

WYROK
z dnia 13 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 grudnia 2010 r. przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115**

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 wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S.A., 30-224 Kraków, Al. Sosnowa 8** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

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 **Skarbu Państwa - 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 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) 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 – Skarb Państwa – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę szczepionki T – Tężcowa – absorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w liczbie 454500 dawek”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 grudnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2010/S 246 – 375708 z dnia 18 grudnia 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 20 grudnia 2010 r.

Wykonawca Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S. A., Al. Sosnowa 8, 30-224 Kraków w dniu 20 grudnia 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na treść ogłoszenia oraz zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. określenie kryteriów, a także ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert w sposób dyskryminujący i utrudniający uczciwą konkurencję z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.
2. określenie znaczenia kryteriów i sposobu oceny ofert przedmiotu zamówienia bez wzięcia pod uwagę okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (bez przesłanek merytorycznych lub/i prawnych), czyli z naruszeniem art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie zmian w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przyznania szczepionkom nie zawierającym związków rtęci np. tiomersalu jako środka konserwującego (zawierającym jedynie śladowe ilości pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania) takiej samej liczby punktów jak szczepionkom niezawierającym związków rtęci (np. tiomersalu),
lub

2. dokonanie zmian w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wprowadzenia następujących wartości punktowych:

- Szczepionka zawierająca powyżej 1ng/ml związków rtęci (np. Tiomersalu) w dawce szczepionki - 0 pkt,
 - Szczepionka zawierająca nie więcej niż 1ug/ml (śląd) związków rtęci (np. Tiomersalu) w dawce szczepionki - 30 pkt,
 - Szczepionka niezawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) -0u.g/ml w dawce szczepionki - 40 pkt,
3. dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed KIO.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż w dniu 20 grudnia 2010 r. na stronie internetowej Zamawiającego ukazało się ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na dostawę szczepionki T -tężcowej adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w łącznej liczbie 454 500 dawek w ramach realizacji Programu Szczepień Ochronnych na rok 2011, znak sprawy: ZZP-05/11. W sekcji IV: Procedura, w Dziale 2. Kryteria udzielenia zamówienia, Zamawiający umieścił zapis: Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej:

1. Oferowana cena. Waga 60
2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu). Waga 40

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 zawiązków rtęci (np. Tiomersalu) - ranga 40%

Wartość punktowa w/w kryterium nr 2 została opisana w ust. 2 pkt 2.2.:

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

2.2.2. Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) - 40 pkt.

Z uwagi na fakt, że sformułowane przez Zamawiającego kryteria, ich znaczenie i sposób oceny ofert Odwołujący uznał za naruszające zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i niespójne z wytycznymi światowych i europejskich organizacji działających na rzecz ochrony zdrowia, Odwołujący wniósł odwołanie.

Na dowód, że zapisy SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp, a zapis kryteriów oceny ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest w obecnym brzmieniu i rozumieniu z

nim sprzeczny, Odwołujący podniósł, że w aktualnym stanie prawnym brak jest przepisów, które nakładałyby wprost na wytwórców szczepionki tężcowej adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml obowiązek całkowitej eliminacji tiomersalu. Istnieją wytyczne European Medicines Agency (EMA)¹ i World Health Organization (WHO), 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 środka konserwującego. Zamawiający, który przywołuje wymienione wytyczne w piśmie znak: ZZP/ZP/04.11/1164/10 opublikowanym dnia 7 grudnia 2010 na swojej stronie internetowej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego 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 (ogłoszenie o zamówieniu nr 2010/S 217-332908 z dnia 09.11.2010 r.), potwierdza, że wymienione wytyczne „wskazują na konieczność usunięcia tiomersalu lub jego redukcję do możliwie najniższej wartości”. Mimo posiadania informacji jakie jest stanowisko EMA i WHO w kwestii zawartości tiomersalu w szczepionkach jednodawkowych, Zamawiający, według Odwołującego z naruszeniem art. 91 ust 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 5 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp, nie uwzględnił tego stanowiska w zawartości kryteriów oceny ofert. Zamawiający, bez uzasadnienia, pominął fakt równoważności szczepionek bez tiomersalu i szczepionek nie zawierającym związków rtęci np. tiomersalu jako środka konserwującego, (zawierającym jedynie śladowe ilości pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania). Ponadto nie uwzględniając w opisie kryteriów szczepionek, w których tiomersal zredukowany został do możliwie najniższej zawartości, postawił je na równi ze szczepionkami, gdzie tiomersal jest dodawany jako środek konserwujący. Zamawiający bez przytoczenia obiektywnych przesłanek uzasadniających kryterium oceny ofert, wprowadził w kryterium jakościowym nadmierne wymagania (formułując węższe kryterium niż zalecają obowiązujące obecnie wytyczne), które stoją w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO wskazując, iż „*Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami*” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08).

Według Odwołującego skoro brak jest obiektywnych przesłanek (np. badań) dowodzących tego, że tiomersal do 1 ug/dawkę szczepionki stanowi jakiegokolwiek, nawet minimalne, zagrożenie dla życia lub zdrowia pacjenta to kryterium ustalone przez Zamawiającego uznać należy za dyskryminujące. W istocie, tak opisane kryterium jakości nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i ma na celu co najmniej utrudnienie w dostępie do zamówienia Odwołującemu. Odwołujący powołał się również na inne orzeczenia Krajowej

Izby Odwoławczej. Zgodnie z interpretacją przyjętą przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie zapewniają zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, lecz w drodze nadmiernego wymagania stawiają na uprzywilejowanej pozycji szczepionki bez tiomersalu. Według Odwołującego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców. Zgodnie z powyższym Zamawiający powinien sformułować zapisy dotyczące kryteriów oceny w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób, który zapewniałby równe traktowanie wszystkich wykonawców. W obecnym brzmieniu SIWZ szczepionki nie zawierające związków rtęci np. tiomersalu jako środka konserwującego, (zawierające jedynie śladowe ilości pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania), w których tiomersal został zredukowany do możliwie najniższej zawartości (ilości śladowej), otrzymują 0 punktów za kryterium odnoszące się do jakości przedmiotu zamówienia. Odwołujący jest wytwórcą szczepionki ze śladową ilością tiomersalu (nie zawierającej tiomersalu jako środka konserwującego). Mając na uwadze potencjalny wpływ tiomersalu (jako środka konserwującego) na jakość szczepionki, zastosował się do wytycznych European Medicines Agency (EMA) i Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) i zmodyfikował proces produkcji szczepionek tak, aby doprowadzić do całkowitego usunięcia tiomersalu ze składu produktu. Proces ten, zgodnie z wyżej przywołanymi wytycznymi jest prowadzony dwustopniowo. W pierwszym etapie tiomersal nie jest dodawany w procesie formulacji produktu końcowego, w efekcie czego uzyskuje się produkt zawierający jedynie śladowe ilości tiomersalu pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania. Zamawiający wprowadził zapis kryteriów oceny bez uwzględnienia specyfiki przedmiotu zamówienia, bez przesłanek merytorycznych lub/i prawnych oraz jedynie częściowo (wybiórczo) zgodnie z wytycznymi EMA i WHO, na które sam się powołuje. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w postępowaniu na dostawę szczepionek: Poz. 1. DT – szczepionka błoniczo-tężcowa adsorbowana na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml zawarł zapis, iż: „UWAGA : Szczepionka zawierająca jedynie śladowe (do 1 ug/ml w dawce szczepionki) ilości związków rtęci (np. Tiomersalu) pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania, a nie dodawane w celu konserwacji produktu będzie traktowana jako spełniająca powyższe kryterium. Śladowe ilości tiomersalu, stanowiące pozostałość po procesie produkcyjnym, nie odgrywają roli konserwującej. Stężenie Tiomersalu stosowane do konserwacji roztworów iniekcyjnych i szczepionek wynosi 0,1 do 0.001 % w dawce jednorazowej. Stężenie poniżej 0,001 % w dawce potwierdza fakt niestosowania przez wykonawcę w procesie produkcji konserwantu w postaci związku rtęci”. Stąd też niezrozumiałym było dla Odwołującego dlaczego

Zamawiający w postępowaniu na dostawę szczepionki T-tężcowej adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml w łącznej liczbie 454 500 dawek w ramach realizacji Programu Szczepień Ochronnych na rok 2011, znak sprawy: ZZP-05/11 nie zamieścił takiego samego zapisu wyjaśniającego znaczenie kryterium zawartości tiomersalu. Tym samym według Odwołującego zastosował inne kryterium i zanegował własną wykładnię kryterium, którą w postępowaniu nr ZZP-13/11 przyjął jako obowiązującą. Przywołane przez Odwołującego postępowanie Zamawiającego potwierdza jego zdaniem dodatkowo fakt, że kryterium oceny zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na dostawę szczepionki T-tężcowej adsorbowanej na wodorotlenku glinu inj. 0,5 ml nie uwzględnia różnic pomiędzy standardowymi szczepionkami konserwowanymi tiomersalem a szczepionkami nie zawierającymi związków rtęci np. tiomersalu jako środka konserwującego, (zawierającym jedynie śladowe ilości pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania). Biorąc powyższe pod uwagę, ustanowienie kryterium, na podstawie którego szczepionce ze śladową ilością tiomersalu przyznawane jest tyle samo punktów ile szczepionce bez tiomersalu, jest:

- zgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- polskim prawem farmaceutycznym,
- wytycznymi WHO i EMA.

Nadto, przyznanie 40 pkt zarówno szczepionce bez tiomersalu, jak i zawierającej jedynie jego śladowe ilości da równe szanse wszystkim potencjalnym wykonawcom, którzy dążą do eliminacji tiomersalu zgodnie z obowiązującymi wytycznymi, nie obniżając jednak jakości przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 grudnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2010/S 246 – 375708 z dnia 18 grudnia 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 20 grudnia 2010 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi następujące postanowienia:

W rozdziale VI pkt 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%

Ponadto Izba ustaliła, biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz dokumentację przedmiotowego postępowania, iż w toku postępowania wykonawcy w zakresie niniejszego zapisu SIWZ nie zadawali Zamawiającemu pytań, Zamawiający nie dokonywał w tym zakresie również modyfikacji SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła, że żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Dodatkowo Izba ustaliła, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 11 stycznia 2011 r. do godz. 10.00, zaś otwarcie ofert nastąpiło w tym samym dniu o godz. 12.00.

Biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy Izba ustaliła również, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył jedynie wykonawca Odwołujący - Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek BIOMED S. A., Al. Sosnowa 8, 30-224 Kraków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w postaci wprowadzonych zapisów do ogłoszenia oraz SIWZ mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

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 wyłącznie Odwołujący Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu, w oparciu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że istota rozpoznania niniejszego odwołania sprowadza się do oceny czy w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp ustalił kryteria oceny ofert.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Z literalnego brzmienia tego przepisu można wywnioskować, że Zamawiający w sposób dowolny może kształtować kryteria oceny ofert. Nie ulega wątpliwości, iż w świetle dyspozycji art. 91 ust.1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający sam kształtuje kryteria oceny ofert, jednak kryteria te powinny być obiektywne i uzasadnione opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia.

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. Granice wyboru kryteriów oceny ofert określa zasada równości oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może w sposób uznaniowy kształtować kryteriów oceny ofert, tak aby w przyszłości dawały mu nieograniczoną swobodę w arbitralnym wyborze oferty. Kryteria oceny ofert powinny być ukształtowane w sposób obiektywny i adekwatny do potrzeb Zamawiającego wynikających z opisanego w specyfikacji przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, chociażby orzeczenie w sprawie EVN AG, Wienstrom GmbH C-448/01.

Ponadto Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1. SIWZ;
2. ogłoszenia o zamówieniu;
3. pisma z dnia 3 stycznia 2011 r. pana prof. dr hab. n. med. Andrzeja Zielińskiego – Krajowego Konsultanta ds. Epidemiologii Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny, Zakładu Epidemiologii,
4. pisma pani prof. nadzw. dr hab. Bożenna Bucholc kierownika Zakładu Badania Surowic Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny,
5. dokumentów sporządzonych przez WHO z 2006 r. i EMA z 2009 r.,
6. oświadczeń i wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na piśmie do protokołu z rozprawy.

Mając na względzie powyższe, Izba wzięta pod rozważenie argumentację Odwołującego oraz przedłożone przez niego opinie, t.j. opinię z dnia 3 stycznia 2011 r. pana prof. dr hab. n. med. Andrzeja Zielińskiego – Krajowego Konsultanta ds. Epidemiologii Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny, Zakładu Epidemiologii a także opinię pani prof. nadzw. dr hab. Bożenna Bucholc 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”* (opinia pani prof. nadzw. dr hab. Bożenna Bucholc kierownika Zakładu Badania Surowic Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny).

Stąd też, biorąc pod uwagę treść przytoczonych opinii zdaniem Izby Zamawiający powinien rozważyć w postępowaniach prowadzonych w przyszłości skonstruowanie kryteriów oceny ofert, w taki sposób aby oczywiście z jednej strony wykonawcy oferujący szczepionki nie zawierające tiomersalu otrzymywali największą ilość punktów za oferowane produkty, z drugiej jednak strony Zamawiający powinien przyznawać określoną ilość punktów wykonawcom oferującym szczepionki zawierające śladową, znikomą ilość tego tiomersalu, tak aby nie zrównywać pozycji wykonawców oferujących szczepionki zawierające śladową ilość tiomersalu z wykonawcami, którzy zaoferują takie szczepionki z tiomersalem jako konserwantem w większych jego ilościach. Takie działania Zamawiającego prowadzą do dyskryminowania i nierównego traktowania wykonawców, którzy starając się wyeliminować tiomersal jako konserwant z oferowanych przez siebie szczepionek z wykonawcami którzy oferują szczepionki z tiomersalem jako konserwantem w większych jego ilościach.

Zamawiający powinien jednak w SIWZ, dookreślić co rozumie pod pojęciem śladowych ilości tiomersalu, i jaka to jest dokładnie dawka, bądź też wprowadzić odpowiednie stopniowanie przyznawanej punktacji odpowiednio do określonych przedziałów zawartości tiomersalu w oferowanych szczepionkach.

Ponadto Izba, dokonała również analizy opinii z dnia 30 marca 2009 r. (opinii pana prof. dr hab. n. med. Andrzeja Zielińskiego – Krajowego Konsultanta ds. Epidemiologii Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny, Zakładu Epidemiologii) przedstawionej przez Zamawiającego, która to z jednej strony wskazuje, iż „w perspektywie do dwóch lat należy zastąpić preparaty zawierające rtęć równoważnymi lub skuteczniejszymi szczepionkami niezawierającymi związków rtęci”, z drugiej zaś powyższa opinia wskazuje, iż „nie ma podstaw naukowych do przyjmowania za prawdę opinii o związku szczepień szczepionkami zawierającymi tiomersal z powstaniem autyzmu”. Ponadto powyższa opinia, wskazuje, iż „tiomersal jest substancją zawierającą związek rtęci i związki rtęci mogą kumulować się w tkance nerwowej wywołując, po przekroczeniu pewnych stężeń efekty toksyczne”. Jednak powyższa opinia nie precyzuje, jaka ilość (jaki stężenie) tiomersalu powodować będzie negatywne skutki, i czy ilości śladowe tego tiomersalu są również szkodliwe dla organizmu.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, iż w świetle dokumentów sporządzonych przez WHO z 2006 r. i EMA z 2009 r. faktem jest, iż dąży się do zmniejszenia tiomersalu w szczepionkach.

Ponadto Izba zwróciła uwagę, co zostało podniesione przez Odwołującego, iż w innych postępowaniach (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szczepionek, 13/11) prowadzonych przez Zamawiającego zrównywał on szczepionki nie zawierające tiomersalu z szczepionkami zawierającymi śladowe jego ilości (do 1 ug/ml w dawce szczepionki) uwzględniając argumentację, że stężenie tiomersalu poniżej 0,001% w dawce powietrza potwierdza fakt niestosowania przez wykonawcę w procesie produkcji konserwantu w postaci związków rtęci.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego, że nie ma żadnych dokumentów, z których wynikałoby i w których określona byłaby śladowa ilość tiomersalu, biorąc pod uwagę okoliczność iż w innym postępowaniu Zamawiający był w stanie dookreślić i sprecyzować co rozumie pod pojęciem śladowa ilość tiomersalu w szczepionce. Na powyższe wskazuje również opinia pani prof. nadzw. dr hab. Bożenna Bucholc kierownika Zakładu Badania Surowic Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny przedłożona przez Odwołującego, wskazująca iż powyższe informacje można znaleźć w literaturze przedmiotu.

Ponadto Izba uznała, że w zaistniałym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę iż Odwołujący na

rozprawie przyznał iż nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia, zaś przedmiotem złożonego przez niego odwołania są opisane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że w konsekwencji 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.

Jednakże Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oddaliła odwołanie, uznając, że mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryteriów oceny ofert (w tym podkryterium jakość – szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu) – 40%), uwzględnienie powyższego zarzutu nie ma istotnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Według oświadczenia Zamawiającego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tylko Odwołujący złożył ofertę, zatem, nawet uznanie, że Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nie zmieniłoby to sytuacji Odwołującego i w ten sposób nie mogłoby wywrzeć wpływ na wynik tego postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....