

Sygn. akt KIO 675/12

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członek: Marek Szafraniec
Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 kwietnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Marzena Kiszczak-Oźga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna, ul. Czwartek 17, 20-124 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240, 21-040 Świdnik**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Dom Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240, 21-040 Świdnik i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marzena Kiszczak-Oźga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna, ul. Czwartek 17, 20-124 Lublin tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złote**

zero groszy) przez **Dom Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240, 21-040 Świdnik** na rzecz wykonawcy **Marzena Kiszczak-Oźga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna, ul. Czwartek 17, 20-124 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę leków dla Domu Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240 w okresie od 01.04.2012 r. do 31.03.2013 r.” (znak sprawy: 2/D/2012), zostało wszczęte przez Dom Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240, 21-040 Świdnik zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 73884 – 2012, data zamieszczenia 09.03.2012 r.

W dniu 29.03.2011 r. (listem poleconym bez potwierdzenia odbioru) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Nasza Apteka Sp. z o.o. oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oferty firmy: Marzena Kiszczak-Ożga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna, ul. Czwartek 17, 20-124 Lublin zwanej dalej: „Marzena Kiszczak-Ożga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna” albo „Odwołującym”.

W dniu 06.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 4 Pzp odwołanie Marzena Kiszczak-Ożga, Joanna Ziemińska Apteka im. Św. Łukasza Spółka Jawna na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sytuacji kiedy oferta Odwołującego jest zgodna zarówno z SIWZ, jak i powszechnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa; 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego powodu odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie odwołania uwzględniającego merytoryczne odniesienie się do powodów odrzucenia oferty. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

W zał. 4 do SIWZ w uwadze do kolumny 5 wysokość dopłaty pacjenta wskazano pojęcie: „ubezpieczony w ubezpieczeniu ogólnym”, które to pojęcie nie posiada definicji legalnej, tj. nie jest określone w żadnym źródle powszechnie obowiązującego prawa. Brak jest również takiej definicji w SIWZ. Podstawą wyliczenia ceny odpłatności za leki refundowane jest natomiast ustawa o Refundacji leków, środków spożywczych specjalnego

przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych jak również wydane na jej podstawie rozporządzenie właściwego ministra, jak i obwieszczenie wskazane poniżej. Dokonując wyceny leków refundowanych zgodnie z przewidywanym zapotrzebowaniem na dany okres określony w SIWZ, Wykonawca posługiwał się terminologią stosowaną w ustawie i aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie. Oferta Odwołującego spełnia te kryteria.

Odwołujący nie może jednak odnieść się do prawidłowości dokonanej oceny oferty i kryterium jej odrzucenia, bowiem Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego dokonanych czynności, ograniczając się wyłącznie do powołania przepisu Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2, czym w ocenie Odwołującego naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Stanowisko Odwołującego jest prawidłowe, biorąc pod uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO” w tym zakresie. Przywołał wyrok KIO z dnia 29.04.2011 r., sygn. akt: KIO 771/11, wyrok KIO z dnia 16.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1901/11, wyrok KIO z dnia 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 610/11, wyrok z dnia 19.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 731/10, także wyrok KIO z dnia 17.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 112/09, a nadto wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1503/10. Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił, że Zamawiający przy dokonaniu oceny i wyborze oferty najkorzystniejszej naruszył powołane powyżej przepisy powszechnie obowiązującego prawa przyjmując, że oferta 1 i 2 spełnia wymogi SIWZ, gdy są one niezgodne z treścią Obwieszczenia 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. (Dz. U. MZ z 27.02.2012 poz. 4), jak również z ustawą z dnia 11 maja 2011 r. o Refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r., Nr 122, poz. 696 z późn. zm.), zwanej dalej: „Ustawą o Refundacji leków”, tj. art. 6 ust. 2 powołanej ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien odrzucić wadliwie sporządzone oferty przez tych Wykonawców, którzy posłużyli się w sposób nieuprawniony danymi w tym systemem pojęć użytymi na stronie informacyjnej pod adresem:

<http://bil.aptek.pl/pacient/fupraw>, gdzie użyto pojęcia pacjent ubezpieczony w leczeniu ogólnym. Wskazał, że uszło uwadze tak tym Wykonawcom, jak również Zamawiającemu, że dane tam publikowane mają charakter informacyjny, nie zastępują przepisów prawa i nie mogą być podstawą jakichkolwiek roszczeń. Zdaniem Odwołującego, oferty które nie zostały odrzucone, a skonstruowane w oparciu o w/w dane z serwisu „bil.aptek.pl” są wadliwe i w trakcie oceny ich przez Zamawiającego, jako niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa a w konsekwencji SIWZ winny zostać odrzucone.

W odpowiedzi na pytania do SIWZ Zamawiający dał wyraz, że pojęcia wskazane w SIWZ należy interpretować zgodnie z ustawowo przyjętą terminologią (dotyczy pkt. 4 i 5 zapytań) Stąd też kuriozalnym, wydaje się rozstrzygnięcie Zamawiającego, w którym

uznaniowo raz to opiera się na przepisach powszechnie obowiązującego prawa, innym razem na tylko sobie znanych kryteriach. Takie postępowanie narusza szeroko rozumianą zasadę konkurencyjności określoną w art. 7 Pzp. Przywołał pkt 2 tezy Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: DFP-53-8/2010. Ponadto wskazał, że w/w uchybienia w zakresie posługiwania się przez Zamawiającego pojęciami niedefiniowanymi w przepisach powszechnie obowiązującego prawa a także systemem kryteriów nieznanymi Odwołującemu, nie może powodować dla Odwołującego powstania negatywnych skutków w zakresie rozstrzygnięcia w przedmiocie zamówienia. W tym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 108/11.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez niego jest prawidłowa, a nadto zawierała najkorzystniejszą cenę z punktu widzenia kwoty jaką na wykonanie tego zamówienia przewidział Zamawiający. Zgodnie z informacją jaką Odwołujący przekazał Zamawiającemu, podstawą obliczenia ceny jest treść art. 6 ust. 2 oraz ust. 6 ustawy o Refundacji leków. Zgodnie z powołanym art. 6 ust. 2 Lek, środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrób medyczny, dla którego wydana została decyzja administracyjna o objęciu refundacją w zakresie nadanej kategorii dostępności refundacyjnej, o której mowa w ust. 1 pkt 1, jest wydawany świadczeniobiorcy:

1) bezpłatnie, 2) za odpłatnością ryczałtową, 3) za odpłatnością w wysokości 30% albo 50% ich limitu finansowania - do wysokości limitu finansowania i za dopłatą w wysokości różnicy między ceną detaliczną a wysokością limitu finansowania. Odpłatność ryczałtowa, o której mowa w ust. 2 pkt 2 art. 6 powołanej ustawy określona została na kwotę 3,20 zł. W tym miejscu zwrócić uwagę należy na fakt, że przedmiotem oferty jest dostawa leków refundowanych i pełnopłatnych (nierefundowanych). bez wskazania przez zamawiającego dodatkowych okoliczności, kryteriów i tym podobnych rozróżnień mających wpływ na treść żądania, określonego w SIWZ. Ponadto, dla wyceny poszczególnych leków posłużyć miała tabelka, będąca zał. 4 cz. I, do SIWZ, wg której należało określić wartość poszczególnych w niej wskazanych leków. Idąc takim sposobem rozumowania, w pkt 11 tabelki (zał. 4 cz. I) w kolumnie nazwanej „wysokość dopłaty pacjenta” za lek Atram 6,25 mg, przy 30 tabl. przewidywanej ilości opakowań w ciągu roku, w ofercie wskazanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej określona jest cena 7,53 zł za opakowanie. W ocenie Odwołującego, takie określenie ceny leku jest niezgodne z treścią Obwieszczenia 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. (Dz. U. MZ z 27.02.2012 poz. 4). Powołane obwieszczenie jest aktem wykonawczym wydanym do ustawy o refundacji leków, w oparciu o jej brzmienie art. 37 ust. 1. W ocenie Odwołującego, prawidłowo określona cena to cena podana w powołanym obwieszczeniu, tj. 6,90 zł. Stanowisko takie jest uzasadnione biorąc pod uwagę treść obwieszczenia,

a w szczególności wartość jaka została wskazana w kolumnie 15, „wysokość dopłaty świadczeniobiorcy”, która przy braku innego definiowania przez Zamawiającego jest pojęciem tożsamym z pojęciem „Wysokość dopłaty pacjenta”, w wierszu zwanym dalej: „w.” 442, w którym znajduje się określona przez Ministra odpłatność za ten lek. Stosując taki sposób porównywania i oceny wartości odpłatności za poszczególne leki określone w załączniku do SIWZ, Odwołujący wskazuje, że ceny określone w ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza, w następujących pozycjach nie są zgodne z cenami leków określonych w Obwieszczeniu, tj.:

- poz. 12 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,56 zł (w. -1286), w wybranej ofercie 25,8 zł;
- poz. 13 zał. 4 cz. I - cena w obwieszczeniu 4,09 zł (w. - 1167), w wybranej ofercie 5,07 zł;
- poz. 14 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2540), w wybranej ofercie 26,84 zł;
- poz. 21 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 13,83 zł (w. - 804), w wybranej ofercie 46,10 zł;
- poz. 22 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 9,19 zł (w. - 1 (74), w wybranej ofercie 22,21 zł;
- poz. 24 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2635), w wybranej ofercie 25,46 zł;
- poz. 25 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2636), w wybranej ofercie 43,75 zł;
- poz. 26 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 5,21 zł (w. - 2647), w wybranej ofercie 30,32 zł;
- poz. 27 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2), w wybranej ofercie 46,10 zł;
- poz. 29 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 9,60 zł (w. - 2542), w wybranej ofercie 78,61 zł;
- poz. 30 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 1598), w wybranej ofercie 7,15 zł;
- poz. 32 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 4,09 zł (w. - 1175), w wybranej ofercie 5,75 zł;
- poz. 33 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 4,89 zł (w. - 1176), w wybranej ofercie 11,40 zł;
- poz. 34 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 4.50 zł (w. - 1600), w wybranej ofercie 5,57 zł;
- poz. 37 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 18,86 zł (w. - 386), w wybranej ofercie 164,48 zł;
- poz. 38 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 24,02 zł (w. - 388), w wybranej ofercie 318,10 zł;
- poz. 39 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 7,94 zł (w. - 2108), w wybranej ofercie 12,57 zł;
- poz. 40 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 10,50 zł (w. - 2115), w wybranej ofercie 69,90 zł;
- poz. 41 zał. 4 cz. 1- cena w obwieszczeniu 11,61 zł (w.- 2119), w wybranej ofercie 133,61 zł;
- poz. 43 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 558), w wybranej ofercie 6,56 zł;
- poz. 44 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,84 zł (w. - 1605), w wybranej ofercie 4,91 zł;
- poz. 48 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 424), w wybranej ofercie 31,61 zł;
- poz. 50 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 1864), w wybranej ofercie 124,06 zł;
- poz. 51 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2231), w wybranej ofercie 43,30 zł;
- poz. 54 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2057), w wybranej ofercie 15,37 zł;
- poz. 60 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 11,22 zł (w. - 742), w wybranej ofercie 20,70 zł;
- poz. 61 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 4,36 zł (w. - 2255), w wybranej ofercie 11.82 zł;
- poz. 62 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2266), w wybranej ofercie 10,54 zł;
- poz. 63 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 14,38 zł (w. -1073), w wybranej ofercie 24,80 zł;

- poz. 67 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,20 zł (w. - 2551), w wybranej ofercie 27,02 zł;
- poz. 68 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 6,40 zł (w. - 2552), w wybranej ofercie 51,36 zł;
- poz. 70 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 5,45 zł (w. - 2656), w wybranej ofercie 16,41 zł;
- poz. 71 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 6,02 zł (w. - 2658), w wybranej ofercie 31,13 zł;
- poz. 72 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 5,97 zł (w. - 2659), w wybranej ofercie 59,39 zł;
- poz. 73 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,88 zł (w. - 2556), w wybranej ofercie 28,16 zł;
- poz. 77 zał. 4 cz. 1 - cena w obwieszczeniu 3,97 zł (w. - 1038), w wybranej ofercie 31,64 zł;

Analizując powyższe zestawienie uznał, że oferta przedłożona przez Wykonawcę, którego oferta jako najkorzystniejsza została wybrana nie jest zgodna przepisami powszechnie obowiązującego prawa. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, jego oferta z ceną na kwotę 42.315,14 zł, jako spełniająca wymogi formalne, nie powinna być odrzucona i powinna być wybrana jako najkorzystniejsza z ofert jakie zostały dopuszczone do postępowaniu po odrzuceniu oferty złożonej przez Nasza Apteka Sp. z o.o. i Apteki ŚW Komsty i Damiana. Obie bowiem oferty, które w postępowaniu nie zostały odrzucone przez Zamawiającego są sporządzone w ten sam, wadliwy, niezgodny z obwieszczeniem sposób. W ocenie Odwołującego, nie ma podstaw do stwierdzenia, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w przypadku gdy oferta ta odpowiada przepisom prawa, a załącznik do SIWZ został wypełniony zgodnie z powyżej przywołanymi przepisami. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wydatkując środki pochodzące z budżetu winien kierować się zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, Pzp, jak również działać w oparciu o przepisy powszechnie obowiązującego prawa jak również w jego granicach.

Zamawiający w dniu 05.04.2012 r. wezwał (pisemnie listem poleconym za potwierdzeniem odbioru), jak i zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający przekazał przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (pismo z dnia 13.04.2012 r.) firmy: Nasza Apteka Sp. z o.o., ul. Romera 37, 20-473 Lublin zwanej dalej: „Nasza Apteka Sp. z o. o.” albo „Wykonawcą wybranym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Odwołującemu. Zgłaszającemu przystąpienie doręczono kopie odwołania w dniu 10.04.2012 r. (dowód kopia potwierdzenia odbioru przesyłki przesłanej listem poleconym za potwierdzeniem odbioru przekazana przez Zamawiającego do Prezesa KIO - w dniu 13.04.2012 r. - faxem). Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, w konsekwencji uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca. Uzasadnienie zostało przedstawione w dalszej części poniżej.

W dniu 16.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie (pismo z dnia 13.04.2012 r.), w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia nie została przekazana Odwołującemu.

Względem pierwszego zarzutu Zamawiający stwierdził, że na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada SIWZ. Niezgodność ta musi występować rzeczywiście. W przypadku skarżonego zamówienia taka sytuacja po stronie oferty złożonej przez Odwołującego się miała miejsce. Wszyscy oferenci przystępując do postępowania w zał. 4, cz. I - Formularz cenowy - leki refundowane do SIWZ - w kolumnie „Wysokość dopłaty pacjenta” podali zróżnicowane kwoty. Analizując rozbieżności kwotowe w wykazie leków refundowanych złożonych ofert Zamawiający stwierdził, że dwóch Wykonawców błędnie odczytało podane w zał. 4 do SIWZ określenie „ubezpieczony w leczeniu ogólnym” i podali różne kwoty, natomiast dwóch pozostałych oferentów pojęcie zinterpretowało jednoznacznie i ceny leków pokrywały się. Zamawiający przygotowując postępowanie bazował na aktach prawnych takich jak:

- 1) Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z 12 maja 2011 r. (Dz. U. z 2011r. Nr 122, poz. 696) wraz z późniejszą zmianą (Ustawa z 13 stycznia 2012 r. Dz. U. Nr 2012, poz. 95);
- 2) Wykaz leków refundowanych, ceny urzędowe, limity finansowania: Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 27 lutego 2012 r. (Dz. U. MZ z 27.02.2012 poz. 4);
- 3) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.).

Ministerstwo Zdrowia jest organem administracji rządowej, informacje zawarte na oficjalnej stronie ministerstwa są zgodne z obowiązującymi aktami prawnymi. Serwis jest źródłem podstawowej informacji o lekach refundowanych publikowanych przez Ministerstwo Zdrowia w stosownych obwieszczeniach. Serwis strony MZ - Informator o lekach jest zgodny z obowiązującym prawem i wg informacji zawartej na stronie: Informator jest źródłem podstawowej informacji o lekach, przeznaczony dla szerokiego ogółu społeczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem pacjentów, lekarzy i farmaceutów. Ponadto w treści informacji zamieszczonych na stronie Ministerstwa Zdrowia jest jasno określony podział pacjentów na „Ubezpieczony w leczeniu ogólnym” oraz „Chory wg wskazań”, który wynika z Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.). Informacje prawne dotyczące serwisu publikowane na stronie MZ: „Wszelkie informacje zawarte w serwisie są zgodne z aktualnymi przepisami prawa, w szczególności serwis „Leki refundowane” zawiera leki wymienione w stosownych obwieszczeniach publikowanych przez Ministerstwo Zdrowia”. „Formularz cenowy” stanowiący zał. 4 do SIWZ zawierał podział na leki refundowane – cz. I,

i leki pełnopłatne – cz. II. Suma z wiersza „Ogółem wartość brutto” (cz. I i II) stanowiły cenę ofertową. Odwołujący sporządzając ofertę przyjął najniższą wysokość dopłaty pacjenta co zaniżyło wartość oferty i było niezgodne ze wskazanymi postanowieniami SIWZ. W związku z tym Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Zamawiającego informacja o sposobie wypełnienia zał. 4 do SIWZ wynikająca ze SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego była oczywista i zgodna z obowiązującymi przepisami. Jeżeli dla Wykonawcy - Odwołującego się określenie „ubezpieczony w leczeniu ogólnym” nie było jasne mógł sięgnąć do wymienionych aktów prawnych, skorzystać z informacji ogólnodostępnych opublikowanych na stronie Ministerstwa Zdrowia lub po prostu zadać pytanie Zamawiającemu na etapie przygotowywania oferty.

Odnosnie drugiego zarzutu, Zamawiający stwierdził, że w toku postępowania przedstawiając wyjaśnienia do SIWZ na żądanie wykonawców oraz występując o przedstawienie przez wykonawców wyjaśnień co do treści złożonych ofert, zapewnił wykonawcom pełną informację o rozpisany zamówieniu, jak też o wymogach specyfikacji stawianych składanym ofertom. Odwołujący znał przesłanki faktyczne odrzucenia swojej oferty, bowiem odniósł się do nich szczegółowo w odwołaniu. Brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty nie miało wpływu na wynik postępowania.

W tym miejscu Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 29.04.2011 r. sygn. akt: KIO 771/11 cytowanego także przez Odwołujące, zgodnie z którym, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w przypadku braku wykazania wpływu tego uchybienia na wynik postępowania. Innym orzeczeniem KIO potwierdzającym, że wskazane w odwołaniu uchybienie nie stanowi naruszenia przepisów jest wyrok KIO z dnia 02.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 355/09, w którym przyjęta została teza, że brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy nie stanowi naruszenia przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, nie stanowi również wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Naruszenia to, wobec brzmienia art. 191 ust. 1 a Pzp nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Z uwagi na przedstawione powyżej fakty nie można uznać, że brak uzasadnienia faktycznego informacji o odrzuceniu oferty pozbawił Odwołującego się możliwości sporządzenia odwołania uwzględniającego merytoryczne odniesienia się do powodów odrzucenia oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności Formularzem Cenowym – zał. 1, Wzorem Umowy – zał. 3, jak i zał. 4 – cz. I, modyfikacją SIWZ z dnia 12.03.2012 r., odpowiedziami na pytania (pismo z dnia 14.03.2012 r.), ofertą Odwołującego, jak i Wykonawcy wybranego oraz ofertami

pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego, pytaniem Zamawiającego z dnia 22.03.2012 r., jak i odpowiedziami Odwołującego oraz Wykonawcy wybranego w obu wypadkach pismo z dnia 22.03.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach obu kryteriów oceny ofert, tj. ceny (złożył ofertę z najniższą ceną i konkurencyjnym upustem), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że zgłoszone za pośrednictwem Zamawiającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po jego stronie firmy: Nasza Apteka Sp. z o.o. nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. po pierwsze - nie zostało doręczone Prezesowi Izby w ustawowym terminie, lecz Zamawiającemu, po drugie - do Prezesa Izby zostało doręczone po upływie ustawowego 3 dniowego terminu, przy czym uczyniono to za pośrednictwem Zamawiającego, do tego faxem, a nie wymaganą formą pisemną, po trzecie – nie wskazano interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dokonano przystąpienia. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 675/12, jak również z dokumentacji oryginalnej przedłożonej przez Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, postanowień SIWZ, w tym w szczególności Formularzu Cenowego – zał. 1, Wzoru Umowy – zał. 3, jak i zał. 4 – cz. I, modyfikacji SIWZ z dnia 12.03.2012 r., odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 14.03.2012 r.), oferty Odwołującego, jak i Wykonawcy wybranego oraz ofert pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego, pytania Zamawiającego z dnia 22.03.2012 r., jak i odpowiedzi Odwołującego oraz Wykonawcy wybranego w obu wypadkach pismo z dnia 22.03.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania oraz

odpowiedzi na odwołanie.

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

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, w sytuacji kiedy oferta Odwołującego jest zgodna zarówno z SIWZ, jak i powszechnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, uznając, że ww. zarzut został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający określił w Rozdz. 3 SIWZ: „Opis przedmiotu zamówienia”, że: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa leków na indywidualne recepty dla mieszkańców Domu Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, zgodnie z następującymi zasadami:

- wykaz leków stanowiący podstawę do oceny ofert zawiera formularz cenowy stanowiący integralną część specyfikacji (załącznik nr 4). Zamawiający nie dopuszcza stosowania zamienników.
- odbiór recept i dostawa leków do Domu Pomocy Społecznej im. Roba Inja w Świdniku, ul. Piasecka 240 odbywa się nieodpłatnie transportem wykonawcy.
- oferowane leki winny być dopuszczone do stosowania na rynku polskim i posiadać świadectwa rejestracji Ministerstwa Zdrowia.
- wykonawca zapewni dostawę leków robionych, zgodnie z potrzebami wynikającymi z decyzji lekarza, oraz leków 100% opłacanych w całości przez mieszkańców Domu Pomocy Społecznej. Na leki 100% należy wystawiać osobną fakturę.
- Faktury za leki wystawiane będą każdorazowo po realizacji zamówienia.
- Ustalony przez Wykonawcę termin płatności za dostarczone leki będzie nie krótszy niż 30 dni od daty wystawienia faktury.

Uwagi:

- Ilości poszczególnych asortymentów leków podane ww. załączniku nr 4 są wielkościami szacunkowymi i mogą ulec zmianie w zależności od aktualnych potrzeb zamawiającego wynikających ze stanu zdrowia mieszkańca DPS.
- Przewiduje się, że wartość leków nie wyszczególnionych w załączniku nr 4, które Zamawiający zakupi od Dostawcy, w tym także leków recepturowych, stanowić będzie ok. 15% ceny ofertowej wynikającej z ww. załącznika.”

Zgodnie z Rozdz. 4 SIWZ: „Wymagania stawiane wykonawcy” – pkt 4.2: „Wykonawca zobowiąże się, do dostarczania leków posegregowanych zgodnie z nazwiskami mieszkańców, dla których są przeznaczone. Spełnieniem tego wymagania, będzie

zaakceptowanie wzoru umowy, który zawiera ten warunek.”. Zaś, według, pkt 4.4: „W fakturze za dostarczone leki refundowane winien być uwzględniony podział ceny, na tą część, którą płaci mieszkaniec Domu Pomocy Społecznej i tą część, którą płaci Dom Pomocy Społecznej. W fakturach za leki nie wymienione w formularzu cenowym oraz pełnopłatne powinien być jednoznacznie wykazany oferowany w ofercie upust, zgodny z formularzem cenowym. Spełnieniem tego wymagania, będzie zaakceptowanie wzoru umowy, który zawiera ten warunek.”. Według zał. 3 do SIWZ Wzoru umowy § 8 ust.1 zdanie drugie: „W fakturze za dostarczone leki refundowane winien być uwzględniony podział ceny, na tą część, którą płaci mieszkaniec Domu Pomocy Społecznej i tą część, którą płaci Dom Pomocy Społecznej. W fakturach za leki nie wymienione w formularzu cenowym oraz pełnopłatne powinien być jednoznacznie wykazany upust, zgodny z formularzem cenowym i § 10 niniejszej umowy. Za leki pełnopłatne wystawiana będzie osobna faktura.”

Zamawiający w Rozdz. 8 SIWZ: „Informacje o oświadczeniach i dokumentach”: „ Na ofertę składają się następujące załączniki:

- Wypełniony i podpisany Formularz ofertowy z wykorzystaniem załączonego wzoru - załącznik nr 1. (...)
- Wypełniony i podpisany Formularz cenowy z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 4 + płyta CD zawierająca załącznik nr 4 w postaci elektronicznej.(...)”

Z kolei w Rozdz.15 SIWZ: „Opis sposobu obliczania oferty”, Zamawiający stwierdził, że: „Cena oferty uwzględniająca wszystkie zobowiązania oraz z należnym podatkiem VAT, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia /oferowanych części zamówienia/ oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego. Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen. Ceny za wykonanie poszczególnych części przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu cenowym” stanowiącym załącznik nr 4 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za cenę zamówienia zostanie uznana wartość „razem brutto”.

Zgodnie z formularzem cenowym – zał. 1 do SIWZ: „Oferujemy wykonanie całości zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie Formularza ofertowego załączonego do oferty, za ceną: Cena brutto wg formularza cenowego – Załącznika nr 4 (część I + część II) (...)”.

Zamawiający załączył do SIWZ zał. 4 do cz. I – formularz cenowy – leki refundowane oraz zał. 4 do cz. II – formularz cenowy – leki pełnopłatne. W ramach pierwszego z nich tabela zawierała następujące kolumny: 1 - Lp.; 2 – Wyszczególnienie (nazwa, rodzaj); 3 - Wielkość/zawartość opakowania; 4 – Przewidywana ilość opakowań w ciągu roku; 5 - Wysokość dopłaty pacjenta; 6 – Wartość brutto (zł); 7 – Cena detaliczna, 8 – Uwagi. Pod tabelą z wykazem lekami znajdowała się adnotacja - Uwaga: „Wybrane leki mogą posiadać

różne wartości w polu "Wysokość dopłaty pacjenta" w zależności od uprawnień pacjenta. W kolumnie "Wysokość dopłaty pacjenta" należy wpisać odpłatność wynikającą z zakresu uprawnień: "Ubezpieczony w leczeniu ogólnym". W kolumnie wartość brutto należy wpisać sumę wynikającą z przemnożenia kolumny „Przewidywana ilość opakowań w ciągu roku” i "Wysokość dopłaty pacjenta". Pismem z dnia 12.03.2012 r. Zamawiający zmodyfikował zał. 4 do SIWZ m.in. w zakresie dotyczącym leków refundowanych wpisując do wykazu dodatkowe leki. W związku z wpływieniem zapytania o wyjaśnienie treści zał. 4 do SIWZ Zamawiający udzielił odpowiedzi wykonawcom publikując je na swojej stronie internetowej w dniu 14.03.2012 r. W zakresie odpowiedzi na pytanie 4, 5 i 6 udzielił następujących odpowiedzi: „ (...) 4. Wysokość dopłaty pacjenta – czy chodzi o odpłatność mieszkańca i DPS po refundacji czy odpłatność tylko mieszkańca po refundacji. 5. Wartość brutto – czy chodzi o wartość liczoną jako iloczyn odpłatności pacjenta razy ilość sztuk czy iloczyn ceny detalicznej leku razy ilość sztuk ? 6. Cena detaliczna – czy chodzi o cenę leku przed refundacją ? Odpowiedzi: (...) 4. Odpłatność mieszkańca po refundacji. 5. Iloczyn odpłatności pacjenta razy ilość sztuk. 6. Cena leku przed refundacją”.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, podjął wątpliwości co do treści złożonych ofert bowiem wszyscy oferenci przystępując do postępowania w zał. 4, cz. I - Formularz cenowy - leki refundowane do SIWZ - w kolumnie „Wysokość dopłaty pacjenta” podali bardzo odbiegające wysokością kwoty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawców w dniu 22.03.2012 r. do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie podstawy określenia ceny leków refundowanych oraz wyjaśnienia kolumny „Wysokość dopłaty pacjenta” w Formularzu cenowym - zał. 4, poprzez wskazanie sposobu wyliczenia cen wpisanych w ofercie. Odwołujący w ramach odpowiedzi z dnia 22.03.2012 r. stwierdził, że zapytanie Zamawiającego, dotyczyło oferty na leki refundowane, określone w zał. 4, do SIWZ, kolumny 5, „Wysokość dopłaty pacjenta”. Sporządzając ofertę na dostawę leków do w/w podmiotu wykonawca - składający ofertę, kierował się przepisami powszechnie obowiązującego prawa, a w szczególności § 15 ust. 1 pkt. 1 lit. h Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2011 r. w sprawie recept lekarskich (Dz. U. z 2011 r., Nr 294, poz. 1739). Zgodnie z jego brzmieniem - „(...) odpłatności określonej w wykazie refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobów medycznych:

- w przypadku gdy lek, środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrób medyczny występuje w jednej odpłatności - osoba wydająca dokonuje w tym zakresie zmiany, stosując właściwą odpłatność; osoba wydająca zamieszcza wówczas na rewersie recepty odpowiednią adnotację oraz swój podpis,

- w przypadku gdy lek, środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrób medyczny występuje w kilku odpłatnościach - osoba wydająca wydaje lek, środek spożywczy specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrób medyczny za najwyższą odpłatnością

określoną w tym wykazie (...)" . Ponadto wysokość odpłatności za leki refundowane określona jest w oparciu o treść obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 27 lutego 2012 r., w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Zapytanie Zamawiającego dotyczyło odpłatności za leki refundowane, w związku z tym, oferent zobowiązany jest działając w oparciu i w granicach prawa do wskazania w w/w kolumnie 5 - „Wysokość dopłaty pacjenta”, wielkości dopłaty leku określonej w powołanym powyżej obwieszczeniu Ministra Zdrowia.

Z kolei Wykonawca wybrany stwierdził, że podstawą do określenia ceny leków refundowanych oraz cen leków w kolumnie „Wysokość dopłaty pacjenta” w Formularzu cenowym – zał. 4 były w jego przypadku następujące akty prawne:

1. Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z 12 maja 2011 (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696) wraz z późniejszą zmianą (Ustawa z 13 stycznia 2012 Dz.U.2012 poz.95)
2. Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych z 27 sierpnia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.).
3. Ustawa Prawo Farmaceutyczne z 6 września 2001 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.)
4. Wykaz leków refundowanych, ceny urzędowe, limity finansowania: Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 27 lutego 2012 r. (Dz. U. MZ z 27.02.2012 poz. 4). Wg. SIWZ, w jego ocenie, do przetargu w rubryce 4 należało wpisać kwotę do zapłaty dla pacjenta: „ubezpieczony na zasadach ogólnych”. Takie określenie znajduje się na stronie Ministerstwa Zdrowia. Dotyczy to wszystkich ubezpieczonych, którzy realizują w aptece recepty na leki, które znajdują się w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia i mają refundację we wszystkich zarejestrowanych wskazaniach (każdy lek znajdujący się w obrocie na terenie naszego kraju musi być zarejestrowany w Urzędzie Rejestracji Leków łącznie ze wskazaniami, na jakie jednostki chorobowe może być stosowany). W Obwieszczeniu Ministra Zdrowia z 27 lutego 2012 r. znajdują się również leki refundowane w szczególnych wskazaniach. Nie każdy ubezpieczony jest uprawniony do refundowanego zakupu tego leku. Pacjent nabiera uprawnień do refundacji takiego leku, gdy lekarz specjalista stwierdzi wymienioną w obwieszczeniu Jednostkę chorobową i ta diagnoza zostanie poparta określonymi badaniami specjalistycznymi. W/w leki są refundowane tylko w określonych Obwieszczeniem wskazaniach, w pozostałych zarejestrowanych wskazaniach są pełnopłatne. Na stronie Ministra Zdrowia jest to określone „chory wg wskazań”. Podział pacjentów na: „Ubezpieczony w leczeniu ogólnym” oraz „Chory wg wskazań” wynika z Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych - (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.). Informacja o tym z czego wynika taki podział jest również zamieszczona jest na stronie Ministra Zdrowia. Ministerstwo jest ustawodawcą

i informacje zawarte na oficjalnej stronie ministerstwa są zgodne z obowiązującymi aktami prawnymi. Serwis strony MZ - Informator o Lekach jest zgodny z obowiązującym prawem i wg. Informacji na stronie: *„Informator jest źródłem podstawowej informacji o lekach, przeznaczony dla szerokiego ogółu społeczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem pacjentów, lekarzy i farmaceutów.”* Inny cytat ze strony MZ: *„Wszelkie informacje zawarte w serwisie są zgodne z aktualnymi przepisami prawa, w szczególności serwis „Leki refundowane” zawiera leki wymienione w stosownych obwieszczeniach publikowanych przez Ministerstwo Zdrowia.”* Wszelkie zarzuty, że jego oferta została przygotowana niezgodnie z obowiązującymi przepisami są bezpodstawne. Informacja w SIWZ o sposobie wypełnienia zał. 4 była oczywista i zgodna z obowiązującymi przepisami. Jeżeli dla któregoś z oferentów określenie *„ubezpieczony w leczeniu ogólnym”* nie było jasne mógł sięgnąć do wymienionych aktów prawnych, sięgnąć do strony internetowej Ministerstwa Zdrowia lub po prostu zadać pytanie Zamawiającemu na etapie przygotowywania ofert. Pismem z dnia 27.03.2012 r. otrzymanym przez Odwołującego 29.03.2012 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba nie zamierza kwestionować istnienia wskazywanej przez Odwołującego oraz Zamawiającego – strony internetowej: <http://bil.aptek.pl/pacient/fupraw>, jednakże należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie zawarł do niej odwołania. Należy zauważyć, że niniejsza strona zawiera wyraźne zastrzeżenie, iż: *„Dane zamieszczone w serwisie mają charakter informacyjny, nie zastępują przepisów prawa i nie mogą być podstawą do jakichkolwiek roszczeń. W razie jakichkolwiek wątpliwości dotyczących zażywania leków prosimy o skontaktowanie się z lekarzem lub farmaceutą!”* W konsekwencji, nie negując stwierdzeń zawartych na tej stronie, a przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jeżeli jego zamiarem było rozumienie pojęcie: *„Ubezpieczony w leczeniu ogólnym”* zgodnie z definicjami tam zawartymi winien wprost odnieść się do niej. Strona w swej treści zawiera sprzeczne stwierdzenia, co także Izba wzięła pod uwagę w przedmiotowym stanie faktycznym.

Po drugie, Izba stwierdza, że w przepisach powszechnie obowiązujących – przywołanych aktach prawnych przez obie strony postępowania odwoławczego, tak w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie, brak jest definicji legalnej „Ubezpieczony w leczeniu ogólnym”, czy też „Ubezpieczony na zasadach ogólnych”, czy też „Chory wg. wskazań”. Odniesienie zawarte na przywołanej powyżej stronie internetowej odnosi się do sformułowań - Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych z 27 sierpnia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.), do tego także w sposób nie do końca jednoznaczny, tzn. art. 36, 37, 38, które zostały uchylone

na mocy art. 63 Ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z 12 maja 2011 (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696) wraz z późniejszą-zmianą (Ustawa z 13 stycznia 2012 Dz.U.2012 poz. 95). Izba wskazuje, że wobec zmian w przepisach powszechnie obowiązujących odnoszących się do zasad refundacji leków postanowienia SIWZ winny być tym bardziej jednoznaczne. W postanowieniach SIWZ (Uwaga – pod tabelą zał. 4 – cz. I) użyto sformułowań w żaden sposób nie określając, jaki należy przyjąć sposób ich rozumienia, czy też nie określono w sposób nie budzący wątpliwości zasad wyceny leków refundowanych, jakie winni przyjąć uczestnicy postępowania przetargowego. Okoliczność, że z 4 ofert (w każdym przypadku, oferty złożyły apteki, czyli farmaceuci, zajmujący się sprzedażą leków), dwóch Wykonawców, w tym Wykonawca wybrany, oparło swoje wyliczenia dotyczące leków refundowanych na stronie internetowej: <http://bil.aptek.pl/pacient/fupraw>, zaś dwóch, w tym Odwołujący na Wykazie leków refundowanych, cen urzędowych, limitów finansowania: Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 27 lutego 2012 r. (Dz. U. MZ z 27.02.2012 poz. 4), powyższe potwierdza. Izba wydając wyrok kierowała się zasadą, że Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzyjności Zamawiającego przy konstruowaniu postanowień SIWZ. Niniejsze w przedmiotowym stanie faktycznym odnosi się do wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego. Zamawiający winien pamiętać, że Wykonawcy nie mają obowiązku żądania wyjaśnień postanowień SIWZ, zaś Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych z 27 sierpnia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.), jak i Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z 12 maja 2011 (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696) wraz z późniejszą-zmianą (Ustawa z 13 stycznia 2012 Dz.U.2012 poz. 95), używają innej terminologii niż wykorzystana w postanowieniach SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego powodu odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie odwołania uwzględniającego merytoryczne odniesienie się do powodów odrzucenia oferty, Izba uznała ww. zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach odrzucenia oferty Odwołującego (pismo z dnia 27.03.2012 r. – otrzymał 29.03.2012 r.) Zamawiający podał jedynie podstawę prawną, tzn. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Brak było podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie drugiego zarzutu, to po pierwsze wobec potwierdzenia się pierwszego zarzutu, uznanie zasadności drugiego skutkuje tym, że stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, po drugie Izba nie rozumie stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie. Ustawodawca nie uzależnia wymogu podania uzasadnienia faktycznego, tzn. przyczyn odrzucenia oferty od posiadania rzeczywistej wiedzy w tym zakresie Odwołującego, czy też generalnie Wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Przepis wymaga, aby takowe uzasadnienie faktyczne było zawarte i nie zawiera, w tym zakresie żadnych wyjątków. Izba podzieliła, w tym zakresie stanowisko Odwołującego, zawarte w odwołaniu i popartem orzecznictwem, w tym wyrokiem z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1503/10. Podobnie, Izba przyjęła za wyrokiem z dnia 20.01.2011 r., sygn. akt: KIO/2719/10, KIO/8/11, KIO/9/11.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba nie odnie się do zarzutów sformułowanych przez Odwołującego wobec oferty Wykonawcy wybranego z uwagi na podprogowy charakter postępowania przetargowego oraz art. 180 ust.2 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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). Izba nie uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na brak przedłożenia rachunku (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....