Sygn. akt: KIO 3129/24

WYROK

z dnia 19 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Dom Pomocy Społecznej im. św. Jana Pawła II w Krasnymstawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności

unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Dom Pomocy Społecznej

im. św. Jana Pawła II w Krasnymstawie w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu

tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Domu Pomocy Społecznej im. św. Jana Pawła II w Krasnymstawie na rzecz Odwołującego – Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 3129/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Dom Pomocy Społecznej im. św. Jana Pawła II w Krasnymstawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa leków, środków dezynfekujących, materiałów opatrunkowych, pielęgnacyjnych i jednorazowego użytku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00453593/01.

Dnia 28 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zmianami, dalej – „ustawa Pzp"), odwołanie złożył wykonawca Solispharm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, polegającą na:

1. zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i tym samym

bezpodstawne i błędne uznanie jej za podlegającą odrzuceniu i jej odrzucenie;

2. bezpodstawnym nieważnieniu postępowania; w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 223 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania

Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, co doprowadziło Zamawiającego do wyciągnięcia błędnych i bezpodstawnych wniosków, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Solispharm za niezgodną z warunkami zamówienia;

2. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie

postępowania, pomimo że nie występowała ku temu przesłanka, ponieważ oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, a następnie.:

1. nakazanie unieważnienia czynności z dnia 23 sierpnia 2024 r. polegającej na

odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania;

2. nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych

w postępowaniu.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, ponieważ Informacja o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego została udostępniona 23

sierpnia 2024 r. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu poprzez e-mail. Wpis od odwołania w prawidłowej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w zarzutach przepisów skutkowało unieważnieniem postępowania i brakiem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że powinna ona zostać wybrana. Oferta Odwołującego mieści się w kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia, jest zgodna z SWZ oraz ustawą. W konsekwencji Solispharm bezpodstawnie utraciła możliwość realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów podano, że zgodnie z treścią SWZ, w opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział IV SWZ) wskazano, że: „1. Przedmiotem zamówienia „Części 1 -Dostawa leków i artykułów medycznych" jest dostawa leków i artykułów medycznych, na potrzeby mieszkańców DPS wraz z filiami, dostarczanych na podstawie recepty wystawionej przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego lub zapotrzebowania złożonego przez Zamawiającego. 1) Zamawiający nie dopuszcza oferowania zamienników leków wskazanych w formularzu cenowym.

W Rozdziale XIII SWZ - Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że:

1. Wykonawca oblicza cenę oferty zawierającą podatek od towarów i usług (VAT), i podaje tę cenę w formularzu Oferty (Załącznik nr 1). Cena musi być wyrażona w złotych polskich niezależnie od wchodzących w jej skład elementów i obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (np.: koszty dostawy, ubezpieczenie dostaw). W celu obliczenia ceny oferty należy wykorzystać Formularz cenowy (Załącznik nr 2). Obliczoną na podstawie Formularza cenowego „Wartość brutto" przedmiotu zamówienia należy przenieść do druku Oferty (Załącznik nr 1).

2. Wykonawca składający ofertę na wykonanie dostawy leków i artykułów medycznych, podając „cenę jednostkową brutto" (kol. D Formularza cenowego), w przypadku gdy lek refundowany ma kilka poziomów odpłatności albo gdy lek może mieć odpłatność 100 % (np.: inny podmiot odpowiedzialny/producent, różne kody leku), podaje zawsze (w każdym przypadku) kwotę, będącą najniższą wysokością dopłaty świadczeniobiorcy, zgodnie z OBWIESZCZENIEM MINISTRA ZDROWIA w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Kwotę zsumowanej kolumny

„E" – Wartość brutto – wykonawca zamieszcza w formularzu Oferty. Cena ta posłuży Zamawiającemu do wyboru Wykonawcy. Cena ta będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty."

Załącznik nr 2 dla Części 1 - Formularz cenowy: leki i artykuły medyczne w zakresie pozycji 374 zawierał następującą treść:

374 LUMINALUM 100 mg x 10 tabl. 132 opakowania

Zgodnie z powyższym, przedmiotem oferty w zakresie pozycji 374 jest lek:

- o nazwie: LUMINALUM,
- dawce: 100 mg,
- wielkości opakowania: 10 tabletek w opakowaniu.

Zgodnie z Rejestrem Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, na terenie Polski zarejestrowane są wyłącznie 3 leki zawierające

w swoim składzie Phenobarbitalum w dawce 100 mg w opakowaniu zawierającym 10 tabletek i są to:

lp	Nazwa produktu leczniczego	Dawka	Zawartość opakowania	Podmiot odpowiedzialny/ Importer równoległy	Numer GTIN /EAN	Cena urzędowa
1	Luminalum	100 mg	1 fiol. 10 tabl	Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A.	05909990260614	TAK
2	Luminalum	100 mg	10 tabl.	Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A	05909991465117	NIE
3	Luminalum Unia	100 mg	10 tabl.	Zakłady Farmaceutyczne "UNIA" Spółdzielnia Pracy	05909990812615	TAK

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 czerwca 2024 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na 1 lipca 2024 r., tj. według stanu obowiązującego w dniu składania ofert znajdowały się następujące leki: 2836 Luminalum, tabl., 100 mg 10 szt. ryczałt 5,09 zł

2837 Luminalum Unia, tabl., 100 mg 10 szt. ryczałt 3,20 zł

możliwe było dokonanie w poz. 374 wyceny wyłącznie leku wskazanego przez Zamawiającego tj. o nazwie LUMINALUM 100 mg x 10 tabl. w cenie 5,09 zł występującego pod poz. 2836 załącznika do obwieszczenia - Luminalum, tabl., 100 mg 10 szt. Numer EAN 05909990260614 producenta Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A.

Dokonanie wyceny leku na 3,20 zł oznaczałoby zaoferowanie zamiennika, tj. leku o nazwie Luminalum Unia producenta Zakłady Farmaceutyczne "UNIA" Spółdzielnia Pracy a nie leku wymaganego do wyceny przez Zamawiającego tj. o nazwie Luminalum producenta Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A. i stanowiłoby niezgodność z warunkami zamówienia.

Dlatego też Odwołujący wycenił lek producenta HASCO-LEK S.A. za cenę jednostkową 5,09 zł, co dało wartość zamówienia 671,88 zł.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postepowania Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy – jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. zgodnie z pkt. XIII.2 SZ wykonawca składający ofertę na wykonanie dostawy leków i artykułów medycznych, podając cenę jednostkową brutto w kolumnie D formularza cenowego, w przypadku gdy lek refundowany ma kilka poziomów odpłatności albo gdy lek może mieć odpłatność 100% zawsze podaje kwotę, będącą najniższą wysokością dopłaty świadczeniobiorcy, zgodnie z OBWIESZCZENIEM MINISTRA ZDROWIA w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, według stanu obowiązującego w dniu składania ofert.

Wykonawca w pozycji 374 Formularza cenowego – Luminalum 100mg x 10 tabl. – podał cenę leku będącego w refundacji, inną niż obowiązująca i wymieniona w aktualnym OBWIESZCZENIU MINISTRA ZDROWIA (…). Co stanowi niezgodność z warunkami zamówienia i wymogami SWZ.

Odwołujący podkreślił w odwołaniu, że takiej wyceny dokonał z pełną świadomością i jest to w pełni zgodne z wymaganiem Zamawiającego czyli z uwzględnieniem zapisu SWZ, że Zamawiający nie dopuszcza oferowania zamienników leków wskazanych w formularzu cenowym.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.”

Zgodnie z orzecznictwem przywołany przepis Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 223 ust. 1 Pzp nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności, w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z brakiem zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Zamawiający wyciągnął błędne wnioski co do treści złożonej przez Odwołującego oferty w zakresie pozycji 374, co doprowadziło do jej błędnego uznania za niezgodną z warunkami zamówienia a w konsekwencji naruszenia ustawy poprzez bezpodstawne jej odrzucenie. W wyniku powyższego Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie. W przypadku prawidłowego zastosowania przepisu Zamawiający otrzymałby wyjaśnienia, które potwierdzają zgodność dokonanej wyceny w poz. 374 z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta Odwołującego w zakresie poz. 374 jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganym sposobem wyceny zawartym w SWZ, co czyni ją w pełni zgodną z warunkami zamówienia - zastosowanie wymienionej podstawy prawnej i odrzucenie oferty stanowiło więc naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu w postępowaniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu zatem unieważnienie postepowania na podstawie art. 255 pkt 2

ustawy Pzp było bezpodstawne.

Zważywszy powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na 5 części. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie dopuścił oferowania zamienników leków wymienionych w formularzu cenowym. W rozdziale XIII SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że Wykonawca składający ofertę na wykonanie dostawy leków i artykułów medycznych, podając „cenę jednostkową brutto" (kol. D Formularza cenowego), w przypadku gdy lek refundowany ma kilka poziomów odpłatności albo gdy lek może mieć odpłatność 100 % (np.: inny podmiot odpowiedzialny/producent, różne kody leku), podaje zawsze (w każdym przypadku) kwotę, będącą najniższą wysokością dopłaty świadczeniobiorcy, zgodnie z OBWIESZCZENIEM MINISTRA ZDROWIA w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, według stanu obowiązującego w dniu składania ofert.

Odwołujący złożył ofertę w sposób opisany w odwołaniu. Jednocześnie po wniesieniu odwołania, Wykonawca wystosował do Zamawiającego pismo zawierające wyjaśnienie sposobu skonstruowania oferty. Zamawiający w odpowiedzi oświadczył, że podtrzymuje decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, zaznaczając, że ustawa Pzp nie przewiduje na tym etapie postępowania cofnięcia czynności odrzucenia oferty, ani cofnięcia czynności unieważnienia postępowania.

W takiej sytuacji Odwołujący złożył odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości.

W postępowaniu Zamawiający udostępnił formularz asortymentowo-cenowy (Załącznik nr 2 dla Części 1). Formularz ten stanowi podstawę obliczenia ceny oferty. Formularz cenowy zawiera 699 pozycji – leki i artykuły medyczne, z podaniem ich nazw

handlowych, dawek, wielkości opakowań, postaci farmaceutycznej leków. Zamawiający posługuje się nazwami handlowymi leków, ponieważ takie nazwy stosują z lekarze wystawiający recepty.

Zamawiający nie należy do grupy podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowni farmaceutycznej, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 kwietnia 2022 r. w sprawie podmiotów uprawnionych do zakupu produktów leczniczych w hurtowniach farmaceutycznych (Dz.U. 2023 poz. 804), z wyjątkiem produktów leczniczych o kategorii dostępności, o której mowa w art. 23a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo farmaceutyczne. Z tego względu, DPS może nabywać leki jedynie w aptece, na podstawie recepty lekarskiej. Zatem, zastosowanie w formularzu cenowym nazw handlowych jest uzasadnione i spójne ze sposobem wystawiania recept przez lekarzy.

Jednak w całym formularzu cenowym (w żadnej jego pozycji) Zamawiający nie stosuje nazw wskazujących na producenta leku, czy podmiot wprowadzający, odpowiedzialny. Zamawiający podaje nazwę, dawkę, wielkość opakowania, postać farmaceutyczną. Podmiot wytwarzający lek, producent, czy podmiot wprowadzający do obrotu nie jest istotny dla Zamawiającego. Dlatego, w całym formularzu cenowym, Zamawiający nie stosuje nazw, które wskazywałyby na konkretnego producenta leku.

Sposób, metoda wyceny poszczególnych leków zawarta została w SWZ (strona 9. SWZ - rozdział XIII. Opis sposobu obliczenia ceny) w następującym brzmieniu: „Wykonawca składający ofertę na wykonanie dostawy leków i artykułów medycznych, podając „cenę jednostkową brutto" (kol. D Formularza cenowego), w przypadku gdy lek refundowany ma kilka poziomów odpłatności albo gdy lek może mieć odpłatność 100 % (np.: inny podmiot odpowiedzialny/producent, różne kody leku), podaje zawsze (w każdym przypadku) kwotę, będącą najniższą wysokością dopłaty świadczeniobiorcy, zgodnie z OBWIESZCZENIEM MINISTRA ZDROWIA w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Kwotę zsumowanej kolumny „E" – Wartość brutto – wykonawca zamieszcza w formularzu Oferty. Cena ta posłuży Zamawiającemu do wyboru Wykonawcy. Cena ta będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty."

Sposób wyceny oferty przy wykorzystaniu zasad obliczenia ceny jest nie jest skomplikowany i jest też zrozumiały dla Odwołującego. Pomimo tego, że w nazwach niektórych leków ujętych w tzw. liście (wykazie) leków refundowanych występują dodatki słowne w ich nazwach, wskazujące na konkretnego producenta (np.: Luminalum Unia, Acidum folicum Richter, Budezonid LEK-AM), to dla Zamawiającego nie jest istotny producent.

W całym formularzu cenowym (699 pozycji) Zamawiający nie wskazuje w nazewnictwie

leków na żadnego producenta. Zamawiający oczekuje wyceny leku o podanej nazwie handlowej

(tak jak stosowane jest to z reguły w receptach lekarskich), w konkretnej dawce, w konkretnej wielkości opakowania i postaci.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Sama treść oferty Odwołującego przeczy jego twierdzeniom, że nie mógł zaoferować leku o nazwie Luminalum Unia.

Z treści oferty Odwołującego wynika, że nie miał obiekcji, co do oferowania przykładowo następujących leków: 1) pozycja 5 formularza cenowego (Załącznik nr 2 dla Części 1):

- Acidum folicum 15 mg x 30 tabl.

W wykazie leków refundowanych (załącznik do Obwieszczenia Ministra Zdrowia), w poz. 21 - jest jeden taki preparat, zarejestrowany pod nazwą Acidum filicum Richter, 15 mg x 30 tabl. Odwołujący właściwie podał w ofercie cenę tego leku, wiedząc że jest to preparat wymagany przez Zamawiającego, mimo że w nazwie zawiera wskazanie producenta (Richter).

- pozycja 114 formularza cenowego: Budezonid 400 µg/daw. x 60 kaps.

W wykazie leków refundowanych, w pozycjach 533 i 534 zarejestrowane są dwa preparaty, oba pod nazwą Budezonid LEK-AM. Dawka i wielkość opakowania identyczne, różnica występuje w cenie – w kwocie najniższej wysokości dopłaty świadczeniobiorcy. Odwołujący poprawnie wycenia także tę pozycję asortymentową, podając cenę niższą 16,55 zł, zgodnie z zasadą zgodną ze sposobem obliczenia ceny, zgodnie z warunkami SWZ. - pozycja 138. formularza cenowego: Clopidogrel 75 mg x 28 tabl. powl.

W wykazie leków refundowanych występują trzy preparaty we wskazanej dawce i wielkości opakowania. W poz. 917 wykazu leków refundowanych – Clopidogrel Aurovitas; w poz. 918 wykazu - Clopidogrel Bluefish; w poz. 919 wykazu – Clopidogrel KRKA. Dodatki słowne w nazwach leków typu: Aurovitas; Bluefish; KRKA wskazują wprost na wytwórcę preparatu.

Odwołujący, mając świadomość, że dodatek słowny w nazwie leku, wskazujący na producenta nie jest istotny dla Zamawiającego, poprawnie wycenia także ten lek, podając cenę 6,53 zł, będącą najniższą wysokością dopłaty świadczeniobiorcy - zgodnie ze sposobem obliczenia ceny, zgodnie z warunkami SWZ. W tym przypadku jest to preparat wpisany na listę (wykaz) leków refundowanych pod nazwą Clopidogrel Bluefish.

Dlatego też zdaniem Zamawiającego nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący postąpił identycznie jak w opisanych powyżej przykładach ze spornym preparatem z pozycji 374 formularza cenowego (Załącznik nr 2 dla Części 1): – Luminalum 100 mg 10 tabl.

W wykazie leków refundowanych (załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia) występują dwa preparaty we wskazanej dawce i wielkości opakowania. W pozycji 2836 -zarejestrowany pod nazwą Luminalum w cenie 5,09 zł oraz w pozycji 2837 pod nazwą Luminalum Unia

w cenie 3,20 zł.

Zatem w przypadku tego preparatu Odwołujący powinien był wycenić ten lek, który ma najniższą dopłatę świadczeniobiorcy, czyli ten w cenie 3,20 zł - zgodnie ze sposobem obliczenia ceny, zgodnie z warunkami SWZ - zarejestrowany pod nazwą Luminalum Unia. Zasadę tę Odwołujący z powadzeniem stosował w przytoczonych przykładach,

jak i w pozostałej części formularza cenowego. Fakt, że nie zastosował tej zasady w przypadku spornego leku Luminalum jest oczywistym błędem (nie omyłką) popełnionym przez Odwołującego, stanowiącym niezgodność z zasadą i warunkami zamówienia podanymi w SWZ.

Zdaniem Zamawiającego żadne postanowienia SWZ nie przesądzały o tym, że nie było możliwości zaoferowania leku Luminalum z dopiskiem Unia.

Zamawiający nie po raz pierwszy boryka się z problemem zamówienia na dostawę leków. Można tu przytoczyć, chociażby zapadły w dniu 17 lutego 2015 r. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO 212/15 (LEX nr 1656242). Chociaż wyrok ten zapadł w poprzednim stanie prawnym, to omówiona w nim kwestia dopisków nazw producentów lub ich brak zachowuje swą aktualność.

W treści uzasadnienia przedmiotowego wyroku zawarty jest następujący wywód: „W poz. 725 Formularza cenowego Odwołujący zaoferował wymagany przez Zamawiającego lek jednego z producentów, co nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Z żadnego z postanowień SIWZ nie wynika bowiem zakaz oferowania dostępnych na rynku leków różnych producentów. Wręcz przeciwnie, postanowienie punktu XII SIWZ wskazuje, że Zamawiający dopuścił taką możliwość. Wobec powyższego Odwołujący uprawniony był do zaoferowania w poz. 725 Formularza cenowego leku o nazwie Simvastatin Bluefish producenta Bluefish Pharmaceuticals. Abstrahując od oceny możliwości nałożenia na wykonawców obowiązku zaoferowania leku konkretnego producenta, stwierdzić należy, że żadne z postanowień SIWZ ani udzielone wyjaśnienia nie przesądzały, że dopuszczalne jest zaoferowanie wyłącznie leku o nazwie Simvastatin (bez żadnego dodatku w nazwie), tj. wyłącznie leku produkowanego przez A. (lek tego właśnie producenta posiada taką nazwę handlową)".

Z tej sytuacji Zamawiający postarał się wyciągnąć wnioski i przygotowywał specyfikacje zakupowe tak, aby kwestia dodatków w nazwach leku lub jej brak nie

ograniczała możliwości w oferowaniu tych leków przez Dostawców. Praktyka ta sprawdzała się.

W sprawie mamy do czynienie niejako z sytuacją odwrotną. SWZ nie ogranicza możliwości zaoferowania leku konkretnego producenta, ale argumentacja Odwołującego w rzeczywistości do tego się sprowadza.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnienia treści oferty, wskazać należy, że art. 223 ust. 1 ustawy Pzp mówi, iż zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty.

W ocenie Zamawiającego nie było żadnych wątpliwości i niejasności dotyczących oferty Odwołującego. Odwołujący popełnił błąd w wycenie leku Luminalum, wycenił go niezgodnie z warunkami zamówienia podanymi w SWZ. Tym bardziej, że te warunki zamówienia oOdwołujący z powodzeniem stosował w całym formularzu cenowym – z wyjątkiem pozycji 374 tego formularza – Luminalum.

Gdyby przyjąć hipotetycznie, że Odwołujący złożyłby „wyjaśnienia" podobnej lub tożsamej treści, co podniesione w odwołaniu, to i tak nie mogłyby one zostać uwzględnione. Z treści odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego podana przez niego cena jednostkowa w pozycji 374 jest prawidłowa, bo lek o nazwie Luminalum Unia to zamiennik. Przyjmując taki tok rozumowania należałoby uznać, że sam Odwołujący w pozycjach: 5 , 114, 138 i in. zaoferował zamienniki.

Odnosząc się do kwestii tzw. „zamienników". Istotnie, w rozdziale IV. SWZ (strona 2. SWZ) - Opis przedmiotu zamówienia jest zapis: „1. Przedmiotem zamówienia „Części 1 -Dostawa leków i artykułów medycznych" jest dostawa leków i artykułów medycznych, (…). 1) Zamawiający nie dopuszcza oferowania zamienników leków wskazanych w formularzu cenowym." Rozważając tłumaczenie Odwołującego, że gdyby wycenił w spornym przypadku Luminalum Unia w cenie 3,20 zł, oznaczałoby wycenę zamiennika, należałoby na wstępie ustalić, czy Luminalum jest oryginalnym lekiem i czy Luminalum Unia nie jest produkowane według oryginalnej procedury.

W przypadku leku Luminalum, na podstawie powszechnie znanych informacji np. na stronie internetowej Wikipedia - adres strony: można przeczytać, że lek pod nazwą handlową Luminal (substancja czynna Phenobarbitalum) został po raz pierwszy wprowadzony do lecznictwa w 1912 roku przez firmę farmaceutyczną BAYER. Obecne rozporządzenie Ministra Zdrowia nie wymienia firmy Bayer, tylko Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A. i Zakłady Farmaceutyczne „UNIA" Spółdzielnia Pracy. Zatem dalsza dyskusja na temat, kto aktualnie produkuje oryginalne Luminalum jest bezprzedmiotowa, a twierdzenie Odwołującego, że Luminalum Unia nie jest produkowane według oryginalnej procedury nie zostało udowodnione.

Natomiast w sensie faktycznym zamiennikiem Luminalum Unia jest Luminalum produkowane przez Przedsiębiorstwo Produkcji Farmaceutycznej HASCO-LEK S.A. (por.) i odwrotnie też, bo zamiennikiem Luminalum może być Luminalum

Unia. Oba produkty są równoważne – oryginalne.

Dla zobrazowania problemu warto wskazać, że zazwyczaj zakończenie okresu ochrony patentowej i wyłączności rynkowej powoduje utratę uprzywilejowanej, monopolistycznej pozycji rynkowej pierwotnego producenta produktu oryginalnego i może być tak, że nie jedna a nawet kilka firm produkuje lek na podstawie oryginalnej procedury.

Ponadto przecież prawa z patentu są zbywalne i pierwotny producent oryginału może je sprzedawać (niekoniecznie na wyłączność). Zatem istota problemu tkwi gdzie indziej.

Natomiast, co do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp bezpodstawnego unieważnienia postępowania, to Zamawiający nie mógł postąpić inaczej w sytuacji gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Zatem zarzut ten również jest niezasadny.

Na zakończenie należy poruszyć istotną kwestię, że oferta konkurencyjna względem oferty Odwołującego, tj. oferta PZF Cefarm-Warszawa S.A. – została odrzucona na tej samej podstawie, co oferta Odwołującego. Błędy dotyczyły pozycji 525 i 526 Formularza Cenowego, z tym że oferta PZF Cefarm-Warszawa S.A. była dużo tańsza. Odwołujący sam wskazał błąd - niezgodność z warunkami zamówienia w ofercie konkurencyjnej.

W tym stanie rzeczy zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Strony prawidłowo przywołały postanowienia SWZ oraz innych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny, czy Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, to zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której merytoryczna treść oferty – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia mamy do czynienia w sytuacji

wystąpienia niezgodności zobowiązania danego wykonawcy ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest weryfikacja, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez podanie w kolumnie tabeli cenowej nazw handlowych leków. Konkretnie zaś opisu przedmiotu zamówienia dokonano w różny sposób, przez wskazanie substancji czynnej lub właśnie przez podanie nazwy, a także przez podanie nazwy razem z oznaczeniem wskazującym na konkretnego producenta. Zamawiający nie był konsekwentny i posługiwał się rożnymi odnośnikami, nie wprowadzając zasad ogólnych i jednakowych dla poszczególnych pozycji formularza. Z drugiej strony SWZ zawierała wyraźny zakaz oferowania zamienników leków.

Dla rozstrzygnięcia sporu istotne jest w użyte przez Zamawiającego pojęcie „zamiennik" posiada definicję legalną. Zgodnie z treścią art. 15 ust. 8 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. 2001 nr 126 poz. 1381 ze zmianami) odpowiednikiem referencyjnego produktu leczniczego jest produkt leczniczy posiadający taki sam skład jakościowy i ilościowy substancji czynnych, taką samą postać farmaceutyczną, jak referencyjny produkt leczniczy, i którego biorównoważność wobec referencyjnego produktu leczniczego została potwierdzona odpowiednimi badaniami biodostępności. Nie mamy zatem do czynienia z użyciem konkretnego pojęcia w jego znaczeniu potocznym, codziennym ale z pojęciem posiadającym definicję ustawową.

Odwołujący celnie na rozprawie przytoczył także treść art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U.2024.0.930 t.j.), zgodnie z którym farmaceuta: „(...) ma obowiązek poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie, o tej samej nazwie międzynarodowej, dawce, postaci farmaceutycznej, która nie powoduje powstania różnic terapeutycznych, i o tym samym wskazaniu terapeutycznym, którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na recepcie. Apteka ma obowiązek zapewnić dostępność tego leku".

Dalej dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący spójnie i logicznie odniósł się do przykładów przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Wykonawca wyjaśnił, dlaczego nie mamy do czynienia z tożsamą sytuacją jak w spornej pozycji 374 formularza. Izba uznała te wyjaśnienia za wiarygodne. W przywołanych pozycjach 21,114, 533 i 534 Zamawiający dokonał charakterystyki leku albo przez wskazanie producenta albo

przez substancję czynną, albo w danym przypadku dostępny jest tylko jeden lek o podanej nazwie. Taki opis pozwolił Odwołującemu zaoferować leki o najniższym poziomie refundacji.

W przypadku pozycji 374 Zamawiający opisał lek przez wskazanie nazwy handlowej, w sytuacji, gdy istnieją co najmniej 3 leki zawierające daną substancję czynną, natomiast posiadają różne nazwy handlowe. Taki opis obligował

Odwołującego do zaoferowania leku Luminalum producenta Hasco, jako leku o najwyższym poziomie refundacji a jednocześnie odpowiadającego opisowi Zamawiającego. Gdyby Odwołujący wpisał w tabeli lek Luminalum Unia, postąpiłby niezgodnie z zakazem oferowania zamienników. Oba leki charakteryzuje ta sama substancja czynna i mogą one wobec siebie pełnić rolę zamienników, czemu żadna ze stron nie przeczyła, ale Zamawiający w SWZ nie dopuścił takiej możliwości. Wpisanie leku Luminalum Unia oznaczałoby złożenie oferty niezgodnej z SWZ, nawet jeżeli lek ten refundowany jest w wyższym stopniu niż wskazany w ofercie.

Na podzielenie zasługują również twierdzenia Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie jest poprawne. Wbrew temu uzasadnieniu Odwołujący wskazał w ofercie, w formularzu cenowym, lek (jeden z dwóch dostępnych) posiadający poziom refundacji liczony zgodnie z regułami określonymi w SWZ. Tym samym decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego naruszała treść art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie za niewłaściwą uznać należało decyzję o unieważnieniu postępowania jako wynikową wobec odrzucenia wszystkich złożonych ofert. W ocenie składu orzekającego Izby nie ma także konieczności stosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ możliwe jest samodzielne zidentyfikowanie zasady, którą przyjął Wykonawca przy wypełnianiu komentarza. Uzyskane wyjaśnienia treści oferty nie wniosą nic nowego do oceny oferty Odwołującego.

Konkludując, za zasadne należało także uznać zarzuty naruszenia art. 16 i 17 ustawy Pzp dotyczące zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu odwoławczym Odwołujący wykazał, że doszło do ich naruszenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji. Izba uznała, że zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie nakazano powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1

pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca: