

Sygn. akt: KIO/2476/10

**WYROK**  
z dnia 26 listopada 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie 24 listopada 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego 12 listopada 2010 roku przez Wykonawcę

**PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krzemienieckiej 120, 54-613 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest

**Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Szpitalnej 19, 85-826 Bydgoszcz**

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

**Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Szpitalnej 19, 85-826 Bydgoszcz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krzemienieckiej 120, 54-613 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 598 zł 02 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dwa grosze) przez **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Szpitalnej 19, 85-826 Bydgoszcz** na rzecz **PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krzemienieckiej 120, 54-613 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty z tytułu dojazdu pełnomocników.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*sukcesywne dostawy produktów leczniczych oraz mleka dla niemowląt*” sprawa nr ZP-2413-63/2010 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 sierpnia 2010 roku pod numerem ogłoszenia 2010/S 161-248536.

12 listopada 2010 roku Odwołujący - PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krzemienieckiej 120, 54-613 Wrocław - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oraz wobec czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe „MEDAN” Spółka Jawna W. Pawlak, G. Arndt i S-ka z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Morskiej 8 (dalej: MEDAN), w zakresie Pakietu nr 59.

Oferta wykonawcy MEDAN w zakresie grupy nr 59 jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) oraz jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) i w rozumieniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty w zakresie Grupy 59, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę MEDAN w zakresie Grupy 59 oraz dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Grupy nr 59.

Wnoszący odwołanie posiada interes prawny oraz interes faktyczny, ponieważ jego oferta w zakresie Grupy 59 została oceniona na drugim miejscu a ponadto jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z ustawą Pzp. Odrzucenie wadliwej oferty wykonawcy MEDAN w zakresie Grupy nr 59 miałyby bezpośredni wpływ na wybór oferty i udzielenie zamówienia publicznego wnoszącemu odwołanie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał na konieczność odrzucenia oferty wybranej w postępowaniu w Grupie 59 z uwagi na:

MEDAN w ofercie (załącznik nr 1 - arkusz cenowy), w kolumnie „Nazwa Handlowa” nie podał prawidłowej nazwy handlowej żadnego zarejestrowanego preparatu odpowiadającej nazwie międzynarodowej (ogólnie stosowanej) podanej przez Zamawiającego. Zaoferowany przez wykonawcę lek o nazwie handlowej Piperacilin +Tazobactam 4g/0,5g nie jest produktem leczniczym dopuszczonym do obrotu na terenie naszego kraju na podstawie Decyzji Ministra Zdrowia. MEDAN w ofercie (załącznik nr 1 - arkusz cenowy), w odpowiedniej kolumnie podał jako producenta: Fresenius. Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez wykonawcę lek o nazwie Piperacilin +Tazobactam 4g/0,5g, którego producentem jest Fresenius nie jest produktem leczniczym dopuszczonym do obrotu na podstawie Decyzji Ministra Zdrowia.

Odwołujący przyjął założenie, iż MEDAN popełnił błąd w kolumnie nazwa handlowa a w kolumnie producent wpisał nazwę podmiotu odpowiedzialnego, którym może być Fresenius. Biorąc pod uwagę nazwę podmiotu odpowiedzialnego, czyli Fresenius – wywnioskował Odwołujący, że MEDAN zaoferował lek o zarejestrowanej nazwie handlowej Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g (podmiot odpowiedzialny Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o.). Jednak takie założenie, wskazał Odwołujący, nie było przedmiotem dociekań Zamawiającego, nie skorzystał on z uprawnień płynących z art. 87 ustawy Pzp, wobec powyższego *de facto* dokonał wyboru oferty, której przedmiotem jest lek nie zarejestrowany i nie będący dopuszczony do obrotu na terenie RP zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi.

Odwołujący przyjąwszy założenie, że wykonawca MEDAN zaoferował produkt leczniczy zarejestrowany Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g (podmiot odpowiedzialny FreseniusKabi Polska Sp. z o.o.), wskazał, że MEDAN zaoferował ilość opakowań niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający żądał, bowiem wyceny 700 opakowań preparatu Piperacylina + Tazobactam inj. 4,5g x 12 fiolek (czyli chodziło o wycenę 8.400 fiolek). Jeżeli zatem wykonawca MEDAN zaoferował faktycznie zarejestrowany preparat o nazwie handlowej Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g (podmiot odpowiedzialny Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o.), w ilości 700 opakowań to oznacza, że wycenił co najwyżej 7.000

fiolek. Odwołujący wyjaśnił, iż preparat ten jest zarejestrowany (czyli dopuszczony do obrotu), jedynie w opakowaniach o zawartości 1 fiołka, 5 fiolek i 10 fiolek. MEDAN nie podał nigdzie jaką wielkość opakowania oferuje a może zaoferować wyłącznie opakowanie zarejestrowane, dopuszczone do obrotu. Z tego wynika, że oferta firmy MEDAN w Grupie 59 mogła zawierać wycenę zarówno 700 fiolek (700 opakowań x 1 fiołka w opakowaniu), jak i 3 500 fiolek (700 opakowań x 5 fiolek w opakowaniu), a w najlepszym razie 7 000 fiolek (700 fiolek x 10 fiolek w opakowaniu).

Jak z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, oferta MEDAN jest obciążona poważnymi błędami, nie zawiera poprawnie podanej nazwy handlowej, nie określa jakie wielkości opakowania są oferowane a co najważniejsze zawiera wycenę znacznie mniejszej ilości leku niż to wynika ze specyfikacji. Również ten istotny błąd, dotyczący zaoferowanej ilości nie wzbudził wątpliwości Zamawiającego i nie skorzystał on z uprawnień wynikających z art. 87 ustawy Pzp.

Jeżeli MEDAN zaoferował faktycznie zarejestrowany preparat o nazwie handlowej Piperacillin / Tazobactam Kabi 4g + 0,5g (podmiot odpowiedzialny Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o.), to powinien przeliczyć ilość opakowań i wycenić 8 400 fiolek leku. Jeżeli MEDAN w swojej ofercie podał cenę jednostkową netto za opakowanie w wysokości 585,06 zł netto, zakładając nawet, że jest to opakowanie o zawartości 10 fiolek (a nie 1 lub 5 fiolek jak można byłoby wnosić z zapisu oferty), to powinien podać (lub chociażby przemnożyć) tę kwotę przez liczbę opakowań 840. Po takim przeliczeniu wartość oferty MEDAN w Grupie 59 wyniesie 491 450,04zł netto i będzie znacznie wyższa od wartości ofert złożonych przez pozostałych wykonawców (następna w kolejności oferta w pakiecie nr 59 opiewa na kwotę 468 881,00 zł netto).

Odwołujący podniósł również, iż wskazania do stosowania leku Piperacylina +Tazobactam, określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w kolumnie pod nazwą międzynarodową) wskazywać mogą że zaoferowany przez MEDAN lek nie odpowiada temu opisowi. W Charakterystyce Produktu Leczniczego preparatu Piperacillin/ Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g (podmiot odpowiedzialny Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o.) w punkcie 4.1 *Wskazania do stosowania* nie są wymienione wskazania wymienione w specyfikacji Istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego.

15 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz.

Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Zamawiającego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawcę PGF URTICA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Krzemienieckiej 120, 54-613 Wrocław, ponieważ wtedy Zamawiający zawarze z Wykonawcą umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, zatem Wykonawca uzyska to zamówienie

Zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego następująco argumentował swoje stanowisko:

Po pierwsze - Odwołujący wskazał, że oferta zgłaszającego przystąpienie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp, przy czym zarzut ten jest chybiony, ponieważ Odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał, na czym miałyby polegać niezgodność oferty zgłaszającego przystąpienie z ustawą.

Po drugie - Odwołujący wskazał także, że oferta Wykonawcy jest rzekomo niezgodna SIWZ i miałyby na tej podstawie podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp. Odwołujący powołał się na rzekomą nieprawidłowość w podaniu nazwy handlowej produktu zaoferowanego przez zgłaszającego przystąpienie w zakresie grupy 59. Zarzut ten jest oczywiście chybiony w ocenie zgłaszającego przystąpienie, ponieważ zgłaszający przystąpienie wskazał nazwę handlową produktu w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości, tzn. że chodzi o produkt Piperacillin/Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g. Również sam Odwołujący zdaje się nie mieć co do tego wątpliwości, zdaniem zgłaszającego przystąpienie należy zatem przyjąć, że w ofercie Wykonawcy w ogóle nie popełniono błędu co do podania nazwy handlowej oferowanego produktu. Bardzo niewielka różnica pomiędzy nazwą produktu oferowanego przez Wykonawcę wpisaną w ofercie a nazwą podaną w charakterystyce produktu leczniczego, na jaką wskazuje Odwołujący, jest na tyle nieistotna, że w przedmiotowym wypadku w ogóle nie może być mowy o niezgodności oferty z treścią SIWZ, ponieważ nie ma wątpliwości, jaki produkt Wykonawca zaoferował. Oferta Wykonawcy, jako oświadczenie woli, powinna być rozumiana tak, jak to wynika z okoliczności, w których została złożona (zgodnie z art. 65 §1 kodeksu cywilnego, mającym zastosowanie zgodnie z art. 14 pzp). Skoro nie ulega wątpliwości, jaki produkt zaoferował Wykonawca, nie może być mowy o niezgodności oferty z SIWZ, gdyż taka niezgodność musi mieć, stosownie do ugruntowanych poglądów doktryny, treściowy a nie formalny charakter.

Jeśli nawet uznać, że w przypadku oferty Wykonawcy doszło do omyłki, która powinna zostać usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pzp, to należy podkreślić, że tym bardziej nie mogłoby to stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp. Jeśli w przedmiotowym przypadku rzekome rozbieżności, na które powołuje się Odwołujący zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską, to należałoby przyjąć, że nawet brak zawiadomienia ze strony Zamawiającego o poprawieniu omyłki (na co powołuje się Odwołujący), nie stanowiłby podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy (czego żąda Odwołujący), ponieważ poprawienie omyłek w ofercie jest obowiązkiem Zamawiającego, zaś nawet zaniechanie w tym względzie, nie powoduje przecież powstania niezgodności oferty z SIWZ, co wyłącznie może być podstawą odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp. Również jeśli zakwalifikować rzekomą rozbieżność, na którą powołuje się Odwołujący jako „inną omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 1 pkt 3) pzp, również nawet brak jej poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pzp (co jest obowiązkiem zamawiającego), nie mógłby stanowić podstawy odrzucenia oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp wyraźnie odsyła do art. 87 ust. 1 pkt 3) pzp. Nie podlega zatem odrzuceniu oferta podlegająca poprawieniu a trybie art. 87 ust. 1 pkt 3) pzp, zaś ewentualne zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie może obciążać wykonawcy. W ofercie zgłaszającego przystąpienie nie doszło do niezgodności z treścią SIWZ uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp, ponieważ nie ma wątpliwości, jaki produkt Wykonawca zaoferował (nie wzbudziło to wątpliwości Zamawiającego, również Odwołujący nie miał wątpliwości co do tego, o jaki konkretnie produkt chodzi w ofercie Wykonawcy).

Chybiony jest także zarzut Odwołującego, jakoby zgłaszający przystąpienie zaoferował ilość opakowań produktu Piperacillin/Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g niezgodną z wymaganą przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający wymagał 700 opakowań produktu po 12 fiolek, oczywistym jest, że Wykonawca podając w ofercie w kolumnie „Maksymalne zapotrzebowanie na 24 miesiące” liczbę 700, miał na myśli ilość asortymentu odpowiadającą zapotrzebowaniu Zamawiającego, czyli 700 x 12 fiolek (łącznie 8 400 fiolek). Z punktu widzenia Zamawiającego, nie ma przecież praktycznego znaczenia, czy dany produkt zostanie dostarczony w opakowaniach po 12 fiolek, czy też w opakowaniach zawierających ich mniejszą liczbę. Wykonawca podał zatem w ofercie ilość produktu oczekiwaną przez Zamawiającego (700 x 12 fiolek, łącznie 8 400 fiolek). Zgłaszającego przystąpienie wskazuje, że treść SIWZ nie określa, że liczba wskazana w kolumnie „Maksymalne zapotrzebowanie na 24 miesiące” odnosi się do liczby opakowań, jaka ma dostarczyć Wykonawca (produkty mogą bowiem występować na rynku w różnych opakowaniach). Liczba ta powinna natomiast być rozumiana jako odnosząca się do kolumny „Dawka, postać

leku", gdzie wskazano zapotrzebowanie na produkt w dawce i postaci „inj. 4,5 g x 12 fioł.", to zatem te dwie kolumny określają ostatecznie zapotrzebowanie Zamawiającego. Nie może zatem ulegać wątpliwości, że Wykonawca w przedmiotowym wypadku zaoferował ilość produktu zgodną z SIWZ, rozumiejąc treść SIWZ w powyższy prawidłowy (i oczywisty) sposób. To wskazanie zgodnie z błędnym rozumieniem SIWZ, jakie przyjął Odwołujący, w kolumnie „Maksymalne zapotrzebowanie na 24 miesiące" liczby innej niż liczba 700 (odnosząca się do pakietów po 12 fiolek), jak to prawidłowo uczynił Wykonawca, mogłoby wzbudzić wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ. Również zatem jeśli chodzi o zaoferowanie ilości produktu zgodnej z SIWZ, oświadczenie złożone przez Wykonawcę w ramach oferty nie może wzbudzać wątpliwości i powinno być rozumiane tak, jak to wynika z okoliczności, w których oferta została złożona (zgodnie z art. 65 §1 kodeksu cywilnego, mającym zastosowanie zgodnie z art. 14 pzp). Zgłaszający przystąpienie zaoferował łącznie 8 400 fiolek produktu (700 x 12), w takich opakowaniach, w jakich produkt ten jest dostępny na rynku. Twierdzenia Odwołującego, na temat tego, jak należy rozumieć podanie przez Wykonawcę w kolumnie „Maksymalne zapotrzebowanie na 24 miesiące" liczby 700, są oczywiście bezpodstawne i opierają się na snuciu dywagacji, odnoszących się do różnego rodzaju opakowań, co nie ma w przedmiotowym przypadku znaczenia, gdyż Zamawiający określił zapotrzebowanie odnosząc liczbę 700 z kolumny „Maksymalne zapotrzebowanie na 24 miesiące" do kolumny „Dawka, postać leku", nie zaś do rodzaju opakowania.

W ocenie Odwołującego nie potwierdził się zarzut rzekomego błędnego podania przez Wykonawcę ceny jednostkowej netto, gdyż formularz cenowy stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ nie stanowi, że wykonawca ma podać cenę jednostkową netto „za opakowanie". Z wyżej opisanej treści SIWZ wynika, że Zamawiający określi zapotrzebowanie poprzez odniesienie do kolumny „Dawka, postać leku", uzasadniona jest zatem także interpretacja SIWZ, zgodnie z którą wykonawca powinien podać również cenę jednostkową netto w odniesieniu do pakietów po 12 fiolek (określonych w kolumnie „Dawka, postać leku"), ponieważ z treści SIWZ nie wynika, aby dla Zamawiającego miało jakiegokolwiek znaczenie, w jakich opakowaniach produkty mają być dostarczone. Wykonawca określił zatem prawidłowo cenę, w oparciu o powyższe rozumienie SIWZ. Bezpodstawne są zatem również dywagacje Odwołującego, odnośnie tego, jaka byłaby wartość oferty Wykonawcy, gdyby cena jednostkowa została odniesiona do opakowania (takie odniesienie nie wynika bowiem z treści SIWZ ani oferty Wykonawcy).

Nie znajduje uzasadnienia w ocenie zgłaszającego przystąpienie twierdzenie Odwołującego, jakoby z charakterystyki produktu leczniczego Piperacillin/Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g



miało nie wynikać, że produkt ten ma wskazania do stosowania, zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, tzn. wskazania „leczenia posocznicy, zapalenia płuc, zakażeń w ginekologii, kości i stawów”. Charakterystyka tego produktu leczniczego wskazuje bowiem ogólnie w pkt 4.1, że produkt ten *„jest wskazany w leczeniu umiarkowanie ciężkich lub ciężkich układowych i (lub) miejscowych zakażeń bakteryjnych, w których wykrywa się lub podejrzewa udział bakterii wytwarzających beta-laktamazę ”*. Jednostki chorobowe, w których powyższe może wystąpić, zostały w charakterystyce produktu leczniczego wskazane jedynie przykładowo, co jednak nie zmienia faktu, że produkt oferowany przez Wykonawcę oczywiście ma wskazania w przypadkach wymaganych przez Zamawiającego.

Po trzecie - bezpodstawny i bezzasadny zdaniem zgłaszającego przystąpienie jest zarzut Odwołującego postawiony z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp, tzn. na obowiązek odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgłaszający przystąpienie podniósł, iż Odwołujący nie przytoczył żadnych okoliczności, które wskazywałyby na możliwość zastosowania powyższego przepisu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 12 listopada 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

*naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego tj. Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 12 listopada 2010 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz nastąpiło 15 listopada 2010 roku - Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Izby elektronicznie za pośrednictwem skrzynki elektronicznej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie tym samym Izba uznał, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy 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 Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Morskiej 8, 85-725 Bydgoszcz oraz pismo

Zamawiającego z 25 sierpnia 2010 roku zawierające odpowiedzi wyjaśnienia na zadane w postępowaniu przez wykonawców pytania.

Izba dopuściła dowód złożony na rozprawie przez Zamawiającego – pismo z 19 listopada 2010 roku, które zostało podpisane przez dr hab. Jerzego K. profesora UMK a dotyczące spektrum działania zaoferowanego produktu leczniczego Piperacillin /Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

### **Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w części XX pkt 10.13 został sprecyzowany następujący wymóg:

*Wykonawca powinien zaoferować cenę jednoznaczną i ostateczną, obejmującą wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, które nie będzie podlegała negocjacom przy podpisaniu umowy*

oraz w części XX pkt 10.14 SIWZ:

*Sposób obliczenia ceny w zał. Nr 1 do SIWZ: Wykonawca obliczy cenę przedmiotu zamówienia w oparciu o szczegółowy formularz cenowy, stanowiący Zał. Nr 1 do SIWZ. W pierwszej kolejności wykonawca podaje cenę jednostkową netto 1 sztuki i pomnoży ją razy maksymalne potrzeby na 24 miesiące, w ten sposób otrzymując wartość netto danej*

*pozycji. Do tak otrzymanej wartości netto doda kwotę podatku VAT otrzymując w ten sposób wartość brutto danej pozycji.*

W części II pkt 2.1 SIWZ Zamawiający ukształtował następujący obowiązek:

*W rubryce „nazwa leku” Zał. Nr 1 do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę handlową oferowanego leku*

oraz w części V pkt 5.1 SIWZ :

*Oświadczenie Wykonawcy, że oferowany przedmiot zamówienia jest dopuszczony do obrotu i używania na terenie Polski.*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty oraz wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: MEDAN lub „Uczestnik postępowania odwoławczego”) w postępowaniu jako najkorzystniejszej, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący w złożonym odwołaniu nie podniósł uzasadnienia dla naruszenia powyżej wskazanych przepisów, nie przeprowadził również argumentacji w trakcie rozprawy. Słusznie zaś MEDAN w złożonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykazał, iż zarzut jest niezasadny oraz niczym niepotwierdzony.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy spełniona jest jedna z przesłanek zawartych w tym artykule. Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą* , oraz art. 1 ustawy - *Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.* Odniesienie się do siebie tych przepisów jest niezbędne, bowiem Zamawiający będzie dokonywał odrzucenia oferty, gdy ta oferta będzie niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych a także, zgodnie ze stanowiskiem części doktryny, gdy będzie niezgodna z aktami wykonawczymi wydanymi na podstawie tej ustawy. Oferta złożona w postępowaniu będzie niezgodna z ustawą w szczególności, gdy będzie np.: złożona w obcym języku, gdy oferta będzie złożona w innej formie niż dopuszczona

np.: elektronicznie gdy dopuszczona była forma pisemna, gdy wykonawca w postępowaniu złożył dwie oferty. Powołanie się na tę regulację w przypadku, gdy złożona w postępowaniu oferta będzie naruszać zasady ustawowe, rodzi niezbędność odniesienia się do poszczególnych przepisów ustawy regulujących określone zasady a także może powodować konieczność odniesienia się również do innych przepisów z uwagi na konieczność skonkretyzowania danego naruszenia i wykazania wyczerpania przesłanek go potwierdzających. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał w jakim zakresie oferta narusza ustawę tym samym zarzut postawiony przez Odwołującego nie został uwzględniony.

Kolejną z przesłanek odrzucenia oferty została określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przytoczoną przesłankę jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego poprzez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tak więc, aby możliwe było odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, czyli uznaniu czynu związanego ze złożeniem oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie tego działania jako konkretnego deliktu ujętego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona oferta przez MEDAN stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zobowiązany był do udowodnienia tego faktu. Odwołujący nie wykazał na czym miało polegać określone działanie MEDAN naruszające konkurencję, nie udowodnił tego działania oraz nie wskazał kwalifikacji czynu zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, iż złożenie oferty przez MEDAN stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zarzut postawiony przez Odwołującego nie został uwzględniony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty oraz czynności wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: MEDAN lub „Uczestnik postępowania odwoławczego”) postępowaniu jako najkorzystniejszej, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu. Katalog przesłanek odrzucenia oferty zawarty w art. 89 ust. 1 ustawy stanowi katalog zamknięty. Obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy któraś z wymienionych w tym artykule przesłanek zostanie wypełniona, bowiem niewypełnienie tego ustawowego obowiązku rodzi naruszenie po stronie Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust 1 ustawy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.*

Po pierwsze - zgodnie z ustaleniami jakich dokonała Izba oraz zawartym w treści odwołania uzasadnieniem Odwołującego wykonawca MEDAN zaoferował, co wynika z tabeli zawartej w ofercie sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ, produkt leczniczy o nazwie handlowej *Piperacilin+Tazobactam 4g/0,5g*, którego producentem jest *Fresenius*. Jednocześnie MEDAN złożył w ofercie oświadczenie iż zaoferowany produkt leczniczy jest dopuszczony do obrotu i używania na terenie Polski. Poprawna nazwa produktu leczniczego wskazana w odwołaniu oraz w załączonej do odwołania charakterystyce produktu leczniczego a także w treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest następująca: *Piperacillin/Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g*. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż nazwa preparatu nie budziła wątpliwości w trakcie oceny ofert, błąd który zaistniał w ofercie MEDAN był błędem formalnym a nie merytorycznym a dokonana ocena ofert została dokonana w sposób elastyczny. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, odbywającym się w zakresie pewnych z góry ustalonych reguł, które zawarte są w ustawie a realizowanych poprzez wykonywanie ciężących na stronach obowiązków oraz praw. Nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych, mające na celu odformalizowanie zbyt sformalizowanych elementów procedury udzielenia zamówienia publicznego pozwalają w obecnym brzmieniu ustawy Zamawiającemu

na dokonywanie w złożonych ofertach wyjaśnień zarówno treści oferty jak i treści złożonych dokumentów. W konsekwencji wyjaśnień, odpowiednio, dokonanie poprawek w treści oferty oraz wezwania do złożenia dokumentów. Jednocześnie należy podkreślić, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień stanowi czynność fakultatywną po stronie Zamawiającego, ale czynność dokonania poprawy w treści oferty oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, które polegają na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które nie powodują istotne zmiany treści oferty stanowi obowiązek Zamawiającego, z którego to obowiązku nie zwalnia Zamawiającego przekonanie o poprawności zaoferowanego produktu mimo niewłaściwej treści złożonej oferty. Wynika to wprost z brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.* Oferta zawierająca w swej treści omyłki, o których mowa powyżej, podlega merytorycznej ocenie przez Zamawiającego po uprzednim poprawieniu tych omyłek oraz zawiadomieniu wykonawcy, w którego ofercie zostały omyłki poprawione. W przypadku omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wykonawca zobowiązany jest do wyrażenia pisemnie zgody na dokonanie poprawy tejże omyłki pod rygorem odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalają odrzuceniu i stanowi to obowiązek, który płynie z treści art. 89 ust.1. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki jaka zaistniała w nazwie handlowej zaoferowanego produktu leczniczego w Grupie 59 w złożonej ofercie przez MEDAN i zobowiązany jest dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert do poprawienia tej omyłki.

Po drugie - zgodnie z ustaleniami jakich dokonała Izba oraz zawartym w treści odwołania uzasadnieniem Odwołującego wykonawca MEDAN zaoferował, co wynika z tabeli zawartej w ofercie sporządzonej na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ, produkt leczniczy w ilości 700 opakowań zawierających 12 fiolek w opakowaniu. Wycena została przez MEDAN dokonana dla opakowania zawierającego 12 fiolek, wynika to z treści SIWZ zawartej w punkcie 10.14 określającego sposób obliczenia ceny oraz treści formularz sporządzonego na podstawie załącznika nr 1 do SWIZ. Jednocześnie zgodnie z załączoną do odwołania charakterystyką

produktu leczniczego dla produktu leczniczego o nazwie handlowej *Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g* produkt ten, na podstawie punktu 6.5 charakterystyki został dopuszczony do obrotu w opakowaniach zawierających 1, 5, lub 10 fiolek. Fakt ten został również potwierdzony przez MEDAN. Zamawiający 25 sierpnia 2010 roku udzielił odpowiedzi na zadane pytania, między innymi w punkcie 5 zawarte zostało pytanie i odpowiedź istotne dla niniejszej sprawy: *Czy wyrażą Państwo zgodę na przedstawienie oferty w innych wielkościach opakowań z zachowaniem odpowiedniego przeliczenia ogólnej ilości? Jak należy dokonać przeliczenia: zaokrąglając w górę / dół do pełnych opakowań czy pozostawiając dwa miejsca po przecinku?* ODP: *Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie oferty w innych wielkościach opakowań, z zachowaniem odpowiedniego przelicznika tak, aby zgadzała się ogólna ilość sztuk. Przeliczenia nie należy dokonywać do pełnych opakowań, ale pozostawiając 2 miejsca po przecinku.* Wynika z tego jednoznacznie, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na to pytanie pismem z 25 sierpnia 2010 roku dopuścił zaferowanie produktów leczniczych w opakowaniach jakich wielkość określił w SIWZ oraz w przypadku, gdy dany produkt leczniczy nie jest dopuszczony do obrotu w określonych w SIWZ wielkościach opakowań Zamawiający dopuścił możliwość zaferowania tego produktu w wielkości opakowań w jakich został dopuszczony do obrotu. Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku sygn. akt V Ca 1311/02). W ocenie Izby, o ile odpowiedź na pytanie była niejasna, budziła wątpliwości bądź w swojej treści nie była jednoznaczna dla wykonawcy i wykonawca nie wiedział jak miał ją stosować mógł on kolejny raz zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia. Natomiast brak dalszego szczegółowego wyjaśnienia nie może stanowić podstawy do dokonywania oceny udzielonych wyjaśnień i interpretowania ich w sposób odmienny od wyrażonych w tych wyjaśnieniach regulacji. Rezygnacja z dalszego wyjaśniania wątpliwości musi być w tej sytuacji rozumiana jako przyjęcie warunków stawianych przez Zamawiającego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 marca 2003 roku sygn. akt V Ca 1430/02). Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców, bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, np.: dopuszczenie innego sposobu konfekcjonowania produktu leczniczego itp. Wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający winny być brane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Udzielone wyjaśnienia w trybie art. 38 ustawy wiążą zarówno



Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia a niestosowanie ich przy złożeniu oferty prowadzi do sankcji w postaci odrzucenia oferty.

To Zamawiający sam wykreował postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia do jej treści tworząc w ten sposób katalog elementarnych, niezbędnych wymagań które pozwolą uznać ofertę za poprawnie złożoną w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, nie znajdują w ocenie Izby uzasadnia.

Zamawiający jednoznacznie określił, iż w Grupie 59 jednostką miary jest opakowanie, co potwierdza kolumna 4 formularza z załącznika nr 1, w kolumnie trzeciej tego formularza zatytułowanej „dawka, postać leku” Zamawiający sam wskazał 12 fiolek, wyjaśniając na rozprawie, iż dotychczasowo stosowany u Zamawiającego produkt leczniczy o właściwościach wskazanych w kolumnie 1 oferowany był w opakowaniach po jednej i 12 fiolek natomiast nie znane były Zamawiającemu inne sposoby konfekcjonowania preparatów leczniczych o tych właściwościach. Jednakże na poziomie przygotowywania oferty, wykonawca MEDAN mógł dokonać przeliczenia zgodnie z udzieloną 25 sierpnia 2010 roku odpowiedzią, oferując preparat w opakowaniach jakimi dysponuje zgodnie z charakterystyką, czyli zaoferować lek w wielkości opakowań dopuszczonych do obrotu. Wykonawca, który zaoferował produkt leczniczy w wielkości opakowań odmiennej od wskazanej pierwotnie w SIWZ (opakowanie zawierające 12 fiolek) zobowiązany był do dokonania stosowanego przeliczenia i wykazania tego w ofercie. Zaoferowanie konkretnej wielkości opakowania powiązane jest z zaoferowaniem konkretnej kwoty jednostkowej za 1 sztukę opakowania i w konsekwencji stosowanego przeliczenia konkretnej ceny za dany produkt.

Biorąc pod uwagę ustalenia w zakresie wielkości opakowań w jakich dopuszczony został do obrotu preparat Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g oraz udzielone wyjaśnienia Zamawiającego w zakresie możliwości zaoferowania preparatów w innych wielkościach opakowań, uwzględniając że Zamawiający nie miał możliwości samodzielnie poprawić oferty, bowiem nie wie jaką wielkość opakowania mógłby zaoferować wykonawca (ponieważ istnieją trzy wielkości) a także nie mógł podać wartości jednostkowej 1 sztuki opakowania, ponieważ nie dysponował takimi danymi z oferty a każdy inny sposób uzyskania tych informacji prowadziłby do negocjacji złożonej oferty Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty z postępowania. Dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty MEDAN, bowiem jest ona niezgodna z SIWZ co potwierdza powyżej wskazana argumentacja. Wykonawca przystępujący do przetargu ma obowiązek złożyć ofertę zgodną z SIWZ (porównaj porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty oraz czynności wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: MEDAN lub „Uczestnik postępowania odwoławczego”) postępowaniu jako najkorzystniejszej z powodu nie spełnienia przez oferowany preparat wymagań określonych przez Zamawiającego dotyczących spektrum działania zaoferowanego Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący odniósł się do charakterystyki produktu podnosząc, iż wskazania do stosowania Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g zawarte w punkcie 4.1 tejże charakterystyki nie zostały wymienione wskazania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ w załączniku nr 1 w kolumnie „Nazwa międzynarodowa”. Zamawiający na okoliczność potwierdzenia spełnienia przez Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g wymagań jakie zostały zawarte w SIWZ złożył pismo z 19 listopada 2010 roku - które zostało podpisane przez dr hab. Jerzego K. profesora UMK - a dotyczące spektrum działania zaoferowanego produktu leczniczego Piperacillin /Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g. Izba opierając się na tym oświadczeniu ustaliła, iż produkt leczniczy Tazocin 4g + 0,5g (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie to produkt leczniczy stosowany przez Zamawiającego dotychczasowo) oraz produkt leczniczy Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g zawierają te same substancje czynne pod względem jakościowym i ilościowym, zaś działanie farmakologiczne każdego produktu leczniczego wynika z jego składu czyli zawartości substancji czynnej / czynnych. Z treści oświadczenia wynika również, iż produkt leczniczy Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g jest wskazany do stosowania w przypadku posocznicy, która jest ciężką infekcją układową (układu krwionośnego / krwi). Izba uznała, iż Odwołujący nie kwestionując złożonego dowodu na rozprawie zgadza się z jego treścią.

Tym samym Odwołujący nie udowodnił, iż produkt leczniczy Piperacillin / Tazobactam Kabi 4 g + 0,5 g nie posiada spektrum działania określonego przez Zamawiającego w SIWZ, dlatego też zarzut postawiony przez Odwołującego nie został uwzględniony.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione na podstawie wymagań zawartych w Specyfikacji oraz obowiązujących aktach prawnych.

Tym samym Izba uznała, że ocena oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe Artykuły Medyczne i Materiały Opatrunkowe MEDAN Spółka jawna z siedzibą w Bydgoszczy dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia tej oferty z postępowania, pomimo, że jest ona niezgodna ze Specyfikacją.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....

