

Sygn. akt: KIO/UZP 458/09

KIO/UZP 460/09

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **16 kwietnia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17;

B. GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189;

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137** protestów:

A Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 z dnia 24 marca 2009 r.

B GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189 z dnia 24 marca 2009 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, xxx - po stronie zamawiającego

orzeka:

1a. Uwzględnia odwołanie Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 3 oraz w formularzu ofertowym poprzez określenie jakie rodzaje heparyn zamawia poprzez odniesienie do ich nazw międzynarodowych oraz wskazał, na podstawie dotychczasowego zapotrzebowania, ilość dawek w poszczególnych rodzajach,

1b. Uwzględnia odwołanie GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 3 oraz w formularzu ofertowym poprzez określenie jakie rodzaje heparyn zamawia poprzez odniesienie do ich nazw międzynarodowych oraz wskazał, na podstawie dotychczasowego zapotrzebowania, ilość dawek w poszczególnych rodzajach,

2. Kosztami postępowania obciąża **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17,**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **2 287 zł 00gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137** na rzecz **Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

- B** kwoty **2 287 zł 00gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137** na rzecz **GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym~~
- ~~**A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**~~
- ~~**B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **12 713zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na **Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17,**
- B** kwoty **12 713zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na **GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i sukcesywną dostawę heparyn drobnocząsteczkowych zostało wszczęte przez zamawiającego - Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, ul. Wołoska 137 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2009r. za numerem 2009/S 49-071076. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu publicznym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zostały zamieszczone na stronie zamawiającego www.cskmswia.pl.

W dniu 24 marca 2009r. na treść siwz wniósł protest Sanofi-Aventis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 – zwany dalej odwołującym nr 1 zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co powoduje, że wykonawcy nie

wiedzą, jaki lek jest przedmiotem zamówienia, a nadto poprzez nieokreślenie ilości zamówienia, co stanowi podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż prowadzi do zawarcia nieważnej umowy z rozumieniu art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Wskazał, że działanie zamawiającego prowadzi do preferowania wykonawców oferujących heparyny o większej ilości jednostek międzynarodowych w dawce, utrudniając dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym heparynę o niższej zawartości jednostek międzynarodowych. Wniósł o powtórzenie czynności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o racjonalne pod względem medycznym, ekonomicznym i obiektywnym normy poprzez określenie nazw międzynarodowych leków, a także wielkości (ilości) zamawianych produktów leczniczych na podstawie dotychczasowych potrzeb terapeutycznych zamawiającego. W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający wymaga wyceny jednej jednostki międzynarodowej heparyny drobnocząsteczkowej oraz wskazanie zaoferowanych dawek we wskazanych przedziałach. Na rynku polskim dostępnych jest kilka preparatów z tej grupy leków spełniających kryteria opisu przedmiotu zamówienia, ale każdy z nich zawiera inną substancję czynną, inne spektrum działania oraz inne dawkowanie. Rozpiętość przedziałów jednostek międzynarodowych sięga nawet 3000 j.m. Ilość jednostek międzynarodowych ma przełożenie na cenę 1 ampułki leku, ale nie ma przełożenia na rzeczywistą cenę zakupu dawki terapeutycznej, kosztu terapii i ilości. Parametr jednostka międzynarodowa nie powinien służyć do porównania merytorycznego czy ekonomicznego produktów medycznych, gdyż po podaniu takiej samej ilości jednostek międzynarodowych efekt terapeutyczny, w zależności od rodzaju heparyny może być różny, dlatego heparyny drobnocząsteczkowe powinno się stosować i porównywać jedynie w oparciu o wskazania terapeutyczne, ustalone dawkowanie w ramach przyjętej jednostki chorobowej. Wyższa ilość j.m. w dawce, to wyższa cena, a tym samym mniejsza ilość zakupionych dawek. Dodatkowo zamawiający nie określił ilości zamawianego przedmiotu zamówienia posługując się jedynie szacunkową ilością roczną 900 000 000 j.m. , co powoduje, że przedmiot zamówienia jest niemożliwy do ustalenia, a to skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy. Nie można zakupić na rynku polskim jednej jednostki międzynarodowej, a jedynie ampułki zawierające różną liczbę jednostek międzynarodowych, a zamawiający nie określił jaką ilość poszczególnych ampułkostrzykawkę zakupi, co powoduje, że zakres świadczenia wynikający z umowy nie będzie tożsamy z zakresem oferty. Na potwierdzenie swojej argumentacji odwołujący nr 1 przywołał wyrok ZA z dnia 23 kwietnia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-429/07 i UZP/ZO/0-433/07. Protest został podpisany przez pełnomocnika w oparciu o pełnomocnictwo ogólne z dnia 9 lutego 2009r. podpisane przez prezesa zarządu odwołującego nr 1 upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do protestu.

W dniu 24 marca 2009r. na treść siwz wniósł także protest GSK Services sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189 – zwany dalej odwołującym nr 2 zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i sprzeczny, a także utrudniający uczciwą konkurencję, art. 7 ust. 1 ustawy poprzez wadliwe zdefiniowanie przedmiotu zamówienia naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 2 pkt 5 ustawy poprzez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawienie wymogu podawania stawki podatku i koty VAT dla towaru nieistniejącego. Wniósł o dokonanie modyfikacji siwz poprzez wyodrębnienie, sprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia produktów z grup heparyn drobnocząsteczkowych, dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych oraz ilościowe określenie poszczególnych dawek. Odwołujący nr 2 wskazał, że zamawiający bezpodstawnie założył równoważność wszystkich produktów z grup heparyn dostępnych na rynku polskim, a produkty te różnią się między sobą ilością jednostek międzynarodowych, wskazaniami medycznymi i dawkowaniem w zależności od wielu czynników i profilu pacjenta. Przedstawił tabele porównujące trzy preparaty heparyn drobnocząsteczkowych w zależności od wskazań medycznych oraz porównanie dostępnych preparatów w ramach ich danych podstawowych. Z przedstawionego porównania, zdaniem odwołującego nr 2, wynika, że produkty te wykazują różnice w skuteczności i bezpieczeństwie, a zamienne stosowanie tych leków uznawane jest za niewłaściwe, zwłaszcza w świetle zaleceń i wytycznych polskich i międzynarodowych dotyczących profilaktyki i leczenia przeciwzakrzepowego. Wskazał, że poszczególnych produktów nie da się między sobą porównać pod względem terapeutycznym, farmaceutycznym i biologicznym. Podał, że wedle WHO o równoważności produktów leczniczych można mówić tylko w przypadku równoważności we wszystkich trzech wskazanych aspektach. Odwołujący nr 2 podał definicje równoważności farmaceutycznej, biologicznej i terapeutycznej. Podniósł ponadto, że zamawiający nie określił w żaden sposób ilości Hucz w poszczególnych zakresach jednostek, co uniemożliwia zabezpieczenie odpowiedniej ilości produktu zwłaszcza w zakresach 5700 – 7500 jm i 7000-10000 jm. Wskazał, że przy takim ogólnym rozróżnieniu możliwe jest dublowanie i dowolne oferowanie dawek poszczególnych produktów, co spowoduje nieporównywalność ofert. Wskazał także, iż określenie przedmiotu zamówienia w brzmieniu „heparyna drobnocząsteczkowa ampułkostrzykawki x 900 000 000 j.m.” nie pozwala na dokonanie jakiegokolwiek kalkulacji ceny. , gdyż zamawiający nie określił ilości poszczególnych zakresów dawek/ opakowań jednostkowych lub rodzaju i ilości procedur profilaktyki i leczenia, co uniemożliwia kalkulację cenową i zabezpieczenie odpowiedniej ilości poszczególnych dawek dla realizacji kontraktu. Wskazał, że nie da się określić ceny za 1 jednostkę

międzynarodową, gdyż cena jest zależna od rodzaju leku, a ponadto nie można w ten sposób obliczyć kwoty podatku VAT, gdyż produkt w jednej jednostce nie występuje na rynku. Odwołujący nr 2 wskazał, że jego celem jest uzyskanie zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu złożenie oferty. Podniósł, że jego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w zaleceniach zawartych w dokumentach rejestracyjnych poszczególnych heparyn drobnocząsteczkowych, międzynarodowych wytycznych ACCP 2008, polskich wytycznych „Profilaktyki i leczenia żylnych chorób zakrzepowo-zatorowych : Konsensus Polski, zalecenia oparte na dowodach z badań naukowych oraz opiniach polskich ekspertów” Warszawa 2007r., R. Kaliszan „Podstawy biofarmacji i farmakodynamiki” AMG 2004. Protest został podpisany przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS załączonym do protestu.

Zamawiający rozstrzygnął oba protesty w dniu 1 kwietnia 2009r., przy czym odwołującemu nr 2 rozstrzygnięcie zostało doręczone tego samego dnia, a odwołującemu nr 1 w dniu 2 kwietnia 2009r. Zamawiający oddalił oba protesty w całości w uzasadnieniu oddalenia podał, że żaden z odwołujących nie wykazał istnienia interesu prawnego we wnoszeniu protestu. Zamawiający nie ma możliwości określenia dokładnej ilości zakupywanych heparyn w poszczególnych przedziałach, bo nie ma wiedzy jaka ilość pacjentów, z jakimi schorzeniami oraz w jakim przedziale wagowym zostanie przyjęta w okresie obowiązywania umowy. Wskazane w siwz przedziały odpowiadają dawkom terapeutycznym, a zamawiający zamierza dokonywać zgodnie z postanowieniami siwz zakupu heparyn w dawkach niezbędnych dla prawidłowego leczenia pacjentów, w informacji zawarte w siwz są wystarczające do złożenia ofert. Świadczy o tym fakt, iż w roku ubiegłym postępowanie prowadzono w analogiczny sposób i nie była żadnych przeszkód w sporządzeniu oferty. Wszyscy wykonawcy mają jednakowe warunki do przygotowania oferty, a więc zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nr 1 w dniu 10 kwietnia 2009r. bezpośrednio złożył odwołanie w UZP. W odwołaniu podtrzymał zarzuty i argumentację podniesioną w proteście oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności sporządzenia siwz poprzez uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie ilości zamawianych produktów każdej z dawek dla poszczególnych leków z grupy heparyn oraz o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania. Wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż działania zamawiającego pozbawiają go możliwości złożenia oferty, nie pozwalają na złożenie oferty porównywalnej oraz powodują, że w wyniku przeprowadzenia postępowania dojdzie do zawarcia nieważnej umowy. Dodatkowo ponad argumentację protestu podniósł, że działanie zamawiającego może świadczyć o preferowaniu określonego wykonawcy i określonego leku, co utrudnia konkurencję. Podał także dla podkreślenia swego stanowiska wyrok ZA z dnia 26 kwietnia 2007r. sygn. akt

UZP/ZO/0-484/07. Podniósł, że stanowisko zamawiającego, co do tego, że w poprzednim okresie miał zawartą umowę analogicznej treści jak w przedmiotowym postępowaniu, jest wadliwe, gdyż właśnie odwołujący nr 1 jest stroną tej umowy i na podstawie posiadanych doświadczeń z jej realizacji dostrzega konieczność sprecyzowania przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający zaplanowanie realizacji zamówienia. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest, a kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 kwietnia 2009r.

W dniu 10 kwietnia 2009r. odwołanie wniósł także bezpośrednio odwołujący nr 2 podtrzymując zarzuty i argumentację podniesioną w proteście oraz wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz poprzez wyodrębnienie, sprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia produktów z grup heparyn drobnocząsteczkowych, dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych oraz ilościowe określenie poszczególnych dawek. Wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż przedmiot zamówienia w obecnym brzmieniu prowadzi do zawarcia nieważnej umowy, a tym samym odwołujący nr 2 straciłby szansę na ubieganie się o przedmiotowe zamówienie i możliwość jego uzyskania. W zakresie interesu prawnego powołał się na wyrok Izby z dnia 17 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 538/08 i KIO/UZP 543/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. akt V Ca 2506/07. Rozszerzył argumentację podaną w proteście w zakresie niemożliwości zabezpieczenia odpowiedniej dla realizacji kontraktu ilości poszczególnych dawek wskazując, że skoro zamawiający był w stanie określić hipotetyczną ilość ogólną jednostek międzynarodowych to na tej samej zasadzie był w stanie określić ilość poszczególnych zakresów jednostek np. na podstawie dotychczas realizowanej umowy. Podniósł, że zamawiający we wzorze umowy wskazał, że dopuszcza możliwość niezrealizowania umowy w 20%, przy czym nie wskazał do czego tę wartość procentową należy odnosić. Ponadto zamawiający oczekuje podania ceny jednej jednostki międzynarodowej, co powoduje, że cena ta będzie musiała być przedstawiona z dokładnością większą niż przewidują jednostki monetarne polskie, a cena ta będzie podstawą rozliczenia oferty, zatem wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy. Taki sposób rozliczania nie jest akceptowany w orzecznictwie o czym świadczą wyroki Izby z dnia 7 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 766/08, z 5 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 504/08, z 2 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 237/08 i z dnia 10 lipca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 642/08. Jednocześnie zamawiający pozostając w sprzeczności z postanowieniami wzoru umowy w pkt. 12.2 siwz wskazał, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, a więc obejmująca także prawidłowo naliczony podatek VAT. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest, a kopia jego treści została doręczona zamawiającemu w dniu 10 kwietnia 2009r. W dniu 22 kwietnia 2009r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołania, w

ramach której żądał oddalenia obu odwołań. W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 16 kwietnia 2009r. po ponownej analizie wniesionych odwołań dokonał modyfikacji siwz podając ilości roczne ampułek w każdym z zakresów jednostek międzynarodowych i dodatkowo zastrzegł możliwość zmiany ilości zamawianego asortymentu. Podkreślił, że na skutek tej modyfikacji odwołujący utracili interes prawny w podtrzymaniu żądań modyfikacji siwz, o czym odwołujący zostali poinformowani i stosowna informacja znalazła się na stronie internetowej zamawiającego. Powołał się na orzeczenie ZA z dnia 20 marca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-268/07. Dodatkowo wniósł o zasądzenie kosztów postępowania stosownie do wyniku sprawy. Jako dowód na poparcie swoich twierdzeń przedstawił pismo zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2009r. oraz umowę nr 47/FS/2008 wraz z ofertą cenową wykonawcy Sanofi-Aventis sp. o.o. będącego stroną umowy nr 47/FS/2008.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w rozdziale 3 opisał przedmiot zamówienia stanowiąc, że przedmiotem zamówienia jest zakup i sukcesywna dostawa heparyn drobnocząsteczkowych oznaczony według CPV kodem 33141550-0. W rozdziale 12 – opis sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że cena powinna zawierać wszystkie koszty poniesione w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty dostawy do zamawiającego i poinformował, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3. ust 1 pkt1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 o cenach (Dz.U. Nr 97 poz. 1050 z późniejszymi zmianami). W myśl rozdziału 13 siwz jedynym kryterium oceny ofert jest cena brutto zamówienia. We wzorze umowy stanowiącym załącznik do siwz zamawiający zawarł następujące postanowienia :

- w § 1 przedmiotem umowy jest zakup i sukcesywna dostawa heparyn drobnocząsteczkowych zgodnie z ofertą cenową stanowiącą załącznik do niniejszej umowy, a ceny określone w załączniku będą obowiązywać przez okres trwania umowy,
- w § 3 wartość netto umowy wynosi słownie: (..... złotych 00/100), do kwot wystawionych faktur doliczony będzie podatek VAT zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu wystawienia danej faktury, a wartość brutto umowy w dniu podpisania wynosi ... (słownie: ...),
- w § 4 zamawiający dopuścił niezrealizowanie umowy w części do 20%.

W formularzu ofertowym zamawiający oczekiwał podania

- nazwy heparyny drobnocząsteczkowej
- postać – ampułkostrzykawki
- szacunkowa ilości rocznej – 900 000 000 j.m.
- wartości netto w PLN
- wartości brutto w PLN

- nr katalogowego.

Przy czym zamawiający wskazał, że wykonawca musi zaproponować co najmniej jedną dawkę w każdym przedziale

- a) 2000j.m- 2850 j.m
- b) 3800j.m - 5000j.m
- c) 5700j.m-7500j.m
- d) 7000j.m- 10 000j.m

Wykonawcy mieli także wskazać cenę jednej jednostki międzynarodowej, pomnożyć tę cenę przez 900 000 000j.m i podać wartość łączną.

W dniu 16 kwietnia 2009r. zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz poprzez zmianę załącznika – formularz ofertowy poprzez wprowadzenie szacunkowej ilości rocznej ampułek precyzując, że w ramach poszczególnych przedziałów o zamawianą ilość szacunkową :

- a) 2000j.m- 2850 j.m – 12 000,
- b) 3800j.m - 5000j.m – 77 000,
- c) 5700j.m-7500j.m – 60 000,
- d) 7000j.m- 10 000j.m – 30 000.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania, pisma zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2009r. oraz umowy nr 47/FS/2008 wraz z oferty cenowej wykonawcy Sanofi-Aventis sp. o.o. będącego stroną umowy nr 47/FS/2008, kart charakterystyki poszczególnych heparyn, opinii W. Marczyńskiego jako dokumentu prywatnego, pisma K. Zawilskiej z dnia 20.04.2004r., artykułu pod red. W. Tomkowskiego „*Kliniczne zastosowania heparyn drobnocząsteczkowych*”, artykułu pod red. W Tomkowskiego „*Profilaktyka i leczenie żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej*” Konsensus polski 2008r., artykułu A. Góreckiego i W. Marczyńskiego „*Zasady profilaktyki żyłnej...*”, artykułu K. Zawilskiej „*Heparyny drobnocząsteczkowe. Najczęściej zadawane pytania*”.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań.

Izba uznała, że odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołań na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w ich ocenie są dla nich niekorzystne, gdyż mogą utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty i tym samym uzyskanie zamówienia. Odwołujący podnieśli niejednoznaczność i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który w ich ocenie prowadzi do braku możliwości złożenia ofert porównywalnych, w

szczegółności wskazali, że odniesienie opisu przedmiotu zamówienia jedynie do ilości jednostek międzynarodowych bez wskazania na produkty medyczne i ich zastosowanie oraz na dawki produktu powoduje, że w ramach podanych przez zamawiającego przedziałów brak możliwości kwalifikacji konkretnego produktu do danego przedziału. Uwzględnienie ich odwołań prowadziło do uzyskania przez odwołujących możliwości złożenia ofert, a tym samym udziału w postępowaniu, a w konsekwencji konkurencji w celu uzyskania zamówienia i zapewnienia realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Izba uznała zatem, że odwołujący posiadają interes prawny, a tym samym przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołań wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołujących wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co powoduje, że wykonawcy nie wiedzą, jaki lek jest przedmiotem zamówienia, a nadto poprzez nieokreślenie ilości zamówienia, co stanowi podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż prowadzi do zawarcia nieważnej umowy z rozumieniu art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaś zgodnie z ust. 2 tegoż artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Obowiązek przygotowania przedmiotu zamówienia poprzez jego opis uwzględniający normy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy ciąży na zamawiającym. Tym samym to jego obciąża obowiązek dowodowy wykazania, że przygotowując postępowanie zachował reguły wynikające z powyższych przepisów. Obowiązkiem odwołujących w tym zakresie jest uprawdopodobnienie, że informacje podane przez zamawiającego w opisie prowadzą do braku możliwości sporządzenia oferty lub do złożenia ofert, których konkurencja między sobą jest utrudniona. W ocenie Izby odwołujący uprawdopodobnili fakt, iż opis przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. Przede wszystkim wskazywany przez odwołujących fakt istnienia różnicy pomiędzy lekami zawierającymi heparynę został przez odwołujących potwierdzony kartami charakterystyk produktów leczniczych z danymi dotyczącymi poszczególnych leków odnoszącymi się do ich zastosowań medycznych i dawkowania. Bezpośrednio z przepisów prawa Izba jest w stanie wywieść, że czym innym jest ilość substancji czynnej, w tym przypadku heparyny, w produkcie leczniczym wyrażona w jednostkach międzynarodowych, czym innym moc biologiczna produktu, a czym innym

ilość produktów leczniczych wyrażona w dawkach. Rozróżnienie to wynika z ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz.U.08.45.271 j.t. ze zm. Dz.U.08.227.1505), gdzie w art. 2 (słowniczku ustawy) ustawodawca zdefiniował, że aktywnością biologiczną produktu leczniczego - jest siła działania jego substancji czynnej lub substancji czynnych, wyrażona w jednostkach międzynarodowych lub biologicznych; zaś mocą produktu leczniczego - jest zawartość substancji czynnych wyrażona ilościowo na jednostkę dawkowania, jednostkę objętości lub masy, zależnie od postaci farmaceutycznej. Do wiedzy powszechnej należy zaliczyć definicję jednostki międzynarodowej to jest ilości substancji czynnej w 1µmol/min w 1 litrze. Z powyższych ustaleń wynika, że ilość jednostek międzynarodowych nie przekłada się bezpośrednio na dawkę. Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołujący, że na rynku polskim dostępne są trzy rodzaje heparyn o nazwach międzynarodowych dalteparinum natricum, enoxaparinum natricum i nadroparinum calcicum, w ramach których oferowane są różne leki pod nazwami nadanymi im przez producentów. Dany produkt leczniczy może mieć różną ilość jednostek międzynarodowych w dawce w zależności od producenta, wskazań medycznych, rodzaju dawki (w formie płynnej, wziewnej lub stałej). Izba dała także wiarę wyjaśnieniom odwołujących, że jednostka międzynarodowa jest uzależniona w przypadku heparyn od czynnika aktywnego hamującego białka Xa, natomiast przy określaniu jednostki międzynarodowej nie jest brany pod uwagę czynnik aktywny hamujący białko IIa – takie informacje znajdują potwierdzenie w kartach charakterystyki produktów. Ponadto z kart charakterystyk wynika, że wskazane wyżej rodzaje heparyn drobnocząsteczkowych z powodu różnej aktywności biologicznej nie muszą być równoważne i nie należy ich stosować zamiennie. Ponadto potwierdzają te okoliczności przedłożone przez odwołującego nr 2 artykuły z prasy fachowej. Karty charakterystyk potwierdzają także twierdzenia odwołujących, że nie znajdujący odzwierciedlenia w jednostce międzynarodowej czynnik aktywny wpływający hamująco na białko IIa ma znaczenie dla określenia zastosowań medycznych oraz dawkowania. Izba stwierdziła, że siła działania produktu leczniczego (jednostka międzynarodowa) nie pozwala na określenie ilości zamawianych preparatów w ramach konkretnego zamówienia. Z art. 15 ust. 6 cyt. ustawy Prawo farmaceutyczne wynika, że aby móc porównać produkty lecznicze i uznać je za odpowiedniki należy odnieść się do składu jakościowego i ilościowego produktu, tej samej postaci farmaceutycznej oraz biorównoważności potwierdzonej badaniami biodostępności. W ocenie Izby oznacza to, że posłużenie się ogólnym sformułowaniem heparyna drobnocząsteczkowa i wskazaniem jedynie ilości jednostek międzynarodowych, nie pozwala na porównanie ofert wykonawców oferujących różne produkty lecznicze, w których składnikiem czynnym jest heparyna drobnocząsteczkowa, a w konsekwencji prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Nie można jednak podzielić stanowiska odwołującego nr 1, że prawidłowy opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić przez wskazanie nazw

konkretnych produktów leczniczych, których nabycie w ramach postępowania planuje zamawiający, przy czym to stanowisko zostało przez odwołującego nr 1 sprecyzowane na rozprawie, na której wskazał on, że nie postuluje nakazania modyfikacji siwz przez odniesienie do nazw produktów, znaków towarowych czy marek, ale do nazw międzynarodowych produktów leczniczych, które nie wskazują na konkretnego producenta, ale na sposób pozyskania heparyny oraz jej rodzaj. Takie sprecyzowane stanowisko nie jest sprzeczne z art. 29 ust. 3 ustawy zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie nazw handlowych czy marek. Izba stwierdza, że przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie zamawiającego jest trudnoprzewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że w sytuacji braku możliwości jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym art. 34 ust. 5 pozwala ustawy na posłużenie się prawem opcji czyli wskazania zakresu minimalnego i maksymalnego zamówienia, a ponadto możliwe jest przeprowadzenie postępowania w trybie szczególnym, jakim jest zawarcie umowy ramowej. Postępowanie to umożliwia zamawiającemu przy zamówieniach jednostkowych na korektę zakresu zamówienia i dostosowanie go do bieżących potrzeb. Ponadto rację należy przyznać odwołującemu nr 2, że możliwe jest oszacowanie ilości produktów medycznych poprzez odniesienie do lat ubiegłych oraz uwzględnienie danych statystycznych pochodzących z fachowej literatury medycznej wskazującej na wzrost lub zmniejszenie częstotliwości występowania danej jednostki chorobowej, czy wreszcie odniesienie się do zakontraktowanych w ramach NFZ świadczeń medycznych. Izba, oczywiście, uwzględnia trudności w jednoznacznym określeniu potrzebnych ilości leków i bierze pod uwagę obowiązek ochrony zdrowia pacjentów, jednakże Izba zwraca uwagę, że przedmiotem postępowania jest zakontraktowanie dostaw określonych leków, a więc zawarcie umowy cywilnoprawnej z dostawcą, w ramach której essentialia negotii umowy stanowi przedmiot świadczenia. Brak wskazania przedmiotu świadczenia w każdej umowie cywilnoprawnej będzie stanowił wadę takiej umowy i utrudniał lub uniemożliwiał jej realizację. Wskazać także należy, że umowa cywilna zakłada równowagę jej stron, a zatem niedopuszczalne jest takie skonstruowanie jej postanowień, które gwarantowałoby jedynie zamawiającemu możliwość określenia, co ma stanowić przedmiot zamówienia i przerzucałoby całkowicie ryzyko gospodarcze zawartej umowy na wykonawcę. Modyfikacji siwz dokonana przez zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2009r. nie uczyniła w ocenie Izby zadość żądaniom odwołujących. Nadto Izba podkreśla, że fakt zmodyfikowania siwz po wniesieniu odwołań może być przez Izbę traktowany jedynie jako stanowisko w sprawie, a nie jako podstawa do

oddalenia odwołań, gdyż Izba ocenia zasadność odwołań na datę ich wniesienia według stanu ustalonego na datę wyrokowania. W ocenie Izby zamawiający pismem procesowym z dnia 22 kwietnia 2009r. oraz modyfikacją siwz z dnia 16 kwietnia 2009r. przyznał zasadność twierdzeń odwołujących w kontekście potrzeby sprecyzowania przedmiotu zamówienia w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia porównywalność ofert i prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, czy godzi także w treść art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba dodatkowo wskazuje, że nie uznała za uprawdopodobnione twierdzenia odwołujących, że działanie zamawiającego ma na celu preferowanie określonego wykonawcy. Na tę okoliczność odwołujący nie podali żadnych konkretnych argumentów poza tym, że wykonawca oferujący niższą ilość jednostek międzynarodowych, a tym samym proponujący niższą cenę będzie uprzywilejowany względem wykonawcy, który oferuje produkty lecznicze o wyższej ilości jednostek międzynarodowych, a tym samym wyższej cenie, ani nie wskazał jaki wykonawca byłby preferowany przez zamawiającego. Nie zostały przedstawione okoliczności uprawdopodobniające, że rzeczywiście ilość jednostek międzynarodowych ma przełożenie na cenę, oraz, że zamawiający rzeczywiście tak skonstruował przedmiot zamówienia, aby wygrał konkretny wykonawca. Izba nie uwzględniła także wniosku odwołującego nr 2 o nakazanie dokonania podziału zamówienia na części, gdyż odwołujący nie uprawdopodobnił, że nakazanie takiej czynności wpłynie na zwiększenie konkurencyjności. Dokonanie podziału zamówienia na części w myśl art. 83 ust. 2 ustawy jest uprawnieniem zamawiającego i wniosek w tym przedmiocie zgłoszony w odwołaniu może być uwzględniony w sytuacji, gdy podział zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy) albo dokonywany jest w celu uniknięcia stosowania ustawy lub obejścia jej przepisów (art. 32 ust. 2 ustawy) albo w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie jest podzielny (art. 83 ust. 2 ustawy). Odwołujący nr 2 nie wykazał istnienia powyższych przesłanek.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 2 pkt 5 ustawy poprzez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. odwołujący nr 2, który ten zarzut podniósł wskazał na nieporównywalność ofert wynikającą z niemożności uznania oferowanych heparyn za produkty równoważne. Izba ustalając i ważąc swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy uznała, że w ramach pojęcia heparyna drobnocząsteczkowa występują różne rodzaje heparyn i heparyny te nie są równoważnikami, ani nie powinny być stosowane zamiennie. Konsekwencją tego ustalenia

jest stanowisko Izby, iż w takiej sytuacji przy zaskarżonym opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma możliwości porównania ofert oferujących te różne heparyny, a w konsekwencji nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o przyjęte kryterium oceny ofert. Nie da się bowiem postawić znaku równości pomiędzy poszczególnymi ofertami oferującymi różne leki oparte o różne heparyny.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 2 pkt 5 ustawy poprzez opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający dokonanie porównania ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawienie wymogu podawania stawki podatku i kwoty VAT dla towaru nieistniejącego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak słusznie podnosił odwołujący nr 2 nie ma produktu leczniczego o jednostce międzynarodowej równej 1. Produkty lecznicze oferowane na rynku, zgodnie z przedstawionymi kartami charakterystyki w zależności od rodzaju stosowanych w nich heparyn oraz udziału czynników aktywnych wykazują różne zastosowania medyczne i są produkowane w różnych dawkach. Tym samym żądanie zamawiającego przedstawienia ceny dla 1 jednostki międzynarodowej heparyny driobnocząsteczkowej nie jest możliwe.

Izba uznała, że opis sposobu obliczenia ceny powinien być dokonany w taki sposób, aby był on wykonalny przez wykonawców na etapie przygotowywania ofert. Niewątpliwie Izba uważa, że nie jest możliwe wyliczenie 1 jednostki międzynarodowej dla różnych rodzajów heparyn, nie jest także możliwe uśrednienie tych wartości, gdyż wówczas doszłoby do zaproponowania ceny nie odnoszącej się w żaden sposób do oferowanych przez wykonawców towarów. Ponadto zamawiający oczekiwał obliczenia ceny poprzez wykonanie działania arytmetycznego polegającego na pomnożeniu ceny za jedną jednostkę międzynarodową i ilości szacowanej rocznej jednostek międzynarodowych, a następnie obliczenia podatku VAT i podania całkowitej ceny brutto, co powodowałoby, że cena ma charakter abstrakcyjny, szacunkowy nie znajdujący pełnego odzwierciedlenia w przedmiocie oferty. Dodatkowo wskazać należy, że rozliczenia stron miały być oparte właśnie o cenę jednej jednostki międzynarodowej.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez dokonanie opisu sposobu obliczenia ceny poprzez odniesienie do wartości nieokreślonych.

Biorąc to pod uwagę Izba na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty odwołującego nr 1 i odwołującego nr 2 uznano koszty poniesione z tytułu wpisu na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....