

WYROK
z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2010 r. w Warszawie** odwołania wniesionego przez wykonawcę **Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A., ul. Jana Kazimierza 16, 01-248 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Św. Wojciecha Adalberta SPZOZ, Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk**, którego przedmiotem jest dostawa produktów farmaceutycznych zamieszczonych w 31 pakietach,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 2, w tym odrzucenia oferty wykonawcy FARMACOL S.A. w zakresie ww. pakietu oraz nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny im. Św. Wojciecha Adalberta SPZOZ, Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Centralę Farmaceutyczną CEFARM S.A., ul. Jana Kazimierza 16, 01-248 Warszawa,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Szpital Specjalistyczny im. Św. Wojciecha Adalberta SPZOZ, Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk** na rzecz **Centrali Farmaceutycznej CEFARM S.A., ul. Jana Kazimierza 16, 01-248 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Św. Wojciecha Adalberta SPZOZ, Al. Jana Pawła II 50, 80-462 Gdańsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa produktów farmaceutycznych zamieszczonych w 31 pakietach”. Przedmiotowe postępowanie odwoławcze dotyczy pakietu nr 2.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **25.02.2010 r.** poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 02.03.2010 r. pod nr 2010/S 42-061442.

W dniu **14.05.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza dla pakietu nr 2 została uznana oferta złożona przez wykonawcę FARMACOL S.A., ul. Rzepakowa 2, 40-541 Katowice.

W dniu **24.05.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na wyborze dla pakietu nr 2 oferty wykonawcy FARMACOL S.A., ul. Rzepakowa 2, 40-541 Katowice.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zażądał:

- 1) nakazania wykonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy FARMACOL S.A., ul. Rzepakowa 2, 40-541 Katowice w zakresie pakietu nr 2, w związku z brakiem spełnienia przez tę ofertę wymogów określonych w SIWZ,
- 2) nakazania powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania, oceny i wyboru ofert w zakresie pakietu nr 2 prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 14 maja 2010 r. Odwołujący powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w ofercie, która została przez FARMACOL S.A. złożona do przetargu, w zakresie pakietu nr 2, wykonawca zaoferował produkt inny niż określony w SIWZ, a mianowicie Avonex 30 mcg (6 mln j.m.) 0,5 ml amp.-strz. Natomiast Zamawiający w SIWZ w rubryce dotyczącej pakietu nr 2 jako przedmiot zamówienia wskazał „Interferon Beta dla 8-ciu pacjentów na okres 12 miesięcy wg. standardów opisanych przez NFZ w programie lekowym (Rebiff44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp. - strzyk., dla 1 pacjenta - 13 op. na rok).” Ponadto ilość zamawiana, to zgodnie z SIWZ 1248 sztuk, natomiast FARMACOL S.A. w ofercie wpisał ilość 414 sztuk, czyli ok. 1/3 wymaganej ilości.

W ocenie Odwołującego się przy wyborze oferty wykonawcy FARMACOL S.A. Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Zastrzeżenie,

o którym mowa w tym artykule dotyczy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W zaistniałej sytuacji nie ulega wątpliwości, iż nie mamy do czynienia z omyłką, gdyż SIWZ jasno i precyzyjnie formułuje przedmiot zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie SIWZ, w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też niezgodność oferty z treścią SIWZ oznacza, iż wykonawca nie spełnia wymogów zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego przedmiot zamówienia zaoferowany przez FARMACOL S. A. był sprzeczny z postanowieniami SIWZ, czyli oferta złożona przez tego uczestnika przetargu była niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający zatem zobowiązany był odrzucić ofertę Spółki FARMACOL S..A. w zakresie pakietu nr 2, czego jednakże nie uczynił, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 10 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1202/07) zgodnie, z którym „brak jest podstaw do odrzucenia przez zamawiającego oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ na skutek powołania się na parametry, których zamawiający nie określił i nie wymagał w SIWZ.” Nie ulega wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że w zaistniałym stanie faktycznym precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego miało miejsce, o czym świadczy fakt określenia w specyfikacji wymagań odnośnie produktu, co należy jeszcze raz podkreślić, w sposób następujący: „Interferon Beta dla 8-ciu pacjentów na okres 12 miesięcy wg. standardów opisanych przez NFZ w programie lekowym (Rebiff 44 mcg roztwór dostrzykiwań x 12 amp.-strzyk, dla 1 pacjenta - 13 op. na rok)”. Ponadto w wyroku Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 8 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0-3042/06 stwierdzono, że: „zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób dostosowany do swoich potrzeb. Oznacza to, iż ma prawo wymagać od wykonawców dostaw sprzętu o ustalonych przez siebie właściwościach nawet w sytuacji, gdyby jego parametry można było osiągnąć za pomocą sprzętu o innych właściwościach”.

Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący przywołał również fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1567/09), w którym Izba stanęła na stanowisku, iż „oferta nieodpowiadająca treścią SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości,

warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego". Zdaniem Odwołującego w zaistniałej sytuacji nie można domniemywać, że interes Zamawiającego został zaspokojony, gdyż to właśnie Zamawiający był autorem specyfikacji i określił przedmiot zamówienia w sposób nie budzący wątpliwości, natomiast produkt zaoferowany przez wykonawcę FARMACOL S.A. istotnie odbiega od wymagań ustanowionych w SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru produktu oferowanego przez FARMACOL S.A. niezgodnie z interesem pacjenta, co potwierdza opinia przedstawiona przez specjalistę neurologa prof. dr hab. n. med. Zbigniewa S. z Katedry i Kliniki Neurologii Uniwersytetu Medycznego w Lublinie. W opinii tej czytamy: „Skuteczność kliniczna i bezpieczeństwo terapii stwardnienia rozsianego (MS) prowadzonej przy pomocy interferonu beta-1a (Rebif) w porównaniu z interferonem beta-1a podawanym domięśniowo Avonex, oceniano w badaniu EVIDENCE. Faza pierwsza badania, trwająca 48 tygodni, została przeprowadzona z zastosowaniem losowego przydziału do grupy i podwójnego zaślepienia. Po zakończeniu tego okresu (faza w układzie naprzemiennym) pacjenci mieli możliwość przejścia z grupy INF 30 ug s.c. do INF 44 ug i.m. W fazie drugiej badania, w grupie pacjentów którzy zdecydowali się na zmianę terapii z Avonex na Rebif stwierdzono 50% redukcję rzutów ($P < 0,001$) wraz z jednoczesną istotną redukcją aktywności choroby w MRI. Badanie EVIDENCE wykazało, że leczenie MS przy pomocy IFN- β 1a stosowanego s.c. w dawce 44 ug 3/tydz. (Rebif), wiąże się z istotnym zmniejszeniem aktywności choroby w ocenie klinicznej i w badaniach obrazowych po 1-2 latach leczenia w porównaniu z IFN- β 1a podawanym i.m. w dawce 30 ug 1x/tydz. (Avonex). Faza badania w układzie naprzemiennym wykazała, że chorzy, u których leczenie preparatem Avonex zamieniono na leczenie preparatem Rebif, odnieśli dodatkowe korzyści, w postaci istotnego zmniejszenia aktywności choroby, co znalazło odbicie w 50% redukcji ilości rzutów, jak i zmniejszeniu ilości zmian aktywnych w MRI bez istotnego wzrostu występowania zdarzeń niepożądanych. Brak w literaturze medycznej danych na temat skutków klinicznych zamiany terapii z IFN-1a stosowanego podskórnie (s.c.) w dawce 44 ug 3/tydz. (Rebif) na IFN-1a podawanym domięśniowo (i.m.) w dawce 30 ug 1x/tydz. (Avonex). W świetle przedstawionych poniżej dowodów działanie takie należałoby uznać za sprzeczne z dobrem pacjenta." (Opinia prof. dr hab. n. med. Zbigniewa Stelmasiaka z Katedry i Kliniki Neurologii Uniwersytetu Medycznego w Lublinie).

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że wykonawca FARMACOL S.A. złożył ofertę niezgodną ze SIWZ. Co więcej przedmiotem jego oferty był produkt o innych właściwościach niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Pomimo to Zamawiający dokonał wyboru produktu po pierwsze niezgodnego z SIWZ, a ponadto w sprzeczności

z interesem pacjentów, których dobro powinno być dla Zamawiającego najwyższym celem. Przedstawiona przez prof. dr hab. n. med. Zbigniewa S. z Katedry i Kliniki Neurologii Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, niewątpliwie autorytetu w dziedzinie neurologii, nie pozostawia w tej kwestii żadnych wątpliwości. Powyższe, w ocenie Odwołującego, prowadzi do konstatacji, że w uwarunkowaniach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wybrał w sposób prawidłowy oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Gdyby bowiem nie doszło do wadliwego wyboru oferty, wówczas zgodnie z zasadami transparentności zamówień publicznych, wyłoniony zostałby wykonawca składający ofertę zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Najkorzystniejszą ofertą jest bowiem oferta, która - zgodnie z treścią art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp - przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Najkorzystniejsza oferta musi być jednak zgodna z warunkami określonymi w SIWZ. Nie sposób przecież wybrać jako najkorzystniejszy produkt nie posiadającego właściwości określonych w specyfikacji, co w niniejszej sytuacji miało miejsce.

Odwołujący się uzasadnił swój interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia stawianych w ramach niniejszego odwołania zarzutów skutkujących nakazaniem wykonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy FARMACOL S.A. i powtórzeniem czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert, Odwołujący uzyska możliwość uzyskania zamówienia (albowiem oferta Odwołującego zostanie zakwalifikowana jako najkorzystniejsza pod względem ceny). Ponadto Odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku wskazanego w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, albowiem nie udzielenie przedmiotowego zamówienia (będącego konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp) spowoduje utratę przez Odwołującego się spodziewanych korzyści, jakie mógłby uzyskać w przypadku wygrania przetargu.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż całą argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 26.05.2010 r. (zgłoszenie przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FARMACOL S.A.) uznaje za własną wraz z przywołanymi w powyższym piśmie

dowodami z dokumentów. Tym samym Izba, aprobuując wniosek Zamawiającego złożony w toku rozprawy, zalicza w poczet stanu faktycznego argumentację wyrażoną w piśmie z dnia 26.05.2010 r. jako argumentację Zamawiającego ze stosownymi modyfikacjami, w szczególności z pominięciem części dotyczącej wykazania interesu prawnego zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania.

W powyższym piśmie został na wstępie zawarty wniosek dotyczący oddalenia odwołania w całości, utrzymania w mocy rozstrzygnięcia postępowania w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 2 oferty wykonawcy FARMACOL S.A. i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania stosownie do treści art. 186 ust. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zostało wskazane, iż nie jest prawdą, że wykonawca FARMACOL S.A. w swojej ofercie w zakresie pakietu nr 2 zaoferował produkt inny niż określony w SIWZ, gdyż w SIWZ w opisie pakietu nr 2 zostało wskazane jednoznacznie, iż Zamawiający oczekuje zaoferowania leku „preparat Interferon Beta dla 8 pacjentów na okres 12 miesięcy wg. standardów opisanych przez NFZ w programie lekowym ...” a dopiero w dalszej części przykładowo wskazał w nawiasie ...(Rebiff 44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp.-strzyk. dla 1 pacjenta – 13 opakowań na rok). Zdaniem Zamawiającego przyjęcie interpretacji zapisów SIWZ w zakresie pakietu nr 2, wg której Zamawiający korzystając z nazwy handlowej konkretnego leku wskazywałby właśnie ten lek jako wymagany, stałoby w jawnym konflikcie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania stron wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i mogłoby stanowić podstawę do wniesienia środków ochrony prawnej. Tym samym w ocenie Zamawiającego wykonawca FARMACOL S.A. proponując w swojej ofercie lek Avonex 30 mcg (6 mln. j.m.) 0,5 ml amp. – strzyk. w ilości 416 sztuk zaproponował wymagany lek w ilości odpowiadającej standardom opisanym przez NFZ dla 12-to miesięcznej terapii lekiem Interferon Beta dla 8-miu pacjentów, biorąc pod uwagę inną częstotliwość podań niż dla leku Rebiff 44 mcg. Tym samym nie doszło, zdaniem Zamawiającego, do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a wybrana dla pakietu nr 2 oferta wykonawcy FARMACOL S.A. została zbadana, zweryfikowana, oceniona i wybrana zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Zamawiającego nieprawdą jest, aby doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy FARMACOL S.A., gdyż oferta tego wykonawcy w pełni spełnia wymogi stawiane

w SIWZ (a uszczegółowione w odpowiedziach na pytania z dn.15.03.2010), gdzie Zamawiający dopuszcza wycenę leku zarejestrowanego w Polsce pod tą samą nazwą międzynarodową a także leku równoważnego pod względem składu chemicznego (co jest bezsporne, biorąc pod uwagę cytowaną przez Odwołującego opinię specjalisty, a także występowanie obu zaproponowanych postaci Interferonów Beta 1-A w tym samym Terapeutycznym Programie Zdrowotnym refundowanym przez NFZ, posiadających to samo wskazanie terapeutyczne i podlegających takiej samej refundacji przez NFZ). Tak więc po spełnieniu warunków SIWZ, jedynym kryterium oceny była cena. Tym samym Zamawiający wybierając ofertę FARMACOL S.A. wybrał ofertę najkorzystniejszą.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający odnosząc się do argumentów podnoszonych przez Odwołującego w zakresie „wyboru produktu (...) niezgodnie z interesem pacjenta”, pomimo iż nie były one kryterium oceny spełniania warunków wg SIWZ zwrócił uwagę na fakt, iż istnieją ogólnie dostępne wyniki badań potwierdzających skuteczność i bezpieczeństwo stosowania leku „Avonex 30 mcg (6 min j.m.) 0,5ml amp.-strz.” w leczeniu stwardnienia rozsianego - nawet w przedstawionej opinii prof. dr hab. n. med. Zbigniewa Stelmasiaka jest o tym mowa. Avonex 30 mcg (6 min j.m.) 0,5 ml amp.-strz. posiada wieloletnie badania oraz obserwacje potwierdzające swoją skuteczność w terapii SM. Na dowód powyższego Zamawiający przedstawił dowody w postaci wyników badań dotyczących skuteczności i tolerancji poszczególnych interferonów wraz z krótkim wyjaśnieniem: Skuteczność i tolerancja interferonu beta -1a podawanego domięśniowo w porównaniu z interferonem beta -1a podawanym podskórnym w nawracającym stwardnieniu rozsianym - wyniki badania PROOF (dowód nr 1), gdzie zostało wskazane, że w badaniu tym nie wykazano w okresie prospektywnej części badania istotnych statystycznie różnic pomiędzy ocenianymi grupami. Oceniane grupy różniły się pod względem częstości występowania NAb; w grupie przyjmującej interferon beta- 1a w dawce 44 mcg podawanej 3 razy w tygodniu NAb były obecne u 19 % pacjentów, zaś w grupie leczonej interferonem beta-1a w dawce 30 mcg podawanej raz w tygodniu obecności NAb nie wykryto u żadnego chorego. U pacjentów NAb+ w porównaniu z pacjentami NAb-, częściej stwierdzono pogłębienie niesprawności (40% w porównaniu z 27,8%, p= nieistotne statystycznie), nowe lub powiększające się ogniska uszkodzenia w obrazach T2 -zależnych na koniec leczenia (63% w porównaniu z 40,7%, p= 0,003) oraz ogniska uszkodzenia Gd+ po 12-24 miesiącach leczenia (36,4% w porównaniu z 15%, p=0,001). Tolerancja leczenia była podobna w przypadku obu preparatów interferon beta -1a, ale reakcje w miejscu wstrzyknięcia występowały u mniejszego odsetka leczonych interferonem beta -1a i.m. podawanym raz w tygodniu.

Badanie to w ocenie Zamawiającego pokazuje, że spośród 3 interferonów (interferon beta -1b 8MIU s.c, interferon beta-1a 30 mcg. i.m. oraz interferon beta-1a 22 mcg. s.c.) to interferon beta -1a i.m. Avonex wykazuje najmniejsze ryzyko występowania przeciwciał neutralizujących. Obecność przeciwciał neutralizujących w 18 miesiącu leczenia wynosiła:

Interferon beta-1b 8 MIU s.c. - 31,6%

Interferon beta -1a 22mcg. s.c. - 18,7%

Interferon beta -1a Avonex 30 mcg. i.m. - 4%

Tym samym w ocenie Zamawiającego różnice pomiędzy preparatami interferonowymi dotyczące ryzyka wystąpienia przeciwciał neutralizujących powinny być brane pod uwagę podczas podejmowania decyzji dotyczącej wyboru preparatu interferonowego dla pacjentów z SM, ponieważ przeciwciała neutralizujące mogą zmniejszyć zarówno biodostępność, jak i skuteczność kliniczną interferonów beta.

Zamawiający wskazał, że w ramach zestawienia ze sobą wszystkich powołanych wyżej wyników badań oraz wyników badań zawartych w opinii prof. dr hab. n. med. Zbigniewa Stasiaka, nie może on podzielić stanowiska wedle którego „Brak w literaturze medycznej danych na temat skutków klinicznych zmiany terapii z INF-beta1a stosowanego s.c. w dawce 44 pg 3/tydz. na INF-beta1a podawanym i.m. w dawce 30 pg 1x/tydz. (...) działanie takie należałoby uznać za sprzeczne z dobrem pacjenta”. W ocenie Zamawiającego brak jest danych na temat skutków klinicznych zmiany interferonu beta-1a s.c. 44 mcg. na interferon beta -1a i.m. 30 mcg., co nie pozwala sformułować wniosków dotyczących takiej zamiany.

Ponadto w ocenie Zamawiającego istnieje również szeroko stosowana w lecznictwie szpitalnym (na terenie RP jak i w świecie) praktyka leczenia stwardnienia rozsianego przy pomocy Interferonu Beta - 1A pod postacią „Avonex 30 mcg (6 min j.m.) 0,5ml amp.-strz.” - wg danych producenta jest najczęściej stosowaną terapią SM na świecie, obecnie - ok. 130 000 pacjentów korzysta z tej terapii.

Zdaniem Zamawiającego argumentacja użyta przez Odwołującego, co do wyboru oferty rzekomo niezgodnej z SIWZ oraz rzekomo niezgodnej z interesem pacjenta, nie znajduje tutaj uzasadnienia, a wręcz przeciwnie - można z całą stanowczością wykazać, że Zamawiający (posługując się swoją wiedzą i doświadczeniem) jasno określił wymogi stawiane lekoms z grupy Interferon Beta 1-A (ma to być ilość zapewniająca 12-to miesięczną terapię 8-miu pacjentów), poprawnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wg zapisów SIWZ, swoim wyborem nie naruszył zapisów ustawy Pzp, a także (pomimo iż nie było to

przedmiotem oceny ofert) działał w interesie ogólnie pojmowanego pacjenta, gdyż wybrał ofertę pozwalającą leczyć za przeznaczoną pulę środków docelowo większą ilość pacjentów.

Tym samym w ocenie Zamawiającego nie ma również wątpliwości, że oferta złożona przez wykonawcę FARMACOL S.A. jest zgodna ze SIWZ, zatem nie podlega odrzuceniu, a zarzuty podnoszone przez Odwołującego się są bezzasadne. Dodatkowym argumentem w ocenie Zamawiającego jest fakt, iż wybór oferty Odwołującego może doprowadzić do wydatkowania środków publicznych w sposób nieracjonalny. Będzie to naruszenie art. 35 ust. 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2005 nr 249 poz. 2104 z późn. zm.), który nakazuje by wydatki te dokonywane były w sposób celowy, oszczędny wraz z uzyskaniem najlepszych efektów z danych nakładów.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze w zakresie pakietu nr 2 oferty wykonawcy FARMACOL S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Rzepakowej 2.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców udzielonymi na etapie postępowania, ofertą wykonawcy FARMACOL S.A., jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania powtórnego badania, oceny ofert, jak

również nakazania odrzucenia oferty wykonawcy FARMACOL S.A. i dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w zakresie pakietu nr 2.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania. Izba ustaliła, iż w dniu 21.05.2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu wszczętym wskutek wniesienia odwołania. W dniu 31.05.2010 r. wykonawca FARMACOL S.A., ul. Rzepakowa 2, 40-541 Katowice wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Tym samym Izba ustaliła, iż zgłoszenia przystąpienia nastąpiło z uchybieniem ustawowego terminu. Wobec powyższego Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy FARMACOL S.A. jako uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę FARMACOL S.A., treści SIWZ wraz z załącznikami oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba uznała argumentację zawartą w piśmie z dnia 26.05.2010 r. zawierającym przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia odwołania przez wykonawcę FARMACOL S.A. za argumentację Zamawiającego ze względu na fakt, iż Zamawiający w toku rozprawy złożył wniosek w tym zakresie, tj. wniósł o uznanie zawartej w powyższym piśmie argumentacji za własną wraz z przywołanymi w powyższym piśmie dowodami z dokumentów. W odniesieniu do formalnego wniosku Odwołującego złożonego w toku rozprawy dotyczącego nieuwzględnienia ww. dowodów, ze względu na brak tłumaczenia na język polski Izba stwierdziła, iż załączony do pisma z dnia 26.05.2010 r. artykuł został dołączony wraz z tłumaczeniem i tym samym dopuściła dowód nr 1 (załącznik do pisma wykonawcy FARMACOL S.A. z dnia 26.05.2010 r.).

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci SIWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawcy FARMACOL S.A. oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Izba postanowiła dopuścić na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, niewskazany przez Strony, dowód z dokumentu w postaci sporządzonego przez European Medicines Agency (Europejską Agencję Leków) Europejskiego Publicznego Sprawozdania Oceniającego (EPAR) dla preparatu AVONEX o sygn. EMEA/H/C/102 oraz dla preparatu REBIF o sygn. EMEA/H/C/136 (źródło: www.ema.europa.eu). Ponadto Izba postanowiła dopuścić na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp aneks nr 1 – charakterystyka produktu leczniczego dla preparatu REBIF oraz AVONEX (źródło: www.ema.europa.eu) oraz dowód w postaci wydawnictwa „Indeks leków medycyny praktycznej 2004” (wyd. Medycyna Praktyczna, Kraków 2004, wyd. IV, ISBN 83-89015-70-6).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w dziale I SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał, że: przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów farmaceutycznych zamieszczonych w formularzach cenowych – zał. Nr 1 – 4 (pakiety 1-31) do niniejszej SIWZ do Apteki Szpitala Specjalistycznego Św. Wojciecha SPZOZ w Gdańsku, Al. Jana Pawła II 50. Izba ustaliła także, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ (formularz cenowy do SIWZ) w zakresie pakietu nr 2 wskazał preparat Interferon Beta dla 8 pacjentów na okres 12 miesięcy wg. standardów opisanych przez NFZ w programie lekowym /Rebiff 44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp.-strzyk. dla 1 pacjenta – 13 opakowań na rok/. Tym samym opis przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 obejmuje nie tylko preparat o ustalonym składzie chemicznym, przeznaczeniu, ale również w tym zakresie za istotne informacje należy uznać jego dawkę, formę i postać, wyposażenie, ilość oraz ustalone w oparciu o dane producenta preparatu Rebif przewidywaną częstotliwość dawkowania, sposób aplikacji preparatu oraz aktywność biologiczną produktu leczniczego (12 mln. jednostek międzynarodowych dla 44 miligramów). Wszystkie te parametry stanowią element opisu przedmiotu zamówienia, w tym nie mniej istotne niż skład i przeznaczenie preparatu uznać należy jego dawkę, aktywność biologiczną oraz ilość dawek.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż z analizy postanowień SIWZ, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia wynika, że nie

została wskazana możliwość oferowania produktów równoważnych do wskazanych przez Zamawiającego. Analiza treści załącznika nr 1 do SIWZ (formularz cenowy do SIWZ) wskazuje, iż wykonawcy byli uprawnieni w trakcie przygotowywania oferty do wypełnienia jedynie rubryk nr 4,5,6,7 i 8, tj. dotyczących ceny jednostkowej netto, wartości netto ilości zamawianej, podatku VAT, wartości brutto ilości zamawianej oraz nazwy producenta. Tym samym treści SIWZ i załącznika nr 1 do SIWZ wskazuje, iż rubryka nr 2 (nazwa leku, dawka, postać) została przez Zamawiającego narzucona bez możliwości jej zmiany. Sporządzenie oferty następowało poprzez wypełnienie formularza cenowego i wypełnienie jego rubryk 4,5,6,7 i 8 bez możliwości zmiany zapisów w rubrykach nr 2 (nazwa leku, dawka, postać) oraz nr 3 (ilość zamawiana). Tym samym, zdaniem Izby, zmiana przez wykonawcę FARMACOL S.A. zapisów w rubrykach nr 2 i 3 była działaniem nieuprawnionym i spowodowała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wskazanie w zakresie pakietu nr 2 preparatu Rebif 44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp.- strzyk. dla 1 pacjenta – 13 opakowań na rok nie było kwestionowane przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, jak również nie było źródłem zapytań na etapie postępowania.

Zamawiający nie wykazał, iż wskazanie w ramach pakietu nr 2 preparatu Rebif 44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp.- strzyk. miało charakter niezamierzony i przypadkowy. Zdaniem Izby wprost przeciwnie, zarówno z treści SIWZ oraz z wyjaśnień Stron złożonych w toku rozprawy wynika, iż prawdopodobne jest, iż działanie to miało charakter zamierzony – wynikający z szeregu okoliczności faktycznych.

Na konieczność zaoferowania preparatu dla pakietu nr 2 identycznego jak wskazany, w identycznej dawce, ilości oraz formie i z identycznym wyposażeniem, a tym samym na celowość działania Zamawiającego w zakresie żądania w treści SIWZ zaoferowania preparatu Rebif 44 mcg do kontynuacji terapii dla 8 pacjentów wskazuje, zdaniem Izby, szereg ważkich argumentów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający w toku rozprawy przyznał, iż nabywany w ramach pakietu nr 2 preparat jest przeznaczony do kontynuacji terapii, która była realizowana przy użyciu identycznego preparatu jak wskazany w załączniku nr 1 do SIWZ dla pakietu nr 2, tj. Interferon Beta dla 8 pacjentów na okres 12 miesięcy wg. standardów opisanych przez NFZ w programie lekowym (Rebiff 44 mcg roztwór do wstrzykiwań x 12 amp.- strzyk. dla 1 pacjenta – 13 opakowań na rok). Z treści przywołanej przez Odwołującego opinii prof. dr hab. Zbigniewa Selmasiaka – wynika, iż zmiana terapii z IFN- β a stosowanego podskórnym (s.c.) w dawce 44 μ g 3/tydzień (Rebif) na IFN- β a podawanym domięśniowo (i.m.) w dawce 30 μ g 1/tydzień (Avonex) może nieść za sobą zmniejszenie skuteczności terapii. Wobec powyższego, nawet przy założeniu tożsamości chemicznej obu preparatów, powyższe może być uzależnione przede wszystkim

od wielkości jednorazowej dawki i częstotliwości dawkowania. Tym samym w przypadku terapii prowadzonej przy użyciu konkretnego preparatu, w konkretnej dawce, sposobie iniekcji oraz częstotliwości dawkowania jej kontynuacja przy użyciu tego samego preparatu wydaje się uzasadniona klinicznie, co potwierdzają przywołane przez Odwołującego dowody z dokumentów w postaci opinii. Powyższe ustalenia faktyczne, zdaniem Izby, oznaczają, że ze względu na nabywanie Interferonu beta 1a w ramach kontynuacji terapii pacjentów ze stwardnieniem rozsianym wskazanie konkretnego preparatu było działaniem dopuszczalnym - uzasadnionym względami medycznymi, które w tym wypadku Izba uznała za priorytetowe.

Po drugie powszechna wiedza wskazuje, iż kontynuacja terapii przy użyciu sprawdzonego preparatu powoduje uniknięcie niespodziewanych powikłań, interakcji z innymi lekami oraz niepożądanych działań ubocznych. Jak wynika z treści Europejskiego Publicznego Sprawozdania Oceniającego (EPAR) oraz treści kart charakterystyk produktu leczniczego dla preparatów Rebif i Avonex preparaty te wywołują nieco odmienne działania niepożądane.

Po trzecie jak wynika z kart charakterystyk produktów leczniczych oba preparaty różnią się pomiędzy sobą również sposobem iniekcji. Dla preparatu Rebif zaleca się iniekcje podskórne, zaś dla preparatu Avonex zaleca się iniekcje domięśniowe. Biorąc pod uwagę fakt, iż nie jest wykluczone dokonywanie przez poszczególnych pacjentów samodzielnych iniekcji, zmiana sposobu ich dokonywania byłaby działaniem niepożądanym lub w znacznym stopniu utrudniającym aplikację preparatu.

Po czwarte, jak wynika z Europejskiego Publicznego Sprawozdania Oceniającego (EPAR) o sygn. EMEA/H/C/136 skuteczność terapii preparatem Rebif jest uzależniona od dawki tego samego preparatu, i ograniczenie nawrotów choroby w porównaniu do placebo ulega ograniczeniu w okresie 4 lat stosowania preparatu o 22% (Rebif 22 mikrogramy) i 29% (Rebif 44 mikrogramy). Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) za aktywność biologiczną produktu leczniczego ustawodawca uznaje siłę działania jego substancji czynnej lub substancji czynnych wyrażona w jednostkach międzynarodowych (w skrócie j.m.) lub biologicznych. Preparat Rebif w dawce 0,044 mg odznacza się wartością 12 mln. j.m., zaś preparat Avonex w dawce 0,03 mg odznacza się wartością 6 mln. j.m. (źródło: Indeks leków medycyny praktycznej 2004, wyd. Medycyna Praktyczna, Kraków 2004, wyd. IV ISBN 83-89015-70-6). Z powyższego zestawienia wynika, iż przy kontynuacji terapii Interferonem beta 1a w następnych latach wskazane jest dla preparatu Rebif stosowanie dawki 44 mikrogramy, czyli preparatu o większej aktywności biologicznej wyrażonej w jednostkach międzynarodowych (j.m.). Oznacza to, iż przy zastosowaniu długoterminowej terapii Interferonem beta 1a w postaci preparatu Rebif zaleca się, ze względu na jego wyższą

skuteczność, stosowanie dawki wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ, tj. 44 mikrogramy (0,044 mg).

Po piąte jak wynika z kart charakterystyki produktu leczniczego dla preparatu Rebif i Avonex określony sposób podawania preparatu i dawkowanie winno być prowadzone pod nadzorem lekarza doświadczonego w leczeniu stwardnienia rozsianego. Tym samym samodzielna zmiana preparatu, dawki, częstotliwości dawkowania oraz sposobu iniekcji przez wykonawcę FARMACOL S.A., nawet przy założeniu jej zgodności z zaleceniami producenta leku, jest działaniem nieuprawnionym. Na powyższe znaczący wpływ ma fakt, iż nabywanie preparatu interferon beta-1a jest dokonywane przez Zamawiającego w ramach kontynuacji terapii, co winno przemawiać za zastosowaniem dotychczasowego medykamentu.

Po szóste w przypadku dopuszczalności zaoferowania preparatów równoważnych do wskazanych w SIWZ Zamawiający winien określić dla każdego preparatu z osobna zasady uznania innego preparatu za równoważny. Tylko w takim przypadku poszczególni wykonawcy oferujący produkty równoważne byłiby w stanie wykazać równoważność oferowanych produktów, tym samym wypełnić obowiązek wynikający z art. 30 ust 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej zakresu równoważności i warunków uznania innych produktów za spełniające wymagania określone w SIWZ. Zakres równoważności nie został przez Zamawiającego dla pakietu nr 2 określony także w ramach modyfikacji SIWZ, tak jak to zostało dokonane w sposób szczegółowy dla pakietu nr 1 w zakresie postaci leku i sposobu jego aplikacji w piśmie z dnia 17.03.2010 r. Tym samym, zdaniem Izby, przy uwzględnieniu ustalonych przez Izbę okoliczności faktycznych związanych z nabywanym w ramach pakietu nr 2 preparatem uznać należy, iż dla tego pakietu Zamawiający nie dopuścił innego preparatu niż wskazany w załączniku nr 1 do SIWZ.

Izba pragnie wskazać, iż z powyższych ustaleń wysunąć można ogólny wniosek, że w przypadku nabywania produktów farmaceutycznych w ramach kontynuacji terapii dla określonej grupy pacjentów zasadnym jest stosowanie u pacjentów sprawdzonych preparatów i jeżeli Zamawiający w treści SIWZ wskazał konkretny preparat, w konkretnej dawce, ilości, postaci oraz sposobie aplikacji to jego samoistną zmianę przez wykonawcę i zaoferowanie według uznania tego ostatniego innego preparatu, w zmienionej dawce, ilości oraz postaci należy uznać za sprzeczną z postanowieniami SIWZ. Brak jest, zdaniem Izby, podstaw do uznania, że wykonawcy mogą samodzielnie decydować o dawkach, ilościach i tym samym sposobie aplikacji leków – jeżeli ze względu na kontynuację terapii powyższe zostało wypracowane dla poszczególnych pacjentów przez prowadzących ich lekarzy – specjalistów posiadających doświadczenie w leczeniu danych jednostek chorobowych, które to doświadczenie zostało nabyte w toku kilkuletniej pracy zawodowej, w tym pracy

z pacjentami dla których są nabywane te preparaty. Trudno jest wszakże, zdaniem Izby, uznać, iż stosowane dotychczas w ramach terapii preparaty (wskazany w SIWZ preparat Rebif), ich dawki (44 mcg) i częstotliwość dawkowania (3 raz w tygodniu) są jedynie dziełem przypadku i mogą być dowolnie zmieniane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko osoby posiadające stosowne wykształcenie, doświadczenie w leczeniu danej choroby oraz znające historię choroby poszczególnych pacjentów i przebieg terapii danym preparatem są uprawnione do zmian preparatów, dawek leków, sposobu aplikacji i częstotliwości ich dawkowania. Powyższe potwierdza dowód z dokumentu przywołany przez Zamawiającego w postaci odpowiedzi Ordynatora Oddziału Neurologicznego – dr hab. Jarosława S. na pytanie zawarte w piśmie z dnia 25.05.2010 r. dotyczące zasadności argumentacji zawartej w odwołaniu złożonym w przedmiotowej sprawie. W odpowiedzi na ww. pytanie Ordynator Oddziału Neurologii - dr hab. Jarosław Sławek wskazał w odniesieniu do preparatów Rebif i Avonex m. in., że: „Nie są to leki generyczne, stąd różnice w drodze i częstości podawania, a także zawartości leku 30 vs 44 ug. Badania wykazują, że są to leki skuteczne, ale w badaniach są też podkreślane różnice między nimi. Trudno jednak na ich podstawie jednoznacznie mówić o wyższości jednego preparatu nad drugim”. Tym samym należy wskazać, iż pomimo identycznego przeznaczenia oba preparaty nie są tożsame pod względem działania, dawkowania, działań niepożądanych i interakcji z innymi lekami, gdyż nie uznaje się ich za leki generyczne (odtwórcze).

Izba nie podziela również argumentacji Zamawiającego podniesionej na rozprawie, że w zakresie pakietu nr 2 istotna jest dla niego jedynie wartość pakietu, gdyż na sfinansowanie przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 przeznaczył kwotę 233.500,00 zł brutto, zaś wykonawca Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 za kwotę 270.400,00 zł brutto. Po pierwsze, Izba pragnie wskazać, że powyższe nie uprawnia Zamawiającego do uznania za najkorzystniejszą oferty, która swoją treścią nie odpowiada treści SIWZ. Po drugie gwarancyjna rola kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia istnieje jedynie wówczas, gdy Zamawiający w oparciu o obowiązek wynikający z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp poda ją bezpośrednio przed otwarciem ofert. Jednakże w dokumentacji postępowania brak jest dowodu na powyższą okoliczność, w szczególności brak jest dla przedmiotowego postępowania protokołu postępowania.

Znamienne, zdaniem Izby, znaczenie ma również fakt, iż Zamawiający w zakresie równoważności preparatu Avonex 30 mcg w ilości 416 sztuk do preparatu Rebif 44 mcg w ilości 1.248 sztuk podjął stosowne działania wyjaśniające dopiero w dniu 25.05.2010 r., tj. po wniesieniu odwołania w dniu 24.05.2010 r. przez wykonawcę Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A. (pismo z dnia 25.05.2010 r. skierowane do Ordynatora Oddziału Neurologicznego – dr hab. Jarosława Sławka). Tym samym, zdaniem Izby, powyższe stoi

w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego, z którego wynika, że oferta wykonawcy FARMACOL S.A. została zbadana, zweryfikowana, oceniona i wybrana zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Pzp. Powyższe pismo z dnia 25.05.2010 r. wskazuje na coś zgoła innego, że Zamawiający nie posiadał wiedzy wystarczającej do odparcia zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu, zaś ich ewentualną ocenę pozostawił specjalście w danej dziedzinie, jednak już po podjęciu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 2.

Ocena przez Izbę istniejącego stanu faktycznego oparła się na ustaleniu, czy Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 poprzez wskazanie określonego preparatu dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych, oraz czy zaoferowany przez wykonawcę FARMACOL S.A. preparat Avonex powoduje, że treść oferty tego wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ. Przedmiotem analizy dokonanej przez Izbę nie jest ocena skuteczności klinicznej obu preparatów, jak mogłoby to wynikać z dowodów przedstawionych przez Strony, jak również nie obejmuje ona oceny, czy w przedstawionych okolicznościach faktycznych wskazanie konkretnego produktu było działaniem uzasadnionym z punktu widzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym Izba, ze względu na wyżej przywołane argumenty, stanęła na stanowisku, iż kontynuacja terapii przy użyciu tego samego preparatu może nieść ze sobą pozytywne aspekty. Powyższe pozwala uznać w ramach implikacji, iż wskazanie przez Zamawiającego dla pakietu nr 2 określonego preparatu nie było działaniem przypadkowym, zaś z treści SIWZ i załącznika nr 1 nie wynika możliwość zaoferowania produktu równoważnego. Doprowadziło do uznania przez Izbę, że zmiana przedmiotu zamówienia w tym zakresie (pakiet nr 2) powoduje, iż treść oferty wykonawcy FARMACOL S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Oferta niezgodna z treścią SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia (w tym wypadku dawce leku, ilości dawek oraz jego aktywności biologicznej), jak też w sposobie jego realizacji (w sposobie aplikacji, częstotliwości dawkowania). Niezgodność taka ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Z ustaleń Izby dokonanych w toku rozprawy wynika zaś, iż wskazanie w pakiecie nr 2 preparatu Rebif w dawce 44 mcg w ilości 1.248 sztuk ze względu na fakt, iż nabywanie tego preparatu następowało w ramach kontynuacji terapii - nie miało ono charakteru przypadkowego i było podyktowane względami klinicznymi.

Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy FARMACOL S.A. dla pakietu nr 2, która ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Tym samym biorąc pod uwagę, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp potwierdziły się przedmiotowe odwołanie podlegało uwzględnieniu stosownie do treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie naruszenia któregośkolwiek z przepisów wskazanych w treści odwołania obliguje Izbę do uwzględnienia odwołania na podstawie 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....