

Sygn. akt KIO 2686/12

WYROK
z dnia 17 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012 r. przez PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:

2. 1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PGF Urtica Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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 2010 r. 113, poz. 759 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:

Sygn. akt KIO 2686/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest szczepionka

P/Haemophilus Influenzae Typu B Inj. 1 dawka, poz. 1 – 3.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 228-375536. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 28 listopada 2012r..

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

Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert stały się przedmiotem odwołania, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 grudnia 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący - PGF Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 36 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp polegające na braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu przez zaniechanie wskazania, że dopuszczalne jest złożenie oferty na dostawę zarówno szczepionki podawanej według schematu 3 – dawkowego, jak i według schematu 4 – dawkowego;

- art. 36 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców przez ustalenie kryteriów oceny ofert, które w sposób nieuzasadniony promują wykonawców oferujących szczepionkę stosowaną według schematu 4-dawkowego, która jest co prawda tańsza, jeżeli chodzi o jedną jej dawkę, ale istotnie droższa, jeśli chodzi o łączny koszt całego szczepienia w stosunku do szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego .

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V.1. przez jednoznaczne wskazanie, że w postępowaniu dopuszczalne jest złożenie oferty na dostawę zarówno szczepionki podawanej według schematu 3 – dawkowego, jak i według schematu 4 – dawkowego oraz w pkt V.1.1 przez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert łącznej ceny pełnego szczepienia przy

użyciu danego produktu. Nadto wniósł o nakazanie ponownej publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem obu zmian.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że w ramach postępowania zamierza zaoferować szczepionki pod nazwą PedvaxHIB. Wyjaśnił, że produkt ten różni się schematem podawania od produktów równoważnych, których zakupu do tej pory dokonywał zamawiający, gdyż wymaga jedynie 3 - dawkowego schematu zastosowania. W oparciu o powołane dowody z charakterystyki Produktu Leczniczego PedvaxHIB oraz Programów Szczepień Ochronnych za lata 2012 i 2013 wywodził, że produkt stosowany według 3 - dawkowego schematu, taki jak PedvaxHib: jest dopuszczony do stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ma korzystny profil bezpieczeństwa i zapewnia osiągnięcie efektu terapeutycznego w postaci całkowitego uodpornienia wobec Haemophilus typu b, spełnia wymagania obowiązujących Programów Szczepień Ochronnych, umożliwia zaszczepienie większej liczby dzieci przy zastosowaniu tej samej liczby dawek jednostkowych, a zatem jego zakup jest korzystniejszy ekonomicznie dla Zamawiającego, oferuje perspektywę lepszej współpracy ze szczepionym dzieckiem i rodzicem pod względem ukończenia całego cyklu szczepień oraz pod względem bezpieczeństwa dziecka (minimalizacja ilości wkluć i wizyt szczepiennych).

Odwołujący wskazał ponadto, że jego produkt jest szczególnie korzystny dla zamawiającego, gdyż dla osiągnięcia tego samego efektu terapeutycznego (całkowitego uodpornienia dziecka) wymagane jest podanie zaledwie trzech dawek takiej szczepionki. Wskazał, że ceny rynkowe pojedynczych dawek szczepionek różnią się w nieznacznym stopniu, zatem łączny koszt pełnego szczepienia jest niższy przy użyciu produktu podawanego w 3 –dawkowym schemacie szczepienia. Zamawiający winien w kryteriach oceny ofert ująć cały koszt takiej procedury, gdyż zdaniem odwołującego celem zamówienia jest przeprowadzenie pełnej akcji szczepień ochronnych.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.3. specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, przedmiotem postępowania jest dostawa szczepionek na następujących warunkach:

- Poz. 1 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 140 000 dawek z dostawą do 15 marca 2013r.;
- Poz.2 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 170 000 dawek z dostawą do 15 czerwca 2013r.
- Poz.3 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 40 000 dawek z dostawą do 15 sierpnia 2013r.

Pkt VI.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena całkowita danej pozycji zamówienia.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznając, że nie ma sporu między stronami, co do tego, że szczepionka PedvaxHIB, którą zamierza zaoferować odwołujący może być stosowana w ramach aktualnych programów szczepień ochronnych. Spór dotyczy wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert.

Izba nie uwzględniła powołanych przez zamawiającego w charakterze dowodów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeń o wyborze najkorzystniejszej oferty z innych postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych przez zamawiającego. Zgodnie z art. 180 Pzp odwołanie wnosi się wobec czynności zamawiającego lub zaniechań dokonania przez zamawiającego czynności wyłącznie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dowody te są zatem nierelevantne dla przedmiotu sporu, już choćby z tego względu, że dowodzą stosowania przez zamawiającego w innych postępowaniach analogicznego opisu przedmiotu zamówienia – za pomocą dawek, a nie liczby pacjentów przewidzianych do zaszczepienia - oraz faktu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdzie opis przedmiotu zamówienia dokonany był za pomocą dawek. W konsekwencji mogą być uznane ewentualnie na dowód braku kwestionowania przez odwołującego postanowień specyfikacji w innych postępowaniach. Takie zachowanie odwołującego nie dowodzi prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu. Oczywistym jest, że w zależności od tego, jakiego rodzaju produkty lecznicze oferują potencjalni wykonawcy, taki sam sposób opisu przedmiotu zamówienia może mieć w danym przypadku charakter neutralny, w innym zaś uznany za naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uwzględniła również dowodu z pisma Dyrektora Departamentu Matki i Dziecka Ministerstwa Zdrowia. Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia wynika nie z suwerennej decyzji zadziwiającego, lecz jest wynikiem uzgodnień jest bez znaczenia wobec faktu, że

zgodnie z przepisami ustawy obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia spoczywa wyłącznie na zamawiającym. Z punktu widzenia wykonawców domagających się ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia znaczenie ma legalność opisu przedmiotu zamówienia stanowiąca obowiązek zamawiającego, a nie tryb postępowania zamawiającego w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który zamierza złożyć ofertę, ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, godzące w zasadę równego traktowania wykonawców powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba, w składzie rozpoznającym odwołanie, opowiada się za możliwie szerokim rozumieniem przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 1 ust. 1 tiret 3 ust. dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 roku zobowiązuje państwa członkowskie do przedsięwzięcia niezbędnych środków dla zapewnienia – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE – możliwości skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, z powodu naruszenia przez nie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Celem środków ochrony prawnej jest zapewnienie wykonawcom efektywnej ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skutkiem ustalenia przez Izbę, że podmiot podnoszący zarzuty wobec zamawiającego nie miał lub nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie poniósł lub nie może ponieść szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odnoszenia się do podniesionych w nim zarzutów.

Izba wyraża przekonanie, że dla uznania zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp jest wystarczające wykazanie istnienia faktycznie lub potencjalnie przesłanek interesu i szkody związanych z zarzutami odwołania, nie zaś zasadności tych zarzutów, czego zdawał domagać się zamawiający.

Pogląd ten uniemożliwiłby – zdaniem Izby - urzeczywistnienie logiki procedury odwoławczej, zakładającej wyraźnie wyodrębnione etapy. Pierwszy etap ma charakter

wyłącznie formalno prawny i polega na ustaleniu, czy odwołanie nie podlega zwrotowi bądź odrzuceniu i może zostać skierowane na rozprawę. Na rozprawie Izba w pierwszym rzędzie dokonuje, zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp, badania materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności rozpoznania zarzutów odwołania. Pozytywna ocena ich istnienia po stronie odwołującego pozwala na badanie zarzutów odwołania, co do istoty. Potwierdzenie zarzutów odwołania prowadzi kolejno do wynikającego z art. 192 ust. 2 Pzp obowiązku Izby ustalenie istotności i wpływu naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Pogląd o szerokim rozumieniu przesłanek wynikający z art. 179 ust. 1 Pzp nie tylko znajduje oparcie w prounijnej wykładni przepisów ustawy. Jest również szczególnie uzasadniony w sytuacji podnoszenia zarzutów wobec opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp opis ten nie może ograniczać konkurencji. Tym samym podnoszone przez wykonawców – uczestników danego rynku, że postanowienia ogłoszenia o zamówienia lub specyfikacji istotnych warunków zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stanowi wystarczające uzasadnienie dla stwierdzenia, że przesłanki wymagane art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione.

Izba rozpoznała zatem zarzuty odwołania co do istoty i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazanie przez zamawiającego, że wymaga dawek określonej szczepionki oraz wskazanie ilości dawek i terminów ich dostawy odpowiada dyrektywom art. 29 ust. 1 Pzp. Jest jednoznaczne, wyczerpujące i dokonane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Uwzględnienia również wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dawek ma charakter neutralny i nie stanowi ograniczenia konkurencji. Jest bowiem jednakowy dla wykonawców oferujących szczepionki podawane według 3-, jak i 4-dawkowego schematu dawkowania i nie uniemożliwia, ani nie ogranicza żadnej z tych grup wykonawców możliwości złożenia oferty.

Z treści postanowień pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika bowiem, że dla zamawiającego istotna jest zamawiana ilość dawek, a nie schemat ich podawania.

Wskazane przez odwołującego, że w innym postępowaniu zamawiający udzielając wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłączył możliwość zaferowania szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia

zarzutu. Przede wszystkim odpowiedź została udzielona w innym postępowaniu - nie ma znaczenia dla oceny opisu przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu (*vide*: argumentacja powołana co do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia). Po wtóre – co trafnie podniósł zamawiający – zmiana specyfikacji wynikająca z udzielonych wyjaśnień może być kwestionowana przez wniesienie odwołania wobec jej treści.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający nie ustalił kryteriów oceny ofert, które promują wykonawców oferujących szczepionkę stosowaną według schematu 4-dawkowego.

Odwołujący oświadczył w uzasadnieniu odwołania, że ceny rynkowe pojedynczych dawek szczepionek różnią się w nieznacznym stopniu. Na rozprawie podtrzymał ten pogląd wskazując, że koszty wytworzenia jednej dawki szczepionki stosowanej według schematu 4-dawkowego i 3-dawkowego są zbliżone, a szczepionki te różnią się ceną rynkową jednej dawki szczepionki, która jest niższa, w przypadku szczepionki stosowanej według schematu 4-dawkowego.

Wobec powyższego Izba uznała, że kryterium oceny ofert nie godzi w prawa odwołującego oferującego szczepionkę stosowaną według schematu 3-dawkowego, a jedynie ma znaczenie z punktu widzenia szans na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i wysokości ewentualnego zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć. Nie ma wątpliwości, że w przypadku uczynienia zadość żądaniu odwołania, oferta odwołującego, mimo, że cena rynkowa jednej dawki szczepionki jest wyższa miałaby większe szanse, niż oferta ze szczepionką podawaną według schematu 4-dawkowego.

Dostrzeżenia też wymaga, że stanowisko odwołującego jest niespójne. Odwołujący nie kwestionuje bowiem opisu przedmiotu zamówienia opartego o liczbę dawek, nie zaś odnoszącego się do przeprowadzenia szczepień określonej liczby osób, a jedynie próbuje zmienić podstawę zastosowania kryterium oceny ofert - ceny.

Izba zważyła, że opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert winny być skorelowane ze sobą. Zatem prawidłowe jest działanie zamawiającego, który opisując przedmiot zamówienia za pomocą liczby dawek szczepionki odnosi kryterium oceny ofert do wymaganej liczby dawek.

W sytuacji opisu przedmiotu zamówienia za pomocą liczby dawek, a nie liczby osób przewidzianych do zaszczepienia bez znaczenia pozostaje, że koszt uzyskania odporności u jednej osoby – po zastosowaniu wymaganej według danej metody liczby dawek – jest niższy w przypadku szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego.

Izba uznała zatem, wobec braku przedstawienia przez odwołującego innych argumentów i dowodów, że posłużenie się przez zamawiającego wyłącznie kryterium ceny odnoszącej się do liczby dawek nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2686/12

WYROK
z dnia 17 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012 r. przez PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:

2. 1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PGF Urtica Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PGF Urtica Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) 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 2010 r. 113, poz. 759 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:

Sygn. akt KIO 2686/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest szczepionka

P/Haemophilus Influenzae Typu B Inj. 1 dawka, poz. 1 – 3.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 228-375536. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 28 listopada 2012r..

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

Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert stały się przedmiotem odwołania, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 grudnia 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący - PGF Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 36 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp polegające na braku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu przez zaniechanie wskazania, że dopuszczalne jest złożenie oferty na dostawę zarówno szczepionki podawanej według schematu 3 – dawkowego, jak i według schematu 4 – dawkowego;

- art. 36 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców przez ustalenie kryteriów oceny ofert, które w sposób nieuzasadniony promują wykonawców oferujących szczepionkę stosowaną według schematu 4-dawkowego, która jest co prawda tańsza, jeżeli chodzi o jedną jej dawkę, ale istotnie droższa, jeśli chodzi o łączny koszt całego szczepienia w stosunku do szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego .

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V.1. przez jednoznaczne wskazanie, że w postępowaniu dopuszczalne jest złożenie oferty na dostawę zarówno szczepionki podawanej według schematu 3 – dawkowego, jak i według schematu 4 – dawkowego oraz w pkt V.1.1 przez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert łącznej ceny pełnego szczepienia przy

użyciu danego produktu. Nadto wniósł o nakazanie ponownej publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem obu zmian.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że w ramach postępowania zamierza zaoferować szczepionki pod nazwą PedvaxHIB. Wyjaśnił, że produkt ten różni się schematem podawania od produktów równoważnych, których zakupu do tej pory dokonywał zamawiający, gdyż wymaga jedynie 3 - dawkowego schematu zastosowania. W oparciu o powołane dowody z charakterystyki Produktu Leczniczego PedvaxHIB oraz Programów Szczepień Ochronnych za lata 2012 i 2013 wywodził, że produkt stosowany według 3 - dawkowego schematu, taki jak PedvaxHib: jest dopuszczony do stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ma korzystny profil bezpieczeństwa i zapewnia osiągnięcie efektu terapeutycznego w postaci całkowitego uodpornienia wobec Haemophilus typu b, spełnia wymagania obowiązujących Programów Szczepień Ochronnych, umożliwia zaszczepienie większej liczby dzieci przy zastosowaniu tej samej liczby dawek jednostkowych, a zatem jego zakup jest korzystniejszy ekonomicznie dla Zamawiającego, oferuje perspektywę lepszej współpracy ze szczepionym dzieckiem i rodzicem pod względem ukończenia całego cyklu szczepień oraz pod względem bezpieczeństwa dziecka (minimalizacja ilości wkluc i wizyt szczepiennych).

Odwołujący wskazał ponadto, że jego produkt jest szczególnie korzystny dla zamawiającego, gdyż dla osiągnięcia tego samego efektu terapeutycznego (całkowitego uodpornienia dziecka) wymagane jest podanie zaledwie trzech dawek takiej szczepionki. Wskazał, że ceny rynkowe pojedynczych dawek szczepionek różnią się w nieznacznym stopniu, zatem łączny koszt pełnego szczepienia jest niższy przy użyciu produktu podawanego w 3 –dawkowym schemacie szczepienia. Zamawiający winien w kryteriach oceny ofert ująć cały koszt takiej procedury, gdyż zdaniem odwołującego celem zamówienia jest przeprowadzenie pełnej akcji szczepień ochronnych.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.3. specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, przedmiotem postępowania jest dostawa szczepionek na następujących warunkach:

- Poz. 1 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 140 000 dawek z dostawą do 15 marca 2013r.;
- Poz.2 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 170 000 dawek z dostawą do 15 czerwca 2013r.
- Poz.3 Szczepionka p/Haemophilus influenzae typu B inj. 1 dawka w liczbie 40 000 dawek z dostawą do 15 sierpnia 2013r.

Pkt VI.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena całkowita danej pozycji zamówienia.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznając, że nie ma sporu między stronami, co do tego, że szczepionka PedvaxHIB, którą zamierza zaoferować odwołujący może być stosowana w ramach aktualnych programów szczepień ochronnych. Spór dotyczy wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert.

Izba nie uwzględniła powołanych przez zamawiającego w charakterze dowodów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeń o wyborze najkorzystniejszej oferty z innych postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych przez zamawiającego. Zgodnie z art. 180 Pzp odwołanie wnosi się wobec czynności zamawiającego lub zaniechań dokonania przez zamawiającego czynności wyłącznie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dowody te są zatem nierелеwantne dla przedmiotu sporu, już choćby z tego względu, że dowodzą stosowania przez zamawiającego w innych postępowaniach analogicznego opisu przedmiotu zamówienia – za pomocą dawek, a nie liczby pacjentów przewidzianych do zaszczepienia - oraz faktu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdzie opis przedmiotu zamówienia dokonany był za pomocą dawek. W konsekwencji mogą być uznane ewentualnie na dowód braku kwestionowania przez odwołującego postanowień specyfikacji w innych postępowaniach. Takie zachowanie odwołującego nie dowodzi prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu. Oczywistym jest, że w zależności od tego, jakiego rodzaju produkty lecznicze oferują potencjalni wykonawcy, taki sam sposób opisu przedmiotu zamówienia może mieć w danym przypadku charakter neutralny, w innym zaś uznany za naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uwzględniła również dowodu z pisma Dyrektora Departamentu Matki i Dziecka Ministerstwa Zdrowia. Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia wynika nie z suwerennej decyzji zadziwiającego, lecz jest wynikiem uzgodnień jest bez znaczenia wobec faktu, że

zgodnie z przepisami ustawy obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia spoczywa wyłącznie na zamawiającym. Z punktu widzenia wykonawców domagających się ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia znaczenie ma legalność opisu przedmiotu zamówienia stanowiąca obowiązek zamawiającego, a nie tryb postępowania zamawiającego w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który zamierza złożyć ofertę, ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, godzące w zasadę równego traktowania wykonawców powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba, w składzie rozpoznającym odwołanie, opowiada się za możliwie szerokim rozumieniem przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 1 ust. 1 tiret 3 ust. dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 roku zobowiązuje państwa członkowskie do przedsięwzięcia niezbędnych środków dla zapewnienia – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE – możliwości skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, z powodu naruszenia przez nie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Celem środków ochrony prawnej jest zapewnienie wykonawcom efektywnej ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skutkiem ustalenia przez Izbę, że podmiot podnoszący zarzuty wobec zamawiającego nie miał lub nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie poniósł lub nie może ponieść szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odnoszenia się do podniesionych w nim zarzutów.

Izba wyraża przekonanie, że dla uznania zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp jest wystarczające wykazanie istnienia faktycznie lub potencjalnie przesłanek interesu i szkody związanych z zarzutami odwołania, nie zaś zasadności tych zarzutów, czego zdawał domagać się zamawiający.

Pogląd ten uniemożliwiłby – zdaniem Izby - urzeczywistnienie logiki procedury odwoławczej, zakładającej wyraźnie wyodrębnione etapy. Pierwszy etap ma charakter

wyłącznie formalno prawny i polega na ustaleniu, czy odwołanie nie podlega zwrotowi bądź odrzuceniu i może zostać skierowane na rozprawę. Na rozprawie Izba w pierwszym rzędzie dokonuje, zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp, badania materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności rozpoznania zarzutów odwołania. Pozytywna ocena ich istnienia po stronie odwołującego pozwala na badanie zarzutów odwołania, co do istoty. Potwierdzenie zarzutów odwołania prowadzi kolejno do wynikającego z art. 192 ust. 2 Pzp obowiązku Izby ustalenie istotności i wpływu naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Pogląd o szerokim rozumieniu przesłanek wynikający z art. 179 ust. 1 Pzp nie tylko znajduje oparcie w prounijnej wykładni przepisów ustawy. Jest również szczególnie uzasadniony w sytuacji podnoszenia zarzutów wobec opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp opis ten nie może ograniczać konkurencji. Tym samym podnoszone przez wykonawców – uczestników danego rynku, że postanowienia ogłoszenia o zamówienia lub specyfikacji istotnych warunków zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stanowi wystarczające uzasadnienie dla stwierdzenia, że przesłanki wymagane art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione.

Izba rozpoznała zatem zarzuty odwołania co do istoty i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazanie przez zamawiającego, że wymaga dawek określonej szczepionki oraz wskazanie ilości dawek i terminów ich dostawy odpowiada dyrektywom art. 29 ust. 1 Pzp. Jest jednoznaczne, wyczerpujące i dokonane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Uwzględnienia również wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dawek ma charakter neutralny i nie stanowi ograniczenia konkurencji. Jest bowiem jednakowy dla wykonawców oferujących szczepionki podawane według 3-, jak i 4-dawkowego schematu dawkowania i nie uniemożliwia, ani nie ogranicza żadnej z tych grup wykonawców możliwości złożenia oferty.

Z treści postanowień pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika bowiem, że dla zamawiającego istotna jest zamawiana ilość dawek, a nie schemat ich podawania.

Wskazane przez odwołującego, że w innym postępowaniu zamawiający udzielając wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłączył możliwość zaferowania szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia

zarzutu. Przede wszystkim odpowiedź została udzielona w innym postępowaniu - nie ma znaczenia dla oceny opisu przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu (*vide*: argumentacja powołana co do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia). Po wtóre – co trafnie podniósł zamawiający – zmiana specyfikacji wynikająca z udzielonych wyjaśnień może być kwestionowana przez wniesienie odwołania wobec jej treści.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający nie ustalił kryteriów oceny ofert, które promują wykonawców oferujących szczepionkę stosowaną według schematu 4-dawkowego.

Odwołujący oświadczył w uzasadnieniu odwołania, że ceny rynkowe pojedynczych dawek szczepionek różnią się w nieznacznym stopniu. Na rozprawie podtrzymał ten pogląd wskazując, że koszty wytworzenia jednej dawki szczepionki stosowanej według schematu 4-dawkowego i 3-dawkowego są zbliżone, a szczepionki te różnią się ceną rynkową jednej dawki szczepionki, która jest niższa, w przypadku szczepionki stosowanej według schematu 4-dawkowego.

Wobec powyższego Izba uznała, że kryterium oceny ofert nie godzi w prawa odwołującego oferującego szczepionkę stosowaną według schematu 3-dawkowego, a jedynie ma znaczenie z punktu widzenia szans na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i wysokości ewentualnego zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć. Nie ma wątpliwości, że w przypadku uczynienia zadość żądaniu odwołania, oferta odwołującego, mimo, że cena rynkowa jednej dawki szczepionki jest wyższa miałaby większe szanse, niż oferta ze szczepionką podawaną według schematu 4-dawkowego.

Dostrzeżenia też wymaga, że stanowisko odwołującego jest niespójne. Odwołujący nie kwestionuje bowiem opisu przedmiotu zamówienia opartego o liczbę dawek, nie zaś odnoszącego się do przeprowadzenia szczepień określonej liczby osób, a jedynie próbuje zmienić podstawę zastosowania kryterium oceny ofert - ceny.

Izba zważyła, że opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert winny być skorelowane ze sobą. Zatem prawidłowe jest działanie zamawiającego, który opisując przedmiot zamówienia za pomocą liczby dawek szczepionki odnosi kryterium oceny ofert do wymaganej liczby dawek.

W sytuacji opisu przedmiotu zamówienia za pomocą liczby dawek, a nie liczby osób przewidzianych do zaszczepienia bez znaczenia pozostaje, że koszt uzyskania odporności u jednej osoby – po zastosowaniu wymaganej według danej metody liczby dawek – jest niższy w przypadku szczepionki podawanej według schematu 3-dawkowego.

Izba uznała zatem, wobec braku przedstawienia przez odwołującego innych argumentów i dowodów, że posłużenie się przez zamawiającego wyłącznie kryterium ceny odnoszącej się do liczby dawek nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: