

WYROK
z dnia 23 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 20 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 115/115** protestu /protestów* z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Hurtownia Farmaceutyczna – Pretium Farm Sp. z o.o., 87-100 Toruń, Szosa Bydgoska 58** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155** na rzecz **LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, pok. 115, 02-326 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na dostawę preparatu rekombinowanego ludzkiego hormonu wzrostu do podawania w automatycznych wstrzykiwaczach (penach) (znak: ZZP–93/08). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE 2008/S 169-226742 z 02.09.2008 r.

15.09.2008 r. Wykonawca Lek S.A. ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, wniósł protest na ustalenie w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Wykonawcy Lek S.A. Zamawiający dokonał:

- 1) naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, tj. art.

- 2) naruszenia przepisów prawa obowiązującego we Wspólnotach Unii Europejskiej (zwanego w dalszej części protestu Prawem Wspólnotowym), tj. następujących przepisów Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE): art. 3 lit. g, k i p, art. 81, art. 82, art. 10, art. 12, art. 28 oraz naruszenia zasady bezpośredniego obowiązywania Prawa Wspólnotowego, zasady bezpośredniego skutku Prawa Wspólnotowego i zasady pierwszeństwa Prawa Wspólnotowego, a także naruszenia art. 13 Rozporządzenia Nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającego wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków („Rozporządzenie WE”);
- 3) naruszenie przepisów art. 6 i art. 9 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331, późn. zm.);
- 4) naruszenie przepisu art. 63 Prawa własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r., Nr 1117, poz. 119 z późn. zm.)

– i w związku z tym, protestujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wprowadzeniu w treści pkt 7 ogłoszenia o zamówieniu wymogu złożenia opisów (materiałów źródłowych) dotyczących bezpieczeństwa stosowania preparatów, częstości występowania ewentualnych powikłań i skuteczności terapii w każdym z refundowanych z budżetu państwa, ze środków NFZ, wskazań do terapii hormonem wzrostu tj. [1] „Leczenie niskorosłych dzieci z somatotropinową niedoczynnością przysadki (SNP) hormonem wzrostu”, [2] „Leczenie niskorosłych dziewcząt z Zespołem Turnera (ZT) hormonem wzrostu”, [3] „Leczenie niskorosłych dzieci z przewlekłą niewydolnością nerek (PNN) hormonem wzrostu”, [4] „Leczenie Dzieci z Zespołem Prader-Willi (PW) hormonem wzrostu.

Szczegółowe zarzuty Protestującego Lek S.A. to:

W ogłoszeniu o zamówieniu określono m.in. warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności jakie oświadczenia i dokumenty mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powołując się na § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) zażądał od wykonawcy m.in. potwierdzenia kopią właściwego dokumentu ważnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu na terenie RP lub pozwolenia wydanego przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską (art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne – Dz. U. z 2004 r., Nr 53, poz. 533 z późn. zm.) oraz dodatkowo, powołując się na przepis § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich

te dokumenty mogą być składane, Zamawiający wezwał do złożenia >>Opis (materiały źródłowe) dotyczące bezpieczeństwa stosowania preparatów, częstości występowania ewentualnych powikłań i skuteczności terapii, w każdym z refundowanych z budżetu państwa, ze środków NFZ, wskazań do terapii hormonem wzrostu, tj. „Leczenie niskorosłych dzieci z somatotropinową niedoczynnością przysadki (SNP) hormonem wzrostu”, „Leczenie niskorosłych dziewcząt z Zespołem Turnera (ZT) hormonem wzrostu”, „Leczenie niskorosłych dzieci z przewlekłą niewydolnością nerek (PNN) hormonem wzrostu”, „Leczenie Dzieci z Zespołem Prader-Willi (PW) hormonem wzrostu.<<. Zamawiający zaznaczył ponadto, że brak dokumentacji dotyczącej bezpieczeństwa w jakiegokolwiek z wymienionych grup chorych powoduje odrzucenie oferty.

Protestujący Lek S.A. podkreśla, że sformułowanie przez Zamawiającego warunku złożenia ww. opisu powoduje, że w postępowaniu ofertę mogą skutecznie złożyć wyłącznie podmioty oferujące jedyny aktualnie dostępny na rynku lek, tj. Genotropin.

15.09.2008 r. wykonawcy, w liczbie 3, złożyli 3 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a 16.09.2008 r. Zamawiający wystosował zaproszenia do każdego z trzech

wykonawców, do składania ofert i przekazał specyfikacje istotnych warunków zamówienia, zwane dalej specyfikacjami.

16.09.2008 r. Wykonawca Hurtownia Farmaceutyczna Pretium Farm Sp. z o.o., 87-100 Toruń, Szosa Bydgoska 58, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (po stronie Protestującego).

18.09.2008 r. Wykonawca Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (po stronie Zamawiającego).

18.09.2008 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający powołał się na poniższe argumenty:

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający dopuszcza preparaty posiadające „ważne pozwolenie na dopuszczenie do obrotu na terenie RP lub pozwolenie wydane przez Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską (art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45 poz. 271), a jednocześnie – zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia – Zamawiający ma prawo żądać opisu przedmiotu dostawy, gdyż zawarty w rozdz. 1 pkt 2.2 specyfikacji warunek dotyczy bezpieczeństwa

4

stosowania preparatów, częstości występowania ewentualnych powikłań i skuteczności terapii hormonem wzrostu, i w związku z powyższym mieści się w kryteriach określonych przepisami prawa.

Zamawiający ma przy tym bezwzględny obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa leczonych pacjentów. Na ten fakt zwracają bowiem uwagę nie tylko lekarze, ale przede wszystkim pacjenci i ich rodzice, a zgodnie z wymogiem wynikającym z art. 31 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.) lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania. W przypadku przedmiotu zamówienia obowiązek ten jest szczególnie istotny i to nie tylko z medycznego, ale także społecznego punktu widzenia, gdyż przedmiot zamówienia dotyczy leczenia dzieci.

W ocenie Zamawiającego żądanie złożenia przez wykonawców wiarygodnych danych (opis, materiały źródłowe) odnośnie bezpieczeństwa stosowania preparatu, częstości występowania ewentualnych powikłań po jego zastosowaniu i skuteczności zastosowanej terapii do każdego z czterech podanych wskazań jest w pełni uzasadnione.

Protestujący pomylił wyrażenie „dopuszczenie do obrotu” ze słowem „bezpieczeństwo”. Zamawiający w żadnym zakresie nie podważa dopuszczenia preparatu do obrotu w Polsce, lecz uwzględniając ryzyko związane z jednostkami chorobowymi objętymi czterema programami terapii hormonem wzrostu, wymaga danych dotyczących bezpieczeństwa zastosowanej terapii.

Uwzględniając istotę protestu Zamawiający oddalił w całości protest Wykonawcy Lek S.A.

Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert, do czego był uprawniony na podstawie art. 180 ust. 5 Pzp, i prowadził postępowanie dalej, jednak Zamawiający nie zawarł umowy w sprawie zamówienia, które jest przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę.

23.09.2008 r. Protestujący Lek S.A. wniósł odwołanie powołując się na te same przesłanki co w proteście.

26.09.2008 r. Wykonawca PGF zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

29.09.2008 r. każdy z wykonawców złożył ofertę (kolejność wg rankingu);

- 1) PGF Katowice – 10 017 050,88 zł;
- 2) HF Pretium Toruń – 10 666 741,68 zł;

3) Lek Stryków – 10 678 554,24 zł.

29.09.2008 r. Zamawiający wystosował żądanie uzupełnienia ofert o opisy/materiały źródłowe dotyczące bezpieczeństwa stosowania preparatu Omnitrope, częstości występowania ewentualnych powikłań i skuteczności terapii tym preparatem, w każdym z refundowanych z budżetu państwa, ze środków NFZ, wskazań do terapii hormonem wzrostu, tj. [2] „Leczenie niskorosłych dziewcząt z Zespołem Turnera (ZT) hormonem wzrostu”, [3] „Leczenie niskorosłych dzieci z przewlekłą niewydolnością nerek (PNN) hormonem wzrostu”, [4] „Leczenie Dzieci z Zespołem Prader-Willi (PW) hormonem wzrostu, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w treści rozdz. III ust. 2 pkt 2.2 specyfikacji. Natomiast w pierwszym wskazaniu – „Leczenie niskorosłych dzieci z somatotropinową niedoczynnością przysadki (SNP) hormonem wzrostu” – Zamawiający uznał przedstawione w ofercie materiały za wystarczające do spełnienia warunku.

09.10.2008 r. Wykonawca HF Pretium zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz złożonych dokumentów w postaci:

- 1) streszczenia Europejskiego Publicznego Sprawozdania Oceniającego (EPAR) Europejskiej Agencji Oceny Leków EMEA – złożonego przez Odwołującego na okoliczność dopuszczenia do obrotu preparatu Omnitrope oraz jego podobnej skuteczności, działania i bezpieczeństwa jak Genotropina;
- 2) pisma firmy IMS w sprawie wielkości obrotu poszczególnymi, wybranymi hormonami wzrostu na rynku w Polsce – złożonego przez Odwołującego na okoliczność wielkości obrotu i czasu obrotu preparatu Omnitrope;
- 3) pisma pani Elżbiety Łojek – złożonego przez Zamawiającego na okoliczność, że preparat Omnitrope wywołuje niepożądane skutki uboczne u chorego

– skład orzekający lzby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, wymienione w art. 187 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia zarzut naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez niewłaściwe ustalenie w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Rozpatrywane przez Izbę postępowanie było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, w tym trybie Zamawiający musi zawrzeć w ogłoszeniu opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i, zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 7 Pzp, Zamawiający musi zawrzeć w ogłoszeniu informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba podkreśla, że jednocześnie w każdym postępowaniu obowiązują przepisy art. 25 ust. 1 Pzp, które ograniczają możliwość żądania przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów do oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Ograniczenia tego przepisu są dopełnione przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Jak wynika z przytoczonych uregulowań problem zawartości ogłoszenia odnośnie kwestii określenia warunków udziału w postępowaniu, sposobu spełnienia i oceny spełnienia tych warunków jest bardzo szczegółowo unormowany, gdyż jest to bardzo istotny element

każdego prowadzonego postępowania. Niewłaściwe wypełnienie obowiązków zamawiającego w tym zakresie ma wpływ na wynik postępowania, co zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp jest przyczyną nieważności umowy, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania dotkniętego taką wadą.

Ponadto, zgodnie z art. 38 ust. 5 Pzp, zamawiający nie mają możliwości modyfikowania specyfikacji (w przypadku przetargu ograniczonego – ogłoszenia) w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Dlatego zamawiający muszą ze szczególną uwagą określać w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu.

Jednak w rozpatrywanym przypadku, w sekcji III.2.3 tiret drugie ogłoszenia Zamawiający – powołując się na § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – zażądał aby do oferty zostały złożone dokumenty cyt. „Opis [...] dotyczące bezpieczeństwa stosowania preparatów [...]”.

7

Jednocześnie Zamawiający nie określił wymagań ani warunków, które byłyby spełnione przez załączenie do oferty tych oświadczeń lub dokumentów. Takie zażądanie oświadczeń lub dokumentów bez określenia wymagań, na których spełnienie mają być złożone te dokumenty jest niezgodne z art. 25 ust. 1 Pzp, który brzmi: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.” oraz ze wstępem do rozwinęcia § 3 ust. 1 przytaczanego rozporządzenia. Przepis ten brzmi: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy [...] odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać [...]”.

Ponadto Zamawiający sformułował przedmiotowe żądanie w sposób bardzo nieprecyzyjny, tak że wykonawcy mogą nie wiedzieć jakiego opisu żąda Zamawiający. Czy może to być dokument prywatny wykonawcy, czy opis producenta, czy opis oficjalnej instytucji np. dopuszczającej leki do obrotu, czy opis zawarty w opracowaniu naukowym.

Również Zamawiający – żądając wspomnianego opisu – nie wskazał, co ma wynikać z żądanego opisu, a więc w przypadku załączenia do oferty opisu, z którego wynika, że preparat jest wprost szkodliwy dla pacjentów – Zamawiający nie będzie mógł odrzucić takiej oferty. Można również podkreślić, że pod koniec rozpatrywanej jednostki redakcyjnej, Zamawiający użył wyrazu „dokumentacja” po raz pierwszy i nie sprecyzował o jaką dokumentację Mu chodzi, mimo że brakowi dokumentacji nadał rygor odrzucenia oferty.

Wreszcie Zamawiający zakończył rozpatrywaną jednostkę redakcyjną równoważnikiem zdania cyt. „Do potwierdzenia kopią dokumentu.”. Wprowadzając nic nie znaczące postanowienie, Zamawiający pokazał, że zbytnia lakoniczność Jego wypowiedzi, prowadząca do zaburzenia możliwości zrozumienia tekstu na niezbędnym poziomie precyzji nie wynika z zamiaru oszczędnego dysponowania ograniczonym w ogłoszeniu miejscem, ale nieuzasadnionego przeświadczenia, że to wykonawcy muszą zrozumieć sformułowania Zamawiającego. Na odwrót, to każdy zamawiający musi podchodzić do swoich obowiązków wynikających z ustawy z należytą starannością i musi opracować treść ogłoszenia, a także każdego swojego wystąpienia, w sposób jednoznaczny i na tyle dokładny, aby każdy odbiorca, stosując się do dyspozycji zawartych w enuncjacjach zamawiającego, mógł wykonać właściwie wszystkie oczekiwane zachowania.

Te rozważania mają szczególne znaczenie w przypadku ogłoszenia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, w którym w początkowym etapie prowadzenia procedury nie ma zastosowania art. 38 ust. 1 Pzp regulujący kwestie instytucji wyjaśnień treści specyfikacji. Nie są przedmiotem rozważań podobne sytuacje w innych trybach.

Również te rozważania mają specjalne znaczenie w przypadku stawiania przez zamawiającego wymagań i warunków, do których potwierdzenia spełnienia Zamawiający

8

musi żądać innych dokumentów niż wymienione w § 1 ust. 1 przytaczanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane. Obecnie, do rudymenarnych warunków, stawianych na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp, zamawiający podchodzą z pewną dozą dezynwoltury, gdyż nie pojawiają się wśród wykonawców wątpliwości dotyczące treści takich dokumentów, celu ich żądania i sposobu oceny spełnienia warunków, ze względu na: szczegółowe unormowania prawne, powszechność stosowania tych warunków, bogate orzecznictwo i wyczerpujące omówienie w doktrynie. Ta możliwość odstąpienia od wyczerpującego omówienia warunków i sposobu oceny ich spełnienia nie może odnosić się do warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp oraz wymagań zamawiającego, do których to warunków i wymagań zamawiający żąda przedstawienia oświadczeń i dokumentów, które są wymienione w § 1 ust. 2 i 3 oraz w § 3 wymienionego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Izba zauważa też, że w rozpatrywanym ogłoszeniu Zamawiający nie określił sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, czym naruszył dyspozycję zawartą na końcu punktu 6 w art. 48 ust. 2 Pzp. Zamawiający tylko zaznaczył, bez należytej ścisłości sformułowania, że będzie oczekiwał załączenia do oferty bliżej niesprecyzowanej dokumentacji, co w ekstremalnym rozumieniu tego postanowienia ogłoszenia oraz specyficznego rozumowania wykonawcy mogłoby doprowadzić do sytuacji konieczności wybrania preparatu mającego wprost szkodliwy wpływ na chorych i to nawet udokumentowany i przedstawiony przez wykonawcę w ofercie.

Podsumowując rozważania należy stwierdzić, że zamawiający nie może tylko oczekiwać zrozumienia swoich zamiarów, warunków czy wymogów, ale musi je sformułować w sposób dostatecznie zrozumiały dla odbiorcy. Szczególnie musi nad tym czuwać w przypadku sformułowań publikowanych w ogłoszeniu, do którego nie ma zastosowania art. 38 ust. 1 Pzp oraz w treściach, do których odnosi się zakaz modyfikacji specyfikacji sformułowany w art. 38 ust. 5 Pzp. Zamawiający ponadto musi dokonać takiej szczególnej weryfikacji treści ogłoszenia w przypadku, gdy zostaną wysunięte do treści ogłoszenia zastrzeżenia ze strony wykonawców zawarte w pytaniach czy w protestach.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający ustalił, w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jest to element postępowania, którego nie można modyfikować, a już w szczególności po złożeniu ofert – jak miało to miejsce w rozpatrywanym postępowaniu – dlatego Izba stwierdza, że postępowanie podlega

9

unieważnieniu, zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż Zamawiający naruszył przepisy art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp, przez podanie wymogu bez określenia go, a w zwłaszcza bez zamieszczenia w ogłoszeniu opisu sposobu dokonywania oceny tego wymogu. Ponadto Zamawiający naruszył przepis art. 48 ust. 2 pkt 7 Pzp, gdyż Zamawiający zawarł w ogłoszeniu całkowicie nieprecyzyjną informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z informacji tej wykonawcy nie mogą się dowiedzieć o jakie dokumenty chodzi zamawiającemu. Zamawiający naruszył także art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zażądał od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania w sposób tak nieprecyzyjny, że wykonawcy mogli nie wiedzieć o jakie dokumenty chodzi zamawiającemu. Również w związku z tak nieprecyzyjnym postawieniem wymagań w sekcji III.2.3 tiret 2 ogłoszenia, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 Pzp, gdyż postawienie nieściśłego warunku utrudnia uczciwą konkurencję, a wykonawcy nie mogą złożyć z niezbędną pewnością oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W związku z utrudnieniem w ogłoszeniu uczciwej konkurencji została naruszona przez Zamawiającego zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp – przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przeprowadzenie postępowania z takimi uchybieniami nie może doprowadzić do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, dlatego zarzut w tym zakresie jest również zasadny.

Izba oddala zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zarzut nie został dowiedziony. Jest rzeczą

bezsporną, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 32 ust. 2 Pzp). Natomiast żaden przepis nie zabrania zamawiającemu łączenia przedmiotu zamówienia w większą całość, aby uzyskać cele inne niż uniknięcie stosowania przepisów ustawy.

Podobnie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający – w sposób niezgodny z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp – sformułował warunek posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, dlatego zarzut Odwołującego w tym zakresie podlega oddaleniu.

Wobec możliwości orzeczenia co do istoty sprawy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Izba nie rozpatruje zarzutów naruszenia przepisów prawa obowiązującego we Wspólnotach Unii Europejskiej. Podobnie, w związku z unormowaniami art. 179 ust. 1 i art. 187 ust. 4 pkt 1 Pzp określającymi ściśle kognicję Izby, Izba nie rozpatrzyła zarzutów dotyczących naruszenia innych ustaw przez Zamawiającego.

10

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający formułując ogłoszenie w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych naruszył przepisy w sposób na tyle istotny, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i w związku z tym podlega unieważnieniu.

W zakresie pism złożonych przez strony, Izba stwierdza, że nie dotyczą one bezpośrednio zarzutów protestu rozpatrywanych przez Izbę i skład orzekający nie wziął tych dokumentów od uwagi podczas wydawania wyroku. Izba podkreśla również, że – zgodnie z art. 188 ust. 1 zdanie 2 Pzp – strony mogą przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy. Wniosek dowodowy z informacji uzyskanej z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych na okoliczność przedstawienia informacji o dopuszczonych do obrotu produktów leczniczych rekombinowanego ludzkiego hormonu wzrostu zawierających molekułę Somatropin wraz z informacją o wskazaniach i dostosowaniach każdego produktu oraz informacją o ewentualnym wstrzymaniu ich w obrocie oraz na okoliczność wykazania produktów, które mogą brać udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec stwierdzenia Zamawiającego, że sprawa jest bezsporna – został oddalony.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 20 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

11

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) na niniejszy wyrok /postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić

