

Sygn. akt: KIO 2755/10

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 22 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek Biomed S.A. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**

przy udziale uczestnika postępowania – **Imed Poland sp. z o.o. w Warszawie**, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek Biomed S.A. w Krakowie** i nakazuje 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. w Krakowie** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2755/10

U z a s a d n i e

Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02 – 326 Warszawa zwany dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie w celu zawarcia umowy 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.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 9 listopada 2010 r. pod pozycją 2010/S 217 – 332908.

W dniu 17 grudnia 2010 r. zamawiający udzielił wykonawcy Instytut Biotechnologii Surowic i Szczepionek Biomed S.A., ul. Sosnowa 8, 30 – 224 Kraków (dalej „odwołujący”) odpowiedzi na pytanie odwołującego dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w zakresie obejmującym znaczenia kryteriów i sposobu oceny ofert.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł pismem z dnia 22 grudnia 2010 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą w dniu 23 grudnia 2010 r.) odwołanie zarzucając zamawiającemu:

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;
2. określenie znaczenia kryteriów i sposobu oceny ofert 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;
3. udzielenie wyjaśnień niejednoznacznych, sprzecznych wewnętrznie oraz wykluczających się z pozostałymi wyjaśnieniami formułowanymi przez zamawiającego w postępowaniu, co narusza art. 38 ust 1 i 4 w związku z art. 7 ust 1, art. 91 ust 1 i 2 i art. 2 pkt 5 oraz art. 36 ust 1 pkt 13 w związku z art. 41 pkt 9 ustawy.

Wnoszący odwołanie domagał się:

1. nakazania unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na zmianie treści ogłoszenia i siwz oraz czynności udzielenia wyjaśnień lub
2. nakazanie zamawiającemu udzielenia wyjaśnień treści ogłoszenia i siwz i przyznania szczepionkom zawierającym śladowe ilości związków rtęci (np. tiomersalu), pochodzące z wcześniejszych etapów wytwarzania, a nie dodawane w celu konserwacji produktu (do 1 µg/dawkę szczepionki) takiej samej liczby punktów jak szczepionkom niezawierającym związków rtęci (np. tiomersalu) i nakazanie dokonania stosownych zmian w treści ogłoszenia i siwz,
3. dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania przed Izłą.

Odwołujący w uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, iż w dniu 10 listopada 2010 r. na stronie internetowej zamawiającego opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu oraz siwz. W rozdziale VI ust. 1 siwz „Zasady oceny ofert” - „Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie”, zostało wskazane, że kryterium 1 to oferowana cena całkowita brutto danej pozycji zamówienia – ranga 40%, a kryterium 2 to szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) – ranga 40%. Dalej w ustępie 2.2 „Sposób obliczenia wartości punktowej” zamawiający postanowił, iż wartość punktowa za kryterium 2 to: szczepionka zawierająca związki rtęci (np. tiomersalu) - 0 pkt, szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) - 40 pkt.

Następnie w wyniku zapytania odwołującego i wniosku o zmianę postanowienia rozdziału VI ust. 1 pkt 2 siwz otrzymanego przez zamawiającego w dniu 16 listopada 2010 r., zamawiający w dniu 25 listopada 2010 r. zmienił kryterium 2 oceny ofert w ten sposób, iż ustalił, że szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. tiomersalu) do 1 µg/dawkę szczepionki - ranga 40%. Odnosząc się do wartości punktowej kryterium nr 2 [Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. tiomersalu) do 1µg/dawkę szczepionki] – wskazał 40 pkt., natomiast szczepionka zawierająca związki rtęci (np. tiomersal) - 0 pkt. Zamawiający opublikował zmianę na swojej stronie internetowej.

W dniu 3 grudnia 2010 r. wpłynęło do zamawiającego odwołanie przystępującego, w związku z czynnością zamawiającego polegającą na dokonaniu ww. zmian treści siwz dotyczących zasady oceny ofert. Odwołujący wniósł o przywrócenie pierwotnego brzmienia postanowień siwz dotyczących kryteriów oceny ofert.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w dniu 7 grudnia 2010 r. 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”. Dalej zamawiający w przedmiotowym piśmie wskazał, że 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. Zamawiający poinformował także, że zaproponowany zapis dotyczący szczepionki nie zawierającej związków rtęci (np. tiomersalu)

„Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) lub zawierająca śladowe ilości związków rtęci (np. tiomersalu) do 1 µg/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 łąku.

Jednocześnie zamawiający stwierdził, iż przywraca wyjściowe kryteria oceny ofert nadając brzmienie kryterium 2 takie jak pierwotnie tj. szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np.

tiomersalu) - 40%. Wartość punktowa kryterium nr 2 [Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu)]: szczepionka zawierająca związki rtęci (np. tiomersal) - 0 pkt., szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) - 40 pkt.

Odwołujący wyjaśnił w odwołaniu, iż w związku z tym, że argumentacja zamawiającego podana w piśmie z 7 grudnia 2010 r. stała w sprzeczności ze zmianą kryteriów oceny ofert, odwołujący skierował do zamawiającego zapytanie, w którym prosił o wyjaśnienie, czy szczepionka zawierająca jedynie śladowe (do 1 µg/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 kryterium - szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu)?

W dniu 17 grudnia 2010 r. do odwołującego wpłynęła odpowiedź zamawiającego, w której poinformował odwołującego, że „szczepionka zawierająca ilość tiomersalu do 1 µg/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)”.

W przekonaniu odwołującego wyjaśnienie zamawiającego, w świetle pozostałych czynności, jest niejasne i sprzeczne zarówno wewnątrz jak i z pozostałymi wyjaśnieniami formułowanymi przez zamawiającego w postępowaniu oraz narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa. W konsekwencji odwołujący wniósł odwołanie.

Pismem z dnia 29 grudnia 2010 r. wykonawca Imed Poland sp. z o.o., ul. Puławska 314, 02 – 819 Warszawa, odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym otrzymane dnia 27 grudnia 2010 r., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba, działając w trybie określonym w przepisie art. 189 ust. 3 zdanie 2 ustawy stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący w treści odwołania stwierdził, że zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. zmienił kryteria oceny ofert przywracając pierwotnie ustalone. Okoliczność ta nie jest sporna. W konsekwencji nie budzi wątpliwości Izby, iż bieg dziesięciodniowego terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się w dniu 7 grudnia 2010 r., co bezspornie oznacza, iż upłynął on dnia 17 grudnia 2010 r. Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby dnia 23 grudnia 2010 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), zatem z uchybieniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy, co musiało prowadzić do jego odrzucenia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego za początek biegu terminu na wniesienie odwołania nie sposób uznać wskazanej w odwołaniu daty 17 grudnia 2010 r., kiedy to odwołujący otrzymał odpowiedź zamawiającego na zadane mu pismem z dnia 8 grudnia 2010 r. pytanie: „Czy szczepionka zawierająca jedynie śladowe (do 1 µg/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 kryterium - szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu)?” Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. wyjaśnił, iż szczepionka taka zostanie zakwalifikowana jako zawierająca związki rtęci.

Pierwotne kryteria zostały przywrócone przez zamawiającego w dniu 7 grudnia 2010 r. Zamawiający stwierdził, iż przywraca „wyjściowe kryterium oceny ofert”. W dalszej części pisma oznaczonej nagłówkiem „Zamiana treści SIWZ” wskazał kryterium 2 „Szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. Tiomersalu)” – 40%. Podając sposób obliczenia wartości punktowej, przypisał kryterium „Szczepionka zawierająca związki rtęci (np. tiomersal) – 0 pkt, szczepionka nie zawierająca związków rtęci (np. tiomersalu) – 40 pkt.

Odpowiedź na pytanie odwołującego datowana na 16 grudnia 2010 r. otrzymana przez niego w dniu 17 grudnia 2010 r. nie stanowiła zmiany siwz – zamawiający potwierdził literalne brzmienie wprowadzonych w dniu 7 grudnia 2010 r. modyfikacji siwz stwierdzając, iż szczepionka zawierająca ilość tiomersalu do 1 µg/ml w dawce szczepionki zostanie zakwalifikowana jako zawierająca związki rtęci.

Bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego sprawy pozostają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzone w innych postępowaniach przez zamawiającego, w szczególności, iż dotyczyło ono innych szczepionek. Także przytoczone przez odwołującego w odwołaniu, a zawarte we wstępnej części pisma zamawiającego z dnia 7 grudnia 2010 r., stwierdzenia odnoszące się do zaleceń European Medicines Agency (EMA) i Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z roku 2001, podtrzymane w latach 2004 i 2008 wskazujących na konieczność usunięcia tiomersalu lub jego redukcję do możliwie najniższej wartości, nie pozwalają na przyjęcie, iż bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się dopiero z chwilą otrzymania od zamawiającego odpowiedzi w dniu 17 grudnia 2010 r. Nawet jeśli odwołujący miał wątpliwości, jak rozumieć dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. zmiany siwz i skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do skierowania pytania do zamawiającego w celu uzyskania ich interpretacji nie zmienia to faktu, iż wyjaśnienia zamawiającego, o ile nie stanowią zmiany postanowień siwz, nie przywracają terminu do zaskarżenia jej postanowień.

Zamawiający miał możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej już po otrzymaniu modyfikacji siwz w dniu 7 grudnia 2010 r. Jego decyzją było, czy wyjaśniać wątpliwości, które powziął, co do treści poczynionych przez zamawiającego zmian siwz, czy też skorzystać z możliwości wniesienia odwołania. Mógł także równolegle wystąpić o wyjaśnienia oraz wnieść odwołanie. Rezygnując z zakwestionowania postanowień siwz poprzez wniesienie odwołania, odwołujący uczynił to na własne ryzyko. Powinien był się liczyć z tym, iż w przypadku, gdyby odpowiedź zamawiającego była dla niego niesatysfakcjonująca, na wniesienie odwołania może być za późno.

W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, iż termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego upływ w dniu 17 grudnia 2010 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Termin do wniesienia odwołania nie może być przywrócony przez działania wykonawcy polegające na zadawaniu pytań co do kwestii sprecyzowanych jednoznacznie w treści siwz. Na gruncie badanej sprawy zamawiający jednoznacznie wskazał na brzmienie kryterium 2 w dniu 7 grudnia 2010 r. przywracając jego pierwotne brzmienie. Wyjaśnienia zamawiającego udzielone w dniu 17

grudnia 2010 r. sprowadzały się w istocie do potwierdzenia tej okoliczności nie kreując żadnych nowych pod względem merytorycznym treści. Kwestionowane przez odwołującego kryterium w wyniku odpowiedzi na pytanie odwołującego pozostało niezmienione, nie otrzymało nowego brzmienia.

Zważywszy powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy, co obligowało Izbę do jego odrzucenia z urzędu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 29 grudnia 2010 r. skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Imed Poland sp. z o.o., ul. Puławska 314, 02 – 819 Warszawa.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, bowiem do zamknięcia posiedzenia zamawiający nie przedłożył faktury ani rachunku.

.....