

Sygn. akt KIO 1048/10

WYROK
z dnia 22 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ACP PHARMA S.A., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. WAM Uniwersytetu Medycznego – Centralny Szpital Weteranów, ul. Żeromskiego 113, 90-549 Łódź.**

przy udziale **PGF URTICA Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ACP PHARMA S.A., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ACP PHARMA S.A., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa.**

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej- Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów Żeromskiego 113 w Łodzi, zwany dalej "Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sprawie dostawy leków do apteki Szpitalne w pakiecie nr 5. Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2010 r.

ACP Pharma S.A., zwana dalej „Odwołującym” ,pismem z dnia 28 maja 2010 roku wniosła odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i wyboru oferty PGF URTICA Sp. z o.o. przez Zamawiającego, Zdaniem Odwołującego czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 5 zostały dokonane z naruszeniem przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2. art. 7 oraz ustawy - poprzez naruszenie przez Zamawiającego naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równości i uczciwej konkurencji a w szczególności wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, gdyż decyzja Zamawiającego powoduje naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Gdyż w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp w wyżej wskazanym zakresie jego oferta jako oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i uznanie oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w ramach pakietu 5 niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podaje, że Zamawiający w pakiecie nr 5 przedmiot zamówienia opisał w sposób następujący: „Interferon beta 1b dawka 300 uq w zestawie z długą ampułko strzykawką oraz możliwością wyboru igły 30G lub 27G”. Takie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ograniczały możliwości żadnego z dostępnych na rynku produktów z grupy interferonów beta 1 b (Betaferon, Extavia), bowiem w przypadku obu produktów istnieje możliwość wyboru igły 30G lub 27G, zaś długość ampułkostrzykawki „krótka”, „długa” przy braku szczegółowych zapisów jest kwestią umowną i subiektywną.

Zauważyć należy, iż Zamawiający postawił wymaganie zgodnie z którym istnieje możliwość wyboru igły 30G lub 27G. Tym samym wymaganie Zamawiającego sprowadza się do zagwarantowania sobie możliwości wyboru (a więc stosowania przy produkcji) zarówno igły 30G jak i 27G. Nie oznacza to jednak, że obie igły mają być dostępne w zestawie. Nie mniej jednak nawet gdyby przyjąć że Zamawiający żądał dostarczenia zarówno igły 30G jak i 27G to wskazać w tym miejscu należy, iż produkt pn. Extavia nie jest oferowany w zestawie z igłami 30G lub 27G. Igły te są oferowane wraz z produktem w osobnym opakowaniu i nie są ujęte w charakterystyce produktu leczniczego (podobnie jak w przypadku Betaferonu

Odnosząc się do długości ampułkostrzykawki Odwołujący stwierdził iż Zamawiający nie określił co należy rozumieć przez „długą ampułkostrzykawkę” i „krótką ampułkostrzykawkę”. Zamawiający już na rozprawie, złożył odpowiedź na odwołanie w którym wnosi o oddalenie odwołania. Podtrzymuje zasadność i prawidłowość odrzucenia oferty Odwołującego oraz podnosi, że zaoferowany przez Odwołującego lek Betafron produkowany przez firmę Bayer-Schering nie spełnia wymagań siwz gdyż jest produkowany tylko z krótką ampułkostrzykawką. Podnosi, że posługiwanie się przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia pojęciami: „długą” i „krótką” ampułkostrzykawką jest precyzyjne i zrozumiałe dla podmiotów zajmujących

się profesjonalną sprzedażą preparatów leczniczych, dlatego też nie było potrzeby określania długości ampułkostrzykawki w centymetrach. Lek interferon beta 1b w zestawie z długą ampułkostrzykawką jest produkowany tylko przez firmę Novartis pod nazwą Extavia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, oświadczeń i prezentacji, oferowanych przez strony postępowania -zestawów leku Interferon, dokonanych podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu uczestnikowi postępowania który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska odpowiednio je doprecyzowując Izba ustalił następujący stan faktyczny sprawy będący podstawą do wyrokowania.

Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków do apteki szpitalnej. Zamówienie zostało podzielone na kilka części – pakietów. Łączna wartość zamówienia – wszystkich pakietów przekraczała progi unijne dla dostaw. Niniejsze postępowanie dotyczy odwołania od rozstrzygnięcia Zamawiającego dotyczącego pakietu nr 5. Ze względu na fakt iż Odwołujący złożył ofertę na pakiet 5 i 4 to dla wyjaśnienia prawidłowości złożonej oferty Izba porównawczo odniosła się również do zamówienia z pakietu nr4, który jednak nie jest objęty przedmiotem rozpoznania. Zamawiający w pakiecie nr 5 który jest przedmiotem odwołanie, potrzeby zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz określił w sposób następujący- „ Interferon beta 1b 300 µg w zestawie z długą ampułkostrzykawką oraz możliwością wyboru igły 30G lub 27G”. Jednostkę miary podano jako „zestaw”. Natomiast w pakiecie nr 4 Zamawiający swoje potrzeby opisał jako „Interferon beta 1b 300 µg w zestawie z igła 30G i krótką ampułkostrzykawką” jednostka miary również została określona jako zestaw.

Zamawiający w związku z wątpliwościami co do prawidłowości złożonej przez Odwołującego oferty wezwał go pismem z dnia 10 maja 2010 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający zadał pytanie – „czy zaoferowany w pakiecie nr 5 poz.1 preparat „Betaferon” jest w zestawie z długą ampułkostrzykawką oraz możliwością wyboru igły 30G lub 27 G ,zgodnie z

wymogiem postawionym przez Zamawiającego. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący nie ustosunkowując się merytorycznie do wezwania poinformował tylko Zamawiającego, że jego produkt „spełnia wszystkie określone w siwz wymagania i według charakterystyki produktu leczniczego dwóch dostępnych na rynku interferonów beta 1b, oba preparaty mają takie samo wyposażenie zestawu i spełniają wymagania Zamawiającego”. Izba ustaliła ponadto, że substancja czynna leku pod nazwą „interferon beta 1b” występuje w dwóch specyfikach farmaceutycznych o nazwie „Betaferon” i „Extavia”. Te leki produkowane są przez dwóch różnych producentów i różnią się między innymi długością ampułkostrzykawki, sposobem pakowania i różnym zestawem fabrycznym, czyli tym co jest zwarte w jednym opakowaniu. Lek pod nazwą Betaferon produkowany jest tylko z „krótką” ampułkostrzykawką, Lek pod nazwą Extavia produkowany jest natomiast z dłuższą od Betaferonu ampułkostrzykawką. W tej kwestii Odwołujący podniósł zarzut, że Zamawiający nie określił co należy rozumieć pomiędzy krótką a długą ampułkostrzykawką. Zamawiający wykazał, że dla potrzeb pacjentów szpitala ważne jest posiadanie leku Interferon zarówno z długą jak i krótką ampułkostrzykawką, gdyż w większości przypadków lek ten jest podawany przez samych pacjentów, a tutaj czynnik psychologiczny związany z zapewnieniem pacjentom możliwości kontynuowania leczenia tym samym preparatem i tą samą zasadą aplikacji jest bardzo ważny, a po drugie zmiana sposobu aplikacji związana ze zmianą długości ampułkostrzykawki wymaga nowego przeszkolenia wszystkich pacjentów włączonych do programu leczenia. Posiadanie przez Zamawiającego obu zestawów leku będzie więc korzystne dla pacjentów jak i dla szpitala który nie będzie ponosił kosztów dodatkowych szkoleń pacjentów. Ponadto Zamawiający podniósł fakt iż Odwołujący złożył swoje oferty na pakiet nr 4 i 5 oferując ten sam lek o nazwie Betaferon. Oprócz Odwołującego ofertę Betaferonu na pakiet 4 złożyło 4 innych oferentów i żaden z nich nie złożył oferty na zestaw nr 5, jak podał Zamawiający z jasnego i czytelnego opisu wymagań w tym zakresie wynikało, że oferta leku pod nazwą Betaferon nie spełnia tych wymogów ze względu na długość ampułkostrzykawki.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba ustaliła, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego podanych w siwz. Zamawiający ma prawo do samodzielnego określenia, że tylko produkt o parametrach wyznaczonych w specyfikacji umożliwi mu realizację celu założonego

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przedmiotu postępowania jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. Z przepisów ustawy pzp wynika, że Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje przedmiot zamówienia wg. zasad określonych w art. 29 ustawy- /wyrok KIO 1036-10/. Nadto, Izba wskazuje że wykonawca **nie jest** uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny. Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to on płaci za wykonanie przedmiotu zamówienia i ma prawo oczekiwać, że opisany w siwz przedmiot zamówienia zaspokoi jego oczekiwania w najszerszym zakresie.

Izba zwraca również uwagę na nieprawidłowe w przedmiotowej sprawie rozumienie przez Odwołującego pojęcia „zestaw”. Pojęcie zestawu może być rozumiane jako zbiór przedmiotów znajdujących się w jednym opakowaniu oferowanych przez producenta, ale również zestawem jest zbiór przedmiotów konfekcjonowany do jednego opakowania przez dostawcę, sprzedawcę, itp. Odwołujący rozumie zestaw w pierwszym w/w znaczeniu, jednakże należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nigdzie nie postawił warunku iż ma to być zestaw producenta, a nie dostawcy – oferenta, tak jak to uczynił drugi oferent PGF Utrica. Odwołujący pozbawił się szansy na konkurowanie złożoną ofertą w niniejszym postępowaniu poprzez nie wykazanie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że jego oferta a w pełni zrealizuje wymagania postawione w siwz. Zgodnie z art. 6 kc stosowanym poprzez art. 14 uPzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Z chwilą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, winien on w sposób pełny i precyzyjny wykazać, że jego oferta spełnia wymagania siwz. Sam zwrot o spełnieniu wymogów siwz nie spełnia wymogu wyjaśnienia, gdyż w tej sytuacji Zamawiający ocenia nie złożoną przez Odwołującego ofertę, ale złożone wyjaśnienia. Gdyby w wyjaśnieniach Odwołujący podał iż np. na jego zamówienie, producent leku wykona partię Betaferonu z długą ampułkostrzykawką oraz iż do wymaganego „zestawu” dołączy drugą igłę, nie było by podstaw do odrzucenia oferty, jako zgodnej z siwz. Również zarzut Odwołującego co do nieokreślenia przez Zamawiającego co należy rozumieć pod pojęciem „krótka” i „długa” ampułkostrzykawka Izba uważa za chybiony. W sytuacji kiedy na rynku występuje lek dostępny tylko w dwóch zestawach, i w jednym z nich, ampułkostrzykawka jest krótsza od występującej ampułkostrzykawki w drugim zestawie, to takie rozróżnienie wynikające z logicznego

rozumowania nie wymaga prowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego. W tym zakresie Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego który na rozprawie stwierdził iż wiedza i doświadczenie, które Zamawiający wymagał od wykonawców polega również na tym, że wykonawca dokonujący obrotu lekami wie lub powinien wiedzieć , że lek o nazwie Betaferon jest produkowany w zestawie z krótką ampułkostrzykawką a Extavia z długą ampułko strzykawką Tym samym powinien w sposób prawidłowy czytać wymagania Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy tj. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 oraz ustawy. Wobec powyższego orzeczono na podstawie art.192 ust.1 uPzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.9 i 10 u.Pzp .Nie zasądzono kosztów dla strony wygrywającej z powodu nie złożenia rachunku.

Skład orzekający

Przewodniczący