

Sąd Okręgowy w Krakowie
Wydział XII Gospodarczy-Odwoławczy
31-547 Kraków, ul. Przy Rondzie 7

Sygn. akt I inst: KIO 279/14 - 2 jKory
Sygn. akt XII Ga 211/14

20tt -09- 0 1

Urząd Zamówień P
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa

i 00156460

, -

Sąd Okręgowy zwraca akta po rozpoznaniu skargi.
W załączeniu odpis orzeczenia z uzasadnieniem.

W załączeniu akta związkowe o sygn.-----

Kraków, dnia 25/08/2014r.

W zastępstwie
PRZEWODN
Wydziału XII Gosp
Sądu Okręg

Sygn. akt XII Ga 211/14

lwoławczego

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2014 roku

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy w

następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia[^] SO Agata Pierożyńska (spr.)

Sędzia: SO Robert Jurga

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2014 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Hurtowni Farmaceutycznej Ismed spółki jawnej mgr farm. Janina Gierłowska Andrzej Gierłowski w Otwocku

z udziałem zamawiającego Centrum Onkologii Instytutu im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie

przy uczestnictwie StorkPharm Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi skarżącego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 279/14

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego koszty postępowania skargowego w kwocie 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych).

Uzasadnienie wyroku z dnia 8 maja 2014 r.

W dniu 13 grudnia 2013 r. w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie zamawiającego (ogłoszenie dodatkowych informacji 27.12.2013 r.) z terminem składania ofert wyznaczonym na dzień

15.01.2014 r. Na stronie internetowej zamawiającego opublikowano SIWZ, w tym w punkcie 3.3 ZADANIE NR 35 => imatinib 0,1x60 tabl., 0,4 x 30tabl.; 5.2 warunki udziału 2.A.e określenie ceny produktów leczniczych wpisanych na listę leków refundowanych; 2.A.f wycena na podstawie wykazu leków refundowanych; 5.2.2.B leki dostępne w ramach programu lekowego: 5.2.2.C leki stosowane w chemioterapii wg wykazu na dzień 1.5.2012 r. Zostały w zakresie tego zadania zgłoszone oferty dwóch podmiotów: Hurtowni farmaceutycznej Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku oraz Storkpharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę zgłoszona przez Storkpharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie z ceną 165.661,20 zł. Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty datowane jest na 5.02.2014 r. z terminem zawarcia umowy oznaczonym na dzień 17.02.2014 r. Po złożeniu ofert zostało wystosowane w dniu 21 stycznia 2014 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień. Spółka Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku oświadczyła, iż na dzień tworzenia SIWZ jedynym

produktem spełniającym wskazania wykazu B w ramach programu lekowego spełniał Glivec Novartis, zaś spółka Storkpharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie złożyła oświadczenie, że zgodnie z aktualnie obowiązującym Obwieszczeniem Ministra Zdrowia ogłoszonym w dniu 23.12.2013 r. na dzień 1.01.2014 r. Imatinib Polfa znajduje się w wykazie w zał. C - Leki stosowane w chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym - zaoferowane produkty spełniają wymagania SIWZ. Na dzień otwarcia ofert obowiązywało obwieszczenie z 23.12.2013 r.

Odwołujący Ismed spółka jawna mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku odwołała się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w toku wyboru oferty w zadaniu 35 w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków nr ZP-271-113/13 zarzucając:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści pkt 3f SIWZ w sytuacji, w której czynność odrzucenia oferty w wypadku istnienia ku temu jednoznacznych przesłanek, nie jest zależna od uznania zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy w tym w szczególności przepisami pzp oraz ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych w ten sposób, że zamawiający dokonał wyboru oferty poza wymaganiami refundacyjnymi określonymi w przepisach prawa i SIWZ w sytuacji, w której z mocy art. 89 ust. 1 pkt 1 obowiązany był odrzucić ofertę,
- naruszenie art. 91 ust. 1 pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia kryterium określonego w pkt 3f SIWZ i w rezultacie dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu jako niezgodnej z SIWZ,
- naruszenie art. 7 ust. 3 pzp przez wybór oferty w sposób niezgodny z przepisami prawa w ten sposób, że oferta Storkpharm sp.z o.o. nie została wybrana zgodnie z przepisami ustawy,
- naruszenie art. 7 ust. 1 pzp przez niezapewnienie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w postępowaniu w związku z wyborem oferty niespełniającej warunków z pkt 3f SIWZ wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jako oferty najkorzystniejszej, która wybrana została mimo konieczności odrzucenia ze względu na niezgodność z SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że Imatinib jest lekiem stosowanym m.in. w leczeniu GIST w ramach tzw. Programu lekowego. Szpital jest uprawniony do stosowania programu leczenia nowotworów GIST i refundacji imatinibu tylko w wypadku podpisania z NFZ umowy. Zgodnie z art. 135 ustawy z dn.27.08.2004 o świadczenie opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych są jawne i publikowane na stronach NFZ. Warunki włączenia chorych do konkretnych programów lekowych

leków wynikają z opisów stanowiących załączniki do obwieszczeń Min.Zdr. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Zamawiający - zgodnie z informacjami jawnymi - uprawniony jest do realizacji programu lekowego GIST za pomocą Imatinibu. Z analizy umów wynika, że zamawiający używa Imatinibu tylko do leczenia GIST (umowa 061/100036/ SZP/05/2014 w zakresie leczenia szpitalnego lekami imatinibum i sunitinibum). W celu realizacji programów lekowych ogłoszono przetarg m.in. na dostawę imatinibu (zadanie 35). W świetle umów zawartych przez zamawiającego imatinib będzie używany do realizacji programów leczenia GIST - żadna z umów nie obejmuje używania imatinibu w innych celach. Zastosowanie imatinibu do leczenia GIST potwierdzają charakterystyki produktów leczniczych. Imatinib jest stosowany zgodnie ze wskazaniami do leczenia przewlekłej białaczki szpikowej ale zamawiający używa go jedynie do leczenia GIST. Zamawiający w ogóle nie prowadzi leczenia przewlekłej białaczki szpikowej. Dlatego ogłoszony przetarg i złożona oferta dotyczyły dostawy imatinibu w celu leczenia GIST. Z załącznika do wykazu leków refundowanych wynika, że jedynym lekiem refundowanym zawierającym imatinib jest GLIVEC. Lek imatinib Polfa nie jest wymieniony w załączniku do wykazu. Nie spełnia on więc określonych w SIWZ wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia - pkt 3f SIWZ : wykonawca spełni warunek, jeśli oferowany przedmiot oferty będzie - pod rygorem odrzucenia oferty spełniał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ i spełni wymagania dot.wyceny określone w zał. 2 „Wykaz refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r. część B- Leki dostępne w ramach programu lekowego i część C-Leki stosowane w chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym Obwieszczenia Min.Zdr. z dn.25.4.2012 r. w sprawie refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1.5.2012 r. Produkt leczniczy Imatinib Polfa nie znajduje się na tych listach. Storkpharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie złożyła ofertę na dostawę Imatinib Polfa a Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku na dostawę leków Glivec. Imatinib na GIST nie może być stosowany w chemioterapii - mogą być stosowane tylko substancje lecznicze określone w Wykazie substancji czynnych stosowanych w chemioterapii stanowiących załącznik nr 2 do rozporządzenia Min.Zdr. z dn. 29.08.2009 r. Leki te są przypisane do konkretnego schorzenia. Świadczenie chemioterapii standardowej może być realizowane przez zakłady lecznicze posiadające umowę z NFZ na realizację świadczeń w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapia. W dniu ogłoszenia przetargu imatinib nie był w ogóle stosowany w chemioterapii - w zał.nr ln nie uwzględniono imatinibu jako substancji podlegającej refundacji w ramach leczenia chemioterapią. Dlatego produkty oferowane przez Storkpharm nie mogły być przeznaczone do chemioterapii. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp - zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność oferty z SIWZ ma miejsce w szczególności, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i in.elementów dot.wykonania przedmiotu zamówienia (KIO 788/11 wyrok z dn.28.04.2011). Niezgodność treści oferty z SIWZ ma miejsce wtedy, gdy nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego (KIO 997/11 wyrok z dn.26.05.2011). Na dzień ogłoszenia przetargu jedynym lekiem zawierającym substancję czynną

imatinibum dostępnym w ramach programu lekowego i spełniającym wymogi SIWZ był Glivec. Zgodnie z ustawą o refundacji leków zamawiający ma obowiązek nabywania produktów leczniczych po cenach i w zakresie refundacji. W związku ze sprzecznością czynności zamawiającego z ustawą i w zw. z brakiem możliwości prawnej zaoferowania imatinibu na leczenie GIST poza refundacją, zamawiający nie może zawrzeć umowy ze Storkpharm, gdyż umowa taka na podstawie art. 59 k.c. byłaby nieważna. Oferta Storkpharm nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 pzp - zamawiający naruszył ten przepis. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 pzp poprzez wybór oferty sprzecznej z SIWZ, które sam określił.

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2014 r. w sprawie KIO 2285/12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążając odwołującego Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku. U pisemnych motywach wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odwołanie podlega oddaleniu albowiem zarzuty w nim zawarte nie zasługują na uwzględnienie. Prowadząc przetarg na dostawę leku w roku 2014 (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 stycznia 2014 r. - ogłoszenie o wyniku z dnia 10 lutego 2014 r.), którego uczestnikiem był odwołujący i którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jednoznacznie podał, że przedmiotem dostawy jest „Lek Imatynib program lekowy” i tym samym przedmiotem dostawy mógł być tylko lek Glivec. Takiego zastrzeżenia co do Programu lekowego nie zawarto w przetargu niniejszym. W punkcie 5.2.3. lit.e specyfikacji zamawiający podając zasady określania cen oferowanych leków pośrednio wskazał, aby zaoferowane produkty lecznicze były wpisane na listę leków refundowanych, jednakże nie wskazał jednocześnie w jakiej dacie taki wpis miał nastąpić. Z kolei punkt 5.2.3. lit.f specyfikacji dotyczy podstaw wyceny oferowanych leków, w którym powołano tylko dla potrzeb wyceny załącznik nr 2 „Wykaz refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r. oraz wskazano na część „B.Leki dostępne w ramach programu lekowego” i „część C.Leki stosowane w chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym w Obwieszczeniu ministra zdrowia z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków (...) na dzień 1 maja 2012 r.(...). Ten punkt specyfikacji stanowił o podstawach wyceny, a nie o datach, w których dany lek został zamieszczony w wykazie leków i odnosił się ogólnie do cen leków (w ramach programu lekowego lub stosowanych w chemioterapii), a nie do leków oferowanych w ramach danego zadania. Wykonawca w okolicznościach faktycznych sprawy nie może po złożeniu oferty interpretować wymagań (w tym przypadku w odniesieniu do programu leczenia GIST) w dostosowaniu do przyjętych w jego ofercie. Usuwanie ewentualnych wątpliwości powinno co do zasady następować w trybie zapytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 pzp, w sytuacji gdy wykonawca uznaje, że dane postanowienie (w tym wypadku przeznaczenie leku) może być rozumiane co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko ten tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji. Każdy zwrot użyty w specyfikacji powinien być rozważany w kontekście danego stanu faktycznego, a w tym przypadku także prawnego. Dla rozumienia pewnych nieo określonych pojęć nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dane zamówienie jest niewątpliwie dedykowane przede wszystkim profesjonalistom. Jak stwierdził odwołujący, lek który oferuje może być wykorzystywany tylko w Programie leczniczym GIST - część B.

Obwieszczenia, a nie może być zastosowany jako lek z cz.C. Wymagania specyfikacji (lit.5.2.3. e i f) nie dowodzą, że w tym postępowaniu możliwe było zaoferowanie tylko leku Glivec z uwagi na jego przeznaczenie do leczenia GIST. W dniu 6 grudnia 2013 r. został opublikowany komunikat Ministerstwa zdrowia o objęciu od dnia 1 stycznia 2014 r. refundacją leku Imatynib Polfa w leczeniu przewlekłej białaczki szpikowej i zaawansowanego włókniakomięsaka guzowego skóry oraz podana została informacja o jego zawartości substancji czynnej. Lek ten został następnie ujęty w Wykazie refundowanych leków (...) stanowiącym załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2013 r. W ogłoszeniu z dnia 12 grudnia 2013 r. termin składania ofert został wyznaczony na dzień 15 stycznia 2014 r. Zamawiający jest jednostką medyczną, w której leczone są także oprócz GIST inne przypadki, np. nieoperacyjne guzowe włókniakomięsaki skóry i do leczenia tego typu schorzeń wykorzystywany jest Imatynib Polfa.

Wyrok został zaskarżony skargą przez wykonawcę Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska-A.Gierłowski w Otwocku. Skarżący zaskarżając wyrok w całości, zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp w zw. z art. 192 ust. 2 pzp przez uznanie, że oferta sprzeczna z listą refundacyjną z dnia 1 lipca 2012 r. albo nieopowiadająca warunkom z tej listy nie uzasadnia odrzucenia oferty, pomimo że SIWZ odsyła jednoznacznie do listy refundacyjnej z dnia 1 lipca 2012 r., zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy, w tym szczególności z przepisami pzp oraz ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, wybór oferty poza wymaganiami refundacyjnymi określonymi w przepisach prawa oraz w SIWZ, którą z mocy art. 89 ust. 1 pkt 1 zamawiający obowiązany był odrzucić,
- art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 192 ust. 2 pzp przez uznanie, że oferta najkorzystniejsza jest oferta, która nie spełnia kryterium określonego w pkt 5.2.3. f SIWZ i w rezultacie podlegającej odrzuceniu jako niezgodnej z SIWZ, i w efekcie nieuwzględnienie odwołania mimo przesłanek ustawowych do jego uwzględnienia,
- art. 7 ust. 1 i 3 pzp przez wybór oferty w sposób niezgodny z przepisami prawa w ten sposób, że oferta Storkpharm sp.z o.o. nie została wybrana zgodnie z przepisami ustawy, przez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w postępowaniu w związku z wyborem oferty niespełniającej warunków z pkt 3f SIWZ wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jako oferty rzekomo najkorzystniejszej, która wybrana została mimo konieczności odrzucenia ze względu na niezgodność z SIWZ, uznanie że możliwe jest dokonywanie oceny produktów leczniczych w oparciu o różne listy refundacyjne, tj. różne poziomy refundacji produktów leczniczych, co jest w oczywisty sposób sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania i w efekcie nieuwzględnienie odwołania,
- art. 93 ust. 1 pzp przez nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, w której zamawiający był obowiązany do unieważnienia postępowania,
- art. 190 ust. 1 i 7 pzp przez brak dokonania rzetelnej oceny wiarygodności i

mocy dowodowej zebranych dowodów w oparciu o całość zebranego w sprawie materiału dowodowego w szczególności w związku z dokonaniem błędnych ustaleń faktycznych zakresie pkt 5.2.3. f SIWZ oraz oceny produktów leczniczych na podstawie różnych list refundacyjnych,

- art. 191 ust. 2 pzp przez nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, w której niezgodność wybranej w przetargu oferty została udowodniona przez skarżącego,
- art. 192 ust. 2 pzp przez nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, w której naruszenie przepisów ustawy było oczywiste i miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,
- art. 192 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp przez nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, w której odwołanie do nieobowiązujących list refundacyjnych jako podstawy ustalenia ceny narusza w sposób oczywisty art. 29 ust. 1 pzp, nie pozwalając na uwzględnienie aktualnej listy jako podstawy wyceny oferowanych produktów.

W oparciu o te zarzuty odwołujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku KIO przez uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru dokonania najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 35 w przetargu ZP-271-113/13

Zamawiający i przystępujący wykonawca wniósł o oddalenie skargi za przyznaniem kosztów procesu podnosząc prawidłowość rozstrzygnięcia KIO.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Skarga jest niezasadna a podniesione zarzuty nie mogą podważyć prawidłowości rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

Kwestią kluczową dla oceny rozstrzygnięcia jest wskazanie przepisów regulujących przedmiot zamówienia jako miarodajnych na datę

przygotowania ogłoszenia w postępowaniu z zamówienia publicznego oraz na datę zamknięcia ofert. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2012 r., przy czym przedmiot zamówienia obejmował zakup leków zawierających substancję czynną imatinib w roku 2014. Jak wynika z akt sprawy zamawiający zawarł umowę z NFZ w dniu 26 stycznia 2014 r. o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej leczenie szpitalne chemioterapia z aneksem 2/2014. Umowa ta obowiązuje od dnia 1 stycznia 2014 r. (§ 3) i obejmuje realizację świadczeń w zakresie chemioterapii standardowej- załącznik nr 1 Plan rzeczowo-finansowy => chemioterapia w warunkach ambulatoryjnych z zakresem skojarzonym, chemioterapia w trybie jednodniowym z zakresem skojarzonym, chemioterapia hospitalizacja z zakresem skojarzonym, załącznik nr 2 Leczenie szpitalne - chemioterapia jak w zał.nr 1. Co istotne Zarządzenie 7/2014/DGL Prezesa NFZ z dnia 13 lutego 2014 r. wprowadza

możliwość leczenia imatinibem w ramach chemioterapii standardowej (pkt 77 załącznika). Faktem notoryjnym jest, iż od początku 2014 r. w ramach chemioterapii standardowej do refundacji miały być włączone inne leki niż skarżącego zawierające imatynib - w szczególności Imatynib Polfa. W tej sprawie decyzja została podjęta przez Ministra Zdrowia w dniu 4 grudnia 2013 r. Lek ten objęty został refundacją we wskazaniu Przewlekła białaczka szpikowa i Zaawansowany włókniakomięsak guzowaty skóry. Należy również przytoczyć odmienną treść ogłoszenia i SIWZ w ramach ZP-271-113/13 oraz ogłoszenia i SIWZ ZP-271-9/2014 z załącznikiem nr 1a do SIWZ 9/2014 - oferta część szczegółowa, kopia umowy ZP-272-45/14 z dnia 6 lutego 2014 r. zawartą pomiędzy skarżącym a zamawiającym, gdzie ogłoszenie z dnia 27 stycznia 2014 r. 30180-2014 odnosiło się do „Lek Imatynib program lekowy pkt 3 f)B - leki dostępne w ramach programu lekowego, C - leki stosowane w chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym Obwieszczenia Min.Zdr. z dn.25.4.2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1.5.2012 r., załącznik nr 1a do SIWZ określał przedmiot jako lek Imatynib program leków dot. leczenia GIST (nowotwory podścieliskowe przewodu pokarmowego) i DFSP (włókniakomięsak guzowaty skóry). ogłoszenie z dnia 10 lutego 2014 r. 45708 - 2014 - określało przedmiot zamówienia jako Lek Imatynib program lekowy. Zawarta umowa ZP-272-45/14 z dnia 6 lutego 2014 r. pomiędzy Centrum Onkologii Instytut im.M.Skłodowskiej-Curie a Hurtownią Farmaceutyczną Ismed sp.j. mgr farm.J.Gierłowska - A.Gierłowski w Otwocku określała, w § 1, iż

przedmiotem umowy jest dostawa leków w zakresie Lek Imatynib program lekowy.

Przechodząc do zarzutów naruszenia przepisów ustawy pzp, Sąd Okręgowy ich nie podziela.

Do postępowania skargowego mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, stąd należy podnieść, iż ocena przeprowadzona przez Krajową Izbę Odwoławczą jest w pełni prawidłowa. Można w tym miejscu odnieść się do zasady swobodnej oceny dowodów statuowanej przez art. 233 § 1 k.p.c. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 marca 2008 r. I ACa 953/07 Lex nr 466440, skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd zasady swobodnej oceny dowodów wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął to sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000 nr 17, poz. 655). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej

oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 września 2012 r. I ACa 568/12). Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności strona winna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 13 września 2012 r. I ACa 445/12). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 17 maja 2012 r. I ACa 31/12). Sąd pierwszej instancji ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych. Reguła ta, współokreślająca granice swobodnej oceny dowodów, nie będzie zachowana wtedy, gdy wnioski wyprowadzone przez Sąd przy ocenie dowodów nie układają się w logiczną całość zgodną z doświadczeniem życiowym, lecz pozostają ze sobą w sprzeczności, a także, gdy nie istnieje logiczne powiązanie wniosków z zebranych w sprawie materiałem dowodowym (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 kwietnia 2012 r. I ACa 285/12). Same, nawet poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c., nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r. I UK 347/11). W ocenie Sądu Okręgowego skarżący w niniejszej sprawie w żaden sposób nie podważył w skardze korelujących z dowodami zebranymi w sprawie ustaleń faktycznych KIO, która w sposób logiczny wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z jakich przesłanek wysnuła swe wnioski oraz na jakich przesłankach się oparła, co stanowi podstawę do przyjęcia tych ustaleń przez Sąd Okręgowy za własne.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy pzp wprowadza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 7 ustawy pzp). Realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez właściwy opis przedmiotu zamówienia nie powinna jednak naruszać interesów zamawiającego i przesłaniać obiektywnych kryteriów tej czynności. Oznacza to, że fakt, iż również inne podmioty gospodarcze są w stanie w określonym stanie faktycznym i

prawnym zrealizować przedmiot zamówienia nie powinno być automatycznie kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wyrazem tego jest orzeczenie KIO z dnia 17 stycznia 2008 roku zgodnie, z którym zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez dany podmiot, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum (Paweł Banasik Zasada uczciwej konkurencji i traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego}. Zgodnie z art. 22 ustawy opis sposobu oceny spełniania warunków to konkretyzacja dozwolonych warunków udziału w postępowaniu. Podanie opisu pozwala na ocenę przez wykonawcę, czy spełnia on warunki dookreślone przez zamawiającego i może się ubiegać o udzielenie zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków powinien zapewniać przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Przepis art. 22 ust. 4 posługuje się nakazem takiego dokonywania opisu, aby był on związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny. Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko - jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Takiego powiązania dokonał w tym postępowaniu zamawiający opierając się na wskazanych kryteriach przede wszystkim odnoszących się co sposobu określenia ceny oraz danego leku, którego cena musi odpowiadać standardom wyznaczanym przez zasady odnoszące się do refundacji leków. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nienadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym wypadku najniższej ceny.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do

wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 29 ustawy PZP). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo działalnością danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego". Nie można podzielić argumentacji, która prowadziłaby do przyjęcia wniosku, jakoby zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w art. 29 ust. 2 ustawy pzp miały być postrzegane w taki sposób, że zamawiający obowiązany jest dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, by przedmiot ten odpowiadał wykonawcy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy przedmiot zamówienia posiada obiektywne cechy i właściwości a zamawiający miałby tak kształtować postępowanie, by tworzyć fikcję innego przedmiotu zamówienia dla umożliwienia wykonawcom świadczenia usług, w tym świadczenia ich po określonej cenie (tak wyrok KIO w sprawie KIO 1399/12).

Nie może uchodzić z pola widzenia okoliczność, że jak wskazano na wstępie, z dniem 1 stycznia 2014 r. zmieniła się w sposób istotny lista leków

refundowanych. Został bowiem do niej włączony lek oferowany przez wykonawcę Storkpharm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie, a fakt ten był wiadomym już na początku miesiąca grudnia 2013 r., kiedy decyzję taką podjął Minister Zdrowia. Na datę zamknięcia ofert, lek Imatynib Polfa był lekiem refundowanym, który spełniał wymogi określone w wykazie co do sposobu obliczenia ceny, podobnie jak lek Glivec. Wszelkie wątpliwości, jakie miał skarżący winny były być zgłoszone w toku postępowania przetargowego w trybie art. 38 pzp, czego skarżący zaniechał. Tak przedmiot jak i opis warunków dokonany został zgodnie z zasadami konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem zasadnicze granice wyznaczają tutaj przepisy obowiązujące, co do których stosowania zobligowany jest tak zamawiający jak i wykonawcy. Nie można poprzez postawienie zarzutu prowadzenia postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wymagać od zamawiającego,

aby pomijał w postępowaniu przepisy, które zobowiązany jest stosować. Możliwość ustalenia ceny na niższym poziomie, zgodnie z obowiązującym wykazem leków refundowanych, którego warunki co do sposobu wyliczenia ceny spełniają oba leki, nie wynika z woli zamawiającego, ale wprost z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa (wyrok KIO w sprawie KIO 2583/11). W pełni słuszna jest konstatacja Krajowej Izby odwoławczej, iż punkt 3 odnosił się do sposobu ustalenia ceny leku. Należy tutaj z całą mocą podkreślić, iż formalizm ustawy ma służyć zasadniczo celowi, jakim jest kontrola wydatkowania środków publicznych na określone produkty czy usługi, w tym wypadku na leczenie pacjentów onkologicznych. Formalizm ten nie może być traktowany przeto jako wartość sama w sobie. Jeżeli z treści ogłoszenia wynika cel, jakiemu zamawiane leki mają służyć, zamawiający podpisał umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia na ten typ leczenia, jaki opisany jest w zamówieniu, a oferowany lek spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ, a przede wszystkim co do sposobu skalkulowania ceny, to zasadniczy i główny cel przepisów ustawy jest zachowany w pełni. Brak jest podstaw dla kwestionowania prawidłowości przeprowadzonego postępowania tak na etapie ogłoszenia, jak i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Sąd Okręgowy nie znalazł przeto podstaw do zakwestionowania rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, która w sposób prawidłowy przeprowadziła postępowanie w sprawie, nie znajdując podstaw do wzruszenia tego orzeczenia. Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił skargę jako bezzasadną na zasadzie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 198 a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o kosztach orzekając zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.