

Sygn. akt: KIO 41/12

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2012 r. przez wykonawcę Organizację Polskich Dystrybutorów Farmaceutycznych S.A., 01-942 Warszawa, ul. Kabaretowa 21 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Organizację Polskich Dystrybutorów Farmaceutycznych S.A., 01-942 Warszawa, ul. Kabaretowa 21 i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Organizację Polskich Dystrybutorów Farmaceutycznych S.A., 01-942 Warszawa, ul. Kabaretowa 21 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Organizacji Polskich Dystrybutorów Farmaceutycznych S.A., 01-942 Warszawa, ul. Kabaretowa 21 na rzecz Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155 kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia na *zawarcie umowy ramowej w sprawie wyboru wykonawców realizujących dostawę czynnika krzepnięcia VIII (dostawa czynników krzepnięcia w latach 2012-2013)* - numer postępowania ZZP – 19/12 - wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca Organizacja Polskich Dystrybutorów Farmaceutycznych S.A. wniósł w dniu 5 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 41/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2012 r. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.12.2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawiony zostały zarzuty naruszenia art. 7 ust.1, art. 100 ust.4 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące wynikiem żądania od wykonawców złożenia ważnego na dzień składania ofert pozwolenia na dopuszczenie do obrotu na terenie RP czynnika krzepnięcia VIII lub pozwolenia wydanego przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską wraz z charakterystyką produktu leczniczego. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego żądania.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołujący podnosił, iż wskazane dokumenty nie są dokumentami niezbędnymi, jakie zamawiający może żądać zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej. W ocenie odwołującego, żądanie złożenia wskazanych pozwoleń byłoby zasadne na etapie zaproszenia do składania ofert wykonawczych. Żądanie zamawiającego ogranicza konkurencję w ten sposób, iż wyłączona zostaje możliwość zaoferowania w trakcie trwania umowy ramowej (w ciągu 2 lat) innego czynnika krzepnięcia VIII aniżeli złożonego w ofercie na zawarcie umowy ramowej. Odwołujący wskazał na błędne traktowanie przedmiotowych pozwoleń, jako dokumentów podmiotów trzecich uprawnionych do kontroli jakości, potwierdzających, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu, czy też charakterystyka produktu leczniczego nie są zaświadczeniami, a wydające je organy nie są podmiotami uprawnionymi do kontroli jakości produktu leczniczego, którym na terenie RP jest Główny Inspektorat Farmaceutyczny i podległe mu Wojewódzkie Inspekcje Farmaceutyczne.

Żądanie złożenia pozwoleń na dopuszczenie do obrotu konkretnych (z nazwy i wytwórcy) czynników krzepnięcia, ogranicza dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy na dzień składania ofert w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej nie będą dysponować takimi pozwoleńiami (choć mogą nimi dysponować w czasie obowiązywania umowy ramowej), jak również podmiotom gospodarczym posiadającym koncesje na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, którzy uzyskają dostęp do przedmiotu zamówienia (zakupią od innego podmiotu), ale nie będą mogli przez okres 2 lat złożyć oferty wykonawczej. W ocenie odwołującego, żądanie tych pozwoleń od wykonawców w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1, jak i art. 100 ust. 4 ustawy Pzp.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Izba stwierdziła, iż kwestionowana czynność opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego kwalifikacji technicznych, jako wprowadzająca ograniczenia w dostępie do przedmiotu zamówienia, godziła w interes odwołującego, w tym znaczeniu, iż mogła uniemożliwić temu wykonawcy złożenie oferty i zawarcie umowy ramowej.

Zakresem zaskarżenia objęta została czynność opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w którym zamawiający wymagał od wykonawców złożenia ważnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu na terenie RP, tj. wydanego przez Ministra Zdrowia lub pozwolenia wydanego przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską (art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 06.09.2001 r. Prawo farmaceutyczne – Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) wraz z Charakterystyką Produktu Leczniczego (sekcja III.2.3 ogłoszenia). Opisane pozwolenia miały być złożone dla każdego przedmiotu zamówienia wskazanego w ofercie ramowej (pkt IV. II.6 siwz). Zamawiający we wskazanych zapisach siwz zastrzegł, iż w przypadku, gdy ważność pozwolenia na dopuszczenie do obrotu załączonego do oferty

ramowej wygaśnie w trakcie realizacji dostawy, wykonawca będzie zobowiązany każdorazowo, w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego do składania ofert wykonawczych, załączyć kopię ważnego aktualnego pozwolenia. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający również wskazał na obowiązek dostarczenia odbiorcom wraz z przedmiotem zamówienia kopii ważnego pozwolenia (...) wraz z charakterystyką produktu leczniczego (pkt I.1 siwz). W swojej argumentacji odwołujący powoływał się na odpowiedź zamawiającego z dnia 13.01.2012 r. udzieloną na pytanie nr 2, w której podkreślał, iż zgodnie z rozdziałem XIV pkt 5 siwz, możliwe jest zawarcie umowy wykonawczej jedynie na czynniki krzepnięcia zaoferowane przez wykonawcę w pkt III a oferty ramowej, co uniemożliwi ewentualną zmianę czynnika w trakcie obowiązywania umowy ramowej, np. w sytuacji utraty ważności pozwolenia.

Oceniając zasadność zarzutu dotyczącego żądania złożenia w postępowaniu, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej, pozwoleń na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, który miał być dostarczony w drodze późniejszych umów wykonawczych, wymagało odniesienia się do procedury wskazanej w art. 99 i nast. ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją, zawarcie umowy ramowej poprzedzone musi być postępowaniem przeprowadzonym z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Z odwołania się do przepisów regulujących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych według zasad ustalonych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeń wynika, iż wybór wykonawców odbywa się z grona podmiotów, które zgłosiły akces w postępowaniu. Zawarcie umowy ramowej poprzedzone jest procedurą, w której może uczestniczyć dowolna ilość podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia, co jednak nie oznacza, iż zamawiający został pozbawiony prawa do ustalenia warunków, których spełnienia będzie wymagał. W przypadku postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej, procedura wyboru wykonawców, z jakimi zostaną zawarte umowy ramowe nie odbiega w sposób zasadniczy od zwykłego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w jednym z trzech trybów wskazanych w art. 99 ustawy Pzp. Różnica sprowadza się do wyniku postępowania, w którym nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, a jedynie ustalenia warunków realizacji przyszłych zamówień, jakie zostaną udzielone w odrębnej procedurze. Realizacja przedmiotu zamówienia odbywa się w drodze odrębnych zamówień udzielanych wykonawcy lub wykonawcom, z którymi zostały zawarte umowy ramowe. Ich wybór poprzedzony zostaje oceną ofert ramowych stanowiącą rodzaj prekwalifikacji, dokonywanej zarówno na podstawie kryteriów podmiotowych, jak i przedmiotowych. Skoro w umowie ramowej, zgodnie z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, ustala się warunki dotyczące zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w dalszym okresie (w szczególności ceny i w razie potrzeby przewidywane ilości),

konieczne jest uprzednie stwierdzenie, czy wykonawca, z którym taka umowa miałaby być zawarta, jest zdolny do wykonania przedmiotu umowy wykonawczej. Takiemu celowi służyło żądanie od wykonawców złożenia ważnych pozwoleń na dopuszczenie do obrotu oferowanych w ofercie ramowej czynników krzepnięcia VIII wskazanych z nazwy i rodzaju. Żądanie przedłożenia stosownych pozwoleń znajduje umocowanie w ustawie Prawo farmaceutyczne, które wymaga uzyskania dopuszczenia do obrotu, z zastrzeżeniem wyłączeń wskazanych w art. 3 tej ustawy. W stosunku do przedmiotu zamówienia nie było sporne, iż stanowi on produkt leczniczy dopuszczany do obrotu na podstawie decyzji właściwego organu (Ministra Zdrowia, Rady Unii Europejskiej lub Komisji Europejskiej). Nie można na tej podstawie odmówić uznania tego dokumentu za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania na zawarcie umowy ramowej. Zamawiający był uprawniony do żądania od wykonawców wykazania, iż przedmiot wskazany w ofercie ramowej posiada wymagane dopuszczenie do obrotu, co stanowiło warunek, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezależnie od stwierdzenia, czy dopuszczenie do obrotu może być uznane za dokument wskazany w § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), żądanie jego złożenia znajduje umocowanie w rozporządzeniu, które w tym zakresie zawiera otwarty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia odpowiadania przez oferowane dostawy wymaganiom zamawiającego. W tym kontekście nie mogło znaleźć uznania argumentacja odwołującego o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Prowadzenie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej nie oznacza braku wymagań, na podstawie których zamawiający dokona wyboru wykonawców. Odwołujący dążył do wykreślenia obowiązku złożenia pozwolenia na etapie składania ofert ramowych, co umożliwiłoby wzięcie udziału w postępowaniu również tym wykonawcom, którzy na dzień składania ofertą nie będą dysponować przedmiotowym pozwoleniem. Dopuszczenie do oceny oferty złożonej na produkt, który nie uzyskał dopuszczenia do obrotu, stanowiłoby o naruszeniu uczciwej konkurencji w postępowaniu. Mogłoby to również prowadzić do sytuacji, w której zawarta zostałaby umowa ramowa z jednym wykonawcą, który w dacie złożenia oferty nie posiadał dopuszczenia do obrotu na oferowany produkt leczniczy i takiego uprawnienia nie uzyskałby w okresie objętym umową ramową, co stanowiłoby przeszkodę udzielenia zamówień wykonawczych. W ocenie Izby, możliwość utraty ważności pozwolenia w trakcie obowiązywania umowy ramowej, nie może mieć znaczenia dla stwierdzenia ograniczenia konkurencji w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Zamawiając przewidział bowiem siwz, iż w takim przypadku wykonawca będzie musiał załączyć w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert wykonawczych, kopię ważnego aktualnego pozwolenia. Wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia do ofert stosowanych deklaracji o złożeniu we właściwym czasie wniosku o przedłużenie ważności pozwolenia (sekcja III.2.3 ogłoszenia). Przywołane

postanowienia mają na celu zapewnienie udzielenia zamówień publicznych tylko tym wykonawcom, którzy mogą wykonać dostawy produktu leczniczego w czasie obowiązywania umowy ramowej. Żądania odwołującego zmierzają natomiast do odstąpienia przez zamawiającego od weryfikacji spełnienia warunku dotyczącego dostaw, znajdującego umocowanie w przepisach powszechnie obowiązujących.

W ocenie Izby, odwołanie należało oddalić jako bezzasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę stanowiącą uzasadniony koszt strony poniesiony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, wykazany złożonym przed zamknięciem rozprawy rachunkiem.

Przewodniczący: