andrzeja Z.F - Krajowego Konsultanta ds. Epidemiologii Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego - Państwowego Zakładu Higieny, Zakładu Epidemiologii a także opinię p. prof. nadzw. dr hab. Bożeny B. Kierownika Zakładu Badania Surowic Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego -Państwowego Zakładu Higieny. W świetle powyższych opinii: „nie ma uzasadnienia traktowania zawartości tiomersalu w ilościach śladowych do jednego mikrograma na dawkę na równi ze szczepionkami zawierającymi tiomersal jako konserwant" (opinia z dnia 3 stycznia 2011 r.), zaś „szczepionka zawierająca śladowe ilości tiomersalu może być traktowana na równi ze szczepionką wolną od tiomersalu (...)".

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wykonawca Imed Poland Sp. z o.o. w toku przedmiotowego postępowania złożył nieprawdziwe informacje. Podkreślić należy, że miały one bezpośredni wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty bowiem, gdyby pod wpływem nieprawdziwych stwierdzeń Imed Poland Sp. z o.o. Zamawiający nie zmienił sposobu oceny ofert - to oferta odwołującego się uznana zostałaby za najkorzystniejszą.

Dodatkowo odwołujący się podniósł, że także w innych dokumentach i pismach przesyłanych przez Imed Poland Sp. z o.o. w toku postępowania znalazły się nieprawdziwe

stwierdzenia, które mogły mieć wpływ na jego wynik. I tak, w odpowiedzi na opozycję z dnia 4 stycznia 2011 r. znalazły się stwierdzenia:

a) „O ile oferta przystępującego do odwołania będzie identycznie punktowana w zakresie kryterium nr 2 z ofertą odwołującego się, w konsekwencji stwarza to uzasadnioną obawę, że oferta przystępującego do odwołania nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo oferowania produktu jakościowo lepszego, co wykazane zostało w przystąpieniu do odwołania wniesionym 29 grudnia 2010 r. w niniejszym postępowaniu.”

b) „... w sytuacji gdy oczywistym jest, iż jeden z tych produktów jest bezspornie lepszy i bezpieczniejszy dla zdrowia jako nieposiadający związków rtęci”.

c) „gdy podkreślam raz jeszcze szczepionki te są nieporównywalne i nie mogą być uznawane za produkty równoważne”.

d) „pomimo istnienia znacznych odmienności tychże szczepionek pod względem ich jakości”.

e) „podczas gdy jego oferta ze względu na skład szczepionki jest bezspornie lepsza.”

Twierdzenia Imed Poland Sp. z o.o. miały na celu wywołanie u zamawiającego niepopartego dowodami wrażenia, że oferowana przez IBSS BIOMED SA szczepionka jest niebezpieczna i doprowadzić do zmiany zapisu SIWZ, który de facto wyeliminował możliwość konkurencji z IBSS BIOMED na równych zasadach w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie IBSS BIOMED do zaniechania czynów nieuczciwej konkurencji IMED wyraźnie stwierdza, że w swoich oświadczeniach kierowanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie formułowała wypowiedzi „o szczepionce Td, produkowanej przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED SA, z której to szczepionki usunięto substancję pomocniczą Tiomersal”, ani „Tym bardziej [...] w przedmiocie szczepionki zawierającej do 1 ug Tiomersalu na dawkę szczepionki, co zarzuca Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED SA” (por. str. 2 pisma IMED Poland Sp. z o.o. Stanowisko powyższe stoi w oczywistej sprzeczności z wypowiedziami formułowanymi przez IMED w trakcie postępowania. Przykładowo na stronie 8 przystąpienia do odwołania złożonego przez IMED z dnia 29 grudnia 2010 r. szczegółowo spółka ta opisuje kwestie szczepionek zawierających do 1 ug Tiomersalu wyraźnie je dezawuuując - „założona przez odwołującego równoważność dwóch różnych produktów leczniczych (szczepionki nie zawierającej związków rtęci i szczepionki do 1 pg/dawkę szczepionki ilości rtęci), prowadzi również do nieuprawnionego uprzywilejowania jednego z Wykonawców, który oferując produkt mniej korzystny i przyjazny dla organizmu człowieka, jest stawiany na

równi z Wykonawcami, oferującymi produkty mniej szkodliwe dla człowieka i spełniające wymóg dążenia do eliminacji z obrotu szczepionek zawierających rtęć."

Podnoszony w piśmie z dnia 28 stycznia 2011 r. fakt braku świadomości IMEDu produkowania przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. szczepionek o zawartości do 1 µg Tiomersalu na dawkę szczepionki jest tym bardziej zdumiewający, jeżeli zauważymy, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę szczepionek, znak ZZP-04/11, IBSS BIOMED dążył we wszystkich czynnościach podejmowanych do zrównania kryteriów oceny szczepionek do 1 µg Tiomersalu na dawkę szczepionki (jako ilości śladowej) oraz szczepionek w ogóle pozbawionych związków rtęci. Byłoby całkowicie nielogicznym zakładanie, że czynności te były podejmowane w sytuacji, gdyby IBSS BIOMED zaoferował szczepionkę zawierającą Tiomersal jako środek konserwujący (w ilościach znacznie większych niż do 1 µg Tiomersalu na dawkę).

Zamawiający dokonał wyboru oferty Imed, pomimo, że znał zarówno przytoczone wyżej opinie, a także dysponuje wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/2803/10, gdzie w wyniku odwołania wniesionego przez Skarżącą przeciwko Zakładowi Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, którego przedmiotem były także szczepionki, KIO stwierdza: „Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron podczas rozprawy, Izba uznała, że zarzuty odwołania są zasadne, jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, iż w niniejszym postępowaniu ofertę złożył jedynie odwołujący, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu, w oparciu o art. 192 ust 2 ustawy Pzp, ze względu na brak wpływu na wynik postępowania. (...) Ponadto należy również pamiętać, iż kryteria oceny ofert nie mogą być sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, nie mogą one ograniczać konkurencji a tym bardziej nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych preferencji określonych wykonawców." Dalej Izba stwierdziła, iż w wyniku „przyjęcia przez Zamawiającego zapisów SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert mogło dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp, a tym samym do naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp."

Dodatkowo odwołujący się stwierdził, że posiada uzasadnioną wątpliwość, czy Td-pur szczepionka produkcji Novartis Vaccines and Diagnostics GmbH & Co KG rzeczywiście nie zawiera wykrywalnych związków rtęci. Zważyć należy, że wobec szczepionek, w których procesie wytwarzania tiomersal jest stosowany, ale w produkcie gotowym jego stężenie jest niewykrywalne lub tiomersal występuje w ilościach do 40 nanogramów nie zaleca się podawania żadnych ostrzeżeń w informacji o produkcie. W sytuacji więc, gdyby szczepionka Td-pur oferowana przez IMED posiadała związki rtęci w ilości do 40 nanogramów na dawkę

okoliczność ta nie musiałaby być ujawniona w Charakterystyce Produktu Leczniczego tej szczepionki, niemniej jednak według jednoznacznego (przynajmniej dla Zamawiającego) kryterium taka szczepionka byłaby zakwalifikowana jako zawierająca związki rtęci. Wedle wiedzy IBSS BIOMED J.S. Hamilton Poland LTD. Sp. z o.o. wnioskowana w petitum pisma na biegłego w niniejszej sprawie posiada jedyne certyfikowane laboratorium w Polsce, dysponujące aparaturą zdolną do wykrywania związków rtęci na tak niskim poziomie. W przypadku potwierdzenia, że szczepionki produkcji Novartis Vaccines and Diagnostics GmbH & Co KG zawierają tiomersal w ilościach do 40 nanogramów wystąpiłaby dodatkowa okoliczność skutkująca unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty oraz konieczność dokonania ponownej oceny złożonych ofert.

Ponadto dotychczasowe wypowiedzi IMEDu dotyczące niezawierania przez szczepionkę Td-pur związków rtęci na jakimkolwiek poziomie mogły być uzasadnione brakiem odpowiedniej adnotacji w Charakterystyce Produktu Leczniczego. Dalsze zaprzeczenie tej okoliczności musi, z uwagi na wiążącą się z tym odpowiedzialność wykonawcy składającego oświadczenia w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, mieć podstawę w rzeczywistej znajomości składu szczepionki Td-pur.

Zdaniem odwołującego się działanie Imed Poland Sp. z o.o. stanowi nadto czyn nieuczciwej konkurencji polegający na rozpowszechnianiu nieprawdziwych i wprowadzających w błąd informacji sugerujących, że szczepionka produkowana przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. Td-Szczepionka tężcowo-błonicza adsorbowana przeznaczona zgodnie z programem szczepień ochronnych dla młodzieży oraz osób dorosłych (zawierająca do 1 ug tiomersalu w dawce szczepionki) jest bardziej niebezpieczna i szkodliwa dla zdrowia oraz „bezsprzecznie” gorsza od dystrybuowanej przez IMED Poland Sp. z o.o. co miało bezpośredni wpływ na treść złożonej przez Imed oferty. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że szczepionka produkowana przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. Td-szczepionka tężcowo-błonicza adsorbowana przeznaczona dla młodzieży oraz osób dorosłych (zawierająca do 1 ug tiomersalu w dawce szczepionki) jest bardziej szkodliwa od szczepionki Td-pur.

Po pierwsze, szczepionka produkowana przez Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A. Td-szczepionka tężcowo-błonicza adsorbowana (zawierająca do 1 ug tiomersalu w dawce szczepionki), zgodnie z Programem Szczepień Ochronnych jest przeznaczona dla młodzieży oraz osób dorosłych i została dopuszczona do obrotu, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Nadto, w przypadku szczepionek skierowanych do niemowląt i dzieci w wieku przedszkolnym wytyczne European

Medicines Agency (Points to consider on the reduction, elimination or substitution of thiomersal in vaccines. Doc. Ref: CPMP/BWP/2517/00. London: Committee for Proprietary Medicinal Products (CPMP), 26 April 2001.) i World Health Organization (Guidelines on regulatory expectations related to the elimination, reduction or replacement of thiomersal in vaccines. No. 926. WHO Technical Report Series, 2004) wskazują że „obawy co do bezpieczeństwa stosowania tiomersalu w szczepionkach nie zostały potwierdzone żadnymi naukowymi dowodami” (WHO) oraz „w przypadku szczepienia niemowląt i małych dzieci, komitet CPMP doszedł do wniosku, że pomimo braku dowodów [podkr. wł.] szkodliwości związanej z ekspozycją na szczepionki rozsądnym krokiem jest promowanie powszechnego zastosowania szczepionek nie zawierających tiomersalu czy innych konserwantów z rtęcią organiczną, szczególnie w jednodawkowych szczepionkach” (EMA). W Polsce bezpieczeństwo stosowania tiomersalu potwierdzają oświadczenie Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego-Państwowego Zakładu Higieny w sprawie tiomersalu z 2009 r. a także opinia Krajowego Konsultanta ds. epidemiologii prof. dr hab. n. med. Andrzeja Z. z dnia 3 stycznia 2011 r.

Nie ulega wątpliwości, że oferta Imed Poland Sp. z o.o. posiadałaby odmienną treść w swojej najistotniejszej części (cenie) gdyby nie to, że uprzednio, sugerując szkodliwość szczepionek zawierających do 1 µg tiomersalu w dawce szczepionki, ten wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną nad Odwołującym w postaci 40 pkt., co zresztą Imed wywodził uzasadniając interes w przystąpieniu do poprzedniego odwołania IBSS BIOMED S.A. W sytuacji gdy w obrocie na terenie RP występuje tylko jedna szczepionka nie zawierająca tiomersalu, Imed uniemożliwił przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z zachowaniem zasad ustawowych (tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). W toku rozpoznawania przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołania IBSS BIOMED SA od czynności odpowiedzi na odwołanie zamawiającego zamawiający wprost przyznał, że zmiana kryteriów nastąpiła na skutek odwołania Imed Poland Sp. z o.o. Złożenie oferty w toku postępowania było bezpośrednio konsekwencją czynności - wypowiedzi godzących w dobre obyczaje kupieckie dokonywanych przez Imed Poland Sp. z o.o. w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na skutek tych wypowiedzi doszło do wprowadzenia do treści SIWZ kryteriów warunków ocen sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji. Można stwierdzić, że działanie zamawiającego jest skutkiem działania wykonawcy, co jednakże nie stanowi usprawiedliwienia dla czynności zamawiającego.

Ponadto, ważnym w sprawie jest fakt, że wszystkie okoliczności podnoszone w niniejszym odwołaniu były zamawiającemu doskonale znane, zaniechał on jednak ich wyjaśnienia, czym naruszył co najmniej zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz

zasadę udzielania zamówień publicznych wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 7 ust 1 i 3 ustawy.

W dniu 7 lutego 2011 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił IMED Poland Sp. z o.o.

Na rozprawie w dniu 14 lutego 2011 roku odwołujący się cofnął zarzut dotyczący możliwości wystąpienia zawartości rtęci w szczepionkach oferowanych przez wykonawcę Imed Poland Sp. z o.o. i wnioski dowodowe z nim związane.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mający polegać na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Dyspozycja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp określa sytuację, kiedy wykonawca składa nieprawdziwe informacje i informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp wymaga zatem ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania.

Treść wskazanego przepisu nie może być rozważana w oderwaniu od treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Rozporządzenie określa dokumenty, jakie składane są w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz w celu

potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Na podstawie przepisów rozporządzenia zamawiający określa dokumenty, jakie wraz z ofertą winni złożyć wykonawcy w danym postępowaniu i informacje zawarte w tych dokumentach podlegają reżimowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zaistnieje również wówczas, gdy nieprawdziwe informacje zawarte będą w dokumentach i oświadczeniach uzupełnionych przez wykonawcę w wyniku wezwania przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak chodzi jedynie o informacje zawarte w dokumentach, które winny być złożone wraz z ofertą lub w wyjaśnieniach ich dotyczących. Brak jest podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu wówczas, gdy zawarł nieprawdziwe informacje w jakichkolwiek innych dokumentach i oświadczeniach, a tym bardziej takich, do złożenia których nie był obowiązany, czy dokumentach adresowanych do kogokolwiek innego niż zamawiający.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że nieprawdziwe informacje tylko wówczas mogą stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy zawarte są w dokumentach wymaganych przez zamawiającego i do niego skierowanych (a przecież za takie należy uznać dokumenty składane wraz z ofertą lub też w wyniku wezwania do ich uzupełnienia czy wyjaśnienia) i dotyczą *stricte* tego wykonawcy, który dokumenty te złożył. Nie chodzi tu bowiem o informacje ogólnie dostępne, mogące być zweryfikowane przez każdego, kto posiada wiedzę w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, gdy znajomość zagadnień związanych z przedmiotem zamówienia wymaga wiedzy specjalistycznej. Dyspozycja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do informacji subiektywnych, niemożliwych do zweryfikowania wyłącznie na podstawie znajomości tematyki, której zamówienie dotyczy. Informacje te muszą dotyczyć konkretnego wykonawcy i być przekazane przez niego samego.

Warunku tego nie spełniają również informacje zawarte w dokumentach skierowanych do jakiegokolwiek innego podmiotu niż zamawiający, w tym przypadku – do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący się domagał się wykluczenia przystępującego z powodu rzekomo nieprawdziwych informacji zawartych w złożonym przez przystępującego odwołaniu oraz odpowiedzi na opozycję, czyli dokumentach, które nie były adresowane do zamawiającego. Przyjęcie tak szerokiej interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jaką prezentuje odwołujący się mogłoby prowadzić do sytuacji, że z postępowania wykluczałoby się wykonawcę, który upublicznił nieprawdziwe informacje dotyczące swego przeciwnika w postępowaniu np. w środkach masowego przekazu. Interpretacja taka jest zatem nie do przyjęcia.

Izba nie badała, czy informacje dotyczące produktu odwołującego się istotnie są nieprawdziwe. W ocenie Izby nie ma to znaczenia w sytuacji, gdy informacje te nie mogą uzasadniać wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący się w celu ochrony swych interesów zagrożonych rozpowszechnianiem nieprawdziwych informacji o jego produkcie może skorzystać z ochrony prawnej przewidzianej w innych aktach prawnych, w tym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku Nr 153, poz. 1503 ze zmianami). Ochrona interesów odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna polegać na skutecznym zaskarżeniu w drodze odwołania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w dniu 7 grudnia 2010 roku.

Niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę, że odwołujący się nie wykazał, że pomiędzy złożeniem nieprawdziwych informacji a zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaistniał związek przyczynowo-skutkowy. W szczególności nie potwierdziła się informacja zawarta na stronie 7 pkt 6 odwołania, z której wynika, iż pismo zamawiającego, które odwołujący się otrzymał w dniu 17 grudnia 2010 roku zawierało dopisek o treści: *Wyjaśnienie Zamawiającego, a także zmiana SIWZ, spowodowana została odwołaniem wniesionym przez Imed Poland Sp. z o.o.* Po zapoznaniu się z treścią wzmiankowanego pisma Izba stwierdziła, że dopisku takiego tam zwyczajnie nie ma. Wniosek taki nie wynika również z uzasadnienia postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 roku sygn. akt KIO 2755/10. Na stronie 4 postanowienia widnieje co prawda sformułowanie: *W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w dniu 7 grudnia 2010 roku...* niemniej jednak ta część uzasadnienia, która zawiera owo sformułowanie nie obejmuje ustaleń Izby, które rozpoczynają się dopiero od następnej strony. Związku takiego nie potwierdził zamawiający ani podczas posiedzenia w dniu 5 stycznia 2011 roku (co wynika z treści protokołu), ani też na rozprawie w dniu 14 lutego 2011 roku

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam odwołujący się, mimo że zarzucił, iż złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w treści uzasadnienia odwołania stwierdza, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie i wprowadzanie w błąd informacji sugerujących, że szczepionka produkowana przez odwołującego się jest bardziej niebezpieczna i szkodliwa dla zdrowia oraz „bezsprzecznie” gorsza od szczepionki przystępującego. Dalsza argumentacja odwołującego się opiera się na dowodzeniu, że jego szczepionka nie jest gorsza od szczepionki przystępującego oraz że na skutek wypowiedzi

przystępującego doszło do wprowadzenia do treści SIWZ kryteriów warunków ocen sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji. Argumentacja odwołującego się odnosi się do oferty przystępującego tylko w stwierdzeniu, że oferta Imed Poland Sp. z o.o. posiadałaby odmienną treść w swojej najistotniejszej części (cenie) gdyby nie to, że uprzednio, sugerując szkodliwość szczepionek zawierających do 1 µg tiomersalu w dawce szczepionki, ten wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną nad odwołującym w postaci 40 pkt, co zresztą Imed wywodził uzasadniając interes w przystąpieniu do poprzedniego odwołania IBSS BIOMED SA.

W ocenie Izby powyższe nie uzasadnia, iż złożenie przez przystępującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej. W art. 5-17d ustawy zostały doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie dopatrzyła się w złożeniu oferty przez przystępującego czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie są nimi z całą pewnością okoliczności wskazane w odwołaniu, chociażby z tego względu, że w przeważającej mierze nie odnoszą się one do czynności złożenia oferty przez przystępującego, ale do działań przystępującego polegających na rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji o produkcie odwołującego się. Jedyne argumenty odnoszące się do oferty polega na tym, iż oferta przystępującego zawierałaby na pewno inną cenę, gdyby nie fakt wyeliminowania produktów konkurencyjnych. Odwołujący się co prawda nie wyartykułował tego wprost, ale należy się domyślać, że w jego ocenie cena ofertowa przystępującego byłaby wówczas niższa. Izba stwierdza zatem, że fakt zaoferowania wysokiej ceny nie należy do czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....