

Sygn. akt: KIO 1194/12

POSTANOWIENIE
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 22 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm „PGF URTICA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i „Polskiej Grupy Farmaceutycznej – Hurt” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Kociewskie Centrum Zdrowia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starogrodzie Gdańskim, ul. Dr J. Balewskiego 1**

przy udziale wykonawcy **ASCLEPIOS Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1194/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczanego wpisu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum Firm „PGF URTICA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i „Polskiej Grupy Farmaceutycznej – Hurt” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3** tytułem wpisu od odwołania.**

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych zostało wszczęte przez zamawiającego Kociewskie Centrum Zdrowia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, ul. Dr J. Balewskiego 1, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2012r. za numerem 2012/S 47-077210.

W dniu 29 maja 2012r. zamawiający faksem przekazał wykonawcom informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty nr 18 złożonej przez Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Hubskiej 44 w ramach pakietu 1 i 4. Jednocześnie w ramach tych pakietów zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) odrzucił ofertę Konsorcjum Firm „PGF URTICA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i „Polskiej Grupy Farmaceutycznej – Hurt” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3 (odwołującego) z uwagi na to, że wykonawca ten zaoferował w pakiecie 1 w poz. 13 i 14 i 47 leki czasowo nieprodukowane oraz w pakiecie 4 w poz. 47 leki, których produkcja została zakończona i wycenił jego co według zamawiającego jest niezgodne z siwz. Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego z dnia 27 marca 2012r. dokonanie wyceny takich leków mogło nastąpić tylko, o ile na rynku nie ma leku równoważnego, we wszystkich wskazanych przypadkach jest dostępny na rynku lek równoważny.

W dniu 8 czerwca 2012r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakietach 1 i 4, zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej w pakiecie 4 i odrzucenia jego oferty w pakietach 1 i 4. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieprawidłowe odrzucenia oferty odwołującego, art. 90 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą, art. 7 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania niezgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w odniesieniu do czynności zamawiającego podjętych wobec oferty wybranej odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asclepios w pakiecie 4, art. 87 ust. 2 ustawy poprzez poprawienie istotnego błędu w ofercie Asclepios i art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Asclepios z jego naruszeniem.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Pakietów nr 1 i nr 4, unieważnienia czynności wyboru oferty

Asclepios w zakresie Pakietu nr 4, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asclepios w zakresie Pakietu nr 4 oraz dokonania ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietów nr 1 i nr 4.

Wskazał, że ma interes prawny i faktyczny, bo jego oferta w zakresie Pakietu nr 1 jest tańsza od oferty uznanej za najkorzystniejszą (jedynym kryterium oceny ofert była cena), a ponadto jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z ustawą Pzp. Ponadto oferta wnoszącego odwołanie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w zakresie Pakietu nr 4, po dokonaniu czynności odrzucenia niezgodnej z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę Asclepios oraz anulowania odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie. Przywrócenie oferty wnoszącego odwołanie w zakresie Pakietów nr 1 i nr 4 miałyby bezpośredni wpływ na wybór oferty i udzielenie zamówienia publicznego wnoszącemu odwołanie.

II. W zakresie zarzutów związanych z odrzuceniem oferty odwołującego w odniesieniu do pakietu nr 1 i poz. 13 i 14 wskazał, że wprawdzie produkcja zaoferowanych leków została zakończona, ale odwołujący posiada odpowiednie zapasy magazynowe zaoferowanych produktów, posiadających gwarancję tj. odpowiednio długi termin przydatności uwzględniający potrzeby zamawiającego zawarte w SIWZ. Na dowód czego odwołujący powołał wydruk aktualny ze stanów magazynowych wnoszącego odwołanie. Wskazał, że ani w siwz, ani w postanowieniach umowy nie ma wymogu, aby oferowany preparat był aktualnie produkowany. Warunkiem jest m.in., aby nie został wycofany z obrotu oraz aby miał termin ważności nie krótszy, niż połowa całego okresu ważności. Te wymogi zostały spełnione przez ofertę wnoszącego odwołanie. Tymczasem kryterium aktualnej produkcji leku zostało dodane później. W związku z czym, odwołujący uważa, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest bezzasadne. Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający powinien był wybrać ofertę najkorzystniejszą według kryteriów wskazanych w SIWZ. Jedynym kryterium była cena, a zatem to oferta odwołującego powinna zostać wybrana. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył także art. 7 ustawy, gdyż wobec odwołującego zastosowano dodatkowe kryterium wyłączone, którego w żaden sposób nie wskazano w SIWZ, zostało niejako stworzone *ad hoc* w momencie dokonywania oceny ofert i tylko w stosunku do oferty odwołującego. Zamawiający być może stwierdził, iż korzystniejsza jest oferta wykonawcy, który umieścił w niej leki aktualnie produkowane i dlatego odrzucił ofertę wnoszącego odwołanie dotyczącą leków, których produkcji zaprzestano - podając jako nieprawdziwą przyczynę niespełnienia przez wnoszącego odwołanie warunków z SIWZ. Jest to, według odwołującego, sprzeczne z zasadą równości w postępowaniu przetargowym. Podał, że leki aktualnie produkowane są droższe od leków zaoferowanych i posiadanych przez odwołującego, ale aktualnie nie produkowanych. Zważywszy na fakt, iż jedynym kryterium wyboru oferty w przetargu była

cena, odrzucenie oferty wnoszącego odwołanie ma dodatkowy wymiar dyskryminujący - gdyż w innym wypadku oferta ta okazałaby się najkorzystniejsza. Podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy zamawiający ma opisać przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, zatem nie jest rolą wykonawców doprecyzowywać przedmiot zamówienia za pomocą zapytań do siwz. Zamawiający powinien był sprecyzować wszystkie wymagania w SIWZ, również wymóg, iż lek musi być aktualnie produkowany. W drodze zapytań można ewentualnie wyjaśniać niejasności dotyczące wymogów, a nie tworzyć wymogi, których nie zawarto w SIWZ. Ten argument również przesądza o bezzasadności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2. W ocenie odwołującego zasługuje również na wzmiankę fakt, iż w zakresie Pakietu nr 1 wybrano ofertę wykonawcy Asclepios, który zaoferował w poz. 13 i 14 produkty Dacarbazine Medac 100mg i 200mg aktualnie nie dostępne w obrocie na terenie Polski. Zaoferowane produkty były jednorazowo sprowadzone i dopuszczone do obrotu na terenie naszego kraju decyzją Ministra Zdrowia w ramach importu interwencyjnego. W zakresie poz. 47 w pakiecie 1 odwołujący wskazał, że poinformował zamawiającego o tymczasowej niedostępności leku przekazując jednocześnie kopię pisma producenta deklarującego o bieżącym poinformowaniu o ponownej sprzedaży leku (co dodatkowo świadczy wyłącznie o tymczasowości braku leku w sprzedaży). Należy przy tym podkreślić że, jest faktem notoryjnym okoliczność, iż zaoferowany lek Vincristine Teva jest produkowany z krótkimi przerwami i wykonawcy oferujący ten lek w ofercie przetargowej zabezpieczają odpowiednie ilości leku w magazynie dla realizacji umów przetargowych. Na wniosek Zamawiającego wnoszący odwołanie zadeklarował, że w przypadku niedostępności leku w trakcie realizacji umowy przetargowej będzie dostarczał równoważny preparat Vincristin - Richter, w cenie zadeklarowanej w ofercie. Kwestia powyższa nie jest poruszana w SIWZ, z zapytań pośrednio wynika, iż każdy wykonawca ma zapewnić ciągłość dostaw zakontraktowanego leku, a jeśli nie jest to możliwe - musi dostarczyć zamiennik (nawet jeśli oznacza to niekorzystne skutki finansowe np. zamiennik jest droższy). Odwołujący stwierdził, że zaproponował w ofercie lek chwilowo niedostępny, w cenie korzystnej. W przypadku kiedy dostawy leku wskazanego w ofercie nie byłyby ciągle zamawiający otrzymałby zamiennik w tej samej, korzystnej cenie. Tymczasem, przed ogłoszeniem wyników niniejszego przetargu, produkcja zaoferowanego leku Vincristine Teva została wznowiona i wykonawca wnoszący odwołanie zgromadził zapas tego leku wystarczający na pokrycie potrzeb zamawiającego określonych w SIWZ. Na dowód czego odwołujący załączył wydruk aktualny ze stanów magazynowych wnoszącego odwołanie. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie nr 4 poz. 47 odwołujący podniósł, że sytuacja jest analogiczna jak w odniesieniu do Pakietu nr 1 poz. 13 i 14. Co prawda produkcja preparatu Tetabulin S/D 250 j.m. inj. została zakończona ale wnoszący odwołanie posiada odpowiednie zapasy magazynowe leku

posiadającego gwarancję tj. odpowiednio długi termin przydatności uwzględniający potrzeby Zamawiającego zawarte w SIWZ. Na dowód czego załączył wydruk aktualny ze stanów magazynowych wnoszącego odwołanie. Odwołujący ponowił całą swoją argumentację związaną z poz. 13 i 14 pakietu nr 1.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego Asclepios podniósł, że oferta złożona przez tego wykonawcę w pakiecie nr 4 poz. 36 zawierała w treści błąd dotyczący dawki leku, który został poprawiony przez zamawiającego jako oczywista omyłka. Błąd polegał na zaoferowaniu dawki aż pięciokrotnie mniejszej niż wskazał zamawiający w SIWZ. W praktyce sytuacja wygląda tak, że w celu otrzymania rezultatu farmaceutycznego identycznego jak przy zaaplikowaniu jednej ampułki leku (zgodnie z zapotrzebowaniem wyrażonym w SIWZ) należałoby podać pacjentowi jednocześnie 5 ampułek leku zaoferowanego przez wykonawcę Asclepios. Ze zrozumiałych względów jest to niecelowe i nielogiczne. Przyjmując jednak taką możliwość (zupełnie teoretycznie) to należy stwierdzić, że ilość zaoferowanych opakowań w Pakiecie nr 4 poz. 35 jest pięciokrotnie niższa niż wymagana przez zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z art. 87 ust 2 Pzp, zamawiający może poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jednakże odwołujący stoi na stanowisku, że biorąc pod uwagę treść załącznika nr 1 do SIWZ, dawka oraz ilość zaoferowanego leku są istotnym elementem oferty, gdyż ma przełożenie wprost na liczbę opakowań. Zaoferowany w poz. 36 przez wykonawcę Asclepios lek Cosmofer roztwór do wstrzykiwań produkcji Pharmacosmos jest dopuszczony do obrotu i dostępny na rynku w dawce dokładnie określonej przez zamawiającego w SIWZ. A zatem wykonawca Asclepios miał możliwość zaoferowania odpowiedniej dawki (wskazanej w SIWZ) bez konieczności przeliczania ilości opakowań i bez ryzyka popełnienia rażącego błędu, jakiego w rezultacie się dopuścił. Tym samym odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien był nie poprawiać błędu w ofercie Asclepios w trybie art. 87 ust. 2 ustawy, ale ofertę tę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 marca 2012r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za PGF URTICA sp. z o.o. przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz za PGF-Hurt sp. z o.o. przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 6 czerwca 2012r. faksem. W dniu 11 czerwca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 14 czerwca 2012r. wykonawca Asclepios Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 44 zgłosił swój udział w sprawie w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została w pakietach 1 i 4 wybrana i przystąpienie zmierza do uzyskania zamówienia. Wskazał, że będzie domagał się oddalenia odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. W treści zgłoszenia znajduje się oświadczenie o tym, że zgłoszenie otrzymują odwołujący i zamawiający.

W dniu 19 czerwca 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w której uwzględnił odwołanie i w przypadku niewniesienia sprzeciwu oświadczył, iż unieważni czynność odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietów 1 i 4, unieważni czynność wyboru oferty w zakresie pakietu 4 i powtórzy czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów 1 i 4.

W dniu 21 czerwca 2012r. przystępujący po stronie zamawiającego Asclepios S.A. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uznania przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 6 czerwca 2012r. Oświadczenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

Izba zważyła, co następuje ;

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w ramach pakietu nr 1 złożył ofertę najtańszą, a jego odwołanie zmierza do przywrócenia jego oferty do postępowania, tym samym w pakiecie nr 1 odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. W pakiecie nr 4 odwołujący złożył ofertę drugą pod względem ceny, a jego zarzuty zmierzają do przywrócenia jego oferty do postępowania i wyeliminowania z postępowania oferty z najniższą ceną, tym samym odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia w zakresie pakietu nr 1 i 4 . W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że wykonawca, który przystąpił w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. . W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego złożył oświadczenie o tym, że nie wnosi sprzeciwu,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący