

Sygn. akt KIO/UZP 68/09

WYROK
z dnia 27 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. w Łodzi Oddział w Katowicach, ul. Kolisty 5, 40-486 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz** protestu z dnia 24 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. w Łodzi Oddział w Katowicach, ul. Kolisty 5, 40-486 Katowice 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 **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. w Łodzi Oddział w Katowicach, ul. Kolisty 5, 40-486 Katowice,**

- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. w Łodzi Oddział w Katowicach, ul. Kolisty 5, 40-486 Katowice.**

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

W dniu 15.10.2008. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/S 200-265463 opublikowano ogłoszenie zamawiającego, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej nr 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką w Bydgoszczy, tj. ogłoszenie o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na **dostawy sukcesywne produktów leczniczych na 2009 r.**

W dniu 16.12.2008 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 15 postępowania, tj. oferty firmy Sanofi-Aventis Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty odwołującego, tj. firmy "Polska Grupa Farmaceutyczna" S.A.

W dniu 24.12.2008 r. (pismo z dnia 22.12.2008) „Polska Grupa Farmaceutyczna” S.A. wniosła do zamawiającego **protest** na odrzucenie własnej oferty oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 roku Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Sanofi-Aventis Sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru własnej oferty w części 15 postępowania.

Protestujący stwierdza, iż zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego. Ponadto w uzasadnieniu protestu podniesiono, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym w jego sekcji II " przedmiot zamówienia" części 15 zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako „Heparyny drobnocząsteczkowe". Z kolei w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiących formularz cenowy w zadaniu 15 przedmiot zamówienia określono jako Claxane, przy czym w pkt. 3.12 specyfikacji została zawarta informacja, że zamawiający posługuje się nazwą handlową produktu leczniczego dopuszczając w wykonaniu tego zadania preparaty równoważne.

Z kolei w rozstrzygnięciu protestu firmy Sanofi-Aventis sp. z o.o., w dniu 14.11.2008 r. zamawiający poinformował, iż wykonawcy nie mogą składać na wykonania tego zadania produktów równoważnych w stosunku do Claxane, a tym samym nie dopuścił do udziału w przetarg produktu leczniczego Fragmin.

W opinii protestującego nie dopuszczenie do udziału w postępowaniu produktu leczniczego Fragmin, który jest lekiem równoważnym w stosunku do Claxane jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji czyli podstawowej zasady prawa zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę, że zarówno lek Claxane jak i Fragmin są produktami równoważnymi zgodnie z ogłoszeniem zamawiającego zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o wszczęciu procedury przetargowej na dostawę heparyn drobnocząsteczkowych – oba preparaty są heparyną cząsteczkową.

W związku z powyższym protestujący zakwestionował podstawę prawną odrzucenia jego oferty, skoro zaoferowano przedmiot zamówienia zgodny z ogłoszeniem i specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Protestujący wskazał, iż podstawą prawną do takiego działania nie mogą być nawet szacowne poglądy i rekomendacje towarzystw naukowych, na które zamawiający powołał się w rozstrzygnięciu protestu na siwz, gdyż nie mają one charakteru źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Ponadto jeżeli już zamawiający zmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to również taką zmianę winien zamieścić w ogłoszeniu o wszczęciu procedury przetargowej. W innym bowiem przypadku dochodzi do sytuacji, że przedmiot zamówienia zawarty w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania jest innym niż przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Od nieuwzględnienia-oddalenia protestu wykonawcy z dnia 24.12.2008 r. (pismo z dnia 22.12.2008 r.) „Polska Grupa Farmaceutyczna” S.A. w dniu 13.01. 2009 r. (data stempla pocztowego, pismo dat. 12.01.2008, wpływ do UZP 15.01) wniosła **odwołanie**.

W odwołaniu wskazano, iż do dnia jego sporządzenia odwołujący nie otrzymał jego rozstrzygnięcia, przez co uznał go za odrzucony przez zamawiającego.

W odwołaniu powtórzono zarzuty i żądania protestu.

Dodatkowo zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto wniesiono o:

- przyznanie odwołującemu od zamawiającego kosztów poniesionych w związku z niniejszym odwołaniem.
- przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej, która znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania powtórzono argumenty protestu. Podkreślono, iż zamawiający pomimo dopuszczenia w postępowaniu produktów leczniczych równoważnych w stosunku do produktu firmy Sanofi -Aventis sp. z o.o. praktycznie zabronił ich zaferowania czym naruszono art. 7 ust.1, art.29 ust.2 i 3 Pzp. Tej ustawy. Odwołujący podniósł, iż skoro jego oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, a nadto jest o prawie 50 tys. zł. tańsza od oferty wybranej przez zamawiającego, to czynność zamawiającego o jej odrzuceniu jest sprzeczna z art. 91 ust. 1 ustawy.

Odnosnie naruszenia art. 38 ust. 4a Pzp odwołujący podniósł, że jeżeli intencją zamawiającego wyrażoną w jego piśmie z dnia 14.11.2008r. rozstrzygającym protest firmy Sanofi -Aventis sp. z o.o. była zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ogłoszonym przetargu, to zamawiający zgodnie z ww. przepisem powinien przekazać taką zmianę Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Zaniechanie przez zamawiającego powyższej czynności doprowadziło – według odwołującego – do powstania różnic pomiędzy przedmiotem zamówienia opisanym w ogłoszeniu a przedmiotem zamówienia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z korespondencją dotyczącą jej treści, ofertę odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W świetle zebranego materiału dowodowego odwołanie nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W trakcie przedmiotowego postępowania treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia była przedmiotem pytań i protestów ze strony wykonawców, a także odpowiedzi i wyjaśnień oraz rozstrzygnięć protestów ze strony zamawiającego.

Między innymi w odpowiedzi z dnia 28.10.2008 r. na pytanie wykonawcy PGF Urtica Sp. z o.o. czy zamawiający dopuści wycenę leku Fragmin w części 15 postępowania, zamawiający poinformował, że „jeżeli proponowany lek spełnia wszystkie wymagania siwz wyrażamy zgodę”.

Powyższa odpowiedź zamawiającego została w dniu 04.11.2008 r. oprotestowana przez wykonawcę Sanofi-Aventis Sp. z o.o., jako dopuszczająca lek nierównoważny do wymaganego opisem przedmiotu zamówienia preparatu Clexane.

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 14.11.2008 r. zamawiający protest uwzględnił, poinformował o anulowaniu ww. odpowiedzi i stwierdził, że „lek Fragmin nie jest w pełni równoważny do leku Clexane”.

Powyższe rozstrzygnięcie protestu było ostatecznym, przyłączeń do protestu po którejkolwiek ze stron nie odnotowano.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zarzuty dotyczące rzeczywistej równoważności leku Fragmin do leku Clexane, a tym samym twierdzenie, iż oferowany produkt odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w siwz, są zarzutami spóźnionymi. Nie rozstrzygając kwestii rzeczywistej równoważności medycznej ww. preparatów leczniczych, bezsporne jest, iż zamawiający ostatecznie udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców i rozstrzygając ich protesty, wyraził stanowisko, iż leku Fragmin nie dopuszcza do udziału w postępowaniu w części 15 ze względu na fakt, iż nie jest on równoważny leкови Clexane, co jest jednoznaczne ze stwierdzeniem, że nie odpowiada on treści siwz i nie może stanowić wymaganego w specyfikacji przedmiotu dostawy.

Na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli również na zakres i opis zamawianego przedmiotu, składają się wszystkie odpowiedzi, wyjaśnienia, modyfikacje oraz rozstrzygnięcia protestów dotyczących siwz. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą kwestionować postanowienia zamawiającego, czy szerzej jego stanowisko w odniesieniu do wymaganego przedmiotu zamówienia, jedynie w przewidziany ustawą sposób i w przewidzianych ustawowo terminach.

Tym samym podważanie stanowiska zamawiającego składającego się *de facto* na opis przedmiotu zamówienia przy okazji kwestionowania czynności odrzucenia oferty, które

nastąpiło ze względu na niezgodność oferty z powołanym stanowiskiem, należy uznać za spóźnione w związku z przewidzianymi w art. 180 Pzp terminami na wnoszenie protestów dotyczących postanowień siwz.

Nie odnosząc się do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które z racji fazy postępowania nie mogą być przedmiotem rozpatrywania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, stwierdzić należy, iż zamawiający miał prawo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucić ofertę niezgodną z wyraźnie sformułowanym przez niego, i znanym odwołującemu, stanowiskiem w sprawie niedopuszczalności oferowania w części 15 postępowania preparatu Fragmin. Poza zakresem rozpatrywania pozostaje więc kwestia czy dokonywane przez zamawiającego przed terminem składania ofert czynności dotyczące przedmiotu zamówienia były dopuszczalne i zgodne z prawem.

W konsekwencji powyższego brak podstaw do zakwestionowania czynności, których odwołanie bezpośrednio dotyczy, czyli czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej. Za udowodniony uznano fakt, iż odwołujący złożył ofertę niezgodną z wymaganiami zamawiającego składającymi się na szeroko rozumianą specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zarzuty dotyczące:

- naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 uznać należy za spóźnione jako dotyczące treści siwz;
- naruszenia art. 91 ust. 1 uznać należy za nieprzystające do stanu faktycznego sprawy i dokonanych czynności zamawiającego - odwołujący powinien kwestionować w tym zakresie zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podanego jako podstawę odrzucenia, a nie prawidłowo zastosowanego w stosunku do ofert pozostających w postępowaniu przepisu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 6 uznać należy za bezprzedmiotowe wobec braku czynności, której zarzut naruszenia ww. przepisu może dotyczyć, czyli zawarcia umowy w sprawie zamówienia;
- naruszenia art. 7 ust. 1 należy uznać za bezzasadne wobec braku wykazania w postępowaniu odwoławczym naruszeń pozostałych przepisów ustawy dotyczących kwestionowanych czynności zamawiającego;
- naruszenia art. 38 ust. 4a należy pozostawić bez rozpoznania na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp w związku z faktem rozszerzenia odwołania o zarzuty nie zwarte w proteście.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*