

Sygn. akt: KIO 1956/14

POSTANOWIENIE
z dnia 2 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez wykonawcę: „**Mylan**” **sp. z o.o. w Warszawie (02-777), Al. Komisji Edukacji Narodowej 95** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Krajowe Centrum ds. AIDS w Warszawie (02-829), ul. Samsonowska 1**

przy udziale wykonawcy: **Boehringer Ingelheim sp. z o.o. w Warszawie (02-675), ul. Wołoska 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Mylan**” **sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Mylan**” **sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Sprzedaż, magazynowanie i dostawa, do wskazanych przez Zamawiającego odbiorców, leków antyretrowirusowych - 39 części”* zostało wszczęte przez Krajowe Centrum ds. AIDS w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 158 - 283955) w dniu 20 sierpnia 2014 r.

W dniu 22 września 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawcy: „Mylan” sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym. Zostało ono, zgodnie z jego treścią, wniesione wobec udzielonych przez Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień odnoszących się do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołujący twierdził, iż Zamawiający wyłączając, w odpowiedzi na pytanie nr 25 w piśmie z dnia 12 września 2014 r., możliwość dokonania postulowanej przez wykonawcę zmiany treści SIWZ w zakresie opisu części 26 zamówienia wykluczył możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego do opisanego w SIWZ. Stanowić to miało, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 26 września 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Boehringer Ingelheim sp. z o.o. w Warszawie.

Jak ustaliła Izba na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego i poświadczonych przez niego za zgodność z oryginałem ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 158 - 283955) w dniu 20 sierpnia 2014 r. W pkt II.2.1 ogłoszenia w odniesieniu do części 26 Zamawiający zawarł następujący opis: *„Nevirapine / tabletki / 400 mg / 30 – liczba opakowań: 2650 opakowań”*. Zapis o tej samej treści zawarty został w SIWZ opublikowanej na stronie

internetowej zgodnie z pisemnym protokołem postępowania w dniu 18 sierpnia 2014 r. Zgodnie z pkt I.2 SIWZ przedmiot zamówienia podzielono na 39 części, a opis każdej z nich został zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ. Treść powołanego załącznika została przedstawiona wykonawcom w formie tabeli. Jej trzy pierwsze kolumny zostały opisane następująco: pierwsza: „nr części”, druga: „opis przedmiotu zamówienia nazwa chemiczna / dawka / jednostka/ liczba jednostek w opakowaniu” i odpowiednio trzecia: „liczba opakowań”. W odniesieniu do części 26 w powołanych kolumnach Zamawiający wpisał odpowiednio: pierwsza: „26”, druga: „Nevirapine / 400 mg / tabletki / 30” i trzecia: „2650 opakowań”.

Do dnia wniesienia rozpoznawanego przez Izbę odwołania Zamawiający trzykrotnie zmieniał treść ogłoszenia o zamówieniu (zmiany opublikowane w dniach: 22 sierpnia 2014 r. – 2014/S 160-287055, 12 września 2014 r. – 2014/S 175-308483 i 17 września 2014 r. – 2014/S 178-314060) i SIWZ – pisma odpowiednio z dnia 20 sierpnia 2014 r., z dnia 5 września 2014 r. (opublikowano zmienioną treść SIWZ) oraz z dnia 12 września 2014 r.

Wobec treści ostatniego z powołanych pism Odwołujący, zgodnie ze swoim oświadczeniem, wniósł odwołanie.

W ocenie Izby działanie podjęte przez Odwołującego ocenić należało jako spóźnione. Były one bowiem *de facto* skierowane nie wobec treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, ale wobec pierwotnej treści SIWZ, znanej wykonawcom już od dnia 18 sierpnia 2014 r. Jak ustaliła Izba, w pytaniu oznaczonym numerem 26 w piśmie z dnia 12 września 2014 r. wykonawca, które je zadał zawarł postulat zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 25 zamówienia poprzez dopuszczenie innej dawki leku tam opisanego. Zamawiający w odpowiedzi odmówił tej prośbie. Tym samym udzielona wykonawcom odpowiedź nie pociągała za sobą dokonania w treści SIWZ we wnioskowanym przez Odwołującego zakresie żadnych zmian. Tak jak to wskazano w pierwotnej treści SIWZ, tak też po udzieleniu wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 12 września 2014 r. Zamawiający nadal oczekiwał dostarczenia mu leku opisanego frazą: „Nevirapine / 400 mg / tabletki / 30”.

Faktem jest, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zmieniał decyzję co do ilości opakowań zamawianego leku, które wykonawcy zobowiązani byli mu w zakresie części 26 dostarczyć. Pierwotnie było to 2650 opakowań, od dnia 5 września 2014 r.: 3450 opakowań, zaś od dnia 12 września 2014 r.: 3120 opakowań (ilość ustalona zgodnie z odpowiedzią nr 12). Jednakże ten aspekt opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 26 nie był objęty zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego. Zmierzał on bowiem, zgodnie z żądaniem zawartym w rozpoznawanym odwołaniu, do dopuszczenia przez Zamawiającego jako równoważnego leku o innej dawce – obok „Nevirapine / 400 mg /

tabletki / 30' oczekiwał on uwzględnienia w opisie również „*Nevirapine / 200 mg / tabletki / 60'*”.

Mając na uwadze fakt, iż pierwotna treść SIWZ została opublikowana w dniu 18 sierpnia 2014 r., zaś ogłoszenia o zamówieniu w dniu 20 sierpnia 2014 r., a także uwzględniając regulację art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (termin na wniesienie odwołania w rozpoznawanej sprawie wynosił 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej), Izba uznała, że wniesienie odwołania zmierzającego do zmiany pierwotnie upublicznionej treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w dniu 22 września 2014 r. było działaniem spóźnionym, a tym samym odwołanie to zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: