

WYROK

z dnia 3 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów

protestu z dnia 23 stycznia 2009 r.

przy udziale **CEFARM RZESZÓW Spółka z o.o. ul. Prof. L. Chmaja 6, 35-021 Rzeszów** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź 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. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *sukcesywną dostawę Betaferonu inj.0.3 mg/1,2 ml x 15 amp.strz.*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 listopada 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 222-295562. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.843.600 zł, tj. 991.359,52 euro.

15 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A., na którą to czynność 23 stycznia 2009 r.

protest złożyła Cefarm Rzeszów Spółka z o.o. zarzucając Zamawiającemu zaniechanie czynności obligatoryjnego odrzucenia oferty złożonej przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A., a tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z tym wniosła o ponowną ocenę ofert prowadzącą do odrzucenia oferty Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. i wyboru jako najkorzystniejszej swojej oferty.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zakup 1280 opakowań Betaferonu inj. 0,3 mg/1,2 ml x 15 amp.strz. (interferon beta 1-b 0,3 mg/9,6 mln j.m. rekombinowanego interferonu beta-1b (250 mikrogramów (8,0 milionów j.m.) w 1 ml przygotowanego roztworu).

15 grudnia 2008 r. do Zamawiającego wpłynęło pytanie mające na celu jednoznaczne sprecyzowanie wymagań, następującej treści: „W związku z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia prosimy doprecyzowanie co Zamawiający uzna za produkt równoważny. Czy za produkt równoważny należy rozumieć produkt spełniający łącznie wszystkie poniższe parametry: Interferon beta 1-b 0,3 mg/9.6 mln j.m. rekombinowanego interferonu beta-1b (250 mikrogramów (8,0 milionów j.m.) w 1 ml przygotowanego roztworu). Opakowanie zbiorcze zawierające 15 opakowań pojedynczych, z których każde zawiera zestaw do wykonania pojedynczej iniekcji: 1. 1 fiolkę z proszkiem do sporządzania roztworu do wstrzykiwań zawierającą 300 mikrogramów (9,6 milionów j.m.), 2. 1 ampułkostrzykawkę z 1,2 ml rozpuszczalnika do przygotowania roztworu zawierającą roztwór chlorku sodu o stężeniu 5,4 mg/ml, 3. 1 łącznik fiolki z igłą, 4. 2 waciki nasączone alkoholem”.

17 grudnia 2008 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, za produkt równoważny należy rozumieć produkt o powyższych parametrach podyktowane jest to przede wszystkim tym, iż pacjent ujęty w programie lekowym sam w domu po uprzednim przeszkoleniu podaje sobie lek”.

Z dokumentów rejestracyjnych preparatu Extavia, jak i Betaferon wynika, że oba produkty mają dopuszczenie do obrotu w dwóch wariantach, przy czym dokumenty rejestracyjne szczegółowo określają sposób konfekcjonowania pojedynczych opakowań, a w szczególności ich skład. W sytuacji, gdy na rynku funkcjonują dwa prawnie dopuszczone do obrotu warianty, wykonawcy muszą ustalić, który z tych wariantów jest przedmiotem zainteresowania Zamawiającego, różnice te przekładają się m.in. na sposób kalkulowania ceny oferty.

Odpowiedź Zamawiającego wyraźnie wskazała, że przedmiotem postępowania jest zakup ściśle określonego wariantu produktu – o numerze rejestracyjnym EU/1/08/454/004 (Extavia) lub EU/1/95/003/005 (Betaferon). O konieczności stosowania właśnie tego wariantu świadczy także informacja przekazana przez Zamawiającego o samodzielnym podawaniu leku przez pacjentów. Z tym zaś wiąże się m.in. sposób konfekcjonowania leku (osobne opakowanie zawierające lek oraz wszystkie niezbędne akcesoria do podania pojedynczej iniekcji). Zamawiający poprzez udzieloną odpowiedź nie wskazał na wariant konkretnego preparatu Extavia/Betaferon, bowiem zgodnie z dokumentami rejestracyjnymi oba produkty spełniają postawione wymagania. Wyjaśnienia Zamawiającego nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców.

Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w złożonej ofercie w załączniku nr 1 (wykaz asortymentowo-cenowy) złożyła oświadczenie, że „do każdego opakowania leku Extavia dołączony jest zestaw do samodzielnego podawania 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 igły.” Zestaw ten nie stanowi jednak 15 pojedynczych opakowań zawierających oddzielne zestawy do iniekcji, ale zbiorcze opakowanie zawierające różne akcesoria do wielu iniekcji. W praktyce więc wykonawca ten stworzył własny, samodzielny produkt w postaci dodatkowego opakowania zawierającego zestaw igieł i akcesoriów do iniekcji inny niż opisany w dokumentacji rejestracyjnej Extavi oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc jest

niezgodny z oboma dokumentami – w zakresie dopuszczonego sposobu konfekcjonowania i oferowanych elementów.

Opracowany „wariant” nie posiadający rejestracji (załączenie do leku Extavia dodatkowego samodzielnie stworzonego opakowania akcesoriów) zakłada m.in. konieczność każdorazowego wyboru przez pacjenta niezbędnych akcesoriów – innych niż wynikające z dokumentów rejestracyjnych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjęcie tej oferty oznacza także dla Zamawiającego konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z przeszkoleniem pacjentów, które to koszty nie zostały uwzględnione, aby dokonać rzetelnego porównania ofert.

26 stycznia 2009 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosiła Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. wnosząc o oddalenie protestu jako nieuzasadnionego i niemającego oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i innych powszechnie obowiązujących.

Zamawiający wybrał produkt leczniczy równoważny do tego, który zaoferował protestujący tj. o tej samej substancji czynnej, tych samych właściwościach leczniczych i z tymi samymi danymi technicznymi i jakościowymi. Przytoczone zapytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadza się tylko do wskazania oferowanego produktu protestującego przez dokładne opisanie opakowań przez niego stosowanych. Jednak opakowanie to nie to samo co przedmiot przetargu. Przedmiotem przetargu jest Betaferon lub produkty do niego równoważne, a nie opakowania, w jakich te produkty się znajdują. Poza tym w opakowaniach, w jakich oferowane są produkty lecznicze Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. i Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A., nie ma istotnych różnic – oba służą do tego, aby pacjenci mogli sami w domu te produkty sobie podawać.

Tylko gdyby oferta Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. została odrzucona, a w jej miejsce wybrana oferta Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. można by było mówić o naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności jej art. 7, art. 29 ust. 2 i art. 91 ust. 1 i 2. Odrzucając ofertę

tańszą o ponad 300 tys. zł Zamawiający mógłby naruszyć normy ustawy o finansach publicznych.

5 lutego 2009 r. Zamawiający poinformował Polska Grupę Farmaceutyczną S.A. o rozstrzygnięciu protestu, który uwzględnił uznając zarzuty za uzasadnione i zapowiedział powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert.

13 lutego 2009 r. Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 16 lutego 2009 r.), w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 i art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniosowała o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uwzględnieniu protestu Cefarm Rzeszów Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i przyznanie Odwołującemu kosztów poniesionych w związku z niniejszym odwołaniem.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie uzasadnił swojej decyzji, dlatego zarzuty protestu podziela, a także nie wskazał normy prawnej, która zostałaby naruszona poprzez nieuwzględnienie protestu, co narusza art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i już z tego powodu czynność Zamawiającego polegająca na uwzględnieniu protestu powinna zostać unieważniona.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. po wcześniejszych wyjaśnieniach złożonych na jego żądanie, dołożył zatem najwyższej staranności przy ocenie, czy zaoferowany produkt leczniczy (Extavia) spełnia jego wymagania i oczekiwania, a zatem zgodny był ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jego przedmiotem jest Betaferon inj. 0,3 mg/1,2 mln x 15 amp.strz. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała dalszych wymogów dotyczących tego przedmiotu. Zatem protest Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. opiera się tylko na złożonym przez tę spółkę pytaniu z 15 listopada 2008 r. i udzielonej przez zamawiającego 17 grudnia 2008 r. odpowiedzi. Zamawiający udzielił tej

odpowiedzi dopiero po miesiącu. Gdyby zatem zapytanie i odpowiedź na nie miały zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia, obowiązkiem Zamawiającego było udzielenie odpowiedzi na postawione mu pytanie w takim terminie, aby do postanowień zmienionej specyfikacji mogli ustosunkować się pozostali wykonawcy, ewentualnie ją zaskarżając. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne udzielenie wyjaśnień na stawiane przez wykonawców pytania. Udzielenie odpowiedzi po upływie ponad miesiąca nie może być uznane za niezwłoczne, tym bardziej, gdy odpowiedź ta może mieć wpływ na prawa i obowiązki wykonawców. Niezależnie od powyższego Odwołujący uważa, iż złożone w przedmiotowym przetargu pytanie i udzielona na nie odpowiedź nie mogła zmienić specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym przepis art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o tym, że zamawiający może zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia, co należy odczytać, że niedopuszczalna jest zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez samo udzielenie odpowiedzi na zapytanie wykonawcy. Za powyższym stanowiskiem dodatkowo przemawia art. 38 ust. 4a pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiący o tym, że jeśli zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, a w przedmiotowym przetargu jest to niewątpliwe, zamawiający powinien przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich taką zmianę, a Zamawiający żadnych informacji nie przekazał. Potraktowanie pytania Cefarm Rzeszów Sp. z o.o. i udzielonej na nie odpowiedzi jako części specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza art. 7 ust. 1 oraz inne normy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 38.

Wyjaśnienia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyły wyłącznie konfekcjonowania produktu równoważnego, a trudno mówić o ofercie równoważnej w przypadku oferowania produktu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie oferował produktu równoważnego, a zatem wyjaśnienia nie mają zastosowania do jego oferty.

Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z ogłoszeniem o przetargu i specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W swej ofercie przedmiot ten opisał i dołączył do oferty decyzje Komisji Europejskiej dot. dopuszczenia do obrotu tego produktu leczniczego. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do oferowanego przez siebie produktu leczniczego, jak również, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała, aby oferowany przedmiot zamówienia składał się z 15 pojedynczych opakowań zawierających oddzielne zestawy do iniekcji. Odwołujący nie stworzył również żadnego „własnego, samodzielnego produktu w postaci dodatkowego opakowania...” – jest to sprzeczne z dokumentem rejestracyjnym oferowanego produktu. Opakowanie produktu leczniczego to nie to samo, co przedmiot zamówienia, poza tym uznać należy za nieistotny z punktu widzenia terapii mechanizm techniczny przygotowania przedmiotu zamówienia.

Decyzją Komisji Wspólnot Europejskich z 20 maja 2008 r. produkt leczniczy Extavia został zarejestrowany m.in. pod następującymi numerami pozwoleń: EU/1/08/454/002 15 fiolek + 15 ampułkostrzykawek oraz EU/1/08/454/004, 15 x 1 fiolka + 15 x 1 ampułkostrzykawka + 15 x 1 łącznik fiolki z igłą + 15 x 2 waciki nasączone alkoholem.

11 czerwca 2008 r. Komisja Wspólnot Europejskich podjęła decyzję o wyrejestrowaniu na wniosek firmy Novartis (podmiotu odpowiedzialnego dla leku Extavia) m.in. opakowań leku Extavia o numerze pozwolenia EU/1/08/454/004. Jednak lek o numerze pozwolenia EU/1/08/454/002 spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferowany Zamawiającemu zestaw do podawania produktu leczniczego Extavia (Extavia Application Kit) posiada stosowne certyfikaty rejestracyjne.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpienia do postępowania

odwoławczego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż, jakkolwiek uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu jest lakoniczne, nie ma wątpliwości, iż Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego uwzględnienie, na co wyraźnie wskazuje treść tego rozstrzygnięcia, a co powoduje, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

Jak wynika z punktu II ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest sukcesywna dostawa Betaferonu inj. 0,3 mg/1,2 ml x 15 amp.strz. 1.280 opakowań. Podobny opis został zawarty w rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia noszącym tytuł „Opis przedmiotu zamówienia”: „sukcesywna dostawa Betaferonu inj. 0,3 mg/1,2 ml x 15 amp.strz. dla Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie przez okres 24 miesięcy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1.” Jednak załącznik nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” ani załącznik nr 01 „Oferta – Formularz Ogólny nr sprawy 17N”, jak również załącznik nr 5 „Wzór umowy” i inne, nie zawierają żadnych dodatkowych informacji dotyczących wymagań Zamawiającego w stosunku do produktu, który ma być zaoferowany.

Jakkolwiek powyższy opis przedmiotu zamówienia należy uznać za naganny w świetle art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarówno ze względu na nadużycie nazwy handlowej leku, jak i brak opisu wymagań Zamawiającego w stosunku do produktu, który ma zostać zaoferowany, zwłaszcza leku równoważnego, ze względu na niezłożenie w terminie stosownego protestu, opis ten należy uznać za wiążący.

Z przytoczonych powyżej cytatów wynika jednoznacznie, iż Zamawiający skonstruował opis przedmiotu zamówienia poprzez użycie nie nazwy substancji czynnej „Interferon”, lecz nazwy handlowej „Betaferon”. Zatem zaoferowany przez Odwołującego lek „Extavia” należy uznać nie za bezpośrednie spełnienie wymagań Zamawiającego, jak byłoby

w przypadku użycia przez niego nazwy „Interferon”, lecz produkt równoważny do „Betaferonu”.

Choć z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika wprost, iż Zamawiający dopuścił produkt równoważny do „Betaferonu” (brak stwierdzenia „lub równoważny” w opisie przedmiotu zamówienia), można to wnioskować z treści odpowiedzi na pytanie z 15 grudnia 2008 r.: „W związku z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia prosimy o doprecyzowanie co Zamawiający uzna za produkt równoważny. Czy za produkt równoważny należy rozumieć produkt spełniający łącznie wszystkie poniższe parametry: Interferon beta 1-b 0,3 mg/9.6 mln j.m. rekombinowanego interferonu beta-1b (250 mikrogramów (8,0 milionów j.m.) w 1 ml przygotowanego roztworu). Opakowanie zbiorcze zawierające 15 opakowań pojedynczych, z których każde zawiera zestaw do wykonania pojedynczej iniekcji: 1. 1 fiolkę z proszkiem do sporządzania roztworu do wstrzykiwań zawierającą 300 mikrogramów (9,6 milionów j.m.), 2. 1 ampułkostrzykawkę z 1,2 ml rozpuszczalnika do przygotowania roztworu zawierającą roztwór chlorku sodu o stężeniu 5,4 mg/ml, 3. 1 łącznik fiolki z igłą, 4. 2 waciki nasączone alkoholem” udzielonej 17 grudnia 2008 r.: „Tak, za produkt równoważny należy rozumieć produkt o powyższych parametrach podyktowane jest to przede wszystkim tym, iż pacjent ujęty w programie lekowym sam w domu po uprzednim przeszkoleniu podaje sobie lek”.

Ze względu na przejrzystość postępowania i zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wykonawcy do udzielonych wyjaśnień muszą mieć takie samo zaufanie jak do treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego powodu zamawiający, jak i wykonawcy, są związani udzielonymi wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w równym stopniu, jak treścią „pierwotnej” specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji. Kwestia ta nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i piśmiennictwie, jak również wśród ogółu podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych. Z praktyki, jak również rozważań logicznych wynika też, iż wyjaśnienia służą interpretacji, doprecyzowaniu a nawet modyfikacji wymagań zamawiających. Jest to szczególnie widoczne w przypadku robót budowlanych, gdzie

zamawiający, na skutek pytań wykonawców, potrafią wielokrotnie modyfikować przedmiary robót stanowiące część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym zasadniczo każdą interpretację lub doprecyzowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawsze można uznać za jej pewną modyfikację.

Dla mocy wiążącej udzielonej odpowiedzi nie ma znaczenia, czy zamawiający w tej odpowiedzi sam sformułuje pewne warunki, czy też wyłącznie potwierdzi – „przypadnie” opcji zawartej w pytaniu (albo też jej zaprzeczy).

Art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazany przez Odwołującego jako argument *a contrario* możliwości zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wyjaśnienia, o których mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadniczo odnosi się do sytuacji, gdy zamawiający zmienia specyfikację istotnych warunków zamówienia z własnej inicjatywy. Jednak w praktyce obie te instytucje często idą ze sobą w parze, gdy zamawiający wraz z odpowiedziami na pytania wykonawców przygotowują dokument noszący nazwę „modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a ich rozróżnienie – ze względu na wiążący charakter obu – nie ma szczególnego praktycznego znaczenia dla składanej oferty.

Zdaniem Zamawiającego odpowiedź z 17 grudnia 2008 r. nie zmieniła, lecz potwierdziła tylko jego niewyrażone *expressis verbis*, wymagania wynikające z przywołanego opakowania leku „Betaferon”. Odmienne stanowisko Stron, czy odpowiedź ta stanowiła modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też nie, wobec tego, co stwierdzono powyżej, nie ma jednak znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia. Poza tym wszelkie przedstawione zarzuty związane z tą odpowiedzią zostały zgłoszone po terminie wynikającym z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skutkiem odpowiedzi na pytanie z 15 grudnia 2008 r. jest doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących składu preparatu (Interferon beta 1-b 0,3 mg/9.6 mln j.m. rekombinowanego interferonu beta-1b, 250 mikrogramów, 8,0 milionów j.m. w 1 ml

przygotowanego roztworu) oraz zawartości zestawów: opakowanie zbiorcze zawierające 15 opakowań pojedynczych, z których każde zawiera zestaw do wykonania pojedynczej iniekcji w składzie – 1 fiolka z proszkiem do sporządzania roztworu do wstrzykiwań zawierająca 300 mikrogramów (9,6 milionów j.m.), 1 ampułkostrzykawka z 1,2 ml rozpuszczalnika do przygotowania roztworu zawierająca roztwór chlorku sodu o stężeniu 5,4 mg/ml, 1 łącznik fiolki z igłą, 2 waciki nasączone alkoholem.

O ile więc można by mieć wątpliwości co do wymogów Zamawiającego wynikających z samej treści rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o tyle odpowiedź ta jasno i jednoznacznie określa wymagania w tym zakresie – których, w stosunku do składu zestawów iniekcyjnych, nie spełnia zaoferowany preparat Extavia.

Jak już stwierdzono wyżej, Extavia nosi znamiona „produktu równoważnego”, a więc powinna spełniać wymagania określone w odpowiedzi z 17 grudnia 2008 r.

W związku z powyższym należy uznać, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia co, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest podstawą odrzucenia tej oferty.

Jednocześnie Izba uznała, iż nie ma podstaw, by uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna w pozostałym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, np. dopasowania do autoiniekatorów i grubości igieł, gdyż Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do nich żadnych wymagań.

Przedstawione podczas rozprawy opinie pacjentów oraz personelu medycznego na temat leków nie mają znaczenia dla sprawy, gdyż oceniane były wyłącznie wymagania postawione przez Zamawiającego.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z przedstawionego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....