Sygn. akt: KIO 273/11

WYROK
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189,** od czynności zamawiającego, którym jest **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, al. Jerozolimskie 155/115**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność Zamawiającego unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, al. Jerozolimskie 155/115**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189,**

---

2) zasądzić kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, al. Jerozolimskie 155/115** na rzecz **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 273/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Aleje Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę szczepionki skoniugowanej przeciwko pneumokokom dla dzieci do 2 roku życia w liczbie 19.000 dawek.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 7-010100 dnia 12 stycznia 2011 roku.

W dniu 1.02.2011r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, opierając się na art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp zgodnie z którym, unieważnia się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie

publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Jako uzasadnienie do powyższej czynności Zamawiający podał, iż realizacja postępowania w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym i wymaga powtórnej analizy i przewartościowania przez zlecającego zamówienie, Główny Inspektorat Sanitarny oraz grona eksperckie.

Nadto wskazał, że zakup szczepionki przeciwko pneumokokom, zaplanowany dla dzieci z grup ryzyka, ponownie zostanie oceniony pod kątem wprowadzanych zmian w przepisach wykonawczych do ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi z dnia 5 grudnia 2008r., dotyczących obowiązkowych szczepień ochronnych.

Z powyższą czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący - GSK Services Sp. z o.o., Ul. Grunwaldzka 189, 60-322 Poznań i w dniu 10.02.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż unieważniając postępowanie w sprawie zamówienia publicznego naruszył w szczególności art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania, pomimo braku przesłanek warunkujących zastosowanie powyższego przepisu ustawy.

Z powyższych względów Odwołujący wnosił o:
1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu kontynuowania postępowania zgodnie z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 stycznia 2011 roku pod numerem 2011/S 7-010100.

Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania jest decyzją Zamawiającego i to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, na które się powołuje.

Zdaniem Odwołującego unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - w ogłoszeniu o wyniku postępowania winien był zatem wykazać rzeczywiste, kumulatywne zaistnienie podstaw z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zwrócił również uwagę, iż w ogłoszeniu z dnia 1 lutego 2011 roku Zamawiający nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji unieważnienia postępowania: nie przedstawił, na czym polega interes publiczny wymagający unieważnienia postępowania, nie uzasadnił ponadto, że w niniejszym postępowaniu zaszła zmiana okoliczności mająca charakter istotny i na czym ona polegała oraz tego, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiła przesłanka braku możliwości przewidzenia zmiany okoliczności oraz, że brak możliwości przewidzenia zmiany miał charakter zobiektywizowany.

Zauważył, że Zamawiający jako podmiot, który nie po raz pierwszy prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, a z racji działania przy Ministrze Zdrowia na etapie ogłoszenia postępowania posiada właściwe rozeznanie rynku farmaceutycznego związanego z zakupem szczepionek przeciwko pneumokokom powinien był przewidzieć wszelkiego rodzaju okoliczności mogące mieć wpływ na prawidłową organizację postępowania, w tym w szczególności oferowane ceny szczepionek oraz specyfikę przedmiotu zamówienia, stan prawny oraz ewentualne jego zmiany rzutujące na charakter zamówienia.

Według Odwołującego Zamawiający nie przedstawił stosownej argumentacji, aby podejmował jakiekolwiek działania w kierunku odpowiedniego zbadania rynku w tym zakresie oraz że zaszły istotne zmiany na rynku nie pozwalające na kontynuowanie postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 14.02.2011r.Pfizer Trading Polska sp. z o.o., ul. Postępu 17b, Warszawa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które zostało uznane przez Izbę za bezskuteczne z powodu uwzględnienia opozycji Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez Zamawiającego pism i wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.93 ust.1 pkt.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z poź. zm.).

Zebrany w sprawie materiał dokumentacyjny oraz wyjaśnienia Zamawiającego nie dały Izbie wystarczającej podstawy do uznania dokonanej przez niego czynności unieważnienia za mieszczącą się w granicach obowiązującego prawa.

Zdaniem Izby Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie powinien w sposób wyczerpujący i skonkretyzowany wykazać istnienie przesłanek określonych w art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia tego przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że

prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wystąpiła żadna istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć.

Dokumenty znajdujące się w aktach sprawy, a w szczególności pismo Departamentu Matki i Dziecka z dnia 25.01.2011r., l.dz. MZ-MD-270-1687-2/JK/11 skierowane do Zamawiającego(data wpływu 27.01.2011r.) w sprawie wyrażenia zgody na zmianę w SIWZ podanego terminu ważności przewidzianego dla dostaw szczepionki przeciwko pneumokokom do CBR wskazują, iż w dacie tej Zamawiający pozostawał w przekonaniu o legalności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z interesem publicznym.

Zmiana stanowiska Zamawiającego w tym zakresie nastąpiła wskutek wystąpienia Departamentu Matki i Dziecka MZ(pismo z dnia 31.01.2011r., l.dz.MZ-MD-270-1687-4/JK/11, data wpływu 1.02.2011r.) z prośbą o unieważnienie przedmiotowego przetargu z przyczyn, które następnie zostały powielone i przeniesione do uzasadnienia Zamawiającego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby wszystkie podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu do czynności unieważnienia przetargu przyczyny mają charakter pozorny, między innymi z powodu lakoniczności uzasadnienia i braku jego powiązania z przesłankami wymienionymi w przepisie art.93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Powoływanie się przez Zamawiającego na prowadzenie prac legislacyjnych wraz z uzgodnieniami(pismo z dnia 7.02.2011r, l.dz.GIS-EP-032-20-3/JP/10 Głównego Inspektora Sanitarnego, odpowiedź na przedmiotowe pismo z dnia 8.02.2011r., l.dz.MZ-MD-023-1231-22/JK/11 oraz projekt rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 lutego 2011r.w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych) mającymi na celu między innymi zmianę terminu wejścia w życie rozporządzenia w stosunku do dzieci od drugiego miesiąca życia do ukończenia 12 miesiąca życia urodzonych przed ukończeniem 37 tygodnia ciąży lub urodzonych z masą urodzeniową poniżej 2500g nie są okolicznościami, które wystąpiły po unieważnieniu przetargu i nie przesądzają o tym czy prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym czy nie.

Nadto Izba zauważa, że wszelkie zmiany aktów wykonawczych prawa powinny pozostawać w ścisłej korelacji z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba reprezentuje zapatrywanie w niniejszej sprawie, iż dalsze prowadzenie postępowania pozostaje w interesie publicznym, który należy wyprowadzać z treści przepisów prawa materialnego.

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi w pkt 20 Wykazu zakażeń i chorób zakaźnych wymienia inwazyjne zakażenia Streptococcus pneumoniae.

Przedmiot zamówienia obejmuje szczepionkę koniugowaną przeciwko pneumokokom, a zatem zapobiegającą chorobie zakaźnej ujętej w powyższym wykazie.

Interes publiczny w rozpatrywanym zakresie dotyczy zasad i trybu zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym zasad i trybu rozpoznawania i monitorowania sytuacji epidemiologicznej oraz podejmowania działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia, przecięcia dróg szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz uodpornienia osób podatnych na zakażenie.

Działania te mieszczą się w ramach zadań organów administracji publicznej w zakresie zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przejawiają się one także w realizacji zakupów szczepionek o wskazanym wyżej przeznaczeniu.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art.17 ust.1 cyt. ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi osoby, określone na podstawie ust. 10 pkt 2, są obowiązane do poddawania się szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym określonym na podstawie ust. 10 pkt 1, zwanym dalej "obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi".

Ustawodawca w art.17 ust.10 pkt 2 powyższej ustawy ustanowił delegację dla Ministra właściwego do spraw zdrowia do określenia, w drodze rozporządzenia, osoby lub grupy osób obowiązanych do poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym, wiek i inne okoliczności stanowiące przesłankę do nałożenia obowiązku szczepień ochronnych na te osoby.

Powyższe regulacje wyraźnie wskazują na celowość obowiązkowych szczepień ochronnych w ramach Programu Szczepień Ochronnych i potwierdzają istnienie interesu publicznego w zakupie szczepionek.

Izba również stwierdza, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych racjonalnych

argumentów na potwierdzenie nieprzewidywalności okoliczności powodujących, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W szczególności za takie nie można uznać zmian aktów prawnych niższej rangi niż ustawa, podczas gdy zamówienie zostało ogłoszone pod rządami ustawy przewidującej instytucję obowiązkowych szczepień ochronnych i zostały również na ten cel zabezpieczone środki budżetowe.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:

……