

Sygn. akt KIO/ 982/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2010 r. **ASCLEPIOS S.A., 41-800 Zabrze, ul. Rymera 12** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy, 05-400 Otwock, ul. Narutowicza 80.**

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ASCLEPIOS S.A., 41-800 Zabrze, ul. Rymera 12** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ASCLEPIOS S.A., 41-800 Zabrze, ul. Rymera 12.**

Przewodniczący:

.....

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 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.**

U z a s a d n i e

Odwołujący - ASCLEPIOS S.A. z siedzibą w Zabrze wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Mazowieckiego Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy z siedzibą w Otwocku polegającej na unieważnieniu postępowania, którego przedmiotem jest dostawa produktów farmaceutycznych, w pakiecie nr 2 – 2010 produktu pn. Vinorelbine.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp, w następującym zakresie:

- 1) art. 7 ust. 3,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7

i w związku z tym wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 2,
- 2) nakazanie zamawiającemu uzupełnienia zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 11.05.2010 r. o ofertę odwołującego w pakiecie nr 2.

Wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE 2010/S 44-064777 z dnia 4 marca 2010 r.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że skutek bezprawnego unieważnienia postępowania w pakiecie nr 2, interes prawny odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz innych wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący w pakiecie nr 2 złożył najkorzystniejszą pod względem cenowym ofertę. Gdyby więc zamawiający nie unieważnił postępowania, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 11.05.2010 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze oferty. W zawiadomieniu tym, w części zatytułowanej „Oferty przedstawiają najkorzystniejszy bilans oceny wg kryteriów podlegających ocenie” wskazano ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 2 oraz pakietu nr 5. Na ostatniej stronie zawiadomienia zamawiający zawarł informację o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego pismem z dnia 14.05.2010 r., w którym wskazał brak podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia postępowania oraz naruszenie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp w postaci braku uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający pismem z tego samego dnia - 14.05.2010 r. uzupełnił czynność unieważnienia postępowania w pakiecie nr 2 wskazując uzasadnienie faktyczne o treści „Z dokumentów złożonych przez ASCLEPIOS S.A. (...) wynika, że oferowana Vinorelbina Polpharma 10 mg/ml (...) nie wyczerpuje całego spektrum zastosowań, jakie ma miejsce w Centrum, tj. również w leczeniu adjuwantowym po radykalnym leczeniu operacyjnym (stopień II i III).”

Odwołujący zwrócił uwagę na niezgodną ze stanem faktycznym, w jego ocenie, podstawę prawną unieważnienia postępowania. Stwierdził, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do unieważnienia postępowania w przypadku wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady powodującej niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Tymczasem taka wada nie występuje w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania wskazał na właściwości terapeutyczne zaoferowanego produktu leczniczego, co w żadnej mierze nie stanowi wady samego postępowania, o której stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podniósł, że zaoferowany produkt jest zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego zamawiający nie zakwestionował. W przeciwnym razie odrzuciłby ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powoływanie się na fakt, że zaoferowany produkt nie wyczerpuje całego spektrum zastosowań, jest chybione. Zaoferowany produkt jest dokładnie taki, jakiego wymagał zamawiający opisując w siwz przedmiot zamówienia. Zamawiający nie zamieścił opisu produktu o większym spektrum działania w pakiecie nr 2.

Nie było więc podstaw do unieważnienia postępowania. Jednocześnie czynność zamawiającego odwołujący potraktował, jako próbę uchylenia się od zawarcia umowy w zakresie pakietu nr 2.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu, podniósł, że złożył ofertę odpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w siwz, jego oferta w pakiecie nr 2 była ofertą najtańszą. Stwierdził, że przepisy ustawy Pzp i kc. nie zawierają przesłanek unieważnienia postępowania w sytuacji przedstawionej w odwołaniu. Ponadto wskazał, że w toku postępowania jeden z wykonawców wystąpił o wydzielenie z pakietu nr 2 produktów wymienionych w pozycji 1 i 2 i wnioskował o utworzenie z tych produktów odrębnego pakietu, co powinno zwrócić uwagę zamawiającego na błędne opisanie przedmiotu zamówienia. Potwierdził, że zgodnie z charakterystyką produktu leczniczego,

zawartą w ofercie (pkt 4.1) zaofferowany lek Vinorelbine Polpharma może być stosowany w monoterapii lub polichemioterapii pierwszego rzutu III lub IV stadium niedrobnokomórkowego raka płuc oraz w leczeniu zaawansowanego raka piersi III i IV stadium, nawracającego po leczeniu lub opornego na leczenie, schematem zawierającym antracykliny. Nie potwierdził, by oferowany produkt mógł być stosowany w leczeniu, jakie ma miejsce w Centrum. Wnosząc o nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty, czego konsekwencją byłoby zawarcie umowy, uznał, że zamawiający ma możliwość odstąpienia od umowy bezpośrednio po jej zawarciu, na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że popełnił błąd opisując przedmiot zamówienia w pakiecie nr 2, gdyż w tamtym czasie nie miał rozpoznania co do występowania przedmiotowego produktu jako leku generycznego, zarejestrowanego w dniu 3 września 2009 r. Nie odrzucił żadnej z trzech złożonych ofert w tej części postępowania, mimo zaofferowania produktów o różnym spektrum zastosowania, gdyż na skutek błędu w siwz nie można było stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią siwz. Podał, że gdyby był zmuszony zawrzeć umowę z odwołującym na dostawę leku o zastosowaniu wskazanym w charakterystyce produktu leczniczego Vinorelbine Polpharma, wówczas lek podlegałby „odstawieniu na półkę” ze względu na nieprzydatność jego stosowania w prowadzonym leczeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie określonych potrzeb zamawiającego, przy czym realizacja celu dokonywana jest z zachowaniem ścisłych procedur wynikających z ustawy Pzp. Formalizm postępowania wynikający z przepisów ustawy nie jest istotą sam w sobie, jak orzekały sądy okręgowe, lecz służy osiągnięciu określonego celu.

Zamawiający zobowiązany jest m.in. do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający wybór najkorzystniejszej oferty, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia - produkty farmaceutyczne - na 11 pakietów dopuszczając możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania (pakiety) ilość 11. Pakiet nr 2 – 2010 określił w ogłoszeniu o zamówieniu (krótki opis zamówienia lub zakupu(ów), siwz (przedmiot zamówienia) oraz załączniku nr 2 do siwz pt. tabele cenowe, jako Vinorelbine. W drugiej kolumnie tabeli zatytułowanej - Nazwa międzynarodowa, indeks, rodz. prep.- i w trzeciej o nazwie – postać oraz czwartej o nazwie – dawka, podał odpowiednio w pozycjach 1 – 4 Vinorelbine w postaci - w pozycjach 1 i 2 inj. 10 i 50 mg, w pozycjach 3 i 4 kaps. 20 i 30 mg. Wykonawcy mieli podać w swoich ofertach w kolumnie piątej tabeli –

Nazwę handlową /ilość tabl. amp.ml./, w szóstej j.m. W ofertach dwóch wykonawców w pakiecie nr 2 w kolumnie piątej i szóstej podano nazwy preparatu: Navirel inj. 10 i 50 mg x 10 (fiol.) oraz 20 i 30 mg x 1 (kaps) - oferta Hurtowni Farmaceutycznej „ISMED” Spółka jawna mgr farm.J. Gierłowska A. Gierłowski z siedzibą w Otwocku. W ofercie PGF URTICA Sp. z o.o z siedzibą we Wrocławiu podano: Navelbine, 10 mg/1 ml i 50 ml/5 ml, inj., 10 fiol oraz 20 i 30 mg , kaps., 1 szt. W ofercie odwołującego podano w pozycjach 1 i 2 Vinorelbine Polpharma op. 1 fiolka 1ml i 5 ml i w pozycjach 3 i 4 Navelbine op. 1 kaps. Z charakterystyki produktu leczniczego dołączonej przez odwołującego wynika wskazanie stosowania produktu Vinorelbine Polpharma w monoterapii lub polichemioterapii pierwszego rzutu III lub IV stadium niedrobnokomórkowego raka płuc oraz w leczeniu zaawansowanego raka piersi III i IV stadium, nawracającego po leczeniu lub opornego na leczenie, schematem zawierającym antracykliny. W toku postępowania odwoławczego zamawiający przyznał, że błędnie opisał przedmiot zamówienia w tym pakiecie nie mając wiedzy, która możliwa była do uzyskania po rejestracji preparatu we wrześniu 2009 r. Odwołujący przyznał również, że przedmiotowy opis jest błędny, jednak mimo rozbieżnych ofert w zakresie samego przedmiotu zamówienia, dążył do kontynuowania postępowania celem zawarcia z nim umowy, wywodząc, że zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od realizacji umowy bezpośrednio po jej zawarciu, na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO nie podzieliła poglądu odwołującego o konieczności zawarcia umowy w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w tym w szczególności o możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego z zastosowaniem przesłanek określonych w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przepis ten nie może być zastosowany w rozpoznanym przypadku. W sytuacji, gdy oferty wykonawców nie były porównywalne, wykonawcy zaoferowali produkty o różnym spektrum zastosowania, chociaż odpowiadały one błędnemu opisowi zawartemu w siwz, zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, nie naruszając przepisów ustawy Pzp. Zawarcie umowy, ze świadomością w momencie jej zawierania, o konieczności odstąpienia od realizacji, byłoby niezgodne z przywołanymi przepisami ustawy Pzp i stanowiłoby swoistego rodzaju fikcję.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli zachodzą przesłanki wymienione w tym przepisie, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W obecnym stanie prawnym, po nowelizacji ustawy Pzp z mocą obowiązującą od dnia 29 stycznia 2010 r. – ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r.o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778), przesłanki nieważności względnej (stwierdzenie nieważności umowy przez uprawniony organ) zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Z ustępu 1 punkty 1-6 wynikają

przesłanki nieważności, o których mowa w tym przepisie (określony katalog). W ocenie KIO, przesłanka przedmiotowego unieważnienia wynika z ust. 6, gdzie ustawodawca przyznał wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych uprawnienie do występowania do sądu o unieważnienie umowy. Przesłanką wystąpienia o unieważnienie jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie ma wątpliwości, że błędny opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na wynik postępowania, skoro zaoferowano przedmiot dostawy o różnym zakresie zastosowania. Należy przyjąć, że postępowanie obarczone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, a w ślad za tym wyboru najkorzystniejszej oferty, należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tej sytuacji, zważywszy, że odwołujący nie przeciwstawił innego stanowiska wobec stanowiska zamawiającego w przedmiocie błędnego opisu przedmiotu zamówienia i potwierdził, że z jego oferty wynika ograniczony zakres stosowania preparatu, KIO uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważniając postępowanie w pakiecie nr 2.

Jednocześnie KIO zauważa, że wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu w przypadku unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 93 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, przysługuje odpowiednio roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty oraz złożenie wniosku o zawiadomienie wykonawcy przez zamawiającego o wszczęciu kolejnego postępowania obejmującego ten sam przedmiot zamówienia.

Reasumując powyższe, KIO orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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:

.....

