

WYROK
z dnia 28 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka**

Protokolant: **Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 r. przez wykonawcę **O. A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. (...)**

przy udziale wykonawcy **S. P. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **O. A. z siedzibą w L. SZ,**
S. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **O. A. z siedzibą w L. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **O. A. z siedzibą w L. (...)** na rzecz **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w W., dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Koncentrat czynnika krzepnięcia VIII (osoczopochodnego lub rekombinowanego) z dostawą do magazynu depozytowego Narodowego Centrum Krwi*, znak postępowania: ZZP-203/17, część 2. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2017/S 188-384666) w dniu 30 września 2017 r.

W dniu 13 listopada 2017 r. wykonawca O. A. z siedzibą w L. (...), dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, a więc z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,
2. zaniechanie odrzucenia oferty S. P. Sp. z o.o., dalej: „Przystępujący”, chociaż podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
3. zaniechanie odrzucenia oferty S. P. Sp. z o.o. również z tego powodu, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, wobec nieprzedstawienia ważnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, czyli z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo iż dla części 2 zamówienia jest to oferta najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty nr 1 złożonej przez S. P. Sp. z o.o do części 2 zamówienia i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 4 złożonej do części 2 zamówienia przez O.A.;
3. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według

norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Oferta S. P. Sp. z o.o., zdaniem Odwołującego, podlegała odrzuceniu, ponieważ została złożona przez wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, a dodatkowo była niezgodna z SIWZ.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu do swojej oferty S. P. Sp. z o.o. nie załączyła ważnego zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej. Na str. 17-19 oferty przedłożyła decyzję zmieniającą zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej z 29 listopada 2016 r. wraz z aneksem nr 1 określającym zakres zezwolenia, udzielone B. P. Sp. z o.o. Ponadto, na str. 20 oferty S. P. Sp. z o.o. złożyła pismo skierowane do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, dalej „GIF”, - wniosek o zmianę w zezwoleniu na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, w którym poinformowała o zmianie nazwy spółki B. P. Sp. z o.o. na S. P. Sp. z o.o.

Odwołujący podnosił, że skutkiem typowej decyzji administracyjnej jest zmiana w sferze indywidualnych norm pierwotnych, polegająca na powstaniu, zniesieniu, względnie przeniesieniu powinności lub praw. Decyzja administracyjna jest w założeniu prawnie doniosłą czynnością o charakterze konstytutywnym, znamioną skutecznością; jej podjęcie implikuje co do zasady określone skutki prawne. Wskazywał, że skoro ustawowym obowiązkiem organów inspekcji farmaceutycznej jest sprawowanie nadzoru nad prawidłowym obrotem produktami leczniczymi, a ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2016 r. poz. 2142 ze zm.), dalej: „Prawo farmaceutyczne”, traktuje prowadzenie hurtowni farmaceutycznej za działalność reglamentowaną, w związku z czym wymaga, aby zmiana - nawet tylko zmiana danych - podmiotu prowadzącego hurtownię została usankcjonowana decyzją GIF.

Według Odwołującego nie było podstaw, aby twierdzić, że S. P. Sp. z o.o. przejęła od B. P. Sp. z o.o. uprawnienie do prowadzenia hurtowni farmaceutycznej w ramach sukcesji prawnej. Reglamentowany charakter takiej działalności sprawia, że przepisy ją regulujące muszą być interpretowane ściśle. Zatem na dzień składania ofert spółka S. P. Sp. z o.o. nie była uprawniona do prowadzenia hurtowni zgodnie z przepisami Prawa farmaceutycznego.

Ponadto, zamiast złożenia wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, ważnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, S. P. sp. z o.o, na str. 8- 16 złożyła:

- Decyzję nr UR/ZM/0119/16 o zmianie podmiotu odpowiedzialnego w pozwoleniu nr 12150 na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego z dnia 30 września 2016 r.,

- Decyzję nr UR/ZM/0120/16 o zmianie podmiotu odpowiedzialnego w pozwoleniu nr 12154 na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego z dnia 30 września 2016 r.,
- Decyzję nr UR/ZM/0123/16 o zmianie podmiotu odpowiedzialnego w pozwoleniu nr 12151 na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego z dnia 30 września 2016 r.

W ocenie Odwołującego decyzja o zmianie podmiotu, nie jest rodzajowo tożsama z pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu. W szczególności nie jest powiedziane, że nie doszło do innych zmian pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Jediną decyzją, która może być rodzajowo traktowana tożsamo z pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu jest decyzja o przedłużeniu pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, w przypadku jeżeli pozwolenie zostało wydane na czas określony. W efekcie S. P. Sp. z o.o. była zobowiązana udokumentować, że ofertuje produkt, który jest objęty jej ofertą, poprzez przedstawienie decyzji źródłowej (pozwolenia) wraz z jej ewentualnymi zmianami.

Odwołujący podkreślał, że pozwolenie na dopuszczenie do obrotu było dokumentem wymaganym przez Zamawiającego obligatoryjnie oraz takim, który musiał zostać koniecznie załączony do oferty (niepodlegającym uzupełnieniu). Podnosił, iż zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-336/12 M. w pewnych sytuacjach wymaganych dokumentów nie można uzupełnić, na przykład jeśli w SIWZ określono, że dany dokument musi być obowiązkowo złożony. Oczywiście w kontekście postawionego wyżej zarzutu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzut nieudokumentowana spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego, nie ma jego zdaniem decydującego znaczenia. Zamawiający bowiem, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wzywa do złożenia brakujących dokumentów w przypadku, jeśli mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca S. P. Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazywał, że doszło do połączenia spółek: B. P. Sp. z o.o. i S. P. Sp. z o.o. Spółką przejmującą była B. P. Sp. z o.o., natomiast spółką przejmowaną S. P. Sp. z o.o. Połączenie nie skutkowało więc żadną zmianą podmiotową po stronie B. P. Sp. z o.o. Przejęcie miało charakter sukcesji uniwersalnej, to jest B. P. Sp. z o.o. stała się stroną praw i obowiązków spółki S. P. Sp. z o.o., w tym decyzji i zezwoleń. Jednocześnie przepisy prawa nie zawierają żadnych postanowień dotyczących następstwa prawnego po stronie spółki przejmującej (B. P. Sp. z o.o.). Przepisy te regulują jedynie następstwo prawne po spółce przejmowanej. Wynika to z faktu, że w odniesieniu do spółki przejmującej nie następuje żadna zmiana podmiotowa. Spółka przejmująca trwa w sposób niezmienny. Aktualnie S. P. Sp. z o.o. (tzw. „nowe S.”) działa pod dotychczasowym

numerem NIP, KRS oraz REGON (tym samym co wcześniej B. P. Sp. z o.o.), zgodnie ze zmianą nazwy spółki dokonaną od dnia 2 października 2017 r.

W ocenie Przystępującego nieuprawniony jest zarzut Odwołującego dotyczący braku uprawnień do prowadzenia hurtowni w związku z sukcesją uniwersalną, bowiem w ramach sukcesji uniwersalnej decyzje są przenoszalne (zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 ze zm.), dalej: „ksh”, na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną przechodzą z dniem połączenia w szczególności zezwolenia, koncesje oraz ulgi, które zostały przyznane spółce przejmowanej albo którejkolwiek ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji lub ulgi stanowi inaczej). W niniejszym stanie faktycznym jest to jednak irrelewantne, gdyż w odniesieniu do spółki przejmującej nie następuje żadna zmiana podmiotowa - spółka przejmująca trwa w sposób niezmieniony. Podmiotem uprawnionym do prowadzenia obrotu hurtowego na podstawie zezwolenia wydanego przez GIF była B. P. Sp. z o.o., która jedynie zmieniła nazwę spółki na S. P. Sp. z o.o. Zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 13 Prawa farmaceutycznego obowiązkiem przedsiębiorcy prowadzącego działalność polegającą na prowadzeniu hurtowni farmaceutycznej jest w przypadku zmiany danych określonych w zezwoleniu złożenie, w terminie 14 dni od dnia wystąpienia zmiany, wniosku o zmianę zezwolenia. Taki wniosek, o aktualizację danych w zakresie nazwy spółki został niezwłocznie złożony w ustawowym terminie.

Zdaniem Przystępującego zmiana danych określonych w zezwoleniu ma charakter deklaratoryjny, gdyż stanowi jedynie potwierdzenie zmiany, która zaszła w nazwie i adresie przedsiębiorcy, a nie stanowi zmiany przedsiębiorcy (strony decyzji) i przedsiębiorca nie nabywa żadnego nowego prawa na jego podstawie. Taki charakter zmian wynika również z treści art. 78 ust. 1 pkt 13 Prawa farmaceutycznego, gdyż przedsiębiorca zobowiązany jest do złożenia wniosku o zmianę zezwolenia dopiero po wystąpieniu danej zmiany danych określonych w zezwoleniu. Żaden przepis prawa nie skutkuje też wygaszeniem, skróceniem, zawieszeniem uprawnienia do prowadzenia obrotu produktami leczniczymi w przypadku zmiany nazwy przedsiębiorcy, a jedynie taka zmiana miała miejsce w niniejszej sprawie. Interpretacja przeciwna - na którą powołuje się Odwołujący - oznaczałaby, iż przy zmianie nazw ulicy (np. z uwagi na zmiany administracyjne) przedsiębiorca nie mógłby prowadzić działalności objętej zezwoleniem z uwagi na brak aktualizacji danych w rejestrze.

W zakresie drugiego zarzutu, dotyczącego braku przedłożenia pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, a przedłożenia jedynie decyzji o zmianie podmiotu odpowiedzialnego Przystępujący wskazywał, że podstawę prawną przedłożonych decyzji administracyjnych stanowi art. 7 ust. 2 w zw. z art. 32 Prawa farmaceutycznego. Zgodnie natomiast z art. 32 ust. 1 Prawa farmaceutycznego, w przypadku zmiany podmiotu

odpowiedzialnego Prezes Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, dalej: „Prezes Urzędu”, wydaje nowe pozwolenie na podstawie wniosku osoby wstępującej w prawa i obowiązki dotychczasowego podmiotu odpowiedzialnego. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Produkty lecznicze Immunate były dostępne w Polsce od 2006 r., na podstawie pozwolenia wydanego pierwotnie na rzecz B. AG. W związku ze zmianą podmiotu odpowiedzialnego, Prezes Urzędu wydał nowe decyzje administracyjne na rzecz B. P. Sp. z o.o. Te decyzje są jedynymi decyzjami wydanymi na rzecz nowego podmiotu odpowiedzialnego i potwierdzają w swojej treści zakres udzielonego pozwolenia, w tym m.in. okres wydanego pozwolenia. Kopie tych właśnie decyzji zostały przedłożone do niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 28 listopada 2017 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, że pierwotnie wykonawca, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę jako S. P. Sp. z o.o. prowadził działalność gospodarczą pod firmą B. P. Sp. z o.o. Na potrzeby swojej działalności - jeszcze przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu - B. P. Sp. z o.o. uzyskała decyzję GIF nr GIF-N-411/397/3-2/AKP/16 - zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej. Następnie dnia 2 października 2017 r. B. P. Sp. z o.o. połączyła się w trybie art. 492 § 1 pkt 1 w zw. z art. 516 § 6 ksh z S. P. Sp. z o.o., przy czym spółką przejmującą była B. P. Sp. z o.o. Jednocześnie dnia 2 października 2017 r. B. P. Sp. z o.o. zmieniła firmę, pod którą prowadzi działalność gospodarczą, na S. P. Sp. z o.o. Powyższe oznacza, że nie doszło do sukcesji prawnej między B. P. Sp. z o.o. a S. P. Sp. z o.o. w zakresie działalności prowadzonej dotychczasowo przez B. P. Sp. z o.o. Jest to dokładnie ten sam podmiot trwający jako jedna osoba prawna, tyle że prowadzący od dnia 2.10.2017 r. działalność pod inną firmą.

Zamawiający wskazywał ponadto, że S. P. Sp. z o.o. legitymuje się tymi samymi numerami NIP, KRS oraz REGON co B. P. Sp. z o.o. Jednocześnie nie doszło do wykreślenia B. Sp. z o.o. z KRS, a jedynie do zmiany danych. Podnosił również, że w świetle przepisów Prawa farmaceutycznego zmiana nazwy przez podmiot uprawniony nie powoduje wygaśnięcia zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej.

W zakresie zaś drugiego zarzutu oświadczył, że dokumenty złożone przez wykonawcę S. P. Sp. z o.o. są prawidłowe i odpowiadają jego wymaganiom. Właśnie te decyzje (tj. decyzje zawierające nowe pozwolenie po zmianie podmiotu odpowiedzialnego) - są decyzjami istniejącymi w obrocie prawnym, natomiast decyzje, które zostały kilka lat wcześniej wydane jako pierwsze (a o których pisze Odwołujący) - nie istnieją w obrocie prawnym. Decyzje te stanowią nowe pozwolenia, obowiązujące na dzień składania ofert. Jego zdaniem żądanie przez Odwołującego złożenia poprzednich pozwoleń jest sprzeczne z przepisami prawa.

W ocenie Zamawiającego z przedłożonych wraz z ofertą decyzji wynika, że wykonawca S. P. Sp. z o.o. (wcześniej B. P. Sp. z o.o.) jest podmiotem posiadającym pozwolenie na dopuszczenie do obrotu następujących produktów leczniczych: Immunate 250 IU FN/III/190 IU VWF (pozwolenie nr 12150), Immunate 500 IU FVIII/375 IU VWF (pozwolenie nr 12154), Immunate 1000 IU FVIII/750 IU VWF (pozwolenie nr 12151).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa koncentratu czynnika krzepnięcia VIII (osoczopochodnego lub rekombinowanego) z dostawą do magazynu depozytowego Narodowego Centrum Krwi.

Zgodnie z SIWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał ważny wpis do właściwego rejestru wytwórców lub importerów/ eksporterów produktu leczniczego lub ważny wpis do rejestru hurtowni farmaceutycznych (Rozdział III pkt 2.1 SIWZ). Na potwierdzenie powyższego żądał przedłożenia ważnego zezwolenie na wytwarzanie lub import produktu leczniczego (w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - dokument równoważny) lub ważnego zezwolenie naprowadzenie hurtowni farmaceutycznych (Rozdział IV pkt 2.1 SIWZ). Ponadto, *Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest potwierdzić kopia właściwego dokumentu, tj. złożyć wraz z oferta (warunki przedmiotowe):*

- *Ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu na terenie RP*

lub

- *Ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską. (Rozdział V pkt 2.1 SIWZ)*

W wyznaczonym terminie, tj. 13 października 2017 r., złożono cztery oferty w zakresie części 2 zamówienia. W dniu 17 października 2017 r. Zamawiający skierował do S. P. Sp. z o.o. wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących wymogu określonego w rozdziale IV pkt 1 i 2 SIWZ. W

odpowiedzi S. P. Sp. z o.o. pismem z dnia 23 października 2017 r. poinformowała, że ważność zachowuje zezwolenie wydane na rzecz B. P. Sp. z o.o., które nie wygasło.

Zamawiający pismem z dnia 25 października 2017 r. zwrócił się do GIF z pytaniem, czy w przypadku gdy spółką przejmującą była B. P. Sp. z o.o., która zmieniła nazwę na S. P. Sp. z o.o. może się ona powoływać na koncesje wydane dla B. P. Sp. z o.o.

Pismem z dnia 2 listopada 2017 r. GIF poinformował, że w dniu 24 października 2017 r. dokonał zmiany zezwolenia wpisując w jego treść jako podmiot uprawniony do prowadzenia obrotu hurtowego przedsiębiorcą S. Sp. z o.o. W tym samym dniu Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. S. P. Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba, na podstawie na art. 190 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu z decyzji na dopuszczenie do obrotu produktów leczniczych wydanych na rzecz Odwołującego oraz Baxter AG, składanych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Okolicznościom, które mają być przedmiotem ustalenia nie sposób przypisać istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Po pierwsze, należy zauważyć, że za pomocą tych dowodów nie można ustalić, w których konkretnie postępowaniach były składane przedłożone dokumenty. Po drugie, Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Sam fakt, iż w innym, bliżej nieznanym postępowaniu, złożono w sposób odmienny dokumenty nie może stanowić zarzutu wobec Zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się

wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. To zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, formułując i opisując go w sposób jednoznaczny i konkretny.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał ważny wpis do właściwego rejestru wytwórców lub importerów/eksporterów produktu leczniczego lub ważny wpis do rejestru hurtowni farmaceutycznych (Rozdział III pkt 2.1 SIWZ). Na potwierdzenie powyższego żądał przedłożenia ważnego zezwolenie na wytwarzanie lub import produktu leczniczego (w przypadku Wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - dokument równoważny) lub ważnego zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznych (Rozdział IV pkt 2.1 SIWZ).

Przystępujący załączył wraz z ofertą zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej o numerze GIF-N-411/397/2-3/TL/16, gdzie wskazano nazwę przedsiębiorcy: B. P. Sp. z o.o., KRS: 0000519177 oraz REGON: 147362835. W piśmie przekazanym Zamawiającemu w dniu 23 października 2017 r. wyjaśnił, że połączenie spółek B. P. Sp. z o.o. oraz S. P. Sp. z o.o. nastąpiło w trybie art. 492 §1 pkt 1 w zw. z art. 516 §6 ksh, spółką przejmującą była B. P. Sp. z o.o., a spółką przejmowaną S. P. Sp. z o.o. Zatem, spółka B. P. Sp. z o.o. przejęła spółkę S. P. Sp. z o.o. a następnie zmieniła firmę, pod którą prowadzi działalność gospodarczą, na S. P. Sp. z o.o. Warto zaznaczyć, że S. P. Sp. z o.o. legitymuje się tymi samymi numerami NIP, KRS oraz REGON, co B. P. Sp. z o.o. Jednocześnie nie doszło do wykreślenia B. Sp. z o.o z KRS, a jedynie do zmiany danych.

Zdaniem Izby wykonawca S. P. Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą ważne zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej. Zmiana brzmienia firmy jako nazwy, pod którą przedsiębiorca prowadzi swoje przedsiębiorstwo nie powoduje zmiany samego podmiotu prawa, który zachowuje swój dotychczasowy byt. Zmianie ulega tylko oznaczenie podmiotu jako adresata określonych praw wynikających z decyzji administracyjnej. Zgodnie z art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 ze zm.), dalej: „kpa”, oznaczenie strony jest elementem obowiązkowym decyzji. W przypadku osoby prawnej jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, za prawidłowe oznaczenie strony należy uznać tylko takie, które jest zgodne z ujawnionym wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Zgodnie z art. 76 ust. 1 pkt 1 Prawa farmaceutycznego zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej zawierać powinno m.in. firmę oraz adres i siedzibę wnioskodawcy, numer wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, a także numer REGON. Ponadto, zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 13 Prawa farmaceutycznego do obowiązków przedsiębiorcy prowadzącego działalność polegającą na prowadzeniu hurtowni farmaceutycznej należy w przypadku zmiany danych określonych w zezwoleniu złożenie, w terminie 14 dni od dnia wystąpienia zmiany, wniosku o zmianę zezwolenia.

Przystępujący uczynił zadość ww. obowiązkowi, a do oferty załączył wnioski o zmianę zezwolenia w zakresie zmiany firmy. Zgodnie z decyzją z dnia 24 października 2017 r. podmiotem uprawnionym do prowadzenia hurtowni farmaceutycznej jest S. P. Sp. z o.o. Decyzja ta została wydana na podstawie art. 74 ust. 2 Prawa farmaceutycznego oraz art. 155 kpa. Jak słusznie wskazuje orzecznictwo, np. w wyroku WSA w Warszawie z dnia 1 czerwca 2007 r., sygn. akt VII SA/Wa 367/07 (choć wydanym w zupełnie innym stanie faktycznym) *w trybie art. 155 KPA możliwa jest jedynie zmiana w zakresie przedmiotu decyzji, niedopuszczalna jest natomiast zmiana podmiotu decyzji*. Oznacza to, że decyzja z dnia 24 października 2017 r. była aktualizacją danych zawartych w zezwoleniu, a nie zmianą podmiotu. Zatem jedyną ważną decyzją jaka obowiązywała w terminie składania ofert była ta dołączona do oferty Przystępującego.

Jak słusznie podnosił Zamawiający, decyzja wydawana przez GIF stanowi *de facto* tekst jednolity, wskazując zakres zezwolenia określony załącznikiem do decyzji, a tożsamość numerów zezwolenia, REGON i KRS B. P. Sp. z o.o. i obecnego S. P. Sp. z o.o. potwierdza, że mamy do czynienia z tym samym podmiotem wymienionym w treści zezwolenia na prowadzenie działalności farmaceutycznej, o zmienionej jedynie firmie.

W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy S. P. Sp. z o.o. oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy należy uznać za bezzasadne.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W ocenie Izby brak było podstaw do twierdzenia, iż dokumenty złożone przez wykonawcę S. P. Sp. z o.o. nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Przystępujący przedstawił ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktów leczniczych na terenie Polski, przedkładając decyzje zawierające nowe pozwolenie po zmianie podmiotu odpowiedzialnego. Zgodnie z art. 32 Prawa farmaceutycznego *W przypadku zmiany podmiotu odpowiedzialnego Prezes Urzędu wydaje nowe pozwolenie na podstawie wniosku osoby wstępującej w prawa i obowiązki dotychczasowego podmiotu odpowiedzialnego*.

Decyzja wydana na rzecz nowego podmiotu odpowiedzialnego wchodzi w życie nie później niż 6 miesięcy od dnia jej wydania. Nowe pozwolenie jest wydawane nie później niż w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku i zachowuje dotychczasowy numer oraz kod zgodny z systemem EAN UCC.
(podkreślenie Izby).

Jednocześnie Izba nie odniosła się do możliwości uzupełnienia kwestionowanych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem o prawidłowości złożonych wraz ofertą Przystępującego pozwoleń na dopuszczenie do obrotu produktów leczniczych, Izba wypowiedziała się w niniejszym wyroku, więc argumentację dotyczącą możliwości uzupełniania ww. dokumentów uznała za bezprzedmiotową.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty Zamawiającego stwierdzone fakturą VAT złożone przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: