

WYROK
z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez wykonawcę: **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August-Otto-Str. 7a, D-56357, Holzhausen**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02-781 Warszawa, ul. W. K. Roentgena 5**,

przy udziale wykonawcy **VOXEL S.A., 30-663 Kraków, ul. Wielicka 265**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę: **VOXEL S.A., 30-663 Kraków, ul. Wielicka 265** i: zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August-Otto-Str. 7a, D-56357, Holzhausen**, tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawcy **VOXEL S.A., 30-663 Kraków, ul. Wielicka 265**, na rzecz Odwołującego **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August-Otto-Str. 7a, D-56357, Holzhausen**, kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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 Warszawie.

Przewodniczący:

KIO 1063/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa preparatu ¹⁸F-FDG (fluorodeoksyglukoza) do diagnostyki nowotworów metodą PET/CT.

W dniu 26 maja 2014 r., wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Voxel S.A. z siedzibą w Krakowie i w konsekwencji wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy jak i zaniechania wykluczenia go z postępowania odwołanie złożył wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, z siedzibą Holzhausen w Niemczech, [dalej także, jako „Eckert & Ziegler”]. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Voxel S.A. w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim Wykonawca zaoferował dostawę preparatu ¹⁸F-FDG o mniejszej aktywności niż określona zapisami SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 26 ust. 2a, ust. 2b i ust. 3

Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Voxel S.A. z postępowania, pomimo, że Wykonawca ten – mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotu;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Voxel S.A., w sytuacji, gdy jego oferta podlega odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert, a w ich wyniku odrzucenia oferty wykonawcy Voxel S.A. oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W iż uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, Zamawiający dopuścił dostawę zamawianego preparatu farmaceutycznego maksymalnie w 4 fiolkach, przy czym tak dostarczony preparat ma zgodnie z SIWZ osiągnąć aktywność nie mniejszą niż 12900MBq, czyli 12,9 GBq. Dalej Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z kartą Charakterystyki Produktu Leczniczego złożoną przez wykonawcę Voxel S.A., oferowany przez niego preparat o nazwie Steripet zawiera w 1 ml roztworu do wstrzykiwania 250 MBq w dniu i godzinie

kalibracji, przy czym całkowita aktywność fiołki w dniu i godzinie kalibracji wynosi od 250 MBq do 2,5 GBq. Oznacza to zatem, że maksymalna aktywność produktu leczniczego Steripet dla 10 ml roztworu w 1 fiołce wnosi maksymalnie 2,5 GBq. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż mając na uwadze, że postanowienia SIWZ dopuszczają dostawę maksymalnie w 4 fiolkach, w świetle Charakterystyki Produktu Leczniczego zaoferowanego przez Voxel S.A. wykonawca ten może dostarczyć preparat farmaceutyczny o maksymalnej aktywności 10.000 MBq, co oznacza, że preparat ten nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż jedynym wiarygodnym dokumentem w oparciu, o który Zamawiający mógł i powinien ocenić aktywność produktu leczniczego zaoferowanego przez Voxel S.A. jest Charakterystyka Produktu Leczniczego. Odwołujący wskazywał, iż informacje istotne dla merytorycznej oceny oferty w zakresie przedmiotu zamówienia (w tym przypadku preparatu ¹⁸F-FDG o aktywności 12.900 MBq w dniu dostawy z kalibracją na godzinę 8.30), powinny wynikać z decyzji o dopuszczeniu do obrotu tego preparatu, w tym Charakterystyki Produktu Leczniczego, podczas gdy z dokumentów przedłożonych przez Voxel S.A. to nie wynika. Odwołujący podnosił również, iż bez znaczenia prawnego pozostają techniczne możliwości wykonawcy do wyprodukowania preparatu z wyższą aktywnością, na które wskazywał w wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2014 r. W ocenie Odwołującego, stanowisko wykonawcy, jego oświadczenia, nie mogą zaprzeczać, zmieniać treści Charakterystyki Produktu Leczniczego, z której wynika inna (niższa) aktywność preparatu ¹⁸F-FDG niż żądana przez Zamawiającego. W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Voxel S.A. z uwagi na niespełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazywał, iż wykonawca ten załączył do swojej oferty list referencyjny z dnia 13 marca 2014 r., wystawiony przez Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie potwierdzający fakt należytego wykonania na rzecz tego podmiotu dostawy FDG o wartości 518.400,00 zł brutto, co powoduje, że dostawa ta, z uwagi na jej wartość nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego również druga przedstawiona przez wykonawcę Voxel S.A. dostawa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, iż z listu referencyjnego wystawionego przez Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr Edwarda Hankego wynika, że wykonawca Voxel S.A. realizuje na rzecz Centrum od dnia 2 stycznia 2014 r., dostawę radiofarmaceutyku ¹⁸F-FDG, a więc - licząc na dzień wystawienia referencji - od dwóch miesięcy. Wartość dostaw objętych przedmiotem umowy zawartej pomiędzy stronami na 13 miesięcy to 2.681.808,48 zł, niemniej z uwagi na fakt, że strony dopiero rozpoczęły realizację przedmiotowej umowy, wykonawca Voxel na dzień udzielenia referencji może wykazać się doświadczeniem w zrealizowaniu na rzecz Centrum dostaw jedynie o wartości 400.000,00 zł (2/3 wartości umowy). Zdaniem odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzają również dokumenty złożone przez

wykonawcę Voxel S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 maja 2014 r. W ocenie Odwołującego przedłożone przez wykonawcę Voxel S.A. porozumienie z dnia 2

kwietnia 2014 r. dotyczące udostępnienia jemu wiedzy i potencjału przez firmę Advanced Accelerator Applications nie czyni zadość wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego na jego podstawie nie sposób ocenić czy Voxel S.A. będzie rzeczywiście dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci sprowadził się bowiem do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, konsultacji oraz opinii, jedynie w zakresie przestrzegania procedur przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, nie sposób wyobrazić sobie taką formę polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, na jakiej opiera się Voxel S.A., zasoby te są bowiem nierozdzielnie związane z podmiotem trzecim i nie jest możliwy obrót nimi, bez uprzedniego zaangażowania tej firmy w wykonanie zamówienia. Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż skoro udział podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji zamówienia jest niezbędny gdyż udostępniany potencjał jest nierozdzielnie związany z tym podmiotem, to wykonawca Voxel S.A. winien był załączyć dokumenty podmiotowe dotyczące tego podmiotu. Ponadto w ocenie Odwołującego, zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał zostało złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Voxel S.A. podczas gdy z art. 26 ust. 2b Pzp wynika, że wykonawca składa pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał, tj. w oryginale. Tym samym Odwołujący stwierdził, iż mając na względzie, że złożone przez Voxel S.A. w ramach wyjaśnień dokumenty nie odpowiadały przepisom Pzp, rozporządzenia oraz wymogom SIWZ, a wykazane przez niego wcześniej doświadczenie nie potwierdzało spełniania warunku, wykonawca Voxel S.A. winien być wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa preparatu ¹⁸F-FDG (fluorodeoksyglukoza) do diagnostyki nowotworów metodą PET/CT.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2014 r., pod numerem 2014/S 038-062505.

Zgodnie z postanowieniami pkt VIII.2. SIWZ w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców oraz załączeniu dokumentu potwierdzającego, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wymagał wykazania wykonania lub wykonywania, co najmniej 1 dostawy (umowy) o wartości nie mniejszej niż: 1.400.000,00 zł. Zgodnie z postanowieniami pkt. VIII.5. SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający wymagał przedłożenia:

- 1) świadectwa rejestracji i świadectwa dopuszczenia do obrotu zgodnie z art. 14 ust. 1 i ust. 9 ustawy z dnia 6 września 2001 r., - przepisy wprowadzające ustawę Prawo farmaceutyczne (Dz. U. nr 126, poz. 1382 ze zm.) potwierdzające, że oferowany preparat farmaceutyczny jest przedmiotem obrotu na terytorium RP lub posiada pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne;
- 2) kartę charakterystyki produktu leczniczego, zachowującą swą ważność na dzień składania ofert;
- 3) ulotkę w języku polskim z informacją przechowywania preparatu;
- 4) instrukcję opisującą procedurę zwrotu przez zamawiającego wykonawcy pojemnika po preparacie farmaceutycznym.

Ponadto zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zobowiązany jest do przedstawienia (dołączenia do oferty) w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania. Ponadto zamawiający wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że

tym potencjałem będzie dysponował. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. A w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Ponadto w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego zamawiający żądał przedłożenia dokumentów potwierdzających:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- 3) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

4) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z pkt XIV.2. SIWZ zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował kryterium ceny, nadając jej wagę 100%.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ ustaloną modyfikacją zamawiającego z dnia 25 marca 2014 r., zamawiający wymagał dostarczania zamówionego preparatu farmaceutycznego o aktywności nie mniejszej niż 12900 MBq z kalibracją na godz. 8.30 do siedziby zamawiającego najpóźniej do godziny 8.30. Zamawiający dopuścił możliwość dostawy preparatu w dwóch transportach: pierwsza dostawa od 8.00 do 8.30, druga dostawa nie później niż do godz. 11.30, tak aby zapewniona była ciągłość pracy. Każdorazowa dostawa powinna być maksymalnie w dwóch fiolkach. Dostarczony preparat będzie sprawdzany pod kątem żądanej aktywności w Pracowni Radiochemicznej Kliniki Endokrynologii Onkologicznej i Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii przez dostępny miernik w momencie odbioru w obecności upoważnionego przedstawiciela wykonawcy i zamawiającego.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 17 kwietnia 2014 r., swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH na kwotę 2.438.640,00 zł brutto,
- 2) Voxel S.A. na kwotę 2.343.600,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż wykonawca Voxel S.A. zaoferował preparat Steripet. Wykonawca załączył do oferty m.in.:

- 1) Zezwolenie na wytwarzanie produktu leczniczego o nazwie Steripet,
- 2) Pozwolenie nr 20437 na dopuszczeniu do obrotu produktu leczniczego o nazwie Steripet,
- 3) Kartę Charakterystyki Produktu Leczniczego Steripet.

Zgodnie z treścią pkt 2 karty charakterystyki, 1 ml roztworu do wstrzykiwań zawiera 250 MBq fludeoxyglucosum w dniu i godzinie kalibracji. Całkowita aktywność fiołki w dniu i godzinie kalibracji wynosi od 250 MBq do 2,5 GBq. Zgodnie z pkt 6.3 karty charakterystyki okres ważności produktu określono na, nie więcej niż 10 godzin od czasu produkcji.

W celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca Voxel S.A. załączył wykaz dostaw powołując się na doświadczenie w realizacji dostaw dla:

- 1) Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie o wartości 518.400,00 zł. Dostawa realizowana od 09.07.2013 r., do nadal.
- 2) Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii im. Dr Hankego SPZOZ o wartości 2.681.808,48 zł. Dostawa realizowana od 02.01.2014 r. do nadal.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Voxel S.A.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2014 r., skierowanym do zamawiającego, wykonawca Eckert & Ziegler wskazał, iż po zapoznaniu się z ofertą wykonawcy Voxel S.A., ofertę tę należało uznać za niezgodną z treścią SIWZ gdyż zaoferowany preparat nie osiągnie wymaganej w SIWZ aktywności. Ponadto wykonawca Eckert & Ziegler wskazywał, iż wykonawca Voxel S.A. winien być również wykluczony z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 8 maja 2014 r., zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 kwietnia 2014 r., jak i o tym, że dokona ponownej

oceny złożonych ofert. Jednocześnie w tym samym dniu, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę Voxel S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie, w określonym terminie, wykonawca Voxel S.A. wskazał, iż stoi na stanowisku, że dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia dostarczone wraz z ofertą w pełni odpowiadają postawionym w SIWZ wymaganiom. Jednocześnie wykonawca ten przedłożył wykaz uzupełniony o dostawę realizowaną na rzecz Instytut Curie w Paryżu o wartości 414.000,00 euro zastrzegając, iż uzupełnienie dokumentów nie może być interpretowane jako przyznanie przez Voxel S.A., że dokumenty złożone wraz z ofertą nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wraz z wykazem, wykonawca Voxel S.A. złożył pisemne zobowiązanie podmiotu Advanced Accelerator Applications z siedzibą we Francji, który udostępnił mu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią zobowiązania złożonego przez podmiot udostępniający: „(...) wykonawca będzie dysponował naszymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Stosunek łączący Wykonawcę oraz Inny Podmiot, gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, co zostaje zawarte w porozumieniu między Innym Podmiotem, a Wykonawcą. Porozumienie to obejmuje w szczególności zobowiązanie następującej treści:

1. Inny Podmiot oddaje do dyspozycji Wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie zdobyte przy realizacji podobnych zadań, tj. sukcesywnych dostaw radiofarmaceutyków. Wykonawca będzie uzyskiwał doradztwo, konsultacje oraz opinie w sprawie przestrzegania procedur przy realizacji zamówień.(...)
2. W przypadku udzielenia zamówienia Wykonawcy, przy wykonywaniu zamówienia, Inny Podmiot zobowiązuje się do systematycznego kontaktu oraz konsultacji co do sposobu wykorzystania potencjału wiedzy i doświadczenia oddanego do dyspozycji Wykonawcy.(...)
4. Inny Podmiot zobowiązuje się w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia tj. przestrzegania procedur realizacji świadczenia na dostawę radiofarmaceutyków do

koordynowania tych czynności w szczególności poprzez okresowe wizyty koordynatora przez cały okres zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę Voxel S.A. W oryginale zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wpłynęło do zamawiającego w dniu 22 maja 2014 r.

W dniu 15 maja 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Voxel S.A. Zamawiający nie wykluczył z przedmiotowego postępowania żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej oferty.

Powyższe jak i zamawiającego leżą u czynności zaniechania podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 27 maja 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Voxel S.A. stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 5 czerwca 2014 r., w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty oraz żądania przedstawione w odwołaniu.

W dniu 9 czerwca 2014 r. przystępujący Voxel S.A. złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Voxel S.A., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w

przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Voxel S.A., Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie braku prawidłowego wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Nie można zgodzić się z Przystępującym, iż już z dokumentów złożonych pierwotnie wraz z ofertą wynikało spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Bezspornie pierwsza dostawa

referencyjna nie odpowiadała swą wartością minimalnym wymogom postawionym przez Zamawiającego. Odnośnie drugiej dostawy referencyjnej realizowanej na rzecz Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii nie sposób uznać, iż na dzień składania ofert Przystępujący posiadał doświadczenie na poziomie określonym w warunkach udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się z Przystępującym, iż w przedmiotowej sprawie dla wykazania posiadania wymaganego doświadczenia wystarczające było wykazanie się zawarciem kontraktu na określoną minimalną kwotę. W ocenie Izby to, iż dany wykonawca nabył jakieś doświadczenia nie wynika z podpisania kontraktu na realizację danego zamówienia a wyłącznie z faktycznego wykonania danego zamówienia. Oczywiście nie oznacza to, iż wykonawcy pozbawieni są możliwości wykazywania się doświadczeniem nabywanym w trakcie realizacji w tym przypadku dostaw radiofarmacyków, choć jeszcze niezakończonych. Niemniej, w ocenie Izby, aby można było mówić o posiadaniu doświadczenia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie, w przypadku dostaw wykonywanych, wykonawca musi wykazać, że w określonym w warunku zakresie dostawy zrealizował, co stanowi o nabyciu przez niego wymaganego doświadczenia, niezależnie od tego że kontrakt nie został jeszcze w pełni wykonany. Tym samym, choć dostawa referencyjna realizowana na rzecz Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii od 2 stycznia 2014 r., opiewała na kwotę 2.681.808,48 zł to w świetle przedłożonych dokumentów nie sposób uznać, iż Przystępujący na dzień składania ofert nabył doświadczenie w realizacji dostawy o wartości nie mniejszej niż 1.400.000,00 zł, skoro na taką kwotę dostaw na rzecz wspomnianego podmiotu do upływu terminu składania ofert nie zrealizował. Nie można również zgodzić się z Przystępującym, iż w przedmiotowym postępowaniu stosując wykładnię literalną odpowiednich postanowień SIWZ za wystarczające dla wykazania się wymaganym doświadczeniem było realizowanie, wykonywanie dostawy o określonej wartości, niezależnie od stopnia zaangażowania na dzień składania ofert. W ocenie Izby, wykładnia literalna odpowiednich postanowień SIWZ, na które wskazywał Przystępujący może prowadzić wyłącznie do stwierdzenia, iż dopuszczalne było również posłużenie się doświadczeniem nabytym przy dostawach realizowanych, wykonywanych, a jeszcze niezakończonych. Tym samym, aby mówić o doświadczeniu należy odnosić się do dostaw zrealizowanych w ramach trwającego kontraktu. W ocenie Izby spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wynika również z dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz dostaw powołując się na potencjał podmiotu trzeciego. O ile swoim zakresem jak i wartością dostawa referencyjna odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ to nie można uznać, iż Przystępujący prawidłowo wykazał, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w określonym terminie przedłożył zobowiązanie podmiotu

udostępniającego swoje zasoby w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, co stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 26 ust. 2b zdanie drugie Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem wykonawca polegający na potencjale podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba wskazuje, iż przedłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w kopii poświadczonej przez Przystępującego za zgodność z oryginałem nie może być uznane za prawidłowe. Oceny powyższej nie może zmieniać przedłożenie przez Przystępującego w dniu 22 maja br. oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, gdyż nastąpiło ono z uchybieniem terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Tym samym należało uznać, iż Przystępujący Voxel S.A. nie wykazał spełnienia

warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie podziela argumentacji Odwołującego, co do obowiązku przedłożenia przez Przystępującego dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego a potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym z treści zobowiązania nie wynika, iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia, co niweczy obowiązek przedłożenia przez Przystępującego wskazanych wyżej dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego. W ocenie Izby mając na uwadze charakter przedmiotowego zamówienia nie można również uznać, iż z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika rzeczywisty dostęp do zasobów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwie treść zobowiązania wskazuje zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym czy wreszcie zakres i okres udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Voxel S.A, jako niezgodnej z treścią SIWZ, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego uznając zarzut ten za niezasadny. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, m.in. wymagał on przedłożenia świadectwa rejestracji i świadectwa dopuszczenia do obrotu, potwierdzające, że oferowany preparat farmaceutyczny jest przedmiotem obrotu na terytorium RP lub posiada pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską, jak też kartę charakterystyki produktu leczniczego, zachowującą swą ważność na dzień składania ofert. Bezspornie, Przystępujący w/w dokumenty w wymaganym

zakresie przedłożył. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, nie sposób zgodzić się, iż produkt leczniczy Steripet zaoferowany przez Przystępującego nie odpowiada wymogom SIWZ. Niewątpliwie Zamawiający wymagał dostarczenia preparatu o aktywności 12900 MBq w dniu dostawy z kalibracją na godzinę 8.30. w maksymalnie czterech fiolkach. Nie bez znaczenia pozostaje również to, iż aktywność produktu leczniczego Zamawiający oceniać będzie w momencie dostawy a więc na etapie realizacji. W ocenie Izby niezgodności treści oferty Przystępującego, co do w/w wymogów nie potwierdza karta charakterystyki produktu leczniczego Steripet załączona do ofert. Za nieracjonalne i nielogiczne w ocenie Izby należało uznać twierdzenie Odwołującego, iż zapis w karcie charakterystyki produktu Steripet o treści: „(...) 1 ml roztworu do wstrzykiwań zawiera 250 MBq fludeoxglucosum w dniu i godzinie kalibracji. Całkowita aktywność fiołki w dniu i godzinie kalibracji wynosi od 250 MBq do 2,5 GBq.” należy odnosić do dnia i godziny kalibracji wskazanej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Skoro jak stwierdził sam Odwołujący, każdy zamawiający indywidualnie określa godzinę kalibracji i aktywność preparatu na wskazaną godzinę to trudno uznać, aby decyzja o dopuszczeniu do obrotu czy karta charakterystyki określające aktywność danego preparatu miały odnosić się do tych różnych godzin kalibracji jak i poziomu aktywności preparatu. Tym samym nie można uznać, iż karta charakterystyki określa aktywność produktu na moment wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego, iż to producent przy rejestracji produktu leczniczego wskazuje jego aktywność jak i moment, w którym dana aktywność występuje. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż w świetle danych zawartych w karcie charakterystyki produktu leczniczego Steripet, Przystępujący może dostarczyć Zamawiającemu preparat, którego aktywność na godzinę 8.30 będzie mogła wynosić maksymalnie 10 000 MBq, gdyż godziny kalibracji, w której preparat osiąga wskazaną w karcie aktywność nie można odnosić do godziny określonej przez Zamawiającego w SIWZ, a do godziny wskazanej przez producenta na etykiecie produktu przy zwalnianiu danej serii. Wartość stężenia aktywności „w dniu i godzinie kalibracji” oznacza czas, w którym moc leku jest taka jak podano w dokumentacji. Wcześniej ta wartość jest większa, a później mniejsza. Tak podana informacja będąca w istocie parametrem technologicznym serii, definiuje w sposób jednoznaczny poprzez wyrażone wzorem matematycznym prawo rozpadu promieniotwórczego, stężenie aktywności preparatu w dowolnym innym momencie czasu i nie może być interpretowana, jako maksymalne dopuszczalne stężenie aktywności danego preparatu. Tym samym nie można było uznać, iż Przystępujący nie miał możliwości zaoferowania preparatu, którego aktywność na godzinę kalibracji określoną przez Zamawiającego wynosiłaby nie mniej niż 12900 MBq co miałyby stanowić o niezgodności

jego oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby w świetle wymogów Zamawiającego, treść oferty Przystępującego odpowiada treści SIWZ. Dodatkowo, nawet gdyby uznać zasadność

argumentacji Odwołującego, (choć nie znajduje ona potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym), w przedmiotowym stanie faktycznym należałoby stwierdzić, że Przystępujący oferuje produkt leczniczy Steripet niezgodnie z decyzją o jego dopuszczeniu do obrotu, co nie leży w kognicji Izby

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 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).

Przewodniczący: