

Sygn. akt: KIO/UZP 165/09

WYROK

z dnia 24 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata
	Anna Majstrowicz
Protokolant:	Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A w Łodzi Oddział w Katowicach, Katowice, ul. Kolisty 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Zespół Opieki Neuropsychiatrycznej, Kielce, ul. Grunwaldzka 47** protestu z dnia 30 stycznia 2009 r.

przy udziale **Cefarm Rzeszów Sp. z o.o., Rzeszów, ul. Prof. L. Chmaja 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Polską Grupę Farmaceutyczną S.A w Łodzi Oddział w Katowicach, Katowice, ul. Kolisty 5 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A w Łodzi Oddział w Katowicach, Katowice, ul. Kolisty 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A w Łodzi Oddział w Katowicach, Katowice, ul. Kolisty 5** na rzecz **Wojewódzkiego Specjalistycznego Zespołu Opieki Neuropsychiatrycznej, Kielce, ul. Grunwaldzka 47** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 2 926 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A w Łodzi Oddział w Katowicach, Katowice, ul. Kolisty 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Wojewódzki Specjalistyczny Zespół Opieki Neuropsychiatrycznej w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę leków immunomodulujących do kontynuacji terapii leczenia stwardnienia rozsianego Interferon beta – 1b. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2009 r. pod numerem 2536.

W dniu 26 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Ofercie złożonej przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. Zamawiający zarzucił niezgodność z pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stwierdzając, iż opis przedmiotu zamówienia odpowiadał w przypadku produktu pod nazwą Extavia produktowi zarejestrowanemu pod numerem EU/1/08/454/004. W ocenie Zamawiającego, zaoferowany przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. przedmiot zamówienia nie jest zgodny z dokumentami rejestracyjnymi produktu, a tym samym z wymaganiami Specyfikacji.

Wobec powyższej czynności Zamawiającego Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. złożyła w dniu 30 stycznia 2008 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 i art.146 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Protestujący oświadczył, iż oferowany przez niego produkt leczniczy jest pod każdym względem równoważny w stosunku do produktu leczniczego zaoferowanego przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i całkowicie zgodny z przedmiotem zamówienia opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazał ponadto, iż produkt ten jest zarejestrowany Decyzją Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 20 maja 2008 r. pod numerem EU/1/08/454/002, nie ma zatem racji Zamawiający twierdząc, że produkt ten nie jest zgodny z dokumentami rejestracyjnymi produktu. Wobec powyższego Protestujący stwierdził, iż brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Podniósł dodatkowo, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wybrać ofertę złożoną na produkt leczniczy tylko jednego producenta - produkt Betaferon.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Cefarm Rzeszów Sp. z o.o., dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wezwał Wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 3 lutego 2009 r.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 5 lutego 2009 r. Wykonawca Cefarm Rzeszów Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 6 lutego 2009 r. przez jego oddalenie. Stwierdził, iż oferta Protestującego została odrzucona z powodu zaoferowania produktu leczniczego o nazwie Extavia, który nie jest zgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający podkreślił, że z wymagań opisanych w Specyfikacji wynika, iż żądał zaoferowania opakowania zbiorczego zawierającego 15 pojedynczych zestawów do wstrzykiwań. Tymczasem zaoferowany przez Protestującego produkt o nazwie Extavia nie spełnia warunków postawionych w Specyfikacji, ponieważ opakowanie zbiorcze zawiera: 15 niewyselekcjonowanych w pojedyncze zestawy do wstrzykiwań fiolek z proszkiem do sporządzania roztworu oraz 15 ampułkostrzykawkę z rozpuszczalnikiem. Do każdego opakowania leku dołączony został w osobnym opakowaniu zbiorczym niewyselekcjonowany w osobne zestawy do samodzielnego wstrzykiwania zestaw zawierający: 16 nasadek na fiolkę, 18 igieł do samodzielnego wstrzyknięcia, 18 igieł do użytku z automatycznym wstrzykiwaczem, 50 wacików nasączonych alkoholem, 1 pojemnik na zużyte odpady. Powyższy opis, w ocenie Zamawiającego, nie jest zgodny z wymaganiami Specyfikacji.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., który wniósł w dniu 11 lutego 2009 r. (pismem z dnia 10 lutego 2009 r.) odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1, art. 91 ust. 1 i art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, a także oględzin z oferowanego przez Odwołującego i Cefarm Rzeszów S.A. przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego, iż oferowany przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. produkt jest niezgodny z dokumentami rejestracyjnymi tego produktu załączonymi do oferty mogło co najwyżej prowadzić do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających rejestrację oferowanego produktu. Stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie odwołał się już do argumentacji zawartej w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a podniósł okoliczność, że oferowany przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. produkt nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnośnie opakowania zbiorczego.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia w opakowaniu, w jakim jego dostarczenia żąda Zamawiający oferuje tylko jedna firma na świecie tj. Shering AG i w sytuacji, gdy zamiarem Zamawiającego jest nabycie produktu leczniczego spakowanego w taki sposób, jak dokonuje tego ww. firma, przedmiotowe postępowanie prowadzone było z zamiarem wyboru tylko produktu jednej firmy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zdaniem Odwołującego, skoro oferta Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem spakowania tego przedmiotu, a dodatkowo cena zaoferowana przez Odwołującego jest o prawie 20% niższa od oferty wybranej przez Zamawiającego, to czynność Zamawiającego polegająca na jej odrzuceniu jest sprzeczna z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 26 stycznia 2009 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Cefarm Rzeszów Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, a także o przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił pismem z dnia 20 lutego 2009 r. Wykonawca Cefarm Rzeszów Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Ponadto Odwołujący złożył tłumaczenie potwierdzenia odbioru ważnej notyfikacji dotyczącej odmiany IA do warunków udzielenia zezwolenia na dopuszczenie do obrotu na poparcie twierdzenia, iż lek Extavia w opakowaniu, które odpowiada opisanemu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostało wyrejestrowane. Izba dopuściła również dowód w postaci oględzin produktów zaoferowanych przez Odwołującego i Przystępującego na okoliczność zgodności zaoferowanego przez Odwołującego produktu z przedmiotem zamówienia opisanym w Specyfikacji.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 561 504,90 zł, co stanowi równowartość 144 822,27 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

W postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców:

1. Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. na kwotę 543 244,35 zł,
2. Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. na kwotę 551 588,10 zł.

Oferta Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Analizując dokumentację niniejszej sprawy, w tym dopuszczone przez Izbę dowody w postaci dokumentacji przetargowej oraz dowodu z oględzin sposobu pakowania leku Extavia zaoferowanego przez Odwołującego i Betaferon zaoferowanego przez Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń stron i uczestnika postępowania złożonych na rozprawie Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko dostawa leku do kontynuacji terapii leczenia stwardnienia rozsianego, ale również leku pakowanego w sposób określony przez Zamawiającego w pkt III ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, co również wynika z przeprowadzonych oględzin, sposób pakowania leku ma wpływ na sposób jego podawania tym bardziej, że jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, celem zakupu leku jest udostępnienie go pacjentom do samodzielnej iniekcji poza warunkami szpitalnymi. Badając złożone w postępowaniu oferty Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazując w informacji z dnia 26 stycznia 2009 r. na niezgodność sposobu pakowania leku Extavia ze sposobem opisanym w Specyfikacji. Dokonując oględzin Izba stwierdziła, iż w istocie, sposób pakowania leku zaoferowanego przez Odwołującego jest niezgodny z opisanym w Specyfikacji, gdzie Zamawiający wymagał, aby opakowanie zbiorcze zawierało: „15 pojedynczych zestawów do wstrzykiwań: 1 fiolkę z proszkiem do sporządzania roztworu do wstrzykiwań zawierającą substancję czynną; 1 ampułkostrzykawkę z rozpuszczalnikiem do przygotowania roztworu; 1 łącznik (adapter) fiolki z igłą oraz 2 waciki nasączone alkoholem”. Tymczasem lek Extavia pakowany jest w dwa opakowania, w których znajduje się odpowiednio: w mniejszym opakowaniu - lek w 15 fiolkach oraz 15 ampułkostrzykawek z rozpuszczalnikiem do przygotowania roztworu, w większym 16 łączników (adapterów), 50 sztuk wacików nasączonych alkoholem, 18 sztuk

igieł do samodzielnego wstrzykiwania i 18 sztuk igieł przeznaczonych do podawania leku za pomocą automatycznego wstrzykiwacza, a także jeden pojemnik. Powyższa niezgodność została przyznana przez Odwołującego zarówno w treści odwołania przez stwierdzenie „skoro oferta odwołującego spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do przedmiotu zamówienia – za wyjątkiem spakowania tego przedmiotu”, jak również wprost na rozprawie. Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny. W konsekwencji powyższego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie poddała badaniu uprawnienia Zamawiającego do dokonania opisu pakowania zamawianego leku, jak również zasadności naruszenia wynikającego z ww. opisu zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zarzut ten na obecnym etapie postępowania jest zarzutem spóźnionym. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp protest na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wnosi się w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych (do takich postępowań należy przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego) w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia Specyfikacji na stronie internetowej. Odwołujący z takiej możliwości skorzystał – złożył w dniu 15 stycznia 2009 r. protest, który został przez Zamawiającego oddalony pismem z dnia 20 stycznia 2009 r. Na powyższą czynność nie przysługiwało Odwołującemu odwołanie z uwagi na dyspozycję art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący wyczerpał drogę środków ochrony prawnej w tym zakresie. Z uwagi na powyższe, za ambiwalentne dla niniejszej sprawy Izba uznała złożone na rozprawie przez Odwołującego tłumaczenie potwierdzenia odbioru ważnej notyfikacji dotyczącej odmiany IA do warunków udzielenia zezwolenia na dopuszczenie do obrotu.

Wobec powyższego, nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....