

Sygn. akt: KIO/ 787 /10

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska- Maziarz**

**Paweł Trojan**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2010 r. przez **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189** odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale XVIII oraz formularzu cenowym przez określenie jakie rodzaje heparyn zamawia poprzez odniesienie do ich nazw międzynarodowych oraz wskazania ilości poszczególnych dawek.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy ) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18** na rzecz **GSK Services Sp. z o.o., 60-322 Poznań, ul. Grunwaldzka 189** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą PZP” przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie na „Dostawę produktów farmaceutycznych w 41 pakietach”.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2010 roku pod numerem 2010/S 80-119503. W tym też dniu ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego [www.wss.olsztyn.pl](http://www.wss.olsztyn.pl).

W dniu 4 maja 2010 roku Odwołujący - GSK Services Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu ul. Grunwaldzka 189, 60-322 Poznań, Biuro w Warszawie, ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy PZP złożył odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie:

- opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 28: heparyna drobnocząsteczkowa,
- sposobu obliczenia ceny we wskazanym pakiecie,
- postanowień wzoru umowy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów :

1. art. 29. ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i sprzeczny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 7 ust. 1 ustawy PZP tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców jako skutek wadliwego zdefiniowania przedmiotu zamówienia;
3. art. 2 pkt. 5 ustawy PZP poprzez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy PZP poprzez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawienie wymogu podania stawki i kwoty VAT dla towaru nie istniejącego;
5. a w zakresie projektu umowy naruszenie :

- art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 i art. 32 ust. 1 ustawy PZP; art. 140 ust. 1 ustawy PZP, art. 5, 58 § 1 i 2 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy PZP.

Uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący podnosi, że zamierza on ubiegać się o zamówienie objęte pakietem nr 28, oferując produkt leczniczy pod nazwą Fraxiparine. Czynności Zamawiającego naruszają jego interes, ponieważ polegają na oczywistej i bezpośredniej możliwości poniesienia szkody w związku z utrudnieniem możliwości złożenia oferty na skutek niezgodnego z ustawą PZP zdefiniowania przedmiotu zamówienia, wskazania sposobu wyliczenia ceny dla produktu abstrakcyjnego, nie występującego na rynku. Nadto zapis projektu umowy dający zamawiającemu pełną dowolność co do zakresu jej wykonania może być przyczyną szkody poniesionej przez wykonawcę. Niejednoznaczność i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia prowadzi do braku możliwości złożenia ofert porównywalnych. Albowiem odniesienie opisu przedmiotu zamówienia jedynie do ilości jednostek międzynarodowych (j.m.) bez wskazania produktów leczniczych z nazwy międzynarodowej, dawek i ich ilości prowadzi do braku możliwości kwalifikacji konkretnej heparyny przez wykonawcę we wskazanym pakiecie. Tym samym uniemożliwia złożenie oferty - udziału w postępowaniu, opartym na konkurencyjności procedury i przy respektowaniu zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o

1. uznanie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pakietu nr 28: „Heparyna drobnocząsteczkowa w profilaktyce i leczeniu żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej”, polegającej na określeniu rodzaju zamawianych heparyn drobnocząsteczkowych poprzez ich odniesienie do nazw międzynarodowych oraz wskazanie ilości poszczególnych dawek;
3. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu § 3 projektu umowy, względnie zobligowanie do modyfikacji tegoż zapisu poprzez wprowadzenie maksymalnego i minimalnego zakresu wykonania umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdza, iż sporządzona przez Zamawiającego SIWZ w zakresie zdefiniowania przedmiotu zamówienia, sposobu wyliczenia ceny oraz postanowień projektu umowy jest niezgodna z Ustawą.

I. W zakresie zarzutu wadliwego określenia przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje, że stosownie do regulacji 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 ust. 2 tegoż artykułu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia w pakiecie 28 w brzmieniu:

"Heparyna drobnocząsteczkowa posiadająca dopuszczenie do obrotu w profilaktyce i leczeniu żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie preparatu w postaci ampułkostrzykawek lub fiolek, jednostka miary 1000 j.m. AXa, w ilości 338.499"

pozostaje w sprzeczności z art. 29 jeśli zważyć na fakt, że :

1/jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia jakim jest lek powinien zawierać co najmniej nazwę leku, postać farmaceutyczną, dawkę, wielkość opakowania np.: Nadroparinum calcium inj. 2850j.m./0,3 mix 10 amp.strzyk.

Powyższy opis zawiera zrozumiałe określenia i uwzględnia wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Takie informacje używane są każdorazowo w obrocie lekiem, np.: realizacja zamówień u producenta leków, w hurtowni farmaceutycznej, na receptach wystawianych przez lekarzy do realizacji przez pacjentów w aptekach, w wszelkich spisach, listach leków. Odwołujący wskazuje, że leki są wyjątkowymi produktami, a ich odpowiedni opis minimalizuje ryzyko błędu w zakupie i stosowaniu.

2/ na ogólną liczbę 41 pakietów Zamawiający opisał poprawnie, we wskazany wyżej sposób przedmiot zamówienia w kilkudziesięciu pakietach tego przetargu, a jedynie pakiet 28 został opisany w sposób odmienny, będący naruszeniem art. 29 ustawy.

Dla Odwołującego znamienne jest również fakt, iż pakiet nr 31 obejmujący heparynę drobnocząsteczkową został zdefiniowany prawidłowo, tak jak leki z pozostałych pakietów tj. poprzez odniesienie do nazwy międzynarodowej, postaci, dawki, a także jednostki miary w postaci opakowania i ilości opakowań jednostkowych.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazuje, że w Polsce występują 3 różne pod względem chemicznym produkty (Dalteparin sodium - Fragmin, Enoxaparin sodium - Clexane, Clexane forte, Nadroparin calcium - Fraxiparine, Fraxodi, Fraxiparine Multi), które potocznie określane są heparynami drobnocząsteczkowymi.

Zgodnie z indeksem farmakologicznym, produkty te należą do grupy kilkudziesięciu Leków Przeciwzakrzepowych {Anticoagulantia).

Heparyny drobnocząsteczkowe różnią się pod względem wskazań i dawkowania. Ich moc opisana jest jednostką międzynarodową, charakterystyczną tylko i wyłącznie dla konkretnego produktu. Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący składa karty charakterystyki produktów leczniczych Clexane, Fraxiparine, Fragmin.

Odwołujący podkreśla, że jednostka międzynarodowa (j.m.) to nie to samo co gram czy metr. Nie jest jednostką miary taką samą dla różnego rodzaju heparyn drobnocząsteczkowych. Oznacza to, że 1 j.m. Enoksaparyny nie jest równa 1 j.m. Nadroparyny, czy też Dalteparyny. Nie istnieją również dane, badania, na podstawie których możnaby stwierdzić, że „x” j.m. Nadroparyny odpowiada „y” j.m. Enoxaparyny. Zamawiający poza niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia nie podaje wielkości dawek w j.m. lub mg konkretnego leku i ilości tych dawek.

3/ Odwołujący wskazuje, że przedmiotem niniejszego postępowania jest zakontraktowanie dostaw określonych leków, a więc zawarcie umowy cywilnoprawnej z dostawcą, w ramach której essentialia negotii umowy stanowi przedmiot świadczenia.

Przy wskazanym wyżej opisie przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 28 przedmiotem świadczenia staje się „siła działania” produktu leczniczego /jednostka międzynarodowa/. Tymczasem oczywistym jest, iż w myśl ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo Farmaceutyczne (Dz. U. 08.45.271 z późn. zm.) czym innym jest ilość substancji czynnej (heparyny) w produkcie leczniczym, czym innym moc biologiczna produktu, a czym innym ilość produktów leczniczych wyrażona w dawkach.

Zatem jeśli zamawiający definiuje swoje zapotrzebowanie na heparynę ilością jednostek międzynarodowych tj. aktywnością biologiczną - siłą działania substancji czynnej, to przedmiotem oferty i w konsekwencji przedmiotem świadczenia w ramach umowy staje się abstrakcyjny produkt leczniczy. Nie zmienia powyższej kwalifikacji fakt, iż Zamawiający zastrzega sobie prawo konkretyzacji dawek i ich ilości na etapie realizacji umowy. Albowiem takie rozwiązanie w sposób niedopuszczalny prowadziłoby do jednostronnego decydowania przez Zamawiającego o tym, co ma być przedmiotem świadczenia w ramach umowy.

Skoro nie istnieje produkt leczniczy o nazwie heparyna drobnocząsteczkowa 1000 j.m. AXa, to Zamawiający zdefiniował przedmiot zamówienia abstrakcyjny, nie występujący w obrocie.

Pomimo faktu, iż Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w ofercie nazwy handlowej zaoferowanej heparyny - według zapisu SIWZ rozdz. XVIII dla pakietu nr 28 i załącznik nr 2 do SIWZ dla pakietu nr 28, to wobec braku zdefiniowania przez Zamawiającego dawek i ich ilości, oferta obejmować może jedynie bliżej nie skonkretyzowany produkt leczniczy. Jaki produkt leczniczy objęty będzie zapotrzebowaniem zamawiającego okaże się dopiero na etapie realizacji umowy, na co wskazują: rozdz. XVIII SIWZ OPIS CZĘŚCI ZAMÓWIENIA dla pakietu nr 28 (informacja pod tabelą) oraz brzmienie § 2 ust. 1 projektu umowy. Powyższe uniemożliwia Wykonawcy:

- wycenę poszczególnych dawek objętych ofertą handlową Wykonawcy,
- zabezpieczenie różnych dawek w odpowiedniej ilości na potrzeby zawartego kontraktu o zamówienie publiczne.

4/ Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim zagwarantować, że złożone w postępowaniu oferty będą dotyczyły tego samego przedmiotu zamówienia, a tym samym, że będą porównywalne. Natomiast wadliwy opis przedmiotu w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu nr 28 prowadzi do oferowania odmiennych produktów w ramach zamówienia i tym samym do ewentualnego złożenia przez Wykonawców nieporównywalnych ofert. Ocena takich ofert prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w SIWZ nie określił parametrów zamawianych heparyn odnoszących się do zakresów dawek i ilości opakowań jednostkowych. W związku z tym, że na rynku oferowane są trzy całkowicie różne heparyny (wskazane powyżej) zdaniem Odwołującego nieprecyzyjny i niepełny opis przedmiotu zamówienia doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający dopuszcza do porównania całkowicie różne produkty, co czynić będzie nieporównywalnymi oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO/UZP 458/09 i KIO/UZP 460/09 podnosząc w uzasadnieniu wyroku co następuje :

(..) 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".

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 2 pkt. 5 ustawy PZP poprzez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący wskazuje, że z uwagi na uzyskane wyniki badań wykazujące różnice w skuteczności i bezpieczeństwie różnych heparyn drobnocząsteczkowych, zamienne stosowanie tych leków uznaje się za niewłaściwe zarówno w zaleceniach i wytycznych polskich oraz międzynarodowych dotyczących profilaktyki i leczenia przeciwzakrzepowego.

Wobec powyższego 338.499.000 j.m. Fraxiparine nie jest równoważne pod względem farmaceutycznym, terapeutycznym i biologicznym z taką samą liczbą j.m. Fragmin czy Clexane. Ze względu na różnice w stężeniu tych leków w 1 ampułkostrzykawce, ilość opakowań tych leków nie będzie porównywalna. To zaś czyni wybór oferty najkorzystniejszej iluzorycznym, albowiem przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia porównanie złożonych ofert. Nadto należy podnieść, iż Zamawiający dopuszczając możliwość oferowania heparyny w postaci fiolki jak i ampułkostrzykawki, przy wyliczeniu ceny opartym o jednostkę międzynarodową, nie wziął pod uwagę faktu, iż przygotowanie leku z fiolki wielodawkowej będzie wymagało dodatkowo użycia strzykawek z igłami lub Mini Spike, których koszt nie został uwzględniony w mechanizmie wyliczenia ceny narzuconym przez Zamawiającego. Trudno przyjąć porównywalność cenową 1000 j.m. Axa każdej z oferowanych przez Wykonawców heparyn, jeżeli zastosowanie leku z fiolki wielodawkowej wiąże się z koniecznością poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, co nie znajduje zastosowania w przypadku ampułkostrzykawki.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy PZP, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił sposób obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawił wymóg zastosowania stawki podatku i kwoty VAT dla leku nieistniejącego. Nie występuje bowiem w obrocie produkt leczniczy o nazwie heparyna drobnocząsteczkowa 1000 j.m. Axa.

Produkty lecznicze oferowane na rynku w zależności od rodzaju zawartych w nich cząsteczek heparyn oraz udziału czynników aktywnych wykazują różne zastosowanie medyczne i są wytwarzane w różnych dawkach i opakowaniach jednostkowych. Tym samym żądanie Zamawiającego przedstawienia ceny dla 1000 j.m. Axa, a nadto wyliczenie VAT-u od tej ceny nie jest możliwe.

Sposób wyliczenia ceny zdaniem Odwołującego winien być tak skonstruowany, aby był on wykonalny zarówno na etapie sporządzania oferty cenowej, jak i miał



praktyczny wymiar na etapie wykonywania umowy, w ramach realizowanych częściowych dostaw produktów leczniczych - produktów o określonych dawkach i opakowaniach jednostkowych. Tak jak nie jest możliwe obliczenie ceny 1000 j.m. Axa dla różnych rodzajów heparyn, tak nie jest możliwe uśrednienie tych wartości dla różnych dawek i opakowań jednostkowych, albowiem doszłoby do zaproponowania ceny nie odnoszącej się w żaden sposób do oferowanych przez wykonawców produktów leczniczych.

Przy wskazaniu przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny jako iloczynu ceny 1000 j.m. Axa i szacowanej rocznej ilości jednostek międzynarodowych, a następnie obliczenia podatku VAT i podania całkowitej ceny oferty brutto, cena ma charakter abstrakcyjny, nie znajdujący odzwierciedlenia w przedmiocie oferty. Tym samym sposób wyliczenia ceny został odniesiony do wartości nieokreślonych, co stanowi obrazę pojęcia ceny w rozumieniu ustawy PZP, odsyłającej do ustawy o cenach (cena towaru wyrażona w jednostkach pieniężnych), a także przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (VAT).

W związku z powyższym Wykonawca, który chce brać udział w przedmiotowym postępowaniu nie wie, jakie produkty (dawki, ilości) ma zaoferować Zamawiającemu, w konsekwencji nie wie, jak wyliczyć cenę oferty. Tak skonstruowany sposób obliczenia ceny oferty w praktyce utrudnia Wykonawcy przygotowanie rzetelnej oferty i prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. Co więcej w takim przypadku, gdy Zamawiający przerzuca obowiązek określenia przedmiotu zamówienia na Wykonawcę, co w ocenie Odwołującego w tym zakresie spowoduje, że złożone oferty będą siłą rzeczy mniej lub bardziej abstrakcyjne.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, 32 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5, 58 par. 1 i 2 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy PZP poprzez treść par. 3 projektu umowy, stanowiącego integralną część SIWZ, Odwołujący wskazuje, że w projekcie umowy - załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający zawarł postanowienie w brzmieniu:

„§ 3 Kupujący zastrzega sobie prawo odstąpienia od realizacji części umowy ”.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowy zapis stanowi obrazę wskazanych wyżej ustaw/artkułów.

Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie nie uregulowanym ustawą stosuje się

przepisy Kodeksu cywilnego. Do umów w sprawach zamówień publicznych powinno się zatem stosować przewidziane w Kodeksie cywilnym przepisy ogólne, dotyczące zobowiązań (za uzasadnieniem wyroku Zespołu Arbitrów z 22 lipca 2004 r. sygn. UZP/ZO/0-1107/04). Jedną z podstawowych zasad K.c. jest wskazana w art. 353<sup>1</sup> zasada, że: strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Poprzez ustawę w rozumieniu tego przepisu należy rozumieć każdą ustawę, także ustawę PZP.

W ocenie Odwołującego, wskazany w powyższym kontekście zapisy § 3 projektu umowy stanowi obrazę zarówno przepisów ustawy PZP, jak i Kodeksu cywilnego. I tak zapis § 3, w którym Zamawiający zastrzega sobie prawo nie wykonania części umowy jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 32 ust. 1 ustawy ponieważ przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie Wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez Zamawiającego z należytą starannością.

Jeśli zatem w § 1 umowy Zamawiający określił przedmiot zamówienia i wartość zamówienia, to omawiany zapis § 3 umowy jest nieuprawniony, bo podważa jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i ma wpływ na ustaloną wartość zamówienia (pomniejszają). Zapis ten sprowadza się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy nadto zauważyć, iż zmiana umownego zakresu zamówienia jest sprzeczna z treścią art. 140 ust. 1 ustawy PZP, który przewiduje tożsamość zakresu świadczenia umownego z zobowiązaniem ofertowym. Tym samym kwestionowany zapis projektu umowy narusza również wskazaną regulację Ustawy.

W tym kontekście należy przyjąć, iż określenie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w brzmieniu wyznaczonym treścią § 3 nastąpiło w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały dla wykonawców, co uniemożliwia sporządzenie nie tylko prawidłowej, konkurencyjnej ceny, lecz wręcz nie daje możliwości sporządzenia jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty. Nadto nie daje możliwości zabezpieczenia odpowiedniej dla realizacji kontraktu ilości poszczególnych leków.

Odwołujący zauważa również, iż zapisy siwz, w tym dotyczące opisu przedmiotu zamówienia muszą być tak skonstruowane, aby mógł być osiągnięty główny cel postępowania, tj. wyłonienie oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych oraz respektując ustawowe uregulowania. W ocenie Odwołującego kwestionowany zapis umowy prowadzi do naruszenia tak

fundamentalnej zasady ustawowej, jak prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z powyższych względów istnieją w ocenie Odwołującego uzasadnione przyczyny do przewidzianej prawem ingerencji w zapisy SIWZ. Wskazując na powyższe zdaniem Odwołującego wymagana jest modyfikacja treści SIWZ poprzez wykreślenie zapisu § 3 wzoru umowy, względnie wprowadzenie minimalnego zakresu wykonania umowy.

W dniu 14 maja 2010 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o umorzenie postępowania w zakresie żądania wykreślenia zapisu § 3 umowy i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Zamawiający wskazał, że częściowo uznał racje Wykonawcy i wprowadził zmianę w SIWZ polegającą na wykreśleniu § 3 w projekcie umowy.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, Zamawiający wskazuje że w obowiązujących w Polsce indeksach leków znajduje się jednoznaczne stwierdzenie w stosunku do dalteparyny i nadroparyny, że są to heparyny drobnocząsteczkowe, otrzymywane w wyniku depolimeryzacji o różnej masie cząsteczkowej. Nie są zatem prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że w obrocie nie występuje heparyna drobnocząsteczkowa. Właśnie ze względu na różnice w budowie cząsteczki (ciężarze cząsteczkowym) tych leków nie można porównywać, wówczas gdy dawki są wyrażone w miligramach czy gramach, ale można to robić, gdy wyraża się je w aktywności anty-Xa, co jest metodą standaryzacji aktywności przeciwzakrzepowej. W dalszej części odpowiedzi Zamawiający wskazuje, że na rynku polskim występują 3 preparaty będące heparynami drobnocząsteczkowymi: enoxaparinum natricum (nazwa handlowa Clexane), nadroparinum calcicum (nazwa handlowa Fraxiparine) i dalteparinum natricum (nazwa handlowa Fragmin). Siła działania (moc biologiczna) heparyn drobnocząsteczkowych jest wyrażana w międzynarodowych jednostkach (j.m.) anty-Xa. Wskazują na to charakterystyki produktów leczniczych załączone do odwołania. Zamawiający stwierdza, że nie są to do końca wartości wystandaryzowane, jednakże moc jednostek Fraxiparine i Fragminu jest porównywana, co obrazuje następujący przykład:

dawka produktu leczniczego Fraxiparine w leczeniu żyłnej choroby zakrzepowozatorowej po podaniu co 12 godzin przy masie ciała 70-79 kg: 0,7 ml (6650 j.m. anty-Xa)x2=13300 j.m. anty-Xa na dobę.

Dawkowanie i sposób podawania preparatu Fragmin w leczeniu ostrej zakrzepicy żył głębokich: 200 mg/kg mc. podskórnie jeden raz na dobę lub 100 mg dwa razy na dobę, co przy wadze pacjenta wynoszącej 70 kg daje dawkę 14000 j.m. anty-Xa na

dobę, a przy wadze 79 kg – dawkę 15800 j.m. anty-Xa ba dobę. Inny zalecany sposób dawkowania to 0,6 ml=15000 j.m. anty-Xa przy wadze pacjenta 69-82 kg. Są to, zdaniem Zamawiającego, dawki porównywalne.

W takich okolicznościach potencjalni dostawcy wyceniając 1 000 j.m. w postaci ampułkostrzykawki lub fiolek przedstawia oferty porównywane. W zakresie dawek Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność, gdyż w praktyce dawka ustalana jest indywidualnie w zależności od masy ciała pacjenta, według wskazań zawartych w charakterystyce produktu. W ofercie i umowie lek zostanie opisany nazwą handlową z podaniem dawki i zawartości opakowań, przy zastosowaniu właściwej stawki VAT. W ocenie Zamawiającego uznanie argumentów Odwołującego prowadziłyby do wskazania nazw handlowych określonych leków, gdyż konkretna substancja czynna odpowiada konkretnej nazwie handlowej. Wskazanie ilości dawek w poszczególnych rodzajach heparyn drobnocząsteczkowych doprowadziłoby do takiego określenia przedmiotu zamówienia, że w konsekwencji Zamawiający zostałby zmuszony do wyodrębnienia dwóch odrębnych pakietów. Zamawiający twierdzi, że kwestionowany zapis SIWZ przyjęty przez szpital umożliwia realną konkurencję i przywołuje wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1842/09, KIO/UZP 1843/09.

W zdaniu końcowym Zamawiający wskazuje, że przedmiot zamówienia opisano w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty i wnosi o oddalenie odwołania w niniejszej części.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, treścią odwołania i złożonymi wraz z nim Kartami Charakterystyk środka farmaceutycznego o nazwach Clexane, Fraxiparine, Fragmin, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach

cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów związanych z utrudnieniem możliwości złożenia oferty na skutek niezgodnego z ustawą PZP zdefiniowania przedmiotu zamówienia, wskazania sposobu wyliczenia ceny dla produktu abstrakcyjnego, nie występującego na rynku, nadto zapis projektu umowy dający zamawiającemu pełną dowolność co do zakresu jej wykonania może być przyczyną szkody poniesionej przez wykonawcę. Uniemożliwia to złożenie oferty - udziału w postępowaniu, opartym na konkurencyjności procedury i przy respektowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po czwarte, po sprawdzeniu przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba postanowiła nie dopuścić Asclepios S.A., ul. Rymera 12, 41-800 Zabrze do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego ze względu na niedotrzymanie terminu na doręczenie przystąpienia do Prezesa KIO w formie pisemnej. Izba ustaliła, iż wykonawcy zostali poinformowani o wniesieniu odwołania dnia 05-05-2010 roku. Doręczenie przystąpienia po stronie Zamawiającego nastąpiło w dniu 10-05-2010 roku (pieczęć wpływu do KIO). Wobec takich ustaleń Izba stwierdziła, że przekroczony został 3-dniowy termin na doręczenie przystąpienia do postępowania odwoławczego liczony od dnia otrzymania kopii odwołania. Termin na skuteczne przystąpienie upłynął w dniu 08-05-2010 roku.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zakup leków różnych dla potrzeb szpitala, w tym między innymi heparyn drobnocząsteczkowych. Liczba pakietów leków wynosi 41. Oznaczenie według Wspólnego Słownika CPV to 33.60.00.00 – produkty farmaceutyczne. W

rozdziale XVIII „Opis części zamówienia” w przypadku pakietu oznaczonego liczbą 28 znajduje się zapis „Heparyna drobnocząsteczkowa posiadająca dopuszczenie do obrotu w profilaktyce i leczeniu żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie preparatu w postaci ampułkostrzykawek lub fiolek. Jednostka miary 1000 j.m. AXa, w ilości 338.499”. Jako uwagę zamieszczono pod tabelą zapis, że „podana jednostka miary służy do rozliczeń – w przypadku zaoferowania preparatu w postaci ampułkostrzykawek Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia leku w pełnym zakresie dawek handlowych (w zależności od wycenionego produktu leczniczego”.

W rozdziale XII „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający wskazał, że cena oferty powinna uwzględniać wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN c cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje. Cena musi obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy wstawić do Formularza ofertowego będącego załącznikiem do SIWZ.

W myśl rozdziału XIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

§ 1 ust. 1 Wykonawca zobowiązuje się dostarczać – sukcesywnie wg potrzeb Zamawiającego, na pisemne lub telefoniczne zamówienie (.....) następujące produkty lecznicze (według asortymentu – należy podać nazwę zgodną z nazewnictwem używanym w wystawianych dokumentach dostaw lub fakturach) z podaniem j.m., ilości, ceny jedn. netto w PLN, ceny jedn. brutto w PLN.

§ 3 Kupujący zastrzega sobie prawo odstąpienia od realizacji umowy.

§ 10 ust. 1 Zamawiający zobowiązuje się zapłacić za towar określony w § 1 łączną kwotę ..... PLN złotych brutto (.....)

§ 10 ust. 2 Do każdej partii dostarczonego przedmiotu zamówienia sprzedający załączy fakturę VAT.

W formularzu ofertowym Zamawiający oczekiwał podania w tabeli w kolumnie oznaczonej literą B nazwy handlowej asortymentu, zgodnie z nazewnictwem używanym w wystawianych dokumentach dostaw oraz fakturach, w kolumnie oznaczonej literą C – producenta, w kolumnie D określono j.m. na 1000 j.m. AXA, w kolumnie F – ceny netto za 1 j.m., w kolumnie G wartości netto, w kolumnie H

znajdować się ma kwota podatku VAT, następnie cena brutto za 1 j.m. oraz wartość brutto.

**Izba zważyła, co następuje:**

**Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i sprzeczny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców jako skutek wadliwego zdefiniowania przedmiotu zamówienia zasługują 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 konkurowanie między sobą jest utrudnione.

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 Odwołującego fakt istnienia różnicy pomiędzy lekami zawierającymi heparynę został przez Odwołującego potwierdzony kartami charakterystyk środków farmaceutycznych 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 (t.j. Dz.U. z 2008 r., Nr 45, poz.271 ze

zmianami), gdzie w art. 2 (słowniczku ustawy) ustawodawca zdefiniował aktywnością biologiczną produktu leczniczego jako siłę działania jego substancji czynnej lub substancji czynnych, wyrażoną w jednostkach międzynarodowych lub biologicznych. 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 Odwołującego, że na rynku polskim dostępne są trzy rodzaje heparyn różne pod względem chemicznym o nazwach międzynarodowych dalteparinum natricum, enoxaparinum sodium i nadroparinum calcicum – w ramach których oferowane są różne leki pod nazwami nadanymi im przez producentów (Fragmin, Clexane, Clexane forte, Fraxiparine, Fraxodi, Fraxiparine Multi). Dany produkt leczniczy może mieć różną ilość jednostek międzynarodowych w dawce w zależności od producenta, wskazań medycznych, rodzaju dawki. 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.

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. ustawy Prawo farmaceutyczne wynika, że aby móc uznać produkty lecznicze za odpowiedniki należy odnieść się do składu jakościowego i ilościowego produktu substancji czynnej, tej samej postaci farmaceutycznej oraz biorównoważności potwierdzonej badaniami biodostępności. W ocenie Izby oznacza to, że posłużenie się ogólnym sformułowaniem „heparyna drobnocząsteczkowa” i wskazanie 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.

Należy podzielić stanowisko Odwołującego, że prawidłowy opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić przez wskazanie nazw międzynarodowych oraz wskazanie ilości poszczególnych dawek. Takie sprecyzowane stanowisko nie jest sprzeczne z art. 29 ust. 3 ustawy PZP zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie nazw handlowych czy marek. Art. 29 ust. 1 ustawy PZP



nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia tylko dlatego, że nie jest on w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych w poszczególnych grupach heparyn. Nie można jednak z tego powodu przerzucać odpowiedzialności na Wykonawcę i pozostawić dowolność w zakresie dawek lub twierdzić, że podanie dawki i zawartości opakowań nastąpi na etapie realizacji umowy. 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 uniemożliwił jej realizację. Wskazać także należy, że umowa cywilna zakłada równowagę jej stron, a zatem niedopuszczalne jest takie skonstruowanie jej postanowień, które gwarantowałyby jedynie zamawiającemu możliwość określenia, co ma stanowić przedmiot zamówienia i przerzucałoby całkowicie ryzyko gospodarcze zawartej umowy na wykonawcę. Ponadto, warto zauważyć, że Wykonawca nie musi mieć wiedzy na temat maksymalnych czy minimalnych dawek zarejestrowanych dla profilaktyki i terapii choroby zakrzepowo-zatorowej i nie ma obowiązku wyręczenia Zamawiającego w konieczności doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i przeliczania ilości leku zawartej w opakowaniu różnych produktów występujących w obrocie na dawki terapeutyczne i domyślenia się, które dawki będą Zamawiającemu potrzebne w trakcie wykonywania umowy.

Izba ponadto wskazuje, iż poszczególni wykonawcy oferując konkretne preparaty (dookreślone poprzez wskazanie w ofercie ich nazw własnych lub handlowych) w konkretnych dawkach, opakowaniach i sposobach ich aplikacji winni mieć pewność, iż te zaoferowane przez nich konkretne środki farmaceutyczne zostaną przez Zamawiającego przyjęte, zaś należność za ich dostawę uregulowana na etapie realizacji umowy. Zamawiający nie ma prawa do przerzucania w całości ryzyka gospodarczego na wykonawców i tym samym dookreślania ilości preparatów w określonych dawkach dopiero na etapie realizacji umowy. Izba pragnie zauważyć, iż powszechnie wiadomym jest fakt, że ceny poszczególnych preparatów zależne są także od wielkości opakowań zbiorczych oraz ilości środka czynnego zawartego w opakowaniach jednostkowych (fiolkach). Tym samym nie sposób założyć, iż możliwe jest podanie ceny 1000 j.m. (jednostek międzynarodowych) nawet tego samego preparatu niezależnie od wielkości opakowania zbiorczego lub zawartości środka w opakowaniu jednostkowym, jeżeli na etapie składania ofert wykonawcy nie będą mieli

wiedzy, jakie opakowania, dawki jednostkowe i ich ilości będą wymagane na etapie realizacji umowy. Powyższe pozwala uznać, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób ujęty dla pakietu nr 28, nie zapewnił porównywalności złożonych ofert, gdyż każdy z wykonawców dokonując obliczenia ceny dla tego pakietu kierować się będzie odmienną oceną ryzyka gospodarczego oraz przypuszczeniami dotyczącymi potrzeb Zamawiającego precyzowanymi dopiero na etapie realizacji dostaw po zawarciu umowy. Hipotetyczne założenia wykonawców co do wielkości i ilości poszczególnych dawek, będących wynikiem stosowanej w przyszłości terapii, nie mogą zostać uznane za dane służące do skonstruowania przez wykonawców prawidłowej oferty, tym bardziej nie mają statusu danych wyjściowych umożliwiających prawidłowe określenie ceny, która jest gwarantem porównywalności złożonych w postępowaniu ofert.

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

a także godzi w treść art. 7 ust. 1 ustawy.

**Zarzut naruszenia art. 2 pkt. 5 ustawy PZP poprzez zdefiniowanie ceny oferty w sposób nie prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty należy uznać za zasadny.**

Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie o ile nawiązuje do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Odwołujący wskazał na nieporównywalność ofert, na którą wpływ ma niemożność uznania występujących na rynku heparyn za produkty równoważne. Strony wskazywały na znaczące różnice w skuteczności i bezpieczeństwie różnych heparyn drobnocząsteczkowych i podkreślały, że nie będą one stosowane zamiennie. Zamiennie stosowanie tych leków nie jest uznawane za właściwe, wynika to zarówno z zaleceń i wytycznych polskich, jak i międzynarodowych dotyczących profilaktyki i leczenia przeciwzakrzepowego. Izba ustalając i ważąc swoje stanowisko, stwierdziła, że w ramach pojęcia „heparyna drobnocząsteczkowa” występują różne rodzaje heparyn i heparyny te nie są równoważnikami. Nie powinny być one stosowane zamiennie. Konsekwencją takiego stanowiska składu orzekającego musi być stwierdzenie, że w takiej sytuacji, przy tak opisanym przedmiocie zamówienia, Zamawiający nie będzie miał możliwości porównania złożonych ofert, w których

Wykonawcy oferowali będą różne heparyny, choćby ze względu na różnice w stężeniu tych leków w 1 ampułkostrzykawce. Również ilość opakowań tych leków nie będzie porównywalna. Ponadto, jeżeli Zamawiający dopuścił możliwość oferowania heparyny w postaci fiolki lub ampułkostrzykawki, to nie wziął on pod uwagę, że zaoferowanie leku w postaci fiolki wielodawkowej wymaga dodatkowego użycia strzykawki z igłami Mini Spike, których koszt nie został uwzględniony w mechanizmie wyliczenia ceny. To wszystko nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o przyjęte kryterium oceny ofert. Z tych względów Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 2 pkt 5 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia i zdefiniowanie ceny uniemożliwiający dokonanie wyceny.

**Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt. 12 ustawy PZP zasługuje na uwzględnienie.**

Zamawiający naruszył powyższy przepis ustawy PZP poprzez określenie sposobu obliczenia ceny dla produktu nie występującego na rynku i tym samym postawił wymóg zastosowania stawki i kwoty podatku VAT dla leku nieistniejącego.

Odwołujący słusznie zauważył, że nie ma na rynku produktu leczniczego o nazwie heparyna drobnocząsteczkowa 1000 j.m. Axa. Produkty lecznicze występujące na rynku (wynika to z przedstawionych kart charakterystyk środka farmaceutycznego) w zależności od rodzaju stosowanych w nich heparyn i udziału czynników aktywnych wykazują różne zastosowania medyczne i są produkowane w różnych dawkach oraz opakowaniach jednostkowych. Tym samym żądanie Zamawiającego przedstawienia ceny dla 1000 jednostek międzynarodowych Axa oraz wyliczenie podatku VAT nie jest możliwe.

Skład orzekający Izby przyznał rację twierdzeniom Odwołującego, że opis sposobu obliczenia ceny powinien być tak dokonany, aby był on wykonalny na etapie sporządzania oferty, jak też na etapie wykonywania umowy. Izba uznała, że niewątpliwie nie jest możliwe obliczenie ceny dla 1000 j.m. Axa dla różnych rodzajów heparyn i nie jest możliwe uśrednienie tych wartości dla różnych dawek i opakowań jednostkowych. Doszłoby wtedy do zaproponowania ceny nie odnoszącej się w żaden sposób do oferowanych przez Wykonawcę produktów leczniczych, a także zaproponowania ceny za produkt niewystępujący na rynku produktów farmaceutycznych.

Jeżeli Zamawiający oczekuje obliczenia ceny jako iloczynu 1000 j.m. Axa i szacowanej rocznej ilości jednostek międzynarodowych, następnie obliczenia podatku VAT i

podania całkowitej ceny oferty brutto, to stwierdzić należy, że tak obliczona cena będzie miała charakter abstrakcyjny, szacunkowy i nie znajdzie odzwierciedlenia w przedmiocie oferty. To wskazuje, że sposób obliczenia ceny został odniesiony do wartości nieokreślonych. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez dokonanie opisu sposobu obliczenia ceny w odniesieniu do wartości nieokreślonych.

**Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, 32 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 5, 58 par. 1 i 2 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy PZP poprzez treść par. 3 projektu umowy, stanowiącego integralną część SIWZ, Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania.**

Odwołujący wskazywał, że w projekcie umowy - załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie w brzmieniu:

**„§ 3 Kupujący zastrzega sobie prawo odstąpienia od realizacji części umowy ”.**

Zgodnie z oświadczeniem złożonym w piśmie będącym odpowiedzią na odwołanie i powtórzonym na rozprawie, Zamawiający uznał w tym zakresie żądania Odwołującego i zobligował się do dokonania modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie spornego fragmentu umowy. Dlatego też Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

Tym niemniej Izba pragnie zauważyć, że jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone. Na etapie zawierania umowy stronom nieznany jest jeszcze zakres prac, które rzeczywiście zostaną wykonane w trakcie tej umowy, jak też koszt i zakres obciążeń, które przypadną każdej ze stron, więc obie strony uważają, iż ponoszą większe ryzyko kontraktowe. Zawarta pomiędzy stronami umowa nie musi regulować wszystkich możliwych okoliczności i ich skutków, które nastąpią lub potencjalnie mogą nastąpić w trakcie realizacji tej umowy. Bowiem, poza postanowieniami umowy, stosunek zobowiązaniowy jest kształtowany także przez inne czynniki wymienione w art. 56 kc, czyli ustawy, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Jednakże postanowienia umowne nie mogą zmieniać norm bezwzględnie obowiązujących (nie mają wpływu na ich obowiązywanie). Dlatego za właściwą należy uznać decyzję Zamawiającego o wykreśleniu niniejszego zapisu ze wzoru umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....