

WYROK

z dnia 18 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2018 r. **przez odwołującego:** Salus International Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 9; 40-273 Katowice w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. ul. Poniatowskiego 26; 08-110 Siedlce

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Salus International Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 9; 40-273 Katowice
i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Salus International Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 9; 40-273 Katowice tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Salus International Sp. z o.o. ul. Pułaskiego 9; 40-273 Katowice kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. ul. Poniatowskiego 26; 08-110 Siedlce stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Siedlcach

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa skierowano odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego.

Odwołujący jest Salus International Sp. z o.o.

ul. Pułaskiego 9, 40-273 Katowice reprezentowane przez przedstawiciela M. Ł. – prokura samoistna zwany dalej „odwołującym” lub „Salus”.

Zamawiającym jest Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o. ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce zwany dalej „zamawiającym” lub „szpitalem”

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywne dostarczanie leków i preparatów ujętych w 523 Pakietach, wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

33.60.0.00 - 6 - produkty farmaceutyczne

33.14.0.00 - 3 - materiały medyczne

znak postępowania: FZP.2810.09.2018

Numer ogłoszenia o zamówieniu: Dz.U./S S72 z 13/04/2018, nr ogłoszenia 158969-2018-PL

Zarzuty wobec czynności i zaniechań zamawiającego i ich uzasadnienie zawarte w odwołaniu jest następujące.

W dniu 26 czerwca 2018r. Odwołujący się otrzymał decyzję Zamawiającego o ogłoszeniu wyników postępowania. Zgodnie z tą informacją Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się w zakresie pakietu nr 477.

Zamawiający wskazał, że podstawę prawną odrzucenia oferty stanowił przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004r., Nr 19, poz. 177 ze zm., dalej jako „ustawa PZP”), a podstawę faktyczną niezgodność oferty z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) oraz wskazał, że „w zakresie poz. 44 Pakietu (Tamoxifen), lek nie jest ujęty w wykazie C Obwieszczenia Ministra Zdrowia - leki stosowane w ramach chemioterapii”.

W ocenie Odwołującego się miały miejsce niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego (wszystko w zakresie wskazanego wyżej pakietu nr 477):

- 1) odrzucenie oferty Odwołującego się w zakresie pakietu nr 477; ewentualnie

2) pominięcie procedury wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 PZP) lub procedury skorygowania błędu (art. 87 ust. 2 PZP);

3) w konsekwencji powyższego naruszenia Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 477 z pominięciem oferty Odwołującego się.

Odwołujący w odwołaniu przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26.06.2018r., Zamawiający odrzucił ofertę spółki Salus International Sp. z o.o., uzasadniając to tym, że oferta nie odpowiada SIWZ, powołując art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP. Zamawiający wskazał jedynie, że „w zakresie poz. 44 Pakietu (Tamoxifen), lek nie jest ujęty w wykazie C Obwieszczenia Ministra Zdrowia - leki stosowane w ramach chemioterapii”, jednak nie wskazał żadnego z postanowień SIWZ, który określałby taki warunek dla oferowanych leków.

Jak wynika z przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem oferta musi zawierać elementy jakie są niezgodne z wyraźnie wskazanymi w SIWZ wymogami. W niniejszej sprawie dotyczy to wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (i oferty).

Wskazać należy, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ w żadnym miejscu, że produkt leczniczy Tamoxifen, jaki ma być zaoferowany ma być ujęty w wykazie C (leki stosowane w ramach chemioterapii) Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych wydanego na podstawie art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Warunku takiego nie zawiera pkt. III.2 SIWZ, określający wymagania dla przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca oferując produkt leczniczy, znajdujący się na liście leków refundowanych przy obliczaniu ceny musi wziąć pod uwagę zapisy ustawy z dnia 12.05.2011 o refundacji leków (Dz.U. nr 122 poz. 696 z późniejszymi zmianami." Postanowienie to nie zawiera warunku, aby oferowane miały być produkty lecznicze ujęte w wykazie C (leki stosowane w ramach chemioterapii) Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, a tylko warunek dostosowania się do cen jeżeli oferowany produkt leczniczy jest refundowany.

Podobnie, wskazanie, że „Zamawiający informuje, iż z Wykonawcami których oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza z zakresu Pakietów w których zaoferowane preparaty są ujęte w wykazie B Obwieszczenia Ministra Zdrowia - Leki dostępne w ramach programów

lekowych oraz na leki ujęte w wykazie C Obwieszczenia Ministra Zdrowia - Leki stosowane w ramach chemioterapii, będzie zawierał odrębne umowy na dostawy tychże preparatów” nie zawiera warunku, który wskazał Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się. Przywołane postanowienie SIWZ ma zastosowanie w przypadku gdy wybrana najkorzystniejsza oferta obejmuje leki ujęte w wykazie B lub C, a nie zawiera wymogu zaoferowania takich leków.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że oferowane produkty lecznicze mają być umieszczone w Urzędowym Wykazie Produktów Leczniczych dopuszczonych do obrotu na terenie RP (pkt. III.2 SIWZ). Wykaz ten ustala Minister Zdrowia na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. j ustawy z dnia 18 marca 2011 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Warunek ten spełnia produkt zaoferowany przez spółkę Salus International Sp. z o.o.

Z ostrożności wskazuję, że w razie powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, Zamawiający mógł, na podstawie art. 87 ust. 1 PZP zwrócić się o wyjaśnienie tych wątpliwości, bądź na podstawie art. 87 ust. 2 PZP skorygować błędy oferty. Czynności tych Zamawiający zaniechał.

Interes prawny Odwołującego się wynika z tego, że złożył ofertę w tym postępowaniu w zakresie pakietu o numerze 477, która została odrzucona, a która powinna zostać rozpatrzona w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. W wskazanym pakiecie zaoferowana przez Odwołującego się cena była najniższa.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania

Odwołujący się wnosi o:

- 1) uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 477,
- 2) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty spółki Salus International Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 477,
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert w zakresie pakietu nr 477 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w wskazanych wyżej pakietach, poprzedzonego procedurą wyjaśnienia ofert z art. 87 ust. 1 PZP, bądź korekty oferty z art. 87 ust. 2 PZP,
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 5.400,00 zł.

Załączniki:

- 1) odpis z KRS dla Odwołującego się,
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba, na podstawie przekazanej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonej przez zamawiającego i przez niego potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz oświadczeń i wyjaśnień złożonych na rozprawie, jak również na podstawie zawnioskowanych dokumentów przyjętych w poczet materiału dowodowego na rozprawie, ustaliła jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej 221 000 euro, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę preparatów leczniczych, substancji recepturowych, środków kontrastowych, mlek specjalistycznych, albumin, immunoglobulin, preparatów do żywienia pozajelitowego i dojelitowego, płynów do infuzji i do irygacji, wyrobów medycznych. Realizacja zamówienia będzie sukcesywna przez okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy. Przy czym realizacja umowy odbywać się będzie na zasadach określonych we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ (SIWZ – część III Opis przedmiotu zamówienia pkt 3 sposób realizacji zamówienia, terminy dostaw).

W ramach prowadzonego postępowania w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty co miało miejsce w dniu 29 czerwca 2018 roku zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując na pakiet jego oferty nr 477 w związku z poz.44 tego pakietu, w którym umieszczono lek do chemioterapii nie refundowany o nazwie Tamoxifen Ebewe do leku referencyjnego określonego w tejże pozycji przez zamawiającego z użyciem nazwy międzynarodowej Tamoxifenum. Lek ten nie znajduje się w Wykazie C obwieszczenia Ministra Zdrowia wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych wydanego na podstawie art.37 ust.1 ustawy z dnia 12 maja 2011o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Powyższe okoliczności, to jest co do braku refundacji leku ujętego w poz. 44 pakietu 477 oferty odwołującego, Izba ustaliła jako bezsporną okoliczność na rozprawie a co również wskazywał odwołujący w złożonym odwołaniu (Tamoxifen Ebewe). Bowiem zamawiający tę okoliczność zakwalifikował jako

przesłankę służącą odrzuceniu odwołania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. czyli zakwalifikował do stanu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ (pismo zamawiającego Salus w zakresie Pakietu 477 – w zakresie poz.44 (Tamoxifen), lek nie jest ujęty w wykazie C Obwieszczenia Ministra Zdrowia – leki stosowane w ramach chemioterapii. Podstawa prawna odrzucenia ofert: art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przed skierowaniem odwołania to jest przed dniem 6 czerwca 2018 roku odwołujący pismem z dnia 29 czerwca 2018 roku zwrócił się do zamawiającego w trybie art.181 ustawy Pzp. zawiadamiając o czynności niezgodnej z ustawą prawo zamówień publicznych. W piśmie tym między innymi wskazał na konieczność wyjaśnienia lub korekty jego oferty. Tak jak w odwołaniu podnosił kwestię, braku określenia wymogu ujęcia oferowanych leków w wykazie Ministra Zdrowia jako leków refundowanych w treści SIWZ a w jego ocenie wymogi ograniczały się do Urzędowego Wykazu Produktów Leczniczych dopuszczonych do obrotu na terenie RP – art.4 ust.1 pkt 1 lit.j ustawy z dnia 18 marca 2011 o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Natomiast w ocenie odwołującego w żadnym z postanowień SIWZ nie żądano aby oferowane leki znajdowały się w tym wypadku w Wykazie C Ministra Zdrowia ustalanego na podstawie art.37 ust.1 ustawy z dnia 12 maja 2011r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Zamawiający udzielając odpowiedzi w dniu 5 lipca 2018 roku na to pismo odwołującego podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ. Jednocześnie jako podstawę swojej decyzji przywołał § 6 ust.3 wzoru umowy – Załącznik nr 7 do SIWZ , który stanowi integralną część SIWZ. Zgodnie z treścią przywołanego w tym piśmie postanowienia wzoru umowy: „Zamawiający wymaga, aby leki z tzw. programów lekowych i leki stosowane w ramach chemioterapii znajdowały się w aktualnym Obwieszczeniu Ministra Zdrowia – w części „B Leki dostępne w ramach programu lekowego” i w części „C Leki stosowane w ramach chemioterapii w całym zakresie wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym”. Ceny tych leków nie mogą przekraczać wysokości limitu finansowania.” Zamawiający w tym zakresie jednoznacznie określił, że leki w ramach chemioterapii, które są objęte przedmiotem dostawy (spór dotyczy poz.44 pakiet 477 Tamoxifenum według Formularza asortymentowo- cenowego – Załącznik Nr 1 do SIWZ)) mają znajdować się w Wykazie C aktualnego obwieszczenia Ministra Zdrowia a ich ceny nie mogą być wyższe niż wysokość limitu finansowania.

Przy czym w złożonym odwołaniu postawiono zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. twierdząc, że zaoferowany w poz. 44 pakietu 477 Tamoxifen Ebewe odpowiada treści SIWZ bo nie określono, że wymagany w tej pozycji lek ma być ujęty w aktualnym wykazie

Ministra Zdrowia (Wykaz C). Przy czym w żądaniach odwołania znalazło się szerokie spektrum począwszy od żądania uchylecia decyzji o odrzuceniu oferty przez żądanie wezwania do złożenia wyjaśnień czy też urzędowego poprawienia treści oferty to jest począwszy od art.87 ust.1 ustawy Pzp. przez art.87 ust.2 ustawy Pzp. bez specyfikacji czy to ma się mieścić w dyspozycji pkt 1, 2, czy też 3) ustawy Pzp.

Ustalając stan faktyczny i prawny sprawy Izba dokonała również dalszych ustaleń w sprawie.

Co do opisu przedmiotu zamówienia znajdującego się w Części III SIWZ to oprócz przywołanego powyżej punktu 3 o sposobie realizacji zamówienia i terminach dostaw zawiera dalsze postanowienia mające znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania a mianowicie.

Zamawiający wskazał, które rozbieżności między ofertą a postanowieniami SIWZ będą powodowały, że oferta będzie uznawana za niezgodną bądź zgodną z treścią SIWZ i tak stosowanie nazw własnych producenta jako dopuszczalne a np. w przypadku dostępności na rynku preparatu jako produktu leczniczego ale też jako suplementu diety bezwzględnie wymaga się zaproponowania produktu leczniczego ujętego w Wykazie ze wskazaniem rygoru odrzucenia oferty. Przy czym w związku z twierdzeniem odwołującego o braku wymogu aby wskazany w ofercie lek, według formularza asortymentowo- cenowego ustalonego przez zamawiającego, znajdował się w wykazie leków refundowanych to w zakresie części III SIWZ zawarte jest następujące postanowienie. „Wykonawca oferując produkt leczniczy, znajdujący się na liście leków refundowanych przy obliczeniu ceny musi wziąć pod uwagę zapisy ustawy z dnia 12.05.2011 o refundacji leków (Dz.U. nr 122 poz. 696 z późniejszymi zmianami). Na to postanowienie SIWZ powoływał się też odwołujący wywodząc, że dotyczy ono jedynie ustalania cen leków na poziomie limitu finansowego dla leków refundowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia a nie obowiązku oferowania leków z listy leków refundowanych. Z kolei Kierownik Apteki zamawiającego na rozprawie oświadczyła, że warunek limitu finansowego dla poszczególnego leku i jego przestrzeganie decyduje o pozytywnej decyzji Narodowego Funduszy Zdrowia o refundacji poniesionych wydatków na zakup leków z Wykazu Ministra Zdrowia o refundacji leku.

Dla wyczerpującej interpretacji postanowień SIWZ, w związku z zaistniałym sporem co do obowiązku czy też braku obowiązku oferowania leków objętych refundacją znaczenie mają postanowienia § 6 wzoru umowy – Załącznik nr 7 do SIWZ cytowanego powyżej ust.3 tegoż paragrafu, w związku z odpowiedzią zamawiającego z dnia 5 lipca 2018 roku. Paragraf 6 ust.1 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) dotyczy kształtowania się cen to jest ich co do zasady niezmienności z zastrzeżeniem odstępstw od tej zasady opisanych w § 7 oraz § 13 niniejszej umowy. Drugi ustęp tego paragrafu stanowi o poziomie cen dostarczonych

produktów, które „muszą być zgodne z treścią Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. 2017.poz. 1844 tekst jednolity ze zm.). Z kolei już cytowany powyżej ust.3 § 6 wzoru umowy ustala obowiązek aby leki stosowane w ramach chemioterapii znajdowały się w aktualnym Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w części „C leki stosowane w ramach chemioterapii w całym zakresie wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym.” Podsumowując zakres regulacji jaka znajduje się w § 6 wzoru umowy obejmuje po pierwsze zagadnienie stałości cen (24 miesięczny okres), po drugie wysokość cen produktów (zgodność z w/w ustawą o refundacji leków) i po trzecie aby leki z zakresu chemioterapii (pakiet 477 i sporna poz. 44 formularza) znajdowały się w aktualnym Obwieszczeniu Ministra Zdrowia (część C) i nie przekraczały limitu finansowania.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołujący żąda uchylecia czynności zamawiającego w zakresie decyzji o odrzuceniu jego oferty jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Bowiem w jego ocenie nigdzie w postanowieniach SIWZ nie ustalono obowiązku aby leki przewidziane do chemioterapii znajdowały się w Wykazie C Ministra Zdrowia leków refundowanych. Postanowienia SIWZ odnoszące się w tym zakresie do Wykazu C czyli leków refundowanych w chemioterapii dotyczą tylko wysokości cen tych leków a nie objęcia ich Wykazem jako warunek skutecznego ich zaoferowania. W związku z tym odwołujący zaoferował lek do chemioterapii, który nie znajduje się w Wykazie C leków refundowanych ale jego cena mieści się w granicach limitu finansowego refundacji. W tym stanie rzeczy odwołujący uważa za bezpodstawną czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba powyższego stanowiska odwołującego, na podstawie analizy wyjaśnień i oświadczeń stron na rozprawie jak i wskutek badania dokumentacji postępowania dołączonej do akt sprawy w tym dokumentów wskazanych w poczet materiału dowodowego przez strony, nie podziela.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający w postanowieniach SIWZ ustalił obowiązek oferowania leków przewidzianych w formularzu asortymentowo – cenowym z listy aktualnego Wykazu Ministra Zdrowia do leczenia chemioterapią czyli leków ujętych w Wykazie C. Obowiązek ten jednoznacznie wynika z części III SIWZ jak i z postanowień paragrafu 6 ust.3 wzoru umowy stanowiącego załącznik Nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Twierdzeniom odwołującego co do braku obowiązku zaoferowania leków z aktualnego Wykazu C a właściwie co do możliwości po jego stronie wątpliwości co do takiego obowiązku można by przyznać rację gdyby zamawiający ograniczył się w tym zakresie tylko do postanowień części III SIWZ w tym zakresie. Gramatyczna treść tego zdania sugeruje, że wykonawca gdy oferuje lek znajdujący się na liście leków refundowanych to musi wziąć pod uwagę postanowienia ustawy o refundacji leków („Wykonawca oferując produkt leczniczy, znajdujący się na liście leków refundowanych przy obliczeniu ceny musi wziąć pod uwagę zapisy ustawy z dnia 12.05.2011 o refundacji leków (Dz.U. nr 122 poz. 696 z późniejszymi zmianami). Nie można z tego postanowienia wywieść obowiązku po stronie wykonawców oferowania tylko leków z listy leków refundowanych i to jeszcze z Wykazu C a nie np. z Wykazu A. O takim obowiązku postanowienia SIWZ część III mówią wprost co do obowiązku ujęcia preparatów w „Urzędowym Wykazie Produktów Leczniczych dopuszczonych do obrotu na terenie RP”.

Niemniej jako integralną część postanowień SIWZ należy traktować załączniki do niej w tym załącznik nr 7 wzór umowy. Z postanowień § 6 ust.3 wzoru umowy jednoznacznie i wprost wynika, że zamawiający wymaga, aby leki w ramach chemioterapii znajdowały się w aktualnym Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w części C leki stosowane w ramach chemioterapii. Powyższe postanowienie w związku z postanowieniem części III SIWZ wskazuje na obowiązek zaoferowania leku w Wykazu C czego w poz. 44 pakietu 477 nie stwierdza się a czemu zresztą nie zaprzecza odwołujący.

Na przyszłość Izba wskazuje zamawiającemu na obowiązek bardziej jednoznacznego lokowania bezwzględnych postanowień w samej treści SIWZ a nie w załączniku do SIWZ w tym wypadku we wzorze umowy. Niemniej profesjonalizm odwołującego nakazuje dostrzeżenie takiego postanowienia SIWZ i liczenia się ze skutkiem jego pominięcia w złożonej ofercie.

Izba rozstrzygając o podniesionym zarzucie rozważała również możliwość uwzględnienia odwołania przez zarzut naruszenia art. 87 ust.1 i 87 ust.2 ustawy Pzp. przy czym argumentacja formalna i prawna odwołania sprowadza się wyłącznie do zarzutu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Podniesiony zarzut 87 ust.1 i 87 ust.2 ustawy Pzp. nie zawiera argumentacji w odwołaniu a odwołujący na rozprawie zarzut naruszenia art.87 ust.1 ustawy Pzp. pozostawia do kompetencji zamawiającego. W zakresie art.87 ust.2 ustawy Pzp. precyzuje go do pkt 1 i 3 kwalifikując w pierwszym przypadku do omyłki pisarskiej, omyłkę edycyjną przy formułowaniu oferty. Niemniej ta argumentacja jest sprzeczna z tezą odwołania i wyklucza żądanie z art.87 ust.2 pkt 1) ustawy Pzp. w związku z argumentacją ukierunkowaną na bezprawne odrzucenie oferty, bo nie było obowiązku zaoferowania leku

do chemioterapii z listy leków refundowanych. Skoro oferta jest zgodna z SIWZ jak twierdzi odwołujący to nie może zawierać omyłki pisarskiej (edycyjnej), której zamawiający i tak nie poprawi bez wskazania odwołującego jaki lek w to miejsce wpisać. Podobnie ma się zarzut naruszenia art.87 ust.2 pkt 3) ustawy Pzp. również co do braku wiedzy zamawiającego jak usunąć niezgodność oferty z SIWZ to jest jaki lek wpisać w miejsce Tamoxifen Ebewe skoro nie wykazano np., że w obrocie jest tylko taki jeden lek znajdujący się w formularzu czyli Tamoxifenum (nazwa międzynarodowa).

Z powyższych względów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bo odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając wynagrodzenie 3.600,00zł. dla pełnomocnika procesowego zamawiającego według faktury vat złożonej na rozprawie.

Przewodniczący: