

Sygn. akt: KIO 2615/12

WYROK
z dnia 12 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna FARMATEX II s.c. K. Ł....., L. K....., B. Ł....., F. Ł....., 04 – 987 Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 50** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny MSW w Warszawie, 02 – 507 Warszawa, ul. Wołoska 137**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PGF URTICA Sp. z o.o., Polska Grupa Farmaceutyczna - Hurt Sp. z o.o., 54 – 613 Wrocław, ul. Krzemieniecka 120** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna FARMATEX II s.c. K. Ł....., L. K....., B. Ł....., F. Ł....., 04 – 987 Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 50** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hurtownia Farmaceutyczna FARMATEX II s.c. K. Ł....., L. K....., B. Ł....., F. Ł....., 04 – 987 Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 50** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Hurtownia Farmaceutyczna FARMATEX II s.c. K. Ł....., L. K....., B. Ł....., F. Ł....., 04 – 987 Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 50** na rzecz zamawiającego **Centralny Szpital Kliniczny MSW w Warszawie, 02 – 507 Warszawa, ul. Wołoska 137** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i sukcesywną dostawę preparatów leczniczych.

Odwołujący - wspólnicy spółki cywilnej: K..... Ł....., L..... K....., B..... Ł....., F..... Ł..... Hurtownia Farmaceutyczna FARMATEX II s.c. (zwany dalej Odwołującym) wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 PZP — poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum w skład, którego wchodzi: 1. PGF URTICA Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz PGF HURT Sp. z o.o. (zwane dalej Urtica) w zakresie zadań numer 1, 2 oraz 3, w sytuacji, gdy oferta Urtica w powyższym zakresie jest niezgodna z ustawą, treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP — poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty SALUS INTERNATIONAL Sp. z o.o. (zwanej dalej „SALUS”) w zakresie zadań numer 2 oraz 3 - w sytuacji, gdy oferta SALUS w powyższym zakresie jest niezgodna z ustawą, a ponadto jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP — poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty INTRA S..... B..... (zwanej dalej „INTRA”) w zakresie zadania numer 2, w sytuacji, gdy oferta INTRA w powyższym zakresie jest niezgodna z ustawą, a ponadto jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP — poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania numer 3, w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie, gdyż w szczególności nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny; art. 7 ust. 1 PZP — poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; oraz art. 91 ust. 1 PZP — poprzez czynność wyboru najkorzystniejszej ofert) URTICA, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań numer 1, 2 oraz 3 — w sytuacji gdy, biorąc pod uwagę wszystkie zarzuty przedstawione powyżej oraz żądania zawarte w niniejszym odwołaniu (poniżej), najkorzystniejszą ofertą w zakresie zadań 1, 2 oraz 3 jest oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań o numerach 1, 2 oraz 3; nakazanie dokonania

ponownej oceny i badania ofert; odrzucenia ofert złożonych przez URTICA - w zakresie zadań o numerach 1, 2 oraz 3; SALUS - w¹ zakresie zadań o numerach 2 oraz 3; oraz INTRA - w zakresie zadania o numerze 2; nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań o numerach 1, 2 oraz 3; oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

I. W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę URTICA sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, w szczególności wobec następujących okoliczności:

W pozycjach o numerach 1, 15, 17, 60, 76 oraz 84 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 1 oraz pozycjach 2, 6, 21, 25, 31, 32, 34, 36, 37, 50, 51 oraz 53 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 2, a także 14, 121, 122, 167, 204, 214, 221, 283, 285, 298, 299, 304, 305, 308, 309, 311, 312, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 359, 360, 368, 373, 382, 398, 422, 432, 435 oraz 436 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 3 wykonawca w ogóle nie wskazał „identyfikatora grupy limitowej” oraz „wartości brutto jednego DDD” - co zdaniem Odwołującego oznacza, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Z treści załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 01 września 2012 r. (Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r., poz. 66), wydanego na podstawie art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. L. z 2011 r., Nr 122, poz. 696 z późn. zm.) wynika, że leki wskazane wyżej wymienionych w numerach pozycji oferty cenowej są lekami refundowanymi, a zatem w ocenie Odwołującego należało wskazać właściwe im identyfikatory grupy limitowej oraz wartości brutto jednego DDD.

Odwołujący podniósł, że w piśmie Zamawiającego z dnia 12 września 2012 r. w odpowiedzi na zapytanie wykonawcy oznaczone nr 106 o treści: „czy Zamawiający wyrazi zgodę na to, aby usunąć z formularza cenowego kolumny „Identyfikator grupy limitowej” i „Wartość jednego DDD”, bądź też nie wypełniać tych kolumn — Zamawiający wyjaśnił przecząco, tj. udzielił odpowiedzi „NIE”.

Odwołujący wskazał także na okoliczność, że w pozycji o numerze 53 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 3 wykonawca Urtica sp. z o.o. w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego leku o nazwie międzynarodowej „Bisoprolol fumaras” o dawce określonej przez Zamawiającego jako 5 mg, w kolumnie „Nazwa handlowa” wskazał lek „Concor 5,5 mg, tabl. powl., 30 szt.”. Oznacza to, że zaoferował lek o dawce „5,5 mg”, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89

ust. 1 pkt 2 PZP.

Dodatkowo Odwołujący podniósł argument, że oferta złożona przez Wykonawcę Urtica sp. z o.o. powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W pozycji o numerze 306 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 3 wykonawca ten jako „cenę jednostkową opakowania netto” wskazał kwotę 60,90 zł, a w konsekwencji jako „wartość brutto w PLN” (czyli łączną wartość brutto wszystkich opakowań leku) wskazał kwotę 3.288,60 zł; w pozycji o numerze 307 wskazał kwotę 101,50 zł, a w konsekwencji jako „wartość brutto w PLN” (czyli łączną wartość brutto wszystkich opakowań leku) wskazał kwotę 5.481,00 zł; zaś w pozycji o numerze 423 wskazał kwotę zł 4.682,57 zł, a w konsekwencji jako „wartość brutto w PLN” (czyli łączną wartość brutto wszystkich opakowań leku) wskazał kwotę 1.264.293,90 zł. Z załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 września 2012 r. (Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r., poz. 66), wydanego na podstawie art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 12 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.) wynika, że leki wskazane powyżej mają ustalone ceny hurtowe, o których mowa w art. 2 pkt 5 powyższej ustawy. Przedmiotowe ceny hurtowe oblicza się poprzez powiększenie urzędowej ceny zbytu wynikającej z załącznika do przedmiotowego obwieszczenia Ministra Zdrowia o ustaloną w tym obwieszczeniu marżę hurtową oraz o należny podatek od towarów i usług (wynoszący 8 %). Ceny hurtowe netto za 1 opakowanie na dzień upływu terminu składania ofert wynosiły: dla pozycji o numerze 306 z zadania 3 - 121,23 zł, co stanowi ponad 199% zaoferowanej kwoty 60,90 zł, dla pozycji o numerze 307 - 252,68 zł, co stanowi ponad 248% kwoty 101,50 zł, tj. ceny zaoferowanej, dla pozycji o numerze 423 z zadania 3 — 6.420,00 zł, co stanowi ponad 137% kwoty 4.682,75 zł, tj. ceny zawartej w ofercie Wykonawcy Urtica. Odwołujący zauważył, że Oferta Wykonawcy URTICA została zaniżona o kwotę wynoszącą co najmniej 444.933,00 zł. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza także, że złożenie omawianej oferty przez Wykonawcę Urtica stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę SALUS, Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP, bowiem we wszystkich pozycjach oferty cenowej dotyczącej zadania numer 1, 2 i 3 wykonawca ten w ogóle nie wskazał jakiegokolwiek „identyfikatora grupy limitowej” oraz „wartości brutto jednego DDD”.

Odwołujący podniósł także, iż w pozycjach o numerach od 1 do 13, od 15 do 38, od 40 do 65, od 67 do 86, od 88 do 94 oferty dotyczącej zadania numer 1 wykonawca ten wskazał nieprawidłowe wartości szacunkowej ilości sztuk, tabletek, ampulek, kapsulek w stosunku do wartości wymaganych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach, określonych w - stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia — załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci wzoru oferty — co oznacza w szczególności, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, albowiem oferta tego wykonawcy w wielu miejscach nie pokrywa się z precyzyjnie wskazanymi wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez INTRA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego, w pozycjach nr 9, 10, 23, 24, 48, 49, 65 i 66 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 2 wykonawca ten bezzasadnie wskazał „identyfikator grupy limitowej” oraz „wartość brutto jednego DDD”, podczas, gdy leki występujące w wyżej wskazanych pozycjach w ogóle nie mają identyfikatora grupy limitowej, a tym samym nie można dla nich także wskazać wartości brutto jednego DDD, albowiem leki te nie są lekami refundowanymi (nie zostały wymienione w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 września 2012 r. (Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 r., poz. 66), wydanego na podstawie art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 12 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.)) — co oznacza, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż w pozycjach tych wykonawca ten wskazał błędne dane w odniesieniu do „identyfikatora grupy limitowej” oraz „wartości brutto jednego DDD”; ponadto Odwołujący zauważył, iż wykonawca ten w pozycjach o numerach 36 i 37 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 2 wykonawca ten w ogóle nie wskazał „identyfikatora grupy limitowej” oraz „wartości brutto jednego DDD”.

W pozycji o numerze 57 oferty cenowej dotyczącej zadania numer 2 wykonawca ten, w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego leku o nazwie międzynarodowej „Roxithromycinum” w postaci określonej przez Zamawiającego jako „tabletki powlekane” w kolumnie „Nazwa handlowa” wskazał lek „RULID tabl.dsporz.zaw. 50 mg 10”, tj. wskazał lek w postaci tabletek do sporządzania zawiesiny, co oznacza, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż zaproponowany przez wykonawcę lek występuje w innej postaci niż postać wymagana przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie odrzucenia swojej oferty, Odwołujący podniósł następującą argumentację: W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania 3, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w zadaniu nr 3 - poz. 157 Panthenol (Dexpanthenolum) zastosował „nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług, tzn. 23 % stawkę VAT zamiast 8 %”.

Zdaniem Zamawiającego, w przypadku, gdy Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący w ofercie w zakresie zadania nr 3 — poz. 157 Panthenol (Dexpanthenolum) prawidłowo wskazał, że wysokość stawki podatku od towarów i usług VAT wynosi 23%. Okoliczność tę, zdaniem Odwołującego potwierdza fakt, że Zamawiający w praktyce dotychczasowego obrotu handlowego z Odwołującym w odniesieniu do preparatu leczniczego Panthenol (Dexpanthenolum) stosował właśnie 23-procentową stawkę podatku od towarów i usług VAT i stawka ta nigdy nie została zakwestionowana przez Zamawiającego. Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący załączył do odwołania jako dowód kopię faktury VAT (HURT) nr 22484/FH/2012 z dnia 10 lipca 2012 r. oraz kopię faktury VAT nr 552 z dnia 01 sierpnia 2012 r. Ponadto wnosił o przeprowadzenie dowodu w postaci przesłuchania świadka Hanny Łodzińskiej. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający sam stosuje powyższą stawkę w odniesieniu do preparatu leczniczego Panthenol (Dexpanthenolum), nie może jednocześnie powoływać się na rzekomą sprzeczność działania Odwołującego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa oraz zasadami współżycia społecznego, ani na przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT w zakresie tego preparatu.

Jednocześnie, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 PZP - poprzez przeprowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji wszystkich naruszeń, wskazanych powyżej, naruszył art. 91 ust. 1 PZP. Naruszenie to, zdaniem Odwołującego, polega na bezpodstawnym wyborze ofert URTICA, w zakresie zadań numer 1, oraz 3 oraz brak odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców Urtica, Salus i Intra oraz nie uznanie, iż najkorzystniejszą ofertą w zakresie zadań 1, 2 oraz 3 jest oferta złożona przez Odwołującego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Oceniając zasadność zarzutu niezgodności oferty wykonawców Urtica, Slaus i Intra z treścią SIWZ w zakresie braku wskazania informacji co do identyfikatora grupy limitowej i wartości brutto DDD w określonych pozycjach, należy przede wszystkim mieć na uwadze charakter niniejszego zamówienia oraz sposób określenia ceny za jego realizację. Jak wynika z treści SIWZ, z tytułu realizacji każdego zadania składającego się na zamówienie, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie mające charakter ryczałtowy. Taki sposób określenia wynagrodzenia wykonawcy powoduje, iż wszelkie dane kalkulacyjne określające ceny poszczególnych leków mogą mieć charakter jedynie informacyjny i niemający wpływu na wysokość zaproponowanej przez wykonawcę ceny, gdyż cena każdego z zadań, pozostaje ceną ryczałtową. Podkreślić należy, że zarówno identyfikator grupy limitowej, jak i wartość brutto 1 DDD są to dane o charakterze informacyjnym, nie wpływają na treść oferty, a ich wielkość może wynikać z treści załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 28 sierpnia 2012 w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Izba wzięła pod uwagę także fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty żadnego z wykonawców, w tym oferty Odwołującego, pomimo, iż w żadnej z tych ofert nie zostały podane dane dotyczące identyfikatora grupy limitowej i wartości brutto 1 DDD. Tym samym nie można uznać, aby została naruszona zasada równego traktowania wykonawców, wyrażoną w artykule 7 ustawy Pzp, gdyż wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zostali potraktowani przez Zamawiającego w ten sam sposób. Powyższe oznacza także, iż zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z powodu braku wskazanych informacji w ofercie cenowej potwierdza, iż dane o „identyfikatorze grupy limitowej” oraz „wartości jednego brutto DDD” nie stanowiły elementów przedmiotowo istotnych umowy, jaką Zamawiający zamierzał zawrzeć z przyszłym wykonawcą. Z powyższych względów Izba nie uwzględniła zarzutu braku odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawców Urtica, Slaus i Intra z uwagi na niezgodność ofert tych wykonawców z treścią SIWZ w zakresie braku wskazania informacji co do identyfikatora grupy limitowej i wartości brutto DDD w określonych pozycjach.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Urtica sp. z o.o., ze względu na zaoferowanie leku o innej dawce, niż była wymagana w postanowieniach SIWZ, Izba uznała powyższy zarzut za całkowicie bezzasadny.

Odwołujący przyjął, iż w ofercie wykonawcy Urtica został zaoferowany lek „Concor” w dawce 5, 5 mg, podczas gdy z opisu przedmiotu zamówienia wynikało, iż wymagany jest lek o międzynarodowej nazwie „Bisoprolol fumaras” w dawce 5 mg. Jak zostało wyjaśnione w trakcie rozprawy oraz piśmie Przystępującego, w pozycji nr 53 oferty wykonawcy Urtica dla zadania nr 3 zaoferowany został lek o nazwie handlowej „Concor 5”. Jest to pełna nazwa handlowa tego leku, która jest nazwą własną tego produktu leczniczego. Wyjaśnienia powyższe Izba uznała za wiarygodne z uwagi na fakt, że w każdej pozycji w ofercie, wykonawca Urtica sp. z o.o. podawał na początku pełną nazwę handlową oferowanego leku, następnie po przecinku podawał jego dawkę, po następnym przecinku informował o postaci leku, a na końcu zamieszczał ewentualnie dane o ilości sztuk w opakowaniu. Co więcej, Odwołujący nie zaprzeczył, że istnieje na rynku lek o nazwie handlowej „Concor 5”, który dodatkowo odpowiada międzynarodowej nazwie „Bisoprolol fumaras”. Sposób podania informacji w ofercie cenowej wskazywał wyraźnie na dwuczłonową nazwę leku „Concor 5”.

Tym samym, w ocenie Izby, oczywisty jest fakt, że wykonawca Urtica, tak jak w innych pozycjach oferty, przedstawił w kolumnie „Nazwa handlowa” lek o nazwie „Concor 5”, a następnie po przecinku określił dawkę tego leku „5 mg”. W wyrażeniu „5,5 mg”, na które powoływał się Odwołujący, pierwsza cyfra była częścią nazwy leku „Concor 5”, a druga cyfra odnosiła się do dawki leku, wynoszącej 5 mg. Tym samym, Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym uznał zaoferowany przez wykonawcę Urtica produkt leczniczy za zgodny z SIWZ. Mając powyższe na uwadze, należało uznać, iż Zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Urtica, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, (Dz.U. Nr 97, poz. 1050) cena urzędowa ma charakter ceny maksymalnej, co oznacza, że sprzedaż za cenę niższą od ceny urzędowej jest w pełni dopuszczalna. Tym samym wykonawca mógł zaoferować poszczególne produkty lecznicze po cenie niższej niż cena urzędowa. Oznacza to, że zaoferowanie przez wykonawcę Urtica produktów po cenie niższej niż urzędowa nie oznacza jeszcze, że wykonawca ten nie może zrealizować zamówienia za cenę niższą. A zgodnie z przyjętą w orzecznictwie definicją, za cenę rażąco niską przyjmuje się cenę nierealną, za jaką nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Ponadto, w ocenie Izby, dokonując oceny,

czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska, należy tę cenę porównać z cenami rynkowymi, a nie z ceną urzędową mającą charakter ceny maksymalnej. Odnoszenie ceny oferowanej przez wykonawcę wyłącznie do cen urzędowych mogłoby spowodować wyeliminowanie możliwości obniżania cen przez wykonawców, a tym samym uniemożliwić konkurencję cenową.

Dokonując kwalifikacji ceny jako ceny rażąco niskiej należy oceniać cenę całego zamówienia, a nie jego poszczególnych elementów. Tymczasem Odwołujący odniósł się do poszczególnych elementów zamówienia zamiast do ceny całego przedmiotu, która nie odbiega znacząco od pozostałych.

Izba wzięła pod uwagę także fakt, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Urtica nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę, że nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją całości przedmiotu zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od Zamawiającego. Obowiązek przedstawienia dowodów, co do faktu, że oferta wykonawcy Urtica zawierała rażąco niską cenę, ciążył na Odwołującym.

Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 2 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z dnia 12 maja 2001r. (Dz. U. Nr 122, poz. 696), przedsiębiorcy prowadzący obrót hurtowy, są zobowiązani do stosowania urzędowej marży hurtowej w wysokości 5% urzędowej ceny zbytu. Zamawiający jako świadczeniodawca w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, jest zobowiązany, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, do nabywania leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobów medycznych po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu powiększona o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa, w przypadku, gdy nabywa powyższe produkty od przedsiębiorcy prowadzącego obrót hurtowy. Ponadto ostateczna cena hurtowa nie może przekraczać urzędowej ceny zbytu powiększonej o urzędową marżę hurtową. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ceny zaoferowane przez wykonawcę Urtica, mogły być niższe niż ceny urzędowe, a zastosowanie urzędowej marży handlowej może zapewnić pokrycie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, co wyklucza zaoferowanie przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską.

W związku z tym, że zarzut zawarcia rażąco niskiej ceny w ofercie jest nieuzasadniony, w ocenie Izby, należało oddalić również zarzut wobec tego wykonawcy odnośnie złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie uzasadnienia faktycznego, oraz nie podał żadnych podstaw prawnych

wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł także zarzut, iż wykonawca Salus International Sp. z o.o. w niektórych pozycjach oferty cenowej dotyczącej zadania nr 1 wskazał nieprawidłowe wartości szacunkowe ilości sztuk, tabletek, ampułek, kapsułek w stosunku do wartości wymaganych przez Zamawiającego, a tym samym oferta ta nie jest zgodna z SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu. Izba ustaliła, iż oferta tego wykonawcy w zakresie realizacji zadania nr 1 została odrzucona, co wynika z treści pisma Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu i odrzuceniu oferty. W uzasadnieniu swojej czynności Zamawiający wskazał, iż powodem odrzucenia oferty wykonawcy Salus w zakresie realizacji zadania nr 1 było zaoferowanie ilości niezgodnych z ilościami podanymi przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca Salus nie odwoływał się od czynności odrzucenia jego oferty z postępowania, a tym samym czynność ta uprawomocniła się.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że nie podtrzymuje powyższego zarzutu.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych za bezprzedmiotowy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut Odwołującego, iż treść oferty wykonawcy Intra w zakresie zadania nr 2 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. W pozycji nr 57 oferty wykonawca ten, w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego leku o nazwie międzynarodowej „Roxithromycinum” w postaci określonej przez Zamawiającego jako „tabletki powlekane” w kolumnie „Nazwa handlowa” wskazał lek RULID w postaci tabletek do sporządzania zawiesiny, a zatem zaoferowany przez tego wykonawcę lek występuje w innej postaci niż wymagana przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, iż w zakresie zadania numer 2 oferta Wykonawcy Intra sp. z o.o. znalazła się na trzeciej pozycji, zaś oferta Odwołującego na czwartej, najniższej pozycji w rankingu ofert w zakresie tego zadania. Izba uznała, że zasadny jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Intra Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność zaoferowanego produktu leczniczego z treścią SIWZ. Postać, w jakiej zaoferowano lek (tabletki do sporządzenia zawiesiny) nie odpowiada wymaganiom SIWZ (tabletki powlekane). Jednak podniesiony zarzut nie ma wpływu na ostateczny wynik postępowania. Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględni odwołanie, tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Podnosząc zarzuty dotyczące odrzucenia swojej własnej oferty w zakresie zadania numer 3, Odwołujący stwierdził, iż nie wskazał konkretnej stawki podatku w SIWZ, gdyż mógł zaoferować jakąkolwiek stawkę w stosunku do preparatu Panthenol (Dexapanthenolum). Z postanowień SIWZ wynikało, iż Zamawiający wymagał dostawy preparatów leczniczych. Zgodnie z punktem 3.2 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest „zakup i sukcesywna dostawa preparatów leczniczych”. Stosownie do punktu 7.4 SIWZ należało przedłożyć certyfikaty dotyczące rejestracji produktów leczniczych, co jednoznacznie wskazuje na procedurę przewidzianą w ustawie Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001r.

Zgodnie z art. 41 oraz art. 146a ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. (Dz. U. Nr 177, poz. 1054) stawka podatku w stosunku do towarów i usług wskazanych w załączniku nr 3 do tej ustawy wynosi 8%. Zgodnie z treścią załącznika nr 3, powyższą stawką objęte są „podstawowe substancje farmaceutyczne, leki i pozostałe wyroby farmaceutyczne - wyłącznie produkty lecznicze dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z przepisami Prawa farmaceutycznego”, znajdujące się na 88 pozycji w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący zastosował podstawową 23 procentową stawkę podatku VAT, co wskazuje na zaoferowanie kosmetyku, a nie produktu leczniczego, czego wymagał Zamawiający.

Bezsporne pomiędzy stronami było, iż Panthenol występuje na rynku w dwóch rodzajach: jako produkt leczniczy albo jako kosmetyk. Zastosowanie stawki podatku VAT determinowało zatem produkt, jaki został zaoferowany. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że Odwołujący utrzymywał, iż zaoferował produkt objęty 23% stawką VAT. Sprzedaż kosmetyków jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług z zastosowaniem stawki podatku wynoszącej 23%.

Zgodnie z art 2 ustawy o kosmetykach z dnia 30 marca 2001r. (Dz. U. Nr 42, poz. 473) pod pojęciem kosmetyku rozumie się każdą substancję chemiczną lub mieszaninę, przeznaczoną do zewnętrznego kontaktu z ciałem człowieka: skórą, włosami, wargami, paznokciami, zewnętrznymi narządami płciowymi, zębami i błonami śluzowymi jamy ustnej, których wyłącznym lub podstawowym celem jest utrzymanie ich w czystości, pielęgnowanie, ochrona, perfumowanie, zmiana wyglądu ciała lub ulepszenie jego zapachu. Z kolei art. 2 pkt 32 prawa farmaceutycznego definiuje produkt leczniczy jako substancję lub mieszaninę substancji, przedstawianą jako posiadającą właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawaną w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne. Definicje wskazują na ważne różnice pomiędzy obydwoma rodzajami produktów; zadaniem kosmetyku jest jedynie ulepszanie stanu ciała ludzkiego, natomiast celem stosowania produktu leczniczego jest poprawianie funkcjonowania organizmu człowieka. Różnice produktów pociągają za sobą

znaczące skutki w zakresie stosowanych procedur związanych z wprowadzaniem do obrotu i sprzedażą produktów leczniczych i kosmetyków. W ocenie Izby, zatem, poprzez zastosowanie odmiennej stawki podatku VAT przez Odwołującego, niewłaściwej dla produktów leczniczych, Zamawiający mógł powziąć uzasadnione wątpliwości również co do charakteru oferowanego produktu. Powyższe jest związane z przesłanką odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy także podnieść, że zastosowanie konkretnej stawki podatku VAT w odniesieniu do sprzedaży konkretnego towaru nie jest pozostawione uznaniu sprzedającego lecz wynika wprost z ustawy. Jeżeli więc Odwołujący zaoferował produkt, którego sprzedaż wg Odwołującego opodatkowana jest stawką podatku VAT w wysokości 23 %, to okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, że produkt ten nie może stanowić produktu leczniczego, gdyż dla produktów leczniczych ustawa od podatków od towarów i usług przewiduje stawkę VAT w wysokości 8%. Preparat Penthanol występuje zarówno w formie produktu leczniczego jak i kosmetyku, wskazanie stawki 23 % determinuje okoliczność, iż Odwołujący zaoferował Zamawiającemu kosmetyk, a nie produkt leczniczy.

Izba nie uwzględniła także zarzutu określonego przez Odwołującego jako naruszenie artykułu 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odwołaniu Odwołujący wskazał, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie ww. artykułu, natomiast w dalszej części odwołania nie wskazał, z przepisami której ustawy niezgodne są złożone przez wykonawców oferty. Odwołujący zatem nie opisał czynności lub zaniechania Zamawiającego, w wyniku których doszło do naruszenia powołanego przepisu ustawy. Brak tych elementów powoduje, że zarzut nie może być rozpoznany. Samo bowiem wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem zamawiającego w postępowaniu, które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez Odwołującego o przesłuchanie świadka Hanny Łodzińskiej z uwagi na fakt, że zgromadzony materiał dowodowy pozwolił ustalić fakty, które miały być przedmiotem stwierdzenia poprzez przesłuchanie świadka.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....