

Sygn. akt: KIO 1144/12

WYROK

z dnia 20 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Stefańczyk Spółka Jawna, ul. Wandurskiego 4, 93-218 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi, ul. Piotrkowska 149, 90-440 Łódź, ul. Piotrkowska 149,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Stefańczyk Spółka Jawna, ul. Wandurskiego 4, 93-218 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stefańczyk Spółka Jawna, ul. Wandurskiego 4, 93-218 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Stefańczyk Spółka Jawna, ul. Wandurskiego 4, 93-218 Łódź** na rzecz **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi, ul. Piotrkowska 149, 90-440 Łódź, ul. Piotrkowska 149** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej ul. Piotrkowska 149, 90-440 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Aptekę Komunalną*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 49-080169.

Zamawiający dnia 25 maja 2012 roku zawiadomił wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, w tym o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu ofert.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się wykonawca Stefańczyk sp.j., ul. Wandurskiego 4; 93-218 Łódź (zwany dalej „*Odwołujący*”) i dnia 4 czerwca 2012 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z prawem czynności polegające na:

- 1) Unieważnieniu postępowania,
- 2) Odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) Zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- 4) Zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie unieważnienia postępowania,
- 3) poprawienie omyłki, której mowa w wyjaśnieniach do zarzutu w punkcie 3,
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert,
- 5) wybór oferty najkorzystniejszej,
- 6) zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku dokonania przez zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy czynności, tj. unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru

najkorzystniejszej oferty w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania wykonawców oferta odwołującego została odrzucona. Przy prawidłowym prowadzeniu postępowania od momentu otwarcia ofert, tj. zgodnym z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp oferta odwołującego nie została oceniona jako najkorzystniejsza, co powoduje, że może on ponieść szkodę oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 czerwca 2012 roku.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający dnia 12 czerwca 2012 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający żądał w załączniku nr 1a, 1b, 1c do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w poz. 54) leku o nazwie międzynarodowej Doxycycline tabletki 100 mg

w opakowaniu 10 tabletek. Odwołujący zaoferował lek Doxycyclina TZF występujący w postaci kapsułek, co odwołujący potwierdził na rozprawie.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696 z późn. zm.) zaproponował lek „o tej samej nazwie międzynarodowej, dawce, postaci farmaceutycznej, która nie powoduje powstania różnic terapeutycznych, i o tym samym wskazaniu terapeutycznym, którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na receptę”, zatem podstawa odrzucenia oferty odwołującego jest błędna, gdyż zaoferowany lek jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i przepisami prawa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Wskazać bowiem należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym. Oznacza to, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców w sposób bezwzględny. Tym samym, wymóg postawiony przez zamawiającego w odniesieniu do pozycji 54, dotyczący postaci leku, tj. tabletek, jest warunkiem przedmiotowym bezwzględnym, którego nie spełnienie powoduje skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z treścią s.i.w.z. Za niezasadną uznać należy argumentację odwołującego, który wskazywał, iż mógł zaoferować inną postać leku (kapsułki), gdyż istotny jest skutek farmaceutyczny oferowanego leku. O ile można zgodzić się, że efekt farmaceutyczny oferowanego leku jest sprawą bardzo ważną, o tyle równie istotną okolicznością jest obowiązek konstrukcji oferty zgodnie z zamówieniem, potrzebami zamawiającego, który w przedmiotowym postępowaniu jasno wyraził swoją wolę zakupu tabletek, a nie kapsułek.

Tym samym Izba uznała zarzut odwołującego za niezasadny.

Zamawiający żądał w załączniku nr 1 a, 1b i 1c do s.i.w.z. (w poz. 37 podpozycja 1 i 2) pakietu asortymentowego leków i materiałów opatrunkowych oferowanych przez Aptekę Komunalną finansowanych przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi leku o nazwie międzynarodowej Verapamil Hydrochloride Tabletki 40 mg i Verapamil Hydrochloride Tabletki 80 mg w opakowaniach 40 tabletek.

Odwołujący zaoferował w poz. 37 podpozycja 1 i 2 w formularzu ofertowym lek o nazwie Isoptin 40 mg 40 tabletek oraz lek Isoptin 80 mg 40 tabletek.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający na pytania zadane przez wykonawców do specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielił w dniu 30.03.2012 r. i 11.04.2012 r. odpowiedzi, w których określił, iż:

- 1) w odpowiedzi z dnia 30 marca 2012 roku, która dotyczyła pozycji 37 (odpowiedź na pytanie Nr 2) – *„Zamawiający w poz. 37 pakietu asortymentowego leków i materiałów opatrunkowych wymaga wyceny 40 szt. Tabletek leku o nazwie międzynarodowej Verapamil Hydrochloride.”*,
- 2) w odpowiedzi z dnia 30 marca 2012 roku, (odpowiedź na pytanie Nr 3) – *„Zamawiający wymaga złożenia oferty zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyszczególnionymi w pakiecie asortymentowym ilościami: tabletek, pasulek, dawek, czopków, sztuk, gram, mililitrów w poszczególnych pozycjach leków i materiałów opatrunkowych.”*,
- 3) w odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2012 roku - *„Zamawiający wymaga zaoferowania leków o nazwie międzynarodowej zgodnie z pakietem asortymentowym leków i materiałów opatrunkowych refundowanych – objętych urzędowym wykazem leków refundowanych.”*

Na wstępie Izba wskazuje, że podtrzymuje wypracowane dotychczas, jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzające, iż wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia mimo, że nie są modyfikacją s.i.w.z. mają charakter wiążący dla wykonawców. Oznacza to, że każdy wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy konstruowaniu swojej oferty, musi wziąć pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego odnoszące się do treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby wyjaśnienia zamawiającego nie prowadziły do zmiany treści s.i.w.z., dlatego też brak było obowiązku dokonywania stosownej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnoszą się bezpośrednio do zarzutu Izba stwierdziła, co następuje.

Ogólną zasadą wprowadzoną przez zamawiającego był obowiązek:

- 1) oferowania leków refundowanych, objętych urzędowym wykazem leków refundowanych,
- 2) oferowania zakresów asortymentowych zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (załącznikami Nr 1a, 1b i 1c), dotyczących ilości: tabletek, kapsulek, dawek, czopków, sztuk, gramów, mililitrów w poszczególnych pozycjach leków i materiałów opatrunkowych.

Pismem z dnia 30 marca 2012 roku, zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, w doniesieniu do poz. 37, leku o nazwie międzynarodowej Verapamil Hydrochloride wyłączył ogólną zasadę wprowadzając wyjątek, iż w tej konkretnej pozycji

wymaga wyceny 40 sztuk tabletek leku. Wyłączenie powyższe spowodowane było wiedzą zamawiającego, iż na rynku polskim nie jest dostępny lek, który jest refundowany i jednocześnie konfekcjonowany jest w opakowania po 40 sztuk tabletek. Są natomiast dostępne leki, w których tabletki są pakowane po 20 sztuk i są jednocześnie lekami refundowanymi, objętymi urzędowym wykazem leków refundowanych.

Powyższe oznacza, że odwołujący nie wypełnił żądania zamawiającego w sposób prawidłowy, dlatego też Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny.

Zamawiający żądał w załączniku nr 1a, 1b i 1c do s.i.w.z. (w poz. 80 podpozycja 9) pakietu asortymentowego leków i materiałów opatrunkowych oferowanych przez Aptekę Komunalną finansowanych przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi leku o nazwie międzynarodowej Fluticasone Propionate proszek do inhalacji 250 µg w opakowaniu 60 dawek.

Odwołujący we wskazanej pozycji podał, że oferuje lek Flixotide 60 dawek.

W ocenie zamawiającego lek Flixotide występuje w postaci zawiesiny, tym samym odwołujący niezgodnie z wymaganiami zamawiającego zaoferował lek w postaci niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ww. pozycja oferty zawiera oczywistą omyłkę pisarską w nazwie handlowej, polegającą na niezamierzonym opuszczeniu jednego wyrazu: „Dysk”. O oczywistości omyłki świadczy fakt, że cena jednostkowa brutto preparatu jest podana zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 27 lutego 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 marca 2012 r. i odpowiada cenie FLIXOTIDE DYSK (FLUTICASONE PROPIONATE; Proszek do inhalacji 250 µg). Podkreślić należy, że lek o nazwie międzynarodowej Fluticasone Propionate proszek do inhalacji 250 µg występuje na rynku polskim wyłącznie pod nazwą handlową FLIXOTIDE DYSK.

Izba przyjęła argumentację odwołującego za wiarygodną uwzględniając fakt, iż w zakresie poz. 80, podpozycje 7 i 8 również odnoszącej się do postaci leku – proszek do inhalacji, w których to pozycjach odwołujący prawidłowo wpisał nazwę handlową leku Flixotide Dysk, mogła zaistnieć sytuacja, w której odwołujący, przy mnogości rodzajów preparatów będących przedmiotem zamówienia mógł popełnić błąd – oczywistą omyłkę, przy opisywaniu przedmiotu swojej oferty.

W ocenie Izby, w zakresie omawianego zarzutu, zachodzą okoliczności uprawniające zamawiającego do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, uprawniające zamawiającego do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W powyższym zakresie Izba uznała zarzut odwołującego za zasadny.

Zamawiający żądał w załączniku nr 1a, 1b i 1c do s.i.w.z. (w poz. 20 podpozycja 1) pakietu asortymentowego leków i materiałów opatrunkowych oferowanych przez Aptekę Komunalną finansowanych przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi leku o nazwie międzynarodowej Clopidogrelum tabletki 75 mg w opakowaniu 28 tabletek.

Odwołujący zaoferował w lek poz. 20 podpozycja 1 o nazwie Plavix 28 tabletek.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący zaoferował lek, niezgodnie z jego wymaganiami, gdyż zaoferował lek nierefundowany, nie objęty urzędowym wykazem leków refundowanych.

Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną wyżej, odnoszącą się do wiążącego wykonawców charakteru wyjaśnień zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe oznacza, iż wykonawcy zobowiązani byli do oferowania leków refundowanych – objętych urzędowym wykazem leków refundowanych. Informację, zamieszczoną przez zamawiającego „odpłatność 100%” (we wskazanej pozycji) należało bowiem odczytywać wspólnie z treścią punktu 3 „INSTRUKCJI”, która informowała wykonawców, że *„W pakiecie leków i materiałów opatrunkowych ujęte zostały w oddzielnych pozycjach leki z podwójną odpłatnością, tj. jedna odpłatność jako <Pacjent ubezpieczony> i druga zależna od jednostki choroby <Chory według wskazań>.”*

Tym samym wykonawcy byli w posiadaniu informacji o możliwości dwoistości refundacji leku, w zależności od sytuacji pacjenta (ubezpieczony, nie ubezpieczony, jednostka chorobowa odpowiada wskazaniom do refundacji, jednostka chorobowa nie odpowiada wskazaniom do refundacji).

Odwołujący posiadając ww. informacje, w tym tą najważniejszą, o konieczności oferowania leków refundowanych mógł bez żadnych wątpliwości zaoferować lek zgodnie z potrzebami zamawiającego, co poniekąd uczynił w podpozycji 2 – oferując lek refundowany.

W związku z powyższym zarzut odwołującego Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący w ofercie w poz. 5, 20, 37, 47, 50, 51, 55, 56, 61, 64, 65, 68, 74, 75, 76, 78, 81, 82, 83, 89, 90, 91 w formularzu ofertowym pakiet asortymentowy leków i materiałów opatrunkowych zaoferował ceny jednostkowe po 0,01 zł (słownie: jeden grosz).

W ocenie zamawiającego taka konstrukcja ceny stanowi naruszenie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

W ocenie Izby, wbrew wskazanej przez zamawiającego podstawie prawnej oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Nie może być uznane za błąd w obliczeniu ceny zaoferowanie przez odwołującego leków po cenach jednostkowych za 0,01 zł. Podnieść należy, że jest to cena, za którą odwołujący, w zgodzie z obowiązującymi

przepisami prawa, nabywa i sprzedaje niektóre leki nieobjęte urzędowym wykazem leków refundowanych.

Odwołujący wskazał, że korzystając z wypracowanej renomy na rynku farmaceutycznym, wieloletniej satysfakcjonującej współpracy z firmami farmaceutycznymi i hurtowniami, kupuje produkty lecznicze w ofercie pakietowej od hurtowni farmaceutycznych zgodnie z ustaloną ceną pakietu 100 op. + 20 op. za 0,01 zł, co wyjaśniał odwołujący (faktura zakupu (załącznik nr 2 kserokopia duplikatu Faktury VAT nr FD/18583/2012/LD/HUR – objęta tajemnicą handlową). Powyższa sytuacja pozwala sprzedawać leki w cenach podanych w ofercie.

W ocenie Izby, przywołana praktyka nie stanowi naruszenia przepisów ustawy o cenach. Zgodnie z przepisem art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o cenach, ceny towarów i usług uzgadniają strony zawierające umowę, a ograniczenia swobody uzgadniania cen mogą być wprowadzone wyłącznie na podstawie art. 4, 5 i 8. Żaden z wymienionych przepisów ustawy nie stanowi o niemożności ustanowienia ceny brutto towaru, którego dostawa jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług w kwocie 0,01 zł.

Zdaniem Izby stanowisko zamawiającego w tym zakresie stanowi nieuprawnioną ingerencję w wyłączne kompetencje organów podatkowych, co do oceny prawidłowości dokumentowania transakcji w zakresie ustalania kwoty podatku od towarów i usług. Tymczasem problem jest rozwiązany choćby w instrukcjach do wypełniania druków podatkowych, gdzie mowa jest o zaokrągleniu kwot.

Ponadto wskazać należy, że żaden z leków wyszczególnionych w ofercie w poz. 5, 20, 37, 47, 50, 51, 55, 56, 61, 64 65, 68, 74, 75, 76, 78, 81, 82, 83, 89, 90, 91 nie jest lekiem refundowanym zgodnie ze wskazanymi przepisami. Tym samym Odwołujący uprawniony był zaferować wskazane leki w cenie 0,01 zł i nie narusza to przepisów art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o cenach.

W powyższym zakresie Izba uznała zarzut odwołującego za zasadny.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że potwierdziły się jedynie dwa z pięciu zarzutów odwołania, w związku z czym Izba zobowiązana jest do wydania orzeczenia oddalającego odwołanie, gdyż jedynie w przypadku określonym przepisem 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. W wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, mimo potwierdzenia się zarzutów odwołania (w zakresie 2 zarzutów) oferta odwołującego nadal pozostaje odrzucona, jako że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nadal pozostaje prawomocnie unieważnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....