

Sygn. akt: KIO/UZP 292/09

WYROK
z dnia 23 marca 2009r

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **CEFARM RZESZÓW Sp. z o.o., ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ, ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów** protestu z dnia **19 lutego 2009 r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ, ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **CEFARM RZESZÓW Sp. z o.o., ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPZOZ, ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów** na rzecz **CEFARM RZESZÓW Sp. z o.o., ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CEFARM RZESZÓW Sp. z o.o., ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2008 r. pod poz. 2008/S222-295562.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Sukcesywna dostawa Betaferonu inj.0,3mg/1,2mlx15amp.strz.-1280op.”

Zamawiającym jest Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie, ul. Lwowska 178a,33 -100 Tarnów zwany dalej “Zamawiającym”.

W dniu 9 marca 2009 r. zostało złożone odwołanie przez CEFARM RZESZÓW Sp. z o.o. ul. prof. L. Chmaja 6, 35 -021 Rzeszów zwany dalej “Odwołującym”.

Odwołanie zostało złożone w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia decyzją z dnia 12 lutego 2009 r. oraz brakiem rozstrzygnięcia protestu z dnia 19 lutego 2009r.

Odwołujący zakwestionował zasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U.2007r. Nr 223, poz. 1655 zm. Dz. U. 2008 r. Nr 171 poz. 1058) zwanej dalej "ustawą".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art.93 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania w tym przepisie;
2. naruszenie art.183 ust.5 ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności zgodnie z uwzględnionym protestem.

Odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego.

W odwołaniu zacytowano art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy zgodnie z którym Zamawiający miał prawo do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego wcześniej nie można było przewidzieć.

Odwołujący zaznaczył, że między otwarciem postępowania a decyzją o unieważnieniu postępowania powinny wystąpić nadzwyczajne okoliczności, które przy zachowaniu należytej staranności nie można było przewidzieć, a Zamawiający na ich wystąpienie nie miał wpływu. Również nadmienił, że interes publiczny to nie to samo co interes Zamawiającego, a w szczególności interes publiczny nie może być wiązany z ekonomiką działania Zamawiającego. Na poparcie tych twierdzeń przywołał wyrok Z.A. z 13 września 2004r. opublikowany UZP/ZO/-1446/04 LEX nr195261;wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 11 listopada 2005r. Sygn. akt III Ca 855/05, niepublik.; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 30 sierpnia 2006r., sygn. akt IXGa 115/06 , niepublik.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że przyczyną unieważnienia postępowania nie może być dynamika cen, która wyniosła średnio 13,34 %, jak podał Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania, która jest przejawem co najwyżej istnienia konkurencji na rynku, a nie nadzwyczajnych okoliczności, których nie można było przewidzieć.

Z takimi wahaniami cen Zamawiający powinien się liczyć i wystąpienie takich okoliczności nie stanowi utraty interesy publicznego do przeprowadzenia postępowania. Na poparcie

swojego twierdzenia Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 27 maja 2008r. o sygn. akt KIO/UZP 458/08.

Odwołujący wskazuje, że również jest nietrafna argumentacja Zamawiającego co do tego, że może Zamawiający nie otrzymać refundacji w ramach kontraktu z Narodowym Funduszem Zdrowia(NFZ), skoro obydwie oferty w przedmiotowym postępowaniu mieściły się w granicach wartości środków finansowych Zamawiającego przeznaczonych na przedmiotowe postępowanie.

W ocenie Odwołującego obniżenie wartości kontraktu przez NFZ może dotyczyć co najwyżej przyszłych kontraktów.

W przedmiotowym postępowaniu konkurencyjna do Odwołującego firma Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź (PGF) co prawda złożyła tańszą ofertę od Odwołującego, ale w jego ocenie spowodowane było to tym, że zaoferowany lek nie odpowiadał wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) pod względem jakościowym i funkcjonalnym, co potwierdził wyrok KIO z dnia 3 marca 2009r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP177/09.

Dlatego też porównywanie ofert Odwołującego i PGF nie może stanowić podstawy do uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący również wskazał, że Zamawiający w decyzji o unieważnieniu nie wskazał o jaki interes publiczny chodzi. W ocenie Odwołującego skoro NFZ przewidział finansowanie leku dla chorych na stwardnienie rozsiane to interes ten istnieje nadal i bezpodstawne jest stwierdzenie Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania, że nie leży w interesie publicznym kontynuowanie tego postępowania.

Odwołujący również kwestionuje uzasadnienie Zamawiającego, że celem unieważnienia postępowania jest osiągnięcie niższej ceny w kolejnym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ma podstaw do takiego twierdzenia wobec zmieniającego się rynku leków, który również dobrze może zaproponować w kolejnym postępowaniu wyższe, a nie jak spodziewa się Zamawiający niższe ceny.

Odwołujący podkreśla, że zawarcie umowy w granicach przyznanego kontraktu Zamawiającego z NFZ w żaden sposób nie godzi w interes Zamawiającego oraz pacjentów objętych terapią leku objętego przedmiotowym postępowaniem.

Odwołujący podkreśla, że NFZ zawraca w ramach przyznanego limitu środki na zakup interferonu beta 1, a przecież cena przez niego zaoferowana mieści się w limicie przyznanym przez NFZ.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał, że interes publiczny jest na tyle ważny, że można ograniczyć interes wykonawców co winno być spełnione, a na to twierdzenie przywołuje orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993r. , sygn. akt III ARN

49/93, OSNC 1994 , nr 9 poz.181). Działanie Zamawiającego narusza interes wykonawcy, a z pewnością interes obrotu prawnego.

Odwołujący uważa, że takie jak w przedmiotowym postępowaniu zachowanie Zamawiającego powodowałoby nieograniczone możliwości unieważniania postępowań co narusza zapisy art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, na które powołuje się Zamawiający unieważniając postępowanie.

Odwołujący uważa, że nie wystąpiła żadna z przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy upoważniająca Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odwołujący podnosi, że bezpodstawne unieważnienie postępowania narusza jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia, wskazując na tę okoliczność wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 kwietnia 2003r, sygn. akt VCa165/03 oraz z 4 października 2005 r. sygn. akt V Ca 1136/05.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi jak we wstępie.

Odwołanie poprzedzone było protestem z dnia 19 lutego 2009 r., w którym Odwołujący podniósł zarzuty i wniósł żądania jak w odwołaniu.

Zamawiający w ustawowym terminie nie rozstrzygnął protestu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ skutek wydania wyroku z dnia 3 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP177/09 oddalono odwołanie jedynej konkurencyjnej firmy PGF z powodu niezgodności jej oferty z treścią siwz. Tym samym Odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia w przypadku uwzględnienia jego odwołania, co wyczerpuje przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba dla rozpoznania sprawy dokonała następujących ustaleń.

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania decyzją z dnia 12 lutego 2009 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Pismo o unieważnieniu zawiera następującą argumentację formalno -prawną.

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że po dokonaniu powtórnej oceny ofert stwierdził, że w prowadzonym postępowaniu wystąpiły

istotne zmiany okoliczności powodujące, że prowadzenie jak też wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Zamawiający dalej stwierdził, że okoliczności zaistniały dopiero podczas ponownego badania ofert, gdy powziął wiadomość o niezgodności treści oferty PGF z treścią siwz.

Już wcześniej to jest przed ponowną oceną ofert, Zamawiający w stosunku do oferty PGF podjął czynności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2008r. pismem znak SWLOG-271/AN/17N/4250/08 wystąpił do PGF o złożenie wyjaśnień w zakresie spełnienia wymagań siwz, co do oferowanego leku. Wykonawca w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach niejednoznacznie wykazał, czy informacje o niezgodności oferty z siwz są nieprawdziwe. Przeprowadzone postępowanie wyjaśniające potwierdziło wątpliwości. Z informacji uzyskanych z powszechnie dostępnych źródeł Zamawiający ustalił, że oferta PGF nie spełnia wymogów siwz.

Tym samym oferta z najniższą ceną nie może być wybrana jako najkorzystniejsza.

Dalej Zamawiający stwierdza, że badając właściwości leku Betaferon oraz leku równoważnego Interferon beta 1-b, na podstawie dostępnych informacji np.: internet stwierdził, że rynek tego leku uległ diametralnej zmianie od stycznia 2009r. Zmiana dotyczyła konkurencyjności podaży leku oraz ceny leku. W związku z pojawieniem się nowej firmy oferującej lek równoważny zwiększyła się dostępność leku oraz obniżeniu uległy ceny to jest o poziom 400zł brutto w stosunku do cen dotychczasowych.

Powyższe okoliczności wskazują w ocenie Zamawiającego na spełnienie się przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, ponieważ w m-cu października 2008 r., kiedy ustalano wartość zamówienia nie można było przewidzieć tak drastycznej zmiany w tym zakresie.

Zamawiający ustalając z należytą starannością wartość zamówienia w dniu 23 października 2008 r. dokonał następującej wyceny preparatu: 1 opakowanie zawierające 15 ampułkostrzykawkę kosztuje 3003,00zł plus VAT- co dało cenę brutto 3.213,21 zł x ilość 1280op., co daje łączną kwotę wartości zamówienia brutto 4.112.908,80 zł.

Dalej Zamawiający stwierdza, że obecnie lek ten jest tańszy średnio o około 13,34 % - czego przystępując do postępowania nie mógł wiedzieć lub przewidzieć. W ocenie Zamawiającego przedstawione zdarzenia należy ocenić jako bardzo istotną zmianę okoliczności, występujących rzeczywiście, których nie można było przewidzieć, które powodują, że wykonanie dotychczas prowadzonego postępowania nie leży w interesie publicznym.

Następnie Zamawiający przywołuje okoliczność, że lek jest refundowany przez NFZ. Zamawiający uważa, że refundacja leku jest uzależniona od ceny rynkowej i przy ogólnym spadku cen NFZ może obniżyć wartość kontraktu. Zamawiający uważa, że jego możliwości finansowe zależą od cen kształtujących się na rynku.

W tej sytuacji Zamawiający jest zobligowany do podjęcia czynności, których efektem będzie obniżenie ceny leku będącego przedmiotem zamówienia.

Zawarcie umowy na podstawie aktualnie przeprowadzonego postępowania spowoduje, że ...” ucierpią pacjenci oraz inne usługi medyczne świadczone przez Szpital.” Świadczenia medyczne wykonywane przez Zamawiającego ...” mają charakter powszechny, użyteczności publicznej i adresowane są do całej społeczności regionu małopolskiego.” Wykonanie zamówienia spowodowałoby niepotrzebne wydanie pieniędzy na zakup droższego leku. “W interesie publicznym leży to, aby Betaferon był zakupiony po cenach niższych niż aktualnie obowiązujące na rynku, gdyż pozwoli to zwiększyć ilość leczonych pacjentów albo też zakup innych świadczeń.”

Reasumując Zamawiający stwierdza, że realizacja przedmiotowego postępowania prowadziłyby do zbędnego wydatkowania środków publicznych, co nie leży w interesie publicznym. W interesie publicznym ...” leży wykorzystanie środków na inny cel, też społeczny, co wykazano powyżej.”

W posumowaniu decyzji przywołano jak na wstępie decyzji Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy (Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) prawdopodobnie pomyłkowo, ponieważ we wstępie decyzji powołano art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy i cała argumentacja w kierunku tegoż przepisu była przedstawiana.

W zakresie przywołanego w decyzji o unieważnieniu postępowania pisma z dnia 22 grudnia 2008 r. znak SWLOG-271/AN/17N/4250/08 Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający zwrócił się do PGF o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, w związku z wątpliwościami, które wzbudziła złożona oferta w toku badania i oceny ofert. Zapytanie o wyjaśnienie brzmiało: z ogólnie dostępnych informacji na rynku wynika, że oferowany preparat nie spełnia minimalnych wymagań siwz, proszę o złożenie stosownych wyjaśnień, a w szczególności przedłożenie do wglądu preparatu potwierdzającego wymagane parametry.

Na powyższe pismo PGF udzielił odpowiedzi w dniu 23.12.2008 r. Zapewniając, że lek spełnia wszystkie wymagania SIWZ na dowód czego załączył charakterystykę leku. Jednocześnie odmówił okazania produktu, uzasadniając to żądanie Zamawiającego jako niezgodne z siwz. Wskazał, że oferowany lek o nazwie Extavia jako interferon beta 1 b jest tym samym medycznie produktem co wskazany w siwz Betaferon, a więc jest produktem równoważnym.

Izba ustaliła następujące zdarzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed czynnością unieważnienia postępowania.

1. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców (Odwołujący-4 104 417,28zł, PGF 3 765 044,10 zł), których wynagrodzenie mieściło się w kwocie jaką Zamawiający podał przed otwarciem ofert (3 843 600,00 zł).
2. W dniu 12.01.2009 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PGF, według jedyne go kryterium ceny, której wartość brutto wyniosła 3.765 044,10 zł.
3. W dniu 23.01.2009 r. Odwołujący w niniejszym postępowaniu złożył protest zarzucając Zamawiającemu wybór oferty PGF, której treść jest sprzeczna z treścią siwz i domagał się jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
4. W dniu 03.02.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego uwzględnienie. W uzasadnieniu podał, że po analizie dokumentów uznaje zarzuty za uzasadnione, powtarza czynność oceny i wyboru oferty.
5. 13 lutego 2009 r. Wykonawca PGF złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wnioskując o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności uwzględnienia protestu złożonego przez Odwołującego.
6. W dniu 3 marca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO/UZP 177/09, w którym oddaliła odwołanie wykonawcy PGF.
7. W dniu 12.02.2009 r. Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania.
8. Protest na decyzję unieważnienia w dniu 19.02.2009 r. złożył Odwołujący oraz w dniu 18.02.2009 r. PGF.
9. Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania złożył tylko Odwołujący.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o unieważnieniu postępowania oraz złożył na poparcie swojego stanowiska następujące dowody:

1. Raport firmy IMS raportującej sprzedaż leków w Polsce obejmujący ceny Betaferonu w poszczególnych miastach w Polsce za okres grudzień 2008 r., styczeń, luty, marzec 2009r., z którego wynika, że ceny tego leku w poszczególnych miastach wahają się od 2981 zł (m-c grudzień 2008 r.) do 2.214,8 zł (m-c marzec 2009 r.). Przedstawiono również wykaz obrazujący udział w sprzedaży poszczególnych leków od stycznia 2008 r. do stycznia 2009 r., z którego wynika, że lek o nazwie Extavia pojawił się na rynku w styczniu 2009 r.
2. Informację z przetargu prowadzonego w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym nr 1 w Łodzi gdzie na otwarciu ofert w dniu 13.03.2009 r. na pakiet Interferon beta – 1b oferty złożyło 4 wykonawców z cenami od 2 100,00 zł do 2.236,00 zł.

3. Informację pn. zbiorcze zestawienie ofert z przetargu w Szpitalu Wojewódzkim w Zamościu na Interferon beta 1- b z 30.01.2009 r. gdzie ceny wahały się od 2 724,23 zł do 2 848,00 zł.
4. Informację pn. zbiorcze zestawienie ofert z przetargu w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym z dnia 25.02.2009 r. im. prof. Antoniego Gębali, gdzie ceny na Betafron wyniosły 2.502,11 zł (netto), a lek Extavia wyniosły 2.452,50 zł (netto).
5. Notatkę służbową z rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z przedstawicielem P. Pawłem Łachem z Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ, z której między innymi wynika, że w przypadku gdy w całej Polsce szpitale zakupują dany lek po cenie niższej niż wartość określona przez Fundusz, może dojść do zmniejszenia wyceny leku przez Prezesa NFZ ze skutkiem od 01.01.2009 r.
6. Zestawienie cen na podstawie informacji zebranych z UZP za okres czerwiec-sierpień 2008 r. gdzie ceny najkorzystniejsze wahają się od 1 986,67 zł do 3 402,12 zł.
7. Symulacja Zamawiającego co do oszczędności jakie może uzyskać po ponownym rozpisaniu ofert to kwota 1 228 857,28 zł przy uwzględnieniu, że cena Odwołującego wynosi 3.206,58 zł ,a aktualna cena rynkowa wynosi 2.250,00 zł.

Izba rozpoznając zasadność odwołania wzięła pod uwagę następujące okoliczności formalno-prawne.

Zgodnie z podstawą prawną decyzji Zamawiającego, zawartą piśmie z dnia 12 lutego 2009 r., o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli w toku jego prowadzenia wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający w decyzji jako powód unieważnienia postępowania podał okoliczność, że ceny leku Betaferon na rynku uległy obniżeniu o około 13,34 %. W jego ocenie skoro można aktualnie zakupić lek za niższą cenę to nie ma interesu publicznego do kontynuowania postępowania. Jako interes publiczny wskazał interes pacjentów chorych na stwardnienie rozsiane, dla których lek miał być przeznaczony. Również podał okoliczność, że zaoszczędzone pieniądze może przeznaczyć na inne świadczenia medyczne, a to również odnosi się do interesu publicznego.

Jednocześnie w tejże decyzji podał okoliczność, że na etapie badania ofert powziął wątpliwość co do równoważności oferty najtańszej złożonej przez PGF. Z tą datą uważa Zamawiający, że powziął wiadomość o tańszym konkurencyjnym leku.

Na rozprawie przedstawiciele Zamawiającego wykazali, że cena leku Betaferon aktualnie kształtuje się na niższym poziomie, ponieważ od m-ca stycznia 2009r. na rynku pojawił się konkurencyjny lek Extavia, którego cena kształtuje się na poziomie nawet o 30 % niższym niż cena leku Betaferon (2.200zł a 3.200 zł).

Zamawiający zarówno w decyzji o unieważnieniu postępowania jak i na rozprawie podtrzymywał stanowisko, że dopiero z rynku leków 2009 r. powziął wiadomość o możliwości zakupu tańszego leku, który pojawił się na rynku od m-ca stycznia 2009 r.

Wobec takich okoliczności Zamawiający uważał, że ma prawo unieważnić postępowanie, tym bardziej, że uzyskał informację telefoniczną z NFZ, że kwota refinansowania leku przez Fundusz może ulec obniżeniu, jeżeli rynek leków będzie wskazywał na zakup przez inne szpitale leku na przedmiotowe schorzenie po niższej cenie.

W ocenie Izby obniżenie ceny o około 13 % na Betaferon nie może stanowić o istotnej zmianie okoliczności, która powoduje, że zamówienie nie leży w interesie publicznym, a taką okoliczność Zamawiający podał w decyzji o unieważnieniu postępowania.

Bowiem Odwołujący słusznie wskazywał, że różnice cenowe na takim poziomie mogą być spowodowane np.: przejściowymi ruchami kursów walut.

Natomiast Zamawiający podtrzymywał stanowisko, że obniżenie ceny Betaferonu jest spowodowane pojawieniem się konkurencyjnego leku Extavia i to na dodatek o 30 % tańszego od Betaferonu.

Jakkolwiek można było uznać za przekonującą argumentację, że Zamawiający ma aktualnie możliwość zakupu leków konkurujących na rynku to jest Betaferonu i Extavia, co może spowodować obniżenie cen, a tym samym leży to w interesie publicznym, aby zaoszczędzać środki publiczne, to nie spełnił się warunek zmiany okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Bowiem z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 20 maja 2008 r., Komisja Wspólnot Europejskich wydała firmie Novartis Pharma AG pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego stosowanego u ludzi „Extavia – Interferon beta – 1b” na terenie Wspólnoty Europejskiej.

Zamawiający jak sam podnosił, w dniu 23 października 2008 r. ustalał wartość zamówienia w oparciu o aktualny wówczas rynek leku do terapii chorych na stwardnienie rozsiane.

W takim stanie rzeczy nie można uznać za usprawiedliwione twierdzenia profesjonalnego Zamawiającego, że nie było wiadomo o pojawieniu się nowego konkurencyjnego leku w dacie wszczęcia postępowania (14 listopada 2008 r. - data publikacji ogłoszenia o zamówieniu).

Profesjonalista jest zobowiązany do obserwacji poczynąń nauki oraz działaniach firm farmaceutycznych pracujących nad wprowadzaniem nowych leków. Skoro w dniu 20 maja 2008 r., lek został dopuszczony na rynek, to nie znajduje usprawiedliwienie twierdzenie

Zamawiającego, że lek pojawił się faktycznie na polskim rynku dopiero w m-cu styczniu 2009 r.

Natomiast dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy przewiduje unieważnienie postępowania wskutek zmiany istotnych okoliczności w tym wypadku pojawienie się na rynku tańszego konkurencyjnego leku, ale gdy nie można tego było przewidzieć. Natomiast Zamawiający jako profesjonalista powinien posiadać wiedzę o nowych lekach uzyskujących zezwolenie wprowadzenia do obrotu i powinien przewidzieć, że w związku z tym należy rozsądnie organizować konieczne bieżące postępowania o udzielenie zamówienia.

Z argumentacji Zamawiającego nie wynika jednoznacznie czy nowe postępowanie, które chciałby uruchomić będzie dotyczyło znowu Betaferonu czy również nowego leku Extavia, który wymaga czasu na przygotowanie pacjentów do jego stosowania, co przyznał na rozprawie Zamawiający. Słusznie Odwołujący podniósł, że Zamawiający kalkulując oszczędności nie przewidział kosztów nauczania pacjentów stosowania tego leku, który sami sobie aplikują w warunkach domowych.

Zamawiający również przyznał na rozprawie, że lek Extavia jest lekiem, z którym nie ma praktyka medyczna doświadczenia w zakresie jego stosowania, ale w opinii medyków jest to dobry lek.

Pominąwszy te twierdzenia, należy podkreślić, że jakkolwiek jest wskazane w interesie publicznym oszczędzać pieniądze NFZ to przepisy ustawy ściśle określają kiedy można unieważnić postępowanie.

Z literalnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wynika, że musi być spełniona przesłanka istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, ale jeżeli tego nie można było przewidzieć.

Starannie działający Zamawiający, który ma obowiązek posługiwania się w swojej działalności profesjonalnymi lekarzami, powinien mieć na bieżąco informacje co dzieje się na rynku leków w takim temacie jak terapia chorych na stwardnienie rozsiane.

Zamawiający miał pięć miesięcy od dopuszczenia leku Extavia na rynek (20 maja 2008 r.) do wszczęcia postępowania (23 październik 2008 r. - ustalenie wartości zamówienia, 14 listopada 2008 r. ogłoszenie o zamówieniu). Nawet gdy wprowadzenie na rynek trwa to informacja o dopuszczeniu nowego leku powinna spowodować u Zamawiającego przemyślane działania w zakresie organizowania przetargów na kolejne zabezpieczenie lekami pacjentów. Zamawiający powinien przewidzieć w przedmiotowej sprawie pojawienie się konkurencyjnego leku.

Tak więc Izba nie stwierdziła zasadności decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, a tym samym stwierdziła jego naruszenie przez Zamawiającego. Izba również stwierdziła naruszenie art. 183 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność po ostatecznym

rozstrzygnięciu protestu, to jest po wyroku KIO z 03.03.2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 177/09. Tak więc Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*