

Sygn. akt KIO 383/14

WYROK
z dnia 13 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2014 r. przez Voxel S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie

przy udziale IASON Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Voxel S.A. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Voxel S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa radiofarmaceutyków dla Pracowni PET Zakładu Radiologii i Medycyny Nuklearnej – 2 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 listopada 2013 r., pod numerem 2013/S 224-389534.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19.02.2014 r. zamawiający przesłał informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Voxel S.A. w Krakowie oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Voxel S.A. w odwołaniu wniesionym 27 lutego 2014 r. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, iż odwołujący wykazał się spełnieniem wszystkich warunków postawionych przez zamawiającego;
- art. 26 ust. 3 Pzp bezpodstawne wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty pomimo tego, iż zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego oferta odwołującego podlega odrzuceniu;
- art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zobowiązania do udostępnienia odwołującemu wiedzy i doświadczenia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez niezgodne z przepisami i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego mimo tego, iż jest ona w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”;
- art. 24 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niejasne sformułowanie informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, z której nie wynika precyzyjnie, czy wykonawca został jedynie wykluczony, czy też jego oferta została także odrzucona z uwagi na jej niezgodność z SIWZ;

- art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez takie sformułowanie zawiadomienia o wynikach postępowania, z którego nie wynika jednoznacznie, czy oferta odwołującego została odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórnego badania i oceny ofert, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania odwołujący stwierdził, iż zamawiający w SIWZ konkretne wymagania odnośnie rodzaju składanych dokumentów zawarł jedynie w odniesieniu do warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz, że kwestię przekazania wiedzy i doświadczenia oceniać należy inaczej w zależności od rodzaju zamówienia. Podniósł, że treść zobowiązania GE Healthcare AS z siedzibą w Oslo jest kompletna i nie zawiera żadnych uchybień. Mimo, że sama treść zobowiązania nie wskazuje charakteru stosunku, jaki będzie łączył odwołującego z podmiotem udostępniającym swe zasoby, to już z pozostałych dokumentów dostępnych zamawiającemu oraz wyjaśnień, a także zasad prawnych regulujących obrót produktami leczniczymi, wynika bezspornie, jaki charakter stosunków będzie łączył strony.

Odwołujący zarzucił, że wykluczenie go z postępowania jedynie w oparciu o brak jednego sformułowania w treści zobowiązania bez prawidłowego odniesienia tego zobowiązania do kontekstu sytuacyjnego, w jakim to zobowiązanie zostało złożone stanowi przejaw nadmiernego formalizmu, który nie służy dobrze pojętym interesom zamawiającego.

Zdaniem odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy został przez zamawiającego zastosowany w sposób nieprawidłowy, gdyż wezwał on odwołującego do uzupełnienia oferty pomimo tego, że zdaniem zamawiającego oferta ta podlegała odrzuceniu. Zamawiający całkowicie pominął też procedurę ustanowioną przez ustawodawcę w art. 26 ust. 4 Pzp, nie wzywając odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień w odniesieniu do dokumentu złożonego w celu wykazania spełnienia warunków przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do podstaw odrzucenia jego oferty odwołujący wywiódł, że termin, dzień i godzina kalibracji, który znajduje się w Charakterystyce Produktu Leczniczego w żaden sposób nie odnoszą się do wymogu, by kalibracja danej dostawy do zamawiającego opiewała na godz. 9.00 w dniu dostawy. Stanowisko takie potwierdził sam podmiot odpowiedzialny stwierdzając jednoznacznie, iż pojęcia dnia i godziny kalibracji należy rozumieć jako daty i czasu określanego przez odbiorcę w zamówieniu. Termin godzina kalibracji użyty w Charakterystyce stanowi, zgodnie z informacją podmiotu odpowiedzialnego, technologiczną charakterystykę danej serii.

IASON Sp. z o.o. w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i wynagrodzenia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia.

Izba uwzględniła ustalenia dokonane na podstawie dokumentów wymienionych w uzasadnieniu i uznała odwołanie za niezasadne.

W pkt III.B).2).b) SIWZ zamawiający żądał, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, złożenia dokumentów dotyczących w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W treści oświadczenia z 23 grudnia 2014 r. GE Healthcare AS z siedzibą w Oslo zobowiązał się do przekazania odwołującemu niezbędnych zasobów (w szczególności wiedzy i doświadczenia przez odpowiednie doradztwo i konsultacje na okres i w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia) wraz z wykazem dostaw oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw na okres niezbędny do wykonania zamówienia.

04.02.2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, podnosząc że zobowiązanie GE Healthcare z siedzibą w Oslo nie zawierało dokumentów dotyczących:

- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący nie złożył nowego zobowiązania, lecz pismem z 06.02.2014 r. udzielił wyjaśnień. Wskazał w nich, że zgodnie z treścią zobowiązania GE Healthcare z siedzibą w Oslo wiedza i doświadczenie zostaną przekazane przez odpowiednie doradztwo i konsultacje. Odwołujący wyjaśnił, że od 17.05.2010 r. związany jest licencyjną umową z grupą GE, na podstawie której uprawniony jest do produkcji zaferowanego farmaceutyku. W ramach współpracy grupy GE z jej kontrahentami utworzona została sieć TracerNet, skupiająca autoryzowanych producentów Steripet, której uczestnikiem jest także odwołujący i na bazie której dokonywana jest wymiana informacji oraz doświadczeń jej uczestników. Powołał również, że w ofercie złożył oświadczenie o samodzielnym wykonywaniu zamówienia.

Izba uznała, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje na otwarty katalog dowodów, które może złożyć wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, a wymienione w nim pisemne zobowiązanie jest jedynie przykładowym środkiem dowodowym. Powołany przepis ustawy zawiera wprawdzie podstawowe elementy relewantne dla powołania się na zasoby innego podmiotu, jednak zamawiający jest uprawniony do tego, aby z zachowaniem zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp wskazywać w postanowieniach SIWZ kwestie szczególnie istotne dla pozytywnej oceny możliwości skorzystania z zasobów innego podmiotu.

Zdaniem Izby było to możliwe już przed wejściem w życie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 19 lutego 2013 r. i a tym bardziej jest dopuszczalne w obecnym stanie prawnym. Skoro § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje w sposób taksatywny zakres wyjaśnień, jakich żądać może zamawiający od wykonawcy powołującego się na zasoby innego podmiotu, to tym bardziej zamawiający w postanowieniach SIWZ może żądać udzielenia stosownych informacji już na etapie złożenia oferty.

Postanowienie pkt III.B).2).b) SIWZ jasno wskazywało zakres informacji, których złożenia zamawiający żąda w przypadku powołania się na zasoby innego podmiotu. Oczekiwane przez zamawiającego informacje mogły zostać udzielone w treści pisemnego zobowiązania innego podmiotu, albo wynikać z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Treść zobowiązania GE Healthcare z siedzibą w Oslo oraz inne dokumenty złożone wraz z ofertą przez odwołującego nie wskazywały na charakteru stosunku, jaki będzie łączył

wykonawcę z innym podmiotem, zatem w tym zakresie zamawiający zasadnie skorzystał z trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego, a wezwanie w odniesieniu do tej samej okoliczności nie może być ponawiane. Nie jest też dopuszczalne, aby dokumenty żądane w sposób wyraźny w SIWZ były zastępowane własnym oświadczeniem wykonawcy w sytuacji, gdy dotyczą one zachowania podmiotu innego, niż wykonawca.

Decyzja o dopuszczeniu produktu leczniczego do obrotu, nie może stanowić wystarczającego dowodu w świetle wymagań art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż - po pierwsze - wskazuje GE Healthcare Limited z siedzibą w Little Chalfont, podczas gdy swe zasoby udostępnił GE Healthcare z siedzibą w Oslo. Po drugie, cywilnoprawne relacje biznesowe dotyczące produkcji leku nie mogą być automatycznie przekładane na podstawie domniemań zamawiającego na etap wykonania umowy. Zakresem dowodu, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp objęty jest etap wykonania zamówienia (*verba legis* „zasoby niezbędne do wykonania zamówienia”), gdyż celem tego przepisu nie jest jedynie formalne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz wzmocnienie potencjału wykonawcy przy realizacji umowy.

Brak wykazania zgodnie z wymaganiami zamawiającego dysponowaniem zasobami innego podmiotu, na które powołuje się wykonawca w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, oznacza że warunek udziału w postępowaniu nie został wykazany.

Wobec jasnych postanowień SIWZ bez znaczenia pozostaje, że przedmiotem postępowania jest dostawa, gdyż zamawiający po upływie terminu otwarcia ofert jest związany swoimi wymaganiami zapisanymi w SIWZ. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający nie naruszył ustawy przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Art. 26 ust. 3 Pzp zwalnia wprawdzie zamawiającego z obowiązku dokonania wezwania, jeśli mimo uzupełnienia oferta podlegałaby odrzuceniu, jednak nie zabrania zamawiającemu badania oferty przed ukończeniem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach sprawy zamawiający równolegle badał treść oferty odwołującego (oferowane dostawy) i spełnienia przez odwołującego wymagań podmiotowych.

Nie jest więc naruszeniem prawa powołanie się przez zamawiającego na wyniki obu tych czynności. Przeciwnie, taka praktyka sprzyja szybkości postępowania o udzielenie zamówienia i zasługuje na aprobatę. Trudno czynić zamawiającemu zarzut, że dokonał

całościowej oceny otrzymanych oświadczeń i dokumentów, a o rezultatach tej oceny poinformował wykonawców w sposób przewidziany przepisami ustawy.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Spór dotyczy zadania nr 1 – substancji 18F FDG (fluorodeoxyglukoza) do wykonania badań u 1.000 pacjentów. Zamawiający w pkt I.2. SIWZ wskazał, że przewiduje składanie sukcesywnych zamówień na radiofarmaceutyk, w partiach na 5 -14 pacjentów, z aktywnością każdej aplikacji równej 370 MBq w momencie iniekcji i z okresem podania co 40 min. Kalibracja radiofarmaceutyku powinna opiewać na godzinę 9.00. W pkt V. 2. 3) SIWZ zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą m.in. Charakterystyki Produktu Leczniczego. Odwołujący zaoferował lek Steripet.

Pismami z 05 i 12.02.2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W pierwszym z nich żądał wykazania, u ilu pacjentów można wykonać badanie z 1 fiołki leku z zachowaniem wymagań SIWZ oraz uwzględnieniem okresu rozpadu izotopu. Żądał również wypełnienia tabeli przez wskazanie aktywności preparatu w fiołce przy badaniach kolejnych pacjentów.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, iż termin dzień i godzina kalibracji, który znajduje się w złożonej Charakterystyce w żaden sposób nie odnosi się do wymogu, by kalibracja danej dostawy do zamawiającego opiewała na godz. 9.00 w dniu dostawy, lecz oznacza technologiczną charakterystykę danej serii. Zdaniem odwołującego załączone pismo podmiotu odpowiedzialnego GE Healthcare potwierdza ten pogląd.

Kolejnym pismem z dnia 12.02.2014 r. zamawiający wyjaśniał stwierdzenia i informacje zawarte w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Odwołujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 13.02.2014r.

Izba zważyła, że Charakterystyka Produktu Leczniczego ma na celu potwierdzenie zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Zasadniczo zatem informacje istotne dla merytorycznej oceny oferty powinny wynikać z Charakterystyki. Na doniosłość treści zawartych w tym dokumencie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1 czerwca 2012 r. (sygn. Akt KIO 1004/12).

Nie można wykluczać, że w indywidualnych przypadkach konkretnego postępowania, dokument taki jak Charakterystyka Produktu Leczniczego nie zawiera treści potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, mimo że oferowany produkt w istocie odpowiada wymaganiom zamawiającego. W takim jednak przypadku rzeczą wykonawcy jest wykazanie zgodności swej oferty z wymaganiami zamawiającego.

Nie ma sporu, co do tego, że Charakterystyka Produktu Leczniczego złożona przez odwołującego nie potwierdza wprost spełnienia wymagań zamawiającego, co do stężenia radiofarmaceutyku oferowanego przez odwołującego.

Zdaniem Izby dowodem na twierdzenie przeciwne nie może być również zapewnienie GE Healthcare z 6 lutego 2014 r. Odwołujący nie złożył pisma, na które GE Healthcare odpowiedział, nie jest więc pewne, czy wymagania zamawiającego oraz okoliczności istotne dla wykonania umowy, były temu podmiotowi znane. Samo odwołanie się do numeru referencyjnego postępowania nie daje wystarczających podstaw do przyjęcia, że tak było.

Przeciwko odwołującemu przemawia również to, że w postępowaniu odwoławczym zakończonym wydaniem przez Izbę orzeczenia w dniu 13 stycznia 2014 r. (sygn. Akt KIO 2964/13), odwołujący dowodził, że nie może spełnić wymagań zamawiającego oferując lek Steripet. Odwołanie to zostało przez Izbę oddalone.

Wybór oferty odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii nie ma znaczenia dla oceny czynności innego zamawiającego w innym postępowaniu, zwłaszcza, że – jak trafnie podniósł zamawiający – odległość siedziby odwołującego od Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii jest znacznie mniejsza, niż od siedziby zamawiającego, co z uwagi na właściwości leku (czas rozpadu izotopu) ma istotne znaczenie dla prawidłowości wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 nie potwierdził się.

Zamawiający nie naruszył również art. 24 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niejasne sformułowanie informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, z której nie wynika precyzyjnie, czy wykonawca został jedynie wykluczony, czy też jego oferta została także odrzucona z uwagi na jej niezgodność z SIWZ oraz przez takie sformułowanie zawiadomienia o wynikach postępowania, z którego nie wynika jednoznacznie, czy oferta odwołującego została odrzucona.

Zamawiający dwoma pismami z 19 lutego 2014 r. przesłał odwołującemu informację o wyniku postępowania zawierającą również informacje o wykluczeniu i odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz informację skierowaną bezpośrednio do odwołującego. Pisma te różnią się przez wskazanie szerszej argumentacji w odniesieniu do obu czynności, jednak – wbrew twierdzeniom wskazują wyraźnie, że oferta odwołującego została odrzucona. Ostatnie słowa obu pism brzmią:

„...odrzucenie oferty następuje w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.” W zakresie podstaw odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający użył sformułowania, że „istnieją także przesłanki do odrzucenia oferty” i wskazał precyzyjnie podstawy swojej oceny.

Wymagania wynikające z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zostały więc spełnione. Odwołujący wniósł odwołanie w granicach powołanych przez zamawiającego okoliczności faktycznych i prawnych, zatem został osiągnięty również cel obowiązku informacyjnego, które realizuje powołany przepis.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: