

WYROK
z dnia 13 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez Odwołującego – Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach (40-541), przy ul. Rzepakowej 2, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej – Powiatowy Szpital Specjalistyczny, ul. Staszica 4, 34-450 Stalowa Wola, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PGF URTICA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (54-613), przy ul. Krzemienieckiej 120, Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi (91-342), przy ul. Zbąszyńskiej 3 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PGF URTICA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (54-613), przy ul. Krzemienieckiej 120, Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi (91-342), przy ul. Zbąszyńskiej 3 z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pozycji 309 formularza cenowego,
 - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej – Powiatowy Szpital Specjalistyczny, ul. Staszica 4, 34-450 Stalowa Wola i:

1

-
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach (40-541), przy ul. Rzepakowej 2 tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej – Powiatowego Szpitala Specjalistycznego, ul. Staszica 4, 34-450 Stalowa Wola na rzecz Odwołującego – Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach (40-541), przy ul. Rzepakowej 2 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej –

Powiatowy Szpital Specjalistyczny, ul. Staszica 4, 34-450 Stalowa Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na cykliczne dostawy leków dla potrzeb Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli (znak sprawy: 1070 ZP/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2014 r., pod nr 2014/S 195-344354.

W dniu 11 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PGF URTICA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (54-613), przy ul. Krzemienieckiej 120, Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi (91-342), przy ul. Zbąszyńskiej 3, zwanych dalej „Konsorcjum PGF”.

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżone zostało przez wykonawcę Farmacol S.A. z siedzibą w Katowicach (40-541), przy ul. Rzepakowej 2 (dalej: „Odwołujący”), który w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 grudnia 2014 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGF jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W świetle przedstawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenie oferty Konsorcjum PGF,
2. powtórzenie czynności wyboru ofert.

Odwołujący stwierdził, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ jego oferta powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący podkreślił, że ma uzasadnione podstawy do twierdzenia, że jego oferta jest najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana. Nieudzielenie zamówienia Odwołującemu powoduje m.in. utratę po jego stronie korzyści jakie uzyskałaby, gdyby zawarto z nim umowę,

wobec czego istnieje możliwość poniesienia przez niego szkody

Uzasadniając zarzut naruszenia art 7 ust. 1 Pzp Odwołujący stwierdził, że jego oferta była zgodna z treścią SIWZ i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, natomiast oferta Konsorcjum PGF nie została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Następnie, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wyjaśnił, że w poz. 309 załącznika nr 1 do SIWZ (formularz cenowy) Zamawiający wymagał zaoferowania produktu Hepatil w postaci tabletek o zawartości substancji czynnej 150 mg (40 szt.). Preparat ten nie jest obecnie produkowany w dawce 150 mg, natomiast jest dostępny na rynku polskim produkt równoważny – Inhepax 150 mg (30 tabl.), co Odwołujący zasygnalizował w piśmie z dnia 11 grudnia 2014 r. W dniu 16 grudnia 2014 r. otrzymał on od Zamawiającego odpowiedź podtrzymującą decyzję w zakresie poprawności oferty Konsorcjum PGF. Zdaniem Odwołującego zapis „Hepatil tabl. 150mg” w sposób jednoznaczny określał zawartość substancji czynnej zawartej w produkcie leczniczym, wyrobie medycznym, czy suplementie diety. Podał, że w 2003 r. decyzją Głównego Inspektora Sanitarnego został dopuszczony do obrotu na terenie RP dietetyczny środek spożywczy specjalnego przeznaczenia medycznego o nazwie Hepatil i zawartości substancji czynnej w postaci L-asparagianu L-ornityny w dawce 150 mg. Równocześnie funkcjonuje na rynku produkt równoważny o identycznej zawartości substancji czynnej w postaci 150 mg L-asparagianu L-ornityny i nazwie handlowej Inhepax. Produkty Inhepax, Hepatan oraz Hepaliverin jako jedyne dostępne na Polskim rynku mogą być uznane za produkty równoważne wobec Hepatilu 150 mg z uwagi na identyczny skład. Tym samym zaoferowany przez Konsorcjum PGF w poz. 309 formularza cenowego Hepatil 135 mg nie może być uznany za produkt równoważny, zatem oferta ta, jako niezgodna z wymogiem postawionym przez Zamawiającego, powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podał, że produkty takie jak: EsselivDuo, Hepa-Merz, HepaFAST Max, Hepatanol, Hepatanol Forte LGO, Hepatenal Max, Hepatil 135mg, Liverol, Proliver Wątroba, Ulgix ochrona wątroby, Zdovit Protect Trawienie nie mogą zostać uznane za produkty

równoważne wobec Hepatilu 150 mg z uwagi na dodatkową zawartość w swoim składzie substancji w postaci ekstraktu z karczocha, ekstraktu z kminku, wyciągu z owoców cytryńca chińskiego, wyciągu z liści karczocha, wyciągu z korzenia cykorii, fosfolipidów z nasion soi, ekstraktu z korzenia rzodkwi, pankreatyny, lecytyny rzepakowej, witaminy PP, witaminy B6, kwasu foliowego, witaminy H, witaminy B1, witaminy B2 oraz choline.

Treść poz. 309 formularza cenowego wskazywała jednoznacznie na konieczność

przez zaoferowania w ofercie przetargowej wykonawców preparatu o

zawartości

L-asparaginanu L-ornityny w dawce 150 mg bez choline. Powoływanie się przez

Zamawiającego na przyzwyczajenie do długo obowiązującej wcześniej nazwy leku

4

i potraktowanie postanowienia SIWZ „Hepatil tabl. 150 mg, 40 szt.” jako omyłki pisarskiej niesprostowanej w toku Postępowania powoduje nierówne traktowanie wykonawców.

Odwolujący podniósł ponadto, że Zamawiający wymagał, aby w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu podać koniec produkcji, bez podawania ostatniej ceny i wyliczenia wartości danej pozycji. Oświadczył, że w związku z tym, iż są spore rozbieżności w kilku pozycjach jego oferty z powodu braku wyceny pewnych pozycji (nr 164, 200, 254, 265, 351, 421, 481), podczas gdy Konsorcjum PGF podało wartości zerowe w niektórych pozycjach (nr 34, 108, 349, 350, 561, 481) Zamawiający dokonał nierzetelnego sprawdzenia ofert, powinien przeanalizować pozycje, w których podano wartości zerowe i ostatecznie każdego oferenta „podsumować” tak samo w zakresie tych pozycji lekowych.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na dodatkowe okoliczności mające świadczyć o niezgodności treści oferty Konsorcjum PGF z treścią SIWZ. Zasygnalizował, że w poz. 350 formularza cenowego na dzień składania ofert na rynku był dostępny w obrocie lek równoważny o nazwie Ketalar 50mg/ml 10 ml*1 fiol., dopuszczony do obrotu przez Ministra Zdrowia. Z kolei w poz. 89 formularza cenowego, gdzie Zamawiający wymagał dostarczenia leku Bisacodyl 5mg tabl. dojel.*30, Konsorcjum PGF zaoferowało Dulcobis 5mg*20 tabl., charakteryzujący się gorszymi właściwościami niż lek wymagany (nie można go stosować u dzieci poniżej 12 roku życia). Wreszcie w poz. 156 formularza cenowego Konsorcjum PGF zaoferowało lek Concor Cor 2,5mg*56 tabl., co stanowi powielenie leku zaoferowanego w poz. 94, podczas gdy Zamawiający wymagał zaoferowania w poszczególnych pozycjach formularza cenowego leków różnorodnych.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania argumentując, jak niżej.

W zakresie poz. 309 formularza cenowego Zamawiający stwierdził, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący nie powinni oferować żadnego produktu, ponieważ środek spożywczy o nazwie Hepatil 150 mg nie jest produkowany od końca 2013 r. Zgodnie zatem z postanowieniem Rozdziału III SIWZ w takim przypadku wykonawcy powinni wpisać w formularzu cenowym „koniec produkcji” i nie podawać jego ceny.

Zamawiający wskazał także, że podana w Rozdziale III SIWZ definicja równoważności dotyczy wyłącznie leków, zatem argumentacja Odwołującego, że zaoferował produkt równoważny w stosunku do nieprodukowanego już Hepatilu 150 mg jest pozbawiona znaczenia, ponieważ zarówno Hepatil 135 mg z oferty Konsorcjum PGF, jak i zaoferowany przez Odwołującego środek o nazwie Inhepax nie są lekami, a środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia (suplementami diety). Wobec tego nie podlegają one tak ścisłej kontroli (choćby w zakresie składu), jak ma to miejsce w przypadku leków, nie można również w ich przypadku mówić np. o dawce uwalnianej *in vitro*. Ponadto stwierdził, że nie

5

miała dla niego znaczenia okoliczność jaki produkt został mu w tej pozycji zaoferowany, wobec czego dopuścił obie złożone w Postępowaniu oferty do merytorycznej oceny.

Na odparcie zarzutu braku porównywalności złożonych ofert Zamawiający wskazał na załączoną do protokołu Postępowania tabelę, w której dokonał zestawienia asortymentu, w odniesieniu do którego wykonawcy oświadczyli, że produkcja danego wyrobu została zakończona. Podkreślił, że jeżeli wykonawcy różnili się w zakresie poszczególnych pozycji formularza cenowego (np. jeden z nich zaoferował określony produkt leczniczy, a drugi oświadczył, że jego produkcja została zakończona) zerował różniące się pozycje na potrzeby porównania ofert, pomniejszając tym samym całkowitą cenę oferty.

Odnosząc się do zarzutu związanego z poz. 89 formularza cenowego Konsorcjum PGF Zamawiający oświadczył, że wskazany tam produkt leczniczy nie jest podawany dzieciom, a jedynie osobom dorosłym, wobec czego okoliczności przywołane w treści odwołania nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że nie formułował w treści SIWZ wymogu dotyczącego różnorodności asortymentu, jaki miał być mu zaoferowany, wobec czego dopuszczalne były sytuacje, w których w różnych pozycjach formularza cenowego wskazany został ten sam produkt.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wydruku strony internetowej rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Sanitarnego obrazującego wyniki wyszukiwania dla frazy „Hepatil” na okoliczność, że wszystkie produkty zarejestrowane pod tą nazwą mają w składzie wymaganą substancję czynną w postaci ornityny.

Odwolujący na rozprawie podtrzymał argumentację z odwołania.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści tekstu ulotki informacyjnej i tekstu etykiety na opakowaniu zewnętrznym wyrobu Hepatil 150 mg oraz z treści pisma adresowanego do Głównego Inspektoratu Sanitarnego, z wyszczególnieniem dokumentów przesłanych wraz z informacją o wprowadzeniu do obrotu w kraju dietetycznego środka spożywczego specjalnego przeznaczenia medycznego, jakim jest Hepatil.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum PGF wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

6

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum PGF (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych wyszczególnionych w załączniku nr 1 do SIWZ – formularzu cenowym, obejmującym 719 pozycji, które Zamawiający opisał przez wskazanie na nazwy handlowe poszczególnych produktów. Jednocześnie, zgodnie z postanowieniem Rozdziału III („Instrukcja dla wykonawców”), pkt III („Pozostałe wymagania”), ppkt 2 SIWZ wykonawcy mogli złożyć oferty równoważne, tj. ze wskazaniem asortymentu co najmniej takiego, jak asortyment wskazany przez Zamawiającego w formularzu cenowym, tj. charakteryzującego się takim samym składem chemicznym, tą samą substancją aktywną, tą samą dawką i postacią uwalnianą *in vitro* z taką samą szybkością i w tym samym stopniu, co lek oryginalny. Jednocześnie, w kolejnym akapicie SIWZ, Zamawiający postanowił, że w przypadku zaprzestania lub braku produkcji danego preparatu wykonawca ma w odpowiedniej pozycji formularza wpisać „KONIEC PRODUKCJI”, bez podawania ostatniej ceny i wyliczenia wartości danej pozycji.

W Postępowaniu oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący. W spornych pozycjach wykonawcy zaoferowali:

Pozycja formularza

Wymóg Zamawiającego Oferta Odwołującego Oferta Przystępującego cenowego

(nr)

Bisacodyl 5 mg, tabl. Bisacodyl VP 5mg * 30 tabl. Dulcobis 5mg, tabl. dojelit, 89 dojelit., 30 szt. dojelit. 40 szt.

Bisocard 2,5 mg, tabl. Bisocard 2,5 mg * 30 tabl. Concor Cor 2.5 2,5 mg, tabl. 94 powł., 30 szt. powł. powł., 56 szt., bl.

Concor Cor 2,5 mg, tabl. Concor Cor 2,5 mg * 56 tabl. Concor Cor 2.5 2,5 mg, tabl. 156 powł., 28 szt. powł. powł., 56 szt., bl. (4

x14)

Hepatil tabl.150 mg, Inhepax * 30 tabl. Farma- 309 Hepatil, tabl., 40 szt. 40 szt. Projekt D

Ketanest 50, 500mg/10 ml, roztw. do wstrz., 5 fioł. – BRAK

Ketanest 50, 500mg/10 Ketalar 50mg/ml 10ml * 1f. LZ

Ponadto Odwołujący w poz. 164, 200, 254, 255, 351, 421 i 481 formularza cenowego powołał się na okoliczność zaprzestania produkcji wyrobów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego, natomiast Przystępujący uczynił tak w poz. 34, 108, 200, 349, 350, 481 i 561. Zamawiający na potrzeby porównania ofert zestawiał w tabeli wszystkie ww. pozycje i dokonał przeliczenia cen ofert Odwołującego i Przystępującego w ten sposób, że odjął od nich ceny leków zaoferowanych tylko przez jednego z wykonawców.

W toku Postępowania do Zamawiającego wpłynął wniosek Odwołującego, w którym zwrócono uwagę na nieprawidłowość w ofercie Przystępującego dotyczącą produktu leczniczego zaoferowanego w poz. 309 formularza cenowego (vide pismo z dnia 11 grudnia 2014 r.). Odwołujący powołał się w jego treści na okoliczności związane ze składem wyrobu o nazwie Hepatil, które zostały następnie powtórzone w treści odwołania i skonstatował, że złożenie oferty przez Przystępującego może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji uzasadniający odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Do pisma załączony został wyciągi z ulotek informacyjnych wyrobów zaoferowanych w poz. 309 przez Odwołującego (Inhepax) i Przystępującego (Hepatil).

W odpowiedzi – pismem z dnia 15 grudnia 2014 r. – Zamawiający stwierdził, że preparat zaoferowany przez Konsorcjum PGF w poz. 309 formularza cenowego jest poprawny i zgodny z wymogami SIWZ. Podał również, że wskazane przez niego oznaczenie dawki leku Hepatil („Hepatil 150 mg”) jest omyłką pisarską, którą bardzo często popełniają także inne szpitale, a wynikającą z przywiązania do długo obowiązującej wcześniejszej nazwy leku. Zasygnalizował, że na rynku znajduje się tylko jeden preparat o nazwie Hepatil, o następującym składzie: L-asparaginy L-ornityny (100 mg) i cholina (35 mg). W konsekwencji stwierdził, że Odwołujący zaoferował produkt (Inhepax o zawartości 150 mg L-asparaginy L-ornityny), który nie powinien zostać uznany za równoważny z uwagi na brak w jego składzie choliny.

Pismem z dnia 11 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum PGF, nie odrzucając oferty Odwołującego.

W ustalonym stanie faktyczny Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut związany z zaoferowaniem przez Konsorcjum PGF w poz. 309 formularza cenowego wyrobu, który nie spełnia wymagań Zamawiającego i nie może być uznany za produkt równoważny.

W powyższym zakresie Izba miała na względzie, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie się do nazw handlowych poszczególnych produktów leczniczych każdorazowo wskazywał tym samym na ich skład chemiczny, substancję aktywną,

czy dawkę. W poz. 309 formularza ofertowego Zamawiający podał suplement diety o nazwie „Hepatil 150 mg”. W toku postępowania odwoławczego udowodnione zostało, że wspomniany produkt posiadał w składzie jedną substancję aktywną, tj. L-asparaginy L-ornityny w dawce 150 mg (vide wyciąg z ulotki informacyjnej złożony na rozprawie przez Odwołującego).

W świetle powyższego wykonawca powinien był zaoferować albo wyrób wskazany przez Zamawiającego, albo jego zamiennik spełniający opisane przez niego kryteria równoważności. Mając jednak na uwadze okoliczność, że suplement diety o nazwie Hepatil 150 mg nie jest już produkowany wykonawcy – wobec omówionych w dalszej części uzasadnienia postanowień Rozdziału III, pkt III, ppkt 2 SIWZ – mieli alternatywę w postaci zaoferowania produktu równoważnego albo powołania się na koniec produkcji wyrobu referencyjnego.

Przystępujący zaoferował specyfik składający się z dwóch substancji aktywnych – L-asparaginy L-ornityny w dawce 100 mg i choliny w dawce 35 mg, na co Odwołujący zwrócił uwagę w korespondencji z dnia 11 grudnia 2014 r., a co zostało również potwierdzone przez Zamawiającego zarówno w odpowiedzi z dnia 15 grudnia 2014 r., jak i w toku rozprawy. Wobec tego produkt zaoferowany przez Konsorcjum PGF, mimo nazwy zbieżnej z wyrobem wyspecyfikowanym przez Zamawiającego, nie mógł zostać uznany za równoważny, ponieważ nie spełniał wymogów zarówno w zakresie takiego samego składu chemicznego, takiej samej

dawki i substancji aktywnej.

Izba nie uwzględniła przy tym argumentacji Zamawiającego, że powodem takiej treści poz. 309 formularza cenowego była omyłka pisarska, z uwagi na związanie zamawiającego i wykonawców treścią SIWZ po upływie terminu składania ofert w takim kształcie, jaki został jej nadany przez samego zamawiającego. Co więcej, w sytuacji w której wykonawcy – w odniesieniu do tej pozycji formularza cenowego – mieli możliwość skorzystania z jednego z uprawnień przewidzianych postanowieniami Rozdziału III, pkt III, ppkt 2 SIWZ, żaden z nich nie miał obowiązku podejrzewać, czy też wychodzić z założenia, że Zamawiający popełnił omyłkę pisarską w opisie przedmiotu zamówienia i wywodzić z tego, jakoby miał on na myśli preparat o tej samej nazwie, ale innym składzie, czy mocy.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący mógł skorzystać z uprawnienia przewidzianego przepisem art. 38 Pzp Izba wskazuje, że w ustalonym stanie faktycznym wykonawcą, który ewentualnie powinien był zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ było Konsorcjum PGF, które zaoferowało wyrób inny niż opisany przez Zamawiającego w formularzu cenowym, a nie Odwołujący, który postąpił zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Z kolei argumentacja Zamawiającego, że treść SIWZ została zdeterminowana przyzwyczajeniem do długo obowiązującej poprzedniej nazwy wspomnianego produktu stanowić może jedynie argument przemawiający za stwierdzeniem, że powinien on dokładnie

9

rozeznąć rynek produktów leczniczych, aby wyeliminować sytuacje, w których odwołuje się do wyrobów, które w obrocie nie funkcjonują z różnych przyczyn.

Izba nie podzieliła zapatrywania Zamawiającego, jakoby postanowienie SIWZ dotyczące możliwości złożenia oferty równoważnej dotyczyć miało wyłącznie leków, a nie suplementów diety, do których należy Hepatil. Jakkolwiek Zamawiający rzeczywiście w treści tego postanowienia podał parametry równoważności odnoszące się *stricte* do leków, tym niemniej stwierdził jednocześnie, że oferta równoważna może dotyczyć asortymentu wskazanego w formularzu cenowym. Przyjąć zatem należało, że oferta równoważna mogła dotyczyć każdej pozycji wyspecyfikowanej w formularzu cenowym. Odmienne założenie pozbawione byłoby, zdaniem Izby, sensu, brak jest bowiem logicznych argumentów przemawiających za zapatrywaniem, że Zamawiający uprawnił wykonawców do złożenia oferty równoważnej tylko w odniesieniu do pewnej części przedmiotu zamówienia, skoro na rynku dostępne są zamienniki dla wszystkich rodzajów produktów leczniczych, w szczególności dla leków i suplementów diety. Niezależnie od powyższego można byłoby twierdzić o braku precyzji w komentowanym postanowieniu SIWZ, który także przemawiałby za przyjęciem interpretacji względniejszej dla wykonawców, tj. za dopuszczalnością złożenia oferty równoważnej na pełen zakres przedmiotu zamówienia. Finalnie, nie bez znaczenia jest również okoliczność, że sam Zamawiający w korespondencji z Odwołującym określał Hepatil mianem leku (patrz pismo z dnia 15 grudnia 2014 r.), co daje podstawy do stwierdzenia, że mianem leków Zamawiający zbiorczo określał produkty wymienione w formularzu cenowym.

Nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie spór w zakresie nadzoru nad badaniami dotyczącymi środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz różnic pomiędzy produktami posiadającymi taki status, a lekami, w jaki strony wdały się w toku rozprawy. Niezależnie od statusu wyrobu o nazwie Hepatil nie ulega wątpliwości, że także w jego przypadku mamy do czynienia z określonym składem chemicznym, czy zawartą w nim dawką substancji czynnych, na co wskazują ulotki informacyjne przedstawione przez Odwołującego zarówno w toku Postępowania, jak i na rozprawie. Dane te charakteryzują ów produkt i odróżniają go od innych dostępnych na rynku, natomiast zakres i sposób ich weryfikacji przez powołane do tego organy nie miał związku z rozpoznawaną sprawą.

Podobnie należało ocenić także zawnioskowany przez Zamawiającego dowód w postaci wydruku strony internetowej rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Sanitarnego obrazującego wyniki wyszukiwania dla frazy „Hepatil” na okoliczność, że wszystkie produkty zarejestrowane pod tą nazwą mają w składzie wymaganą przez Zamawiającego substancję czynną w postaci ornityny. Pomijając to, że z treści wydruku okoliczność taka nie wynika, Izba wskazuje, że nie był istotny sam fakt posiadania przez wyroby, których wspólnym elementem w nazwie jest słowo „Hepatil” określonej substancji

10

czynnej, a skład chemiczny wyrobu zaoferowanego przez Przystępującego i w jakiej dawce występują zawarte w nim substancje czynne.

W konsekwencji Izba uznała, że treść oferty Konsorcjum PGF nie odpowiada treści SIWZ, co uzasadnia unieważnienie wyboru tej oferty i jej odrzucenie w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nadto powtórzenie czynności badania i oceny pozostałych ofert. Wobec powyższego orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut dotyczący produktu leczniczego zaoferowanego przez Przystępującego pod poz. 89 formularza cenowego (Dulcobis 5 mg), oparty na twierdzeniu o jego gorszych właściwościach w stosunku do produktu oczekiwanego przez Zamawiającego (Bisacodyl 5 mg), z uwagi na brak możliwości podawania go dzieciom poniżej 12 roku życia. Zauważyć bowiem należy, że wykonawcy byli uprawnieni do oferowania asortymentu równoważnego o precyzyjnie określonych przez Zamawiającego minimalnych parametrach równoważności. Na wniosek taki pozwala treść postanowienia Rozdziału III, pkt III, ppkt 2 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że za asortyment równoważny uznawane będą produkty co najmniej takie, jak przedstawione w formularzu cenowym, tj. gwarantujące taki sam skład chemiczny, tą samą substancję aktywną, tą samą dawkę i postać, uwalnianą *in vitro* z taką samą szybkością i w tym samym stopniu, co lek oryginalny. Okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący nie została wskazana jako jeden z parametrów równoważności (należy ją wiązać z przeznaczeniem wyrobu, czy spektrum zastosowania, a nie z żadnym z parametrów przytoczonych w treści SIWZ przez Zamawiającego), nie można zatem doprecyzowywać na etapie oceny ofert postanowień SIWZ w sposób, który mógłby działać na niekorzyść dla jednego z uczestników Postępowania. Niezależnie od tego nie sposób, zdaniem Izby, oczekiwać od produktu równoważnego posiadania identycznych cech, co produkt referencyjny. Wyrób równoważny cechuje pewien stopień podobieństwa do wyrobu oczekiwanego przez zamawiającego, który to wyznaczany jest przez sformułowanie parametrów równoważności, przy czym – jak wspomniano – nie musi się on charakteryzować wszystkimi cechami wyrobu referencyjnego, zwłaszcza takimi, które pominięte zostały przy określaniu parametrów równoważności.

Nie mógł również odnieść skutku sformułowany w odwołaniu zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego w dwóch pozycjach formularza cenowego (poz. 94 i 156) tego samego leku (Concor Cor 2,5 mg). Oparty on został na nieuprawnionym, w ocenie Izby, twierdzeniu, jakoby postanowienia SIWZ nakładały na wykonawców zobowiązanie do zaoferowania Zamawiającemu zróżnicowanego asortymentu. Postanowienia SIWZ nie zawierają w tym zakresie żadnego wskazania, a wywodzenie omawianego obowiązku z konstrukcji formularza cenowego jest chybione. Nie można bowiem, jak wspomniano, dokonywać wykładni SIWZ w sposób, który powoduje niejako wprowadzanie do jej treści

postanowień, które nie zostały *explicite* wyartykułowane przez Zamawiającego. Także odwoływanie się do rezultatu poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogło przemawiać za uwzględnieniem omawianego zarzutu. Abstrahując od okoliczności, że ocenie Izby podlegało procedowanie Zamawiającego w Postępowaniu, nie zaś w innych postępowaniach o udzielanie zamówienia publicznego, to powyższe twierdzenie nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Za nieuzasadniony Izba uznała również zarzut związany z niezaoferowaniem przez Konsorcjum PGF produktu leczniczego w poz. 350 formularza cenowego. Nie można zgodzić się przy tym z twierdzeniem, że w sytuacji, gdy zaprzestano produkcji wyrobu wyspecyfikowanego przez Zamawiającego obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie innego równoważnego produktu. Na wniosek taki nie pozwala przewidziane w SIWZ uprawnienie wykonawców do powołania się na okoliczność związaną z końcem produkcji danej pozycji w zamawianym asortymencie. Jednocześnie, zważywszy właśnie na uprawnienie do zaoferowania wyrobu równoważnego, nie było również zasadne twierdzenie o konieczności powoływania się na koniec produkcji danego produktu, z wyłączeniem możliwości zaoferowania zamiennika dla niego. Omawiane postanowienia SIWZ, zawarte w Rozdziale III, pkt III, ppkt 2, należało ocenić jako niepozostające ze sobą w związku, wobec czego w sytuacji, w której zaprzestano produkcji danej pozycji asortymentu wykonawca miał wybór w postaci możliwości powołania się na tą okoliczność, jak to uczynił Przystępujący lub zaoferowania wyrobu równoważnego, jak co do zasady postępował Odwołujący,

wskazując na koniec produkcji wyrobu wyłącznie gdy nie mógł znaleźć żadnego zamiennika dla nieprodukowanego już specyfiku. Pomijając na tym etapie rozważań porównywalność ofert nie można jednak było zarzucać Konsorcjum PGF, że pomimo dostępności na rynku leku równoważnego do wskazanego przez Zamawiającego w poz. 350 formularza cenowego skorzystało ono z innego, przewidzianego postanowieniami SIWZ uprawnienia.

Zarzut związany z brakiem porównywalności ofert z uwagi na przytoczone powyżej okoliczności także nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba zwróciła wprawdzie uwagę, że wykonawcy zasadniczo powoływali się na okoliczność związaną z brakiem produkcji wyrobu w różnych pozycjach formularza cenowego (za wyjątkiem poz. 200 i 481), co mogłoby rodzić wątpliwości odnośnie rzetelności ofert sporządzonych przez wykonawców (okoliczność braku produkcji wyrobu ma charakter obiektywny, wobec czego dane wynikające z obydwu ofert powinny być zbieżne, a nadto poddane weryfikacji Zamawiającego), tym niemniej Zamawiający umożliwił sobie porównanie ofert w inny sposób – wyzerował wszystkie pozycje w formularzach ofertowych, w których przynajmniej jeden z wykonawców powołał się na brak produkcji danego wyrobu. W konsekwencji Zamawiający

12

dokonał czynności, których zaniechanie zarzucał mu Odwołujący, czego dowodem jest załączona do protokołu Postępowania tabela.

Ze wszystkich powyższych względów Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji orzeczenia) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:

13