

Sygn. akt: KIO/UZP 373 /08

WYROK
z dnia 6 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu **6 maja 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital AMG, ul. Dębniaki 7, 80-952 Gdańsk** protestu z dnia **2 kwietnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń** 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 uiszczonego przez **Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń** na rzecz **Akademickiego Centrum Klinicznego – Szpital AMG, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX 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 **Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: Pzp prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leku: interferon beta dla ACK – Szpital AMG (nr sprawy 38/PN/2008), zostało wszczęte przez Akademickie Centrum Kliniczne - Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, ul. Dębinki 7, 80 - 952 Gdańsk zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 56-075645 w dniu 20.03.2008 r.

W dniu 02.04.2008 r. faxem uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Hurtownia Farmaceutyczna - Pretium Farm Sp. z o.o., ul. Szosa Bydgoska 58, 87-100 Toruń, zwana dalej: „Protestującym lub Odwołującym”, wniosła na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp protest na zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) opis przedmiotu zamówienia i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając faktycznie przystąpienie do przetargu niektórym Wykonawcom,

zażądał modyfikacji SIWZ, poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazanie podziału i ilości zamawianych leków (uwzględniającego wszystkich dostępne na rynku interferony) zgodnie z potrzebami Zamawiającego z jednoczesnym zachowaniem zasad równości i uczciwej konkurencji.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp. W jego ocenie naruszenie tych zasad ma konsekwencje dla całego postępowania, włącznie z nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że wykonawcy mają być traktowani przez Zamawiającego jednakowo, żaden z nich nie powinien być dyskryminowany z jednej strony, ani faworyzowany z drugiej strony.

Wyjaśnia, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia ma:

- po pierwsze, umożliwić Zamawiającemu uzyskanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom i wymaganiom oraz umożliwić dokonanie wyboru oferty zgodnie z zasadami określonymi powyżej;
- po drugie, jest niezbędny, by Wykonawcy ubiegający się o zamówienie byli w stanie bez dokonywania dodatkowych interpretacji zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, jakie elementy są istotne dla wykonania zamówienia oraz przygotować oferty i obliczyć cenę z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na jej wysokość;
- po trzecie, gwarantuje, że złożone w postępowaniu oferty będą dotyczyły tego samego przedmiotu zamówienia, a tym samym, że będą porównywalne.

Natomiast wadliwy opis przedmiotu, umożliwił Wykonawcom różną interpretację wymagań Zamawiającego - de facto zaoferowanie odmiennych przedmiotów zamówienia, czyli nieporównywalnych ofert. Ocena takich ofert prowadziłaby wprost do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił, jak uważa Protestujący, przedmiot zamówienia poprzestając wyłącznie na ogólnym wskazaniu, iż: „Przedmiotem zamówienia

jest dostawa leku: interferon beta". Zamawiający w SIWZ nie określił jakikolwiek parametrów zamawianych leków odnoszących się do wskazań medycznych, np. składu lub dawkowania.

W związku z tym, że na rynku oferowane są trzy całkowicie różne Interferony (Betaferon, Avonex, Rebif) wydaje się w mniemaniu Protestującego, że celem Zamawiającego mogło być dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu wszystkich trzech produktów.

Jednakże, jak podniósł Protestujący nieprecyzyjny, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający dopuszcza do porównania całkowicie różnych produktów, których wspólną cechą jest posiadanie jednej podobnej substancji czynnej w swoim składzie tj. interferonu. Tymczasem pomiędzy lekami istnieją zasadnicze różnice polegające w szczególności na: 1) odmiennej sumarycznej dawce, jaką tygodniowo otrzymuje pacjent, wynikającej z odmienne częstotliwości podawania i różnej wielkości dawek jednorazowych poszczególnych preparatów, 2) odmiennej drogi podania, 3) różnej struktury chemicznej. W konsekwencji preparaty te mają inną skuteczności i wskazania medyczne. Powyższe potwierdzają, w jego opinii, badania kliniczne interferonów beta oraz opinie lekarzy stosujących leki w swojej praktyce. W związku z różnicami pomiędzy lekami np.: w łącznej tygodniowej dawce (Betaferon - 875, Avonex - 30, Rebif - 66 lub 132) istnieją znaczne różnice cenowe pomiędzy nimi. Oznacza to, jak stwierdza Protestujący, iż oferujący lek Betaferon w związku z parametrami tego leku (lek o największym stężeniu a tym samym skuteczności) nie mają możliwości konkurowania cenowego z pozostałymi lekami o niskim stężeniu.

W konsekwencji jak uważa Protestujący, dojdzie do porównania ofert na różne de facto nieporównywalne preparaty. Oferty będą wprawdzie zgodne z SIWZ ale w związku z tym, że jak wyżej wykazano porównywane będą produkty różnej „generacji” i możliwości a tym samym z różnej, nieporównywalnej „półki cenowej”. Według niego ma miejsce sytuacja, gdy brak określenia w SIWZ niezbędnych parametrów techniczno - ilościowych, nie daje szansy na otrzymanie porównywalnych ofert i dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok ZA z dnia 14 kwietnia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-682/05).

Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, zdaniem Protestującego prowadzi do dyskryminacji dostawców Betaferonu. Ograniczenie to nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego a wręcz przeciwnie pozostaje w sprzeczności z podstawowymi celami, dla których realizacji został on utworzony, albowiem dokonując zakupu leków szpital musi mieć na względzie swoje obowiązki wynikające z obowiązujących powszechnie przepisów prawa oraz konieczność stworzenia lekarzom możliwości swobodnego wykonywania zawodu. Celem nadrzędnym jest bowiem, jak stwierdza Protestujący, każdorazowo dobro pacjenta w wypadku, którego lekarz prowadzący ma obowiązek dobrać odpowiedni sposób leczenia gwarantujący najlepszy efekt terapeutyczny.

W związku ze specyfiką działalności szpitala oraz obowiązkami lekarzy związanymi z procesem leczenia, Protestujący uznaje, iż wytyczne dotyczące leków niezbędnych w procesie leczenia należą przede wszystkim do lekarzy. Muszą mieć oni zapewniony dostęp do wszystkich trzech preparatów dostępnych na rynku, bowiem gwarantuje to lekarzowi prowadzącemu danego pacjenta dobór najkorzystniejszego dla niego leku.

Wszystkie dostępne na rynku leki różnią się między sobą dawką, drogą podania oraz objawami ubocznymi, w praktyce leki dobierane są, więc indywidualnie do każdego pacjenta, a tylko Betaferon jest preparatem dopuszczonym do zastosowania we wszystkich postaciach choroby zarówno w najwcześniejszej (Zespół Klinicznie Izolowany CIS- odpowiada pierwszemu rzutowi choroby), postaci rzutowo - remisyjnej (RRMS), jak i później fazy choroby – tj. wtórnie postępującej (SPMS). Zamawiający, jak uważa Protestujący eliminuje spośród potencjalnych dostawców tych, którzy oferują lek dopuszczony do stosowania we wszystkich postaciach choroby.

Wskazując w SIWZ wyłącznie na „Interferon beta” a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań, co do oferowanego produktu, nie tylko Zamawiający, jak podnosi Protestujący narusza zasadę określona w art. 29 ust. 1 Pzp, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem automatycznie wykluczył z postępowania jednego z wykonawców (oferującego lek o największym stężeniu). Co więcej Zamawiający uniemożliwił lekarzom prawidłowe i skuteczne wykonywanie zawodu, poprzez stworzenie dostępu do różnych preparatów umożliwiających odpowiednie reakcji w różnych stadiach choroby. Powyższe, zdaniem Protestującego, ogranicza konkurencję, zamyka Zamawiającemu drogę do wyboru przedmiotu oferty z szerokiej możliwości rynku na warunkach korzystnych z punktu widzenia racjonalnego i efektywnego medycznie wykorzystania środków finansowych.

Każdy z wykonawców wyprowadzi z SIWZ inne wnioski skutkujące inną treścią oferty, a w szczególności różnymi sposobami kalkulacji ceny oferty. Wykonawcy sporządzając oferty mogą uwzględniać różne, nieporównywalne preparaty, co bezpośrednio przekłada się, jego zdaniem, na cenę oferty i nieporównywalny charakter otrzymanych ofert. Zamawiający nie będzie miał możliwości ustalenia, który z wykonawców gwarantuje realizację zamówienia zgodnie z jego wymaganiami, bowiem te nie zostały precyzyjnie wyartykułowane.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Protestującego, postępowanie obarczone będzie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej zostałby dokonany w oparciu o SIWZ sporządzoną z naruszeniem Pzp w zakresie sposobu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie zespołów arbitrów, z którego wynika, m.in., że do

wymienionej kategorii wad postępowania należy zaliczyć opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję (postanowienie ZA z 13.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-14/06; wyrok ZA z 13.09.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2505/05).

W dniu 02.04.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym poprzez publikacje na swojej stronie internetowej. Do powyższego postępowania nikt się nie przyłączył.

Rozstrzygnięcie protestu poprzez jego oddalenie nastąpiło faxem 14.04.2008 r. W ramach jego uzasadnienia Zamawiający podniósł następujące argumenty:

Po pierwsze, uznał, iż zarzuty z protestu uwagi na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, czyli w procedurze podstawowej, otwartej i najbardziej konkurencyjnej, w której ogłoszenie o wszczęciu procedury kierowane jest do nieograniczonego kręgu Wykonawców budzą poważne wątpliwości i zastrzeżenia, tym bardziej, iż jego zdaniem Protestujący nie podaje na czym polegają warunki dyskryminujące produkt przez niego oferowany.

Po drugie, stwierdza, iż wbrew twierdzeniom Protestującego opis przedmiotu zamówienia umożliwia uzyskanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom i wymaganiom, tak aby mógł zostać wykorzystany do działalności prowadzonej przez Zamawiającego oraz umożliwić dokonanie wyboru oferty zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp.

Po trzecie, wyjaśnia, iż opisując przedmiot zamówienia posłużył się nazwą międzynarodową stosowaną w leczeniu immunomodulacyjnym, dla każdego czytelną i nie budzącą wątpliwości, czyli postąpił zgodnie z przepisami ustawy, opisując przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. Opis przedmiotu zamówienia, jak podnosi, poprzez wskazanie nazw handlowych konkretnych leków pochodzących od konkretnych producentów nigdy nie był przez niego akceptowalny.

Po czwarte, podkreśla, iż kierował się przy opisie przedmiotu zamówienia zasadą równego traktowania, a przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (art. 29 ust. 1 Pzp), tj. w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, w pełni zabezpieczający potrzeby Zamawiającego i nie zagrażający ani jego interesom ani interesom Wykonawców. Niniejszy sposób, jak wyjaśnił Zamawiający, charakteryzuje się koniecznością eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź które eliminowałyby konkretnych Wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Opis przedmiotu zamówienia nie może ani bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać od

pozostałych. Bezpośrednie uprzywilejowanie lub dyskryminowanie polega na użyciu przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt.

Po piąte, zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Niniejszy zakaz, jak wyjaśnił Zamawiający, zostaje naruszony, jeżeli przy opisie przedmiotu zamówienia użyto oznaczeń lub parametru konkretnego producenta bez dopuszczenia składania ofert równoważonych, gdyż powinno się unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego niedopuszczalny jest opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nawet nie musi być nazwany przez Zamawiającego. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Ponadto, Zamawiający zarzucił Protestującemu brak interesu prawnego. Powołując się na orzecznictwo wyjaśnił, iż na etapie poprzedzającym złożenie ofert interes prawny łączy się z utratą możliwości ubiegania się o zamówienie. Podkreślił, iż Wykonawca nie może mylić interesu prawnego z istnieniem interesu faktycznego, który często ma charakter subiektywny. Uważa, że Protestujący nie udowodnił, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego zamyka mu drogę do złożenia oferty czy w jakiś sposób go dyskryminuje, a jednostkowy interes faktyczny nie może stanowić podstawy protestu.

Dodatkowo, stwierdza, że Wykonawca nie może czynić użytku ze swego prawa podmiotowego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego czy też dobrymi obyczajami i za pomocą dostępnych mu środków prawnych wymuszać na Zamawiającym działania, które byłyby niezgodnie z przepisami ustawy, a ponadto z interesem publicznym. Uważa, iż wymuszanie na Zamawiającym działań, polegających na podziale przedmiotu zamówienia na części wskazujące na konkretne wyroby jest niedopuszczalne.

W dniu 18.04.2008 r. (data nadania w urzędzie pocztowym) Protestujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania podniesione w proteście wnosząc o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacje SIWZ,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według zestawienia kosztów, które zostanie przedstawione na rozprawie.

Odwołujący ponadto, stwierdził, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie podniósł jakichkolwiek argumentów świadczących o prawidłowości dokonanego opisu

przedmiotu zamówienia przestając na wskazaniu ogólnych zasad. Nie odnosi się on, jego zdaniem, w żaden sposób do merytorycznych argumentów podniesionych w proteście.

Uznaje, iż opis przedmiotu zamówienia narusza zasady równości, gdyż brak precyzyjnych zapisów dotyczących parametrów jakościowych prowadzi do sytuacji, w której zamówienie mogą uzyskać wyłącznie leki o niskich stężeniach w najniższej cenie.

Dopatruje się także Odwołujący, w działaniu Zamawiającego niekonsekwencji, gdyż z jednej strony mówi on o trybie konkurencyjnym, a z drugiej strony poprzez brak precyzyjnego opisu doprowadzi do porównywania całkowicie różnych produktów, które nie mogą ze sobą konkurować.

Zdaniem Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia stworzony przez Zamawiającego ma charakter dyskryminacyjny dla dostawców najbardziej skutecznego leku, tj. Betafronu i nie jest uzasadniony z jego potrzebami, a nawet sprzeczny z jego podstawowymi celami.

Nadto, Odwołujący stwierdza, że nie wskazuje na konieczność posługiwania się przez Zamawiającego nazwami konkretnych produktów, a na konieczność precyzyjnego i jednoznacznego określenia parametrów techniczno - jakościowych zamawianego leku w sposób, który umożliwi prawidłową ocenę ofert, a w szczególności porównywalność tych ofert.

W jego ocenie, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia konkretnego producenta, ale także nieprawidłowy, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający konkurowanie jakościowe a tym samym cenowe w ramach prowadzonego postępowania. Uważa, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia warunków realnej konkurencji. Podnosi, iż ma wrażenie, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu odwraca uwagę od popełnionego naruszenia.

Odnosnie braku interesu prawnego, Odwołujący stwierdza, iż są one całkowicie bezzasadne. Wobec zaistniałego stanu faktycznego będącego przedmiotem protestu i odwołania, uważa, iż nie ma on realnej szansy na konkurowanie w ramach niniejszego postępowania, bo uniemożliwia mu to opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18.04.2008 r. faxem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SIWZ, dowodami przedłożonymi na rozprawie i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby, odniósł się do zagadnienia interesu prawnego. Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż poprawność sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, a tego dotyczą podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Zamawiający wykazał podczas rozprawy, iż użył w opisie przedmiotu zamówienia nazwy: „interferon beta”, gdyż w ten sposób został ten lek określony w umowie Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w poz. 7 (dowód umowa Nr 11/000005/SZP - L/2005/08 o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej - leczenie szpitalne, programy terapeutyczne (leków) oraz aneksie nr 1/2008 do niniejszej umowy). Ponadto, udowodnił, iż zał. nr 5 SIWZ, tj. formularz asortymentowo - cenowy, zawiera ilość 1200 kuracji miesięcznych, co jest konsekwencją umowy Zamawiającego z NFZ, zgodnie z którą NFZ zapewnił Zamawiającemu środki finansowe na terapię dla 20 nowych pacjentów, leczonych przez 24 miesiące „interferonem beta”. Z powyższego wynika więc związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a ilością zakontraktowanych z NFZ środków.

Powyższe nie stanowiło naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie wyklucza uczestnictwa w przetargu różnych dostawców, oferujących leki z grupy interferonu beta. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje też na konkretnego producenta leku, czy też sam konkretny lek, a określenie przedmiotu zamówienia użyte w specyfikacji jest oznaczeniem międzynarodowym, nie zależnym od producenta.

Ponadto, Odwołujący nie udowodnił, iż złożone w postępowaniu oferty nie będą porównywalne. Pełnomocnik Zamawiającego – lekarz, jednoznacznie stwierdził, że wszystkie trzy istniejące na rynku leki zawierające „interferon beta” charakteryzują się porównywalną skutecznością terapeutyczną.

Izba podziela pogląd przedstawiony przez Zamawiającego, który podkreślił, iż uznanie żądań Odwołującego doprowadziłoby de facto do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio będzie wskazywał, chociaż nie z nazwy, na dany lek lub leki istniejące na rynku, a tym samym producenta tego leku, co w świetle przepisów Pzp jest niedopuszczalne.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, uniemożliwiając faktycznie przystąpienie do przetargu niektórym Wykonawcom, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za niezasadny.

Odwołujący nie udowodnił, iż obecna treść SIWZ, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia pozbawia go możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Argumentacja przedstawiona tak w proteście, i odwołaniu, jak również podczas rozprawy, wskazuje, że podstawą skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej jest jego obawa, co do konkurencyjności ceny oferowanego przez niego leku. Z powyższego faktu, nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, gdyż stanowi to element kalkulacji cenowej oferowanego produktu przez Odwołującego.

Odwołujący nie udowodnił, iż opis przedmiotu zamówienia poprzez żądanie zaoferowania kuracji miesięcznej dla nowej grupy pacjentów, bez względu na stężenie „interferonu beta” w leku ma charakter dyskryminujący. Dodać, także należy, iż Odwołujący nie wykazał, iż skuteczność jednego z trzech leków istniejących na rynku, a zawierających „interferon beta” zależy od jego stężenia. Dla Zamawiającego istotne jest, aby zakupić lek zawierający interferon beta, który będzie przydatny dla nowej grupy pacjentów, poddawanych 24 miesięcznie terapii. Gwarantuje to każdy z trzech leków funkcjonujących na rynku, ponieważ każdy z nich interferon beta zawiera. Skład orzekający Izby oparł się w tym zakresie na oświadczeniu Zamawiającego, wskazującego na porównywalność przydatności i skuteczności wszystkich trzech leków. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał nic odmiennego.

W związku z nie potwierdzeniem się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.1 i 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*