

Sygn. akt: KIO 1905/10

Sygn. akt: KIO 1921/10

WYROK
z dnia 16 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Magdalena Grabarczyk
Członkowie:	Bogdan Artymowicz
	Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 września 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych

- A. w dniu 3 września 2010 r. przez **Sanofi-Aventis Sp. z o. o., 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17** (sygn. akt: KIO/1905/10);
- B. w dniu 6 września 2010 r. przez **GSK Services Sp. z o. o., 60 – 322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189** (sygn. akt: KIO/1921/10);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ortopedyczno – Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny im. W. Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 61 – 545 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. 135/147**

orzeka:

1A. oddala odwołanie Sanofi-Aventis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1905/10);

1B. uwzględnia odwołanie GSK Services Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1921/10) i nakazuje Ortopedyczno – Rehabilitacyjnemu Szpitalowi Klinicznemu im. W. Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 61 – 545 Poznań, ul. 28

Czerwca 1956 r. 135/147 zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - § 8 ust. 1 wzoru umowy przez określenie minimalnego zakresu zamówienia;

2. Kosztami postępowania obciąża Sanofi - Aventis Sp. z o. o., 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 oraz Ortopedyczno – Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny im. W. Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 61 – 545 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 135/147 i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Sanofi - Aventis Sp. z o.o., 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 1905/10);

B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez GSK Services Sp. z o.o., 60 – 322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189 tytułem wpisu od odwołania,

2) dokonać wpłaty 22 402 zł 50 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące czterysta dwa złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty 3 802 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwa złote pięćdziesiąt groszy) przez Sanofi-Aventis Sp. z o.o., 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 na rzecz Ortopedyczno – Rehabilitacyjnego Szpitala

Klinicznego im. W. Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 61 – 545 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 135/147 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika (sygn. akt KIO 1905/10);

B. kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Ortopedyczno – Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny im. W. Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 61 – 545 Poznań, ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 135/147** na rzecz **GSK Services sp. z o. o., 60 – 322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189nr 135/147** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1921/10).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

Sygn. akt KIO 1905/10, KIO 1921/10

Uzasadnienie

Zamawiający - Ortopedyczno-Rehabilitacyjny Szpital Kliniczny im. Wiktora Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „p.z.p.”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa leków.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 254908-2010. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej również siwz) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz odwołania z zachowaniem terminu ustawowego oraz obowiązku przekazania zamawiającemu wnieśli Sanofi – Aventis Sp. z o. o. w Warszawie oraz GSK Services Sp. z o. o. w Poznaniu.

Odwołanie wniesione przez Sanofi – Aventis Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 1905/10):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodny z przepisami p.z.p. opis przedmiotu zamówienia w treści siwz i ogłoszenia - w części pakietu nr 3 w ten sposób, że w przedziałach dotyczących różnych dawek heparyn drobnocząsteczkowych zamawiający wskazał jako leki mogące stanowić równoważniki produkty lecznicze o różnych cechach biologicznych, terapeutycznych i farmaceutycznych, naruszenie:

art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez sporządzenie tego opisu w sposób, który nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, i który nie pozwala ustalić jakie w istocie konkretne leki ma zamiar kupić zamawiający i w jakich dawkach (w odniesieniu do każdego z produktów, których nazwy międzynarodowe zamieścił w tabeli dot. pakietu 3) .

art. 2 pkt. 5 p.z.p. przez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż nie można uznać heparyn drobnocząsteczkowych za produkty równoważne i porównywać różnych dawek (w odniesieniu do każdego z produktów, których nazwy międzynarodowe zamawiający zamieścił w tabeli dot. pakietu 3);

3) art. 7 ust. 1 p.z.p., ze względu na fakt, iż sporządzenie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wszystkich

wykonawców (których oferty winny być oceniane wg tych samych kryteriów produktowo - cenowych), a tym samym zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu modyfikacji siwz i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pakietu nr 3 przez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie, polegającej na precyzyjnym określeniu ilości zamawianych produktów każdej z dawek oddzielnie dla poszczególnych leków (oznaczonych nazwami międzynarodowymi - odnoszącymi się do zawartości tzw. substancji czynnych) z grupy heparyn małowcząsteczkowych.

Wskazał, że ze względu na to, iż zamierza złożyć ofertę na produkt leczniczy Enoxaparinum Natrium, ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. we wniesieniu odwołania

Odwołujący przywołał postanowienia siwz dotyczące pakietu 3 i wywiódł, że sformułowanie „*Heparyna Małowcząsteczkowa*” z wymienieniem w tych samych podziałach dawek (jako równoważniki) Enoxaparinum Natrium, Daltaparinum Natrium i Nadroparinum Calcium, świadczy o przyjęciu przez zamawiającego bezpodstawnego założenia równoważności wszystkich trzech (różnych pod względem chemicznym) produktów z grupy heparyn drobnocząsteczkowych (wymienne nazywanych małowcząsteczkowymi), podczas gdy produkty lecznicze z grupy leków przeciwzakrzepowych różnią się nie tylko ilością jednostek międzynarodowych (zwanymi dalej „j.m.”) w zarejestrowanych produktach, wskazaniem terapeutycznymi i dawkowaniem, ale także pod względem: budowy chemicznej, masy cząsteczkowej, stosunku aktywności anty-Xa/anty-II a, aktywności przeciwzakrzepowej anty-Xa. Podniósł, że każdy z preparatów z grupy heparyn drobnocząsteczkowych ze względu na różnice w dawkowaniu wymaga dla danego wskazania terapeutycznego podania innej ilości specyficznych dla siebie jednostek międzynarodowych. Po podaniu zbliżonej ilości j.m. (mieszczącej się w ramach wskazanych w pakiecie nr 3 przedziałów) każdej z heparyn nie zostaną osiągnięte takie same efekty zarówno w zakresie skuteczności jak i bezpieczeństwa terapii. Odwołujący wskazał, że różne też jest dawkowanie poszczególnych substancji czynnych w poszczególnych pozycjach pakietu nr 3 ze względu na wskazania kliniczne. Odwołujący podkreślił, że wszelkie próby zestawienia i porównania w jednej pozycji i w jednym pakiecie poszczególnych leków, jak to uczynił zamawiający, są błędne z założenia, nie przyniosą porównywalnych ofert oraz ograniczą uczciwą konkurencję ze względu m.in. na różnice cenowe leków w odniesieniu do ich zastosowania w poszczególnych schorzeniach.

Przywołał art. 15 ust. 6 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r., Nr 45, poz.271 ze zm.), zgodnie z którym, aby móc porównać produkty lecznicze i uznać je za odpowiedniki, należy odnieść się do składu jakościowego i ilościowego produktu, tej samej postaci farmaceutycznej oraz biorównoważności potwierdzonej badaniami biodostępności.

Podkreślił, że w sprawach o sygnaturach KIO/UZP 458/09 i KIO/UZP 460/09 z dnia 24.04.2009 r. oraz KIO/UZP 632/09 z dnia 26.05.2009 r: KIO/787/10 z dnia 19 maja 2010 r. oraz KIO/1087/10 z

dnia 18 czerwca 2010 r. Izba rozstrzygając w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazała na nieprawidłowość takiego działania zamawiających.

Odwołujący ocenił, że powołane czynniki związane z charakterystyką poszczególnych heparyn drobnocząsteczkowych mają bezpośredni i istotny wpływ na cenę oferowanego leku, a w konsekwencji na cenę całego pakietu. Złożenie przez wykonawców ofert na różne heparyny i na różne dawki i objętości będzie więc prowadzić do nieporównywalności tych ofert także w sferze cen. Podniósł nadto, że wykonawcy, będą musieli wpisywać do treści formularza - nazwę i dawkę leków oferowanych w każdym z przedziałów pakietu nr 3 (choćby z powodu występowania 2 dawek leku w jednym przedziale dla tej samej substancji czynnej), co może zostać uznane za nieuprawnioną ingerencję wykonawców w treść siwz oraz, że postanowienia siwz powodują, iż nie będzie można w przyszłości zawrzeć ważnej umowy w trybie zamówienia publicznego, gdyż jej przedmiot będzie trudny do ustalenia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 odwołujący wywiódł, że wątpliwości dotyczące przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostałyby usunięte, gdyby zamawiający określił ilości ampułkostrzykawkę oddzielnie dla poszczególnych heparyn małowcząsteczkowych (substancji czynnych).

Odwołanie wniesione przez GSK Services Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 1921/10):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29. ust. 1 i 2 p.z.p. przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 p.z.p. jako skutek wadliwego zdefiniowania przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 2 pkt. 5 p.z.p. przez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z zarzutem z pkt 1;
- 4) w zakresie projektu umowy naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 32 ust. 1 p.z.p., art. 140 ust. 1 p.z.p., art. 5, art. 58 par. 1 i 2 i 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie pakietu nr 3 : „*heparyna małowcząsteczkowa*”, polegającej na określeniu w każdej pozycji pakietu wyłącznie jednego leku przeciwzakrzepowego przez odniesienie do nazwy międzynarodowej, skonkretyzowanych dawek, postaci farmaceutycznej i wielkości opakowania oraz o nakazanie zamawiającemu wykreślenia ust. 1 w § 8 projektu umowy względnie zobligowanie zamawiającego do modyfikacji postanowienia przez wprowadzenie zapisu określającego minimalny zakres wykonania umowy.

Wskazał, że ze względu na to, iż zamierza złożyć ofertę na produkt leczniczy Nadroparinum Calcicum (Fraxiparine,) ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. we wniesieniu odwołania, ponadto

postanowienie projektu umowy dające zamawiającemu pełną dowolność co do zakresu jej wykonania może być przyczyną szkody poniesionej przez wykonawcę.

Odwołujący, uzasadniając zarzut dotyczący postanowienia siwz w części pakietu Nr 3, przedstawił argumentację tożsamą z prezentowaną przez odwołującego Sanofi Aventis Sp. z o. o., podkreślił, że Nadroparinum Calcicum (Fraxiparine) nie jest równoważna pod względem farmaceutycznym, terapeutycznym i biologicznym z Dalteparinum Natrium (Fragmin), czy też Enoxaparinum Natrium (Clexane) a założona przez zamawiającego równoważność trzech różnych produktów leczniczych jest niezgodna z zaleceniami postępowania klinicznego i dokumentacją rejestracyjną producentów tych leków.

Odnosząc się do postanowienia § 8 ust. 1 wzoru umowy zarzucił, że jego treść podważa jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i ma wpływ na ustaloną wartość zamówienia (pomniejsza ją) oraz powoduje przyznanie zamawiającemu nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, iż zmiana umownego zakresu zamówienia jest sprzeczna z treścią art. 140 ust. 1 p.z.p., który przewiduje tożsamość zakresu świadczenia umownego ze zobowiązaniem ofertowym.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 166 – 254908.

Zamawiający w Załączniku Nr 2 do siwz, pakiet nr 3 wskazał, że zamawia heparynę małącząsteczkową (Dalteparinum Natrium lub Enoxaparinum Natrium lub Nadroparinum Calcium) w ilościach odpowiednio - w poz. 1: przedział 2.000-2.850 j.m. x 10 szt.; w poz. 2: przedział 3.800-5.000 j.m. x 10 szt.; w poz. 3: przedział 5.700 - 7.500 j.m. x 10 szt.; Zamawiający określił ilość opakowań odpowiednio w poz. 1 – 500, w poz. 2 - 5.000, w poz. 3 – 950 i wymagał wskazania ceny jednostkowej netto, podatku VAT %, ceny jednostkowej brutto, wartości netto, wartości brutto oraz nazwy producenta.

Cena stanowi, zgodnie z pkt 21 siwz jedyne kryterium oceny ofert.

Pkt 3 ppkt 1 siwz stanowi, że „Zamawiający dopuszcza zaoferowanie równoważnego leku, tj. w takiej samej postaci leku, dawce, substancji czynnej, rodzaju opakowania bezpośredniego i jednakowej nazwie międzynarodowej ale innej nazwie handlowej niż produkt leczniczy określony w SIWZ.”

§ 8 ust.1 wzoru umowy – załącznik Nr 5 do siwz stanowi, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo zakupu mniejszej ilości poszczególnych produktów leczniczych w stosunku do ilości określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy. Wykonawca oświadcza, że nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń w razie zmniejszenia ilości zamówionych produktów leczniczych”.

Wszystkie trzy preparaty lecznicze znajdują zastosowanie w profilaktyce i leczeniu chorób żylnych o charakterze zakrzepowo – zatorowym – okoliczność niesporna.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że obaj odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Wprawdzie obaj odwołujący mogą złożyć ofertę w zakresie pakietu nr 3, jednak art. 29 ust. 2 p.z.p. stanowi o utrudnieniu uczciwej konkurencji, zatem podnoszone przez odwołujących zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia winny zostać rozpoznane merytorycznie.

Niewątpliwie jest uprawnienie odwołującego GSK Services Sp. z o.o. do kwestionowania sprzecznego z interesem wykonawcy oraz grożącego mu szkoda postanowienia wzoru umowy.

Z uwagi na tożsamość zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 2 pkt 5) p.z.p., przez dokonany w pakiecie nr 3 opis przedmiotu zamówienia, podniesionego przez obu odwołujących, Izba rozpoznała zarzut łącznie i uznała, że nie znalazł on potwierdzenia.

Art. 29 ust. 1 p.z.p. stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby, dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 3, w którym użyte zostały nazwy międzynarodowe preparatów leczniczych, przedziały jednostek i podana została ilość opakowań, odpowiada dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p. Istniejące różnice w zakresie wskazań terapeutycznych, nie skutkują braku jednoznaczności lub dostatecznej zrozumiałości opisu przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że dokonując kwestionowanego opisu zamawiający dopuścił możliwość składania ofert proponujących *de facto* różne „rozwiązania” różne preparaty lecznicze, w stosunku do których uznał, że odpowiadają jego potrzebom i wszystkie mają szerokie spektrum zastosowania. Nie ma znaczenia, że w trzecim z zakładanych przedziałów j.m. możliwe jest zaferowanie preparatu Nadroparinum Calcium zawierającego 5.700 lub 7.600 j.m., skoro z punktu widzenia potrzeb zamawiającego opisanych w siwz, oba preparaty spełniają wymagania. Podkreślić należy, że identyfikacja potrzeb, które mają zostać zaspokojone przez udzielenie zamówienia, jest zawsze suwerenną decyzją zamawiającego. Nie jest rzeczą wykonawców kreowanie potrzeb zamawiającego, wskazywanie w drodze wnoszenia środków ochrony prawnej, jakie preparaty winien zamówić dla leczenia swoich pacjentów, ani w jaki sposób prowadzić terapię przy określonych wskazaniach. Wykazywanie, że dla poszczególnych wskazań (rodzaju schorzenia, oceny ryzyka, stanu klinicznego pacjenta) najlepszy efekt terapeutyczny zostanie osiągnięty, jeżeli zamawiający zastosuje

konkretną heparynę, a tym samym, w celu osiągnięcia najlepszych efektów terapeutycznych, zamawiający winien w tym postępowaniu zamówić wszystkie trzy heparyny, nie mieści się w granicach określonych w art. 29 ust. 1 p.z.p.

Uprawnieniem wykonawców wynikającym z przywołanego przepisu jest jedynie domaganie się takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi złożenie prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu oferty tzn. sformułowania użyte przez zamawiającego powinny w sposób wyraźny identyfikować przedmiot zamówienia, określać go i opisywać. Postanowienia siwz dotyczące pakietu nr 3 spełniają te warunki.

Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 p.z.p. jest przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który by bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwił złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców lub uniemożliwił wykonawcom mogącym złożyć ofertę konkurowanie na takich samych zasadach.

Podkreślić należy, że zamawiający umożliwił wzięcie udziału w postępowaniu obu odwołującym. Jak wskazano na rozprawie, na rynku istnieje wiele leków zawierających poszczególne substancje czynne. Zamawiający zatem w dokonany opis przedmiotu zamówienia, nie tylko nie ograniczył, ale rozszerzył obszar możliwej konkurencji między wykonawcami.

Art. 2 pkt 5) p.z.p. stanowi, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta z najniższą ceną. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanego przepisu

Izba nie podziela prezentowanego poglądu o braku możliwości porównania ofert, proponujących leki zawierające różne substancje czynne, w przyjętym kryterium ceny. Skoro odwołujący posiadają w swojej ofercie handlowej preparaty, które mogą zostać zaoferowane w poszczególnych przedziałach jednostek, winni, uwzględniając uwarunkowania prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, dążyć do obniżenia ceny oferowanego produktu celem uzyskania zamówienia. Zauważyć należy, że nie zostały zaprzeczone twierdzenia zamawiającego, że różnice między preparatami oferowanymi przez odwołujących nie są znaczne. Tym bardziej zatem realna konkurencja między wykonawcami jest możliwa. Izba uznała, że odwołujący w żaden sposób nie wskazali ograniczeń w ubieganiu się o zamówienia wynikające z treści postanowień siwz. Brak pewności po stronie odwołujących, czy uzyskają zamówienie, konieczność obniżania cen oferowanych produktów, nie stanowią o ograniczeniu konkurencji.

Powoływane przez odwołującego postanowienie pkt 3 ppkt 1 siwz nie znajduje zastosowania w sprawie. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a wymienienie trzech heparyn drobnocząsteczkowych w pakiecie nr 3 nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości złożenia ofert równoważnych w rozumieniu art. 29 ust. 3 p.z.p.

Izba uznała, że nie zachodzi niebezpieczeństwo unieważnienia umowy zawartej z wykonawcą, który złożył ofertę w zakresie pakietu nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Uszło uwadze

odwołujących, że przywołany przepis stanowi *de lege lata*, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dalece zmieniła brzmienie art. 146 ust. 1 p.z.p. Katalog przyczyn powodujących bezwzględną (*ex tunc*) nieważność umowy zastąpiło enumeratywne wyliczenie przesłanek umożliwiających żądanie unieważnienia umowy. W wyliczeniu podstaw unieważnienia zawartych w art. 146 ust. 1 p.z.p. brak jest przepisów odpowiadających swą treścią poprzednio obowiązującym art. 146 ust. 1 pkt 5) i 6) p.z.p., które stanowiły o wadzie umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z rażącym naruszeniem ustawy lub z naruszeniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zatem wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p.

Tezy zawarte w powoływanych wyrokach Izby o sygnaturach: KIO/UZP 458/09 i KIO/UZP 460/09 z dnia 24.04.2009 r. oraz KIO/UZP 632/09 z dnia 26.05.2009 r.: KIO/787/10 z dnia 19 maja 2010 r. nie odnoszą się do okoliczności sporu z uwagi na inny opis przedmiotu zamówienia.

Wskazać też należy, niezależnie od braku potwierdzenia zarzutów, na nietrafność żądań sformułowanych przez obu odwołujących.

Żądanie odwołującego Sanofi – Aventis Sp. z o.o. zmierza do podziału przedmiotu zamówienia na części. Tymczasem art. 36 ust. 2 pkt 1) podział zamówienia na części ustala jako wyłączone uprawnienie zamawiającego.

Żądanie odwołującego GSK Services Sp. z o. o. godzi w istocie w art. 29 ust. 2 p.z.p. Wskazanie jednego preparatu leczniczego mogłoby stanowić naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 p.z.p. opisując przedmiot zamówienia w pakiecie nr 3, może ocenić złożone oferty w przyjętym przez siebie kryterium ceny – dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5) p.z.p., a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą ubiegać się o nie na równych zasadach, oferując swoje produkty. Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 2 pkt 5) p.z.p.

Za wadliwe Izba uznała natomiast postanowienie § 8 ust. 1 wzoru umowy.

Umowy w sprawie zamówienia publicznego mają szczególny charakter. Pewna nierówność stron jest w nie immanentnie wpisana, wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienia tego stanu rzeczy należy upatrywać w tym, że jedną ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamawiający, dysponujący środkami publicznymi i działający na rzecz szerszej zbiorowości, w interesie publicznym. Jednak *sui generis* adhezyjny charakter tego stosunku zobowiązaniowego aktualizuje się dopiero w razie braku wniesienia środków ochrony prawnej wobec

postanowień wzoru umowy lub ich wniesienia bez osiągnięcia zamierzonego skutku. Odwołujący GSK Services Sp. z o. o. w ustawowym terminie podniósł zarzuty wobec postanowień wzoru umowy. Wynikający z kwestionowanego brzmienia § 8 ust. 1 wzoru umowy brak prawidłowej identyfikacji świadczenia wykonawcy – brak wskazania choćby jego minimalnego zakresu, przy zakładanym wyłączeniu możliwości zgłaszania roszczeń przez wykonawców, nie tylko powoduje brak jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, narusza art. 29 ust. 1 p.z.p.. Ustalone przez zamawiającego brzmienie § 8 ust. 1 wzoru umowy uniemożliwia również prawidłową wycenę oferty, powoduje ponadto, że projektowana umowa nie może być uznana za umowę w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13) p.z.p.. Przywołany przepis stanowi, że zamówieniem publicznym jest umowa o charakterze odpłatnym. Brak zagwarantowania wykonawcy choćby minimalnego świadczenia powoduje możliwość nieuzyskania przez niego choćby minimalnego wynagrodzenia, zaś zrzeczenie się roszczeń z tytułu ograniczenia przedmiotu zamówienia powoduje rezygnację z odszkodowania będącego surogatem wynagrodzenia.

Izba uznała, że zamawiający winien wskazać choćby minimalny zakres przewidywanej dostawy.

Izba, na podstawie art. 192 ust. 8 p.z.p. w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała orzeczenie łączne.

Wobec braku naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonany opis przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 3 Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego Sanofi – Aventis Sp. z o. o.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez GSK Services Sp. z o. o. Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia podniesiony w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała natomiast, że zamawiający ustalając treść postanowienia § 8 ust. 1 wzoru umowy naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, uniemożliwiając wykonawcom prawidłowe ustalenie ceny oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania, zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt 1 sentencji wyroku. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu

pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....