

Sygn. akt: KIO 1867/12

WYROK
z dnia 12 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2012 r. przez **Odwołującego** – Nasza Apteka Sp. z o.o., Romera 37, 20-473 Lublin, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Dom Pomocy Społecznej, Obryte 188, 07-215 Obryte,

przy udziale **wykonawcy** - Apteka Farm-Mag Sp. z o.o. mgr farm. M..... P....., ul. Bukowińska 26c/74, 02-703 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Nasza Apteka Sp. z o.o., Romera 37, 20-473 Lublin, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Nasza Apteka Sp. z o.o., Romera 37, 20-473 Lublin, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Nasza Apteka Sp. z o.o., Romera 37, 20-473 Lublin, na rzecz **Zamawiającego** - Dom Pomocy Społecznej, Obryte 188, 07-215 Obryte, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem są „Sukcesywne dostawy leków i materiałów medycznych jednorazowego użytku dla potrzeb mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Obrytem”. Zdaniem Odwołującego - Nasza Apteka Sp. z o.o. z Lublina w tym postępowaniu Zamawiający - Dom Pomocy Społecznej w Obrytem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uznając, że oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał także – w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty - na naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 i 3 tej ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji odrzucenia oferty Odwołującego, oraz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie dokonania ponownej oceny złożonych ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że w 30 przypadkach (na 195 pozycji leków refundowanych) zastosowane zostały leki nierefundowane pełnopłatne, co wg Zamawiającego w sposób sztuczny zaniżyło wartość oferty i jednocześnie przeniosło koszt zakupu tych leków na mieszkańców DPS w Obrytem. Powołując się na przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. wykonawca stwierdził, że ta ustawa bardzo precyzyjnie określa, co jest czynem nieuczciwej konkurencji. Przy odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powołał się wybiórczo na Art. 3 ust. 1 w/w ustawy, zgodnie z którym (...) Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta", pomijając uszczegółowienie zawarte w art. 3 ust. 2, w którym ustawodawca stwierdza, że (...) Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do

rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym." Podał także, że w Rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Czyny nieuczciwej konkurencji” są opisane szczegółowo, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Żadna z przytoczonych definicji nie może i nie powinna być zostać zastosowana do oceny oferty Odwołującego. Zdaniem wykonawcy, jego oferta jest prawidłowa, przygotowana zgodnie z obowiązującymi przepisami i zgodnie z wymogami SIWZ. W SIWZ Zamawiający jasno określił, co będzie kryterium wyboru ofert, tzn. najniższa zaoferowana zapłata za leki do wysokości limitu (pkt XIX. pkt 2) oferta została przygotowana tak, by zapłata dla Zamawiającego była jak najniższa. W SIWZ w par. XIX pkt 3 Zamawiający jasno określa „ceny do zapłaty przez Mieszkańca DPS, które należy podać w Załączniku Nr 2 do SIWZ są traktowane wyłącznie, jako informacyjne i nie ma wpływu na wybór oferty.” Zamawiający pozostawił również dowolność oferentów, co do stosowania odpowiedników leków i dlatego też Odwołujący zastosował najtańsze z możliwych zamienników. Podniósł także, że oferta jego jest zgodna z obowiązującym Obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 28 czerwca 2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r., z Ustawą Prawo Farmaceutyczne z dnia 06 września 2001 z późniejszymi zmianami oraz ustawą o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z 12 maja 2011 r. Nie ma nieprawidłowości w zastosowaniu zamiany leków refundowanych na pełnopłatne, jest to zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Jest to w chwili obecnej często stosowana praktyka. W związku ze zmianami, które weszły w życie 01.01.2012 znaczna część leków, które znajdują się na listach leków refundowanych, jest wypisywana przez lekarzy na 100%. Z doświadczenia Odwołujący wie (współpraca z wieloma Domami Opieki Społecznej), że wielu mieszkańców zakupuje te leki pełnopłatnie, ponieważ refundacja przysługuje tylko przy określonych w Obwieszczeniu schorzeniach i nie obejmuje wszystkich wskazań leku. Zaproponowane zamienniki są atrakcyjne cenowo, często mają niższą cenę niż lek refundowany nawet po refundacji, a zawsze niższą niż lek refundowany sprzedany pełnopłatnie. Podkreślił także, że posiadanie ubezpieczenia zdrowotnego w świetle obowiązującego obecnie prawa nie jest wystarczającym uprawnieniem, by otrzymać refundację danego leku. Teraz decyduje o tym lekarz wypisując poziom refundacji na receptę uwzględniając jednostkę chorobową i uprawnienia pacjenta. Przy zaproponowaniu zamienników leków Odwołujący brał pod uwagę interes Zamawiającego, by dla niego kwota do zapłaty była jak najniższa (taki był cel prowadzonego postępowania) oraz wybierał leki o najniższych cenach mając na względzie interes mieszkańca. Zarzut sztucznego zaniżenia ceny oferty jest nieprawdziwy, ponieważ zaproponowane przez Odwołującego ceny leków

refundowanych są zgodne z Obwieszczeniem Ministra Zdrowia, natomiast ceny leków pełnopłatnych uwzględniają rabaty od przedstawicieli, rabaty od hurtowni oraz marżę Odwołującego i są to ceny rynkowe. Zastosowane zamienniki pełnopłatne Odwołujący zaproponował w najniższych możliwych cenach w trosce o interes finansowy Zamawiającego. Dotyczy to również zamienników refundowanych, wybrane zostały leki o najniższej dopłacie powyżej limitu, by mieszkańiec dopłacał jak najniższą kwotę. Wykonawca podniósł także, że w dniu 30.08.2012 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie powodów odrzucenia oferty. Następnego dnia 31.08.2012 wpłynęła odpowiedź Zamawiającego, w którym to piśmie (...) Zamawiający zaśłania się dobrem mieszkańców, ich interesem i statutem DPS, który nie jest znany Odwołującemu (Odwołujący nie ma obowiązku znać takich dokumentów - nie było to wymagane w SIWZ) oraz sugeruje, że to Odwołujący pozbawia pacjenta refundacji. Odwołujący przygotował ofertę wg wymogów Zamawiającego w Postępowaniu, gdzie jedynym kryterium była cena. Kryterium wyboru oferty było zaoferowanie kwoty do zapłaty dla DPS-u, natomiast kwoty do zapłaty dla mieszkańców miały być orientacyjne, niewiążące. Odwołujący spełnił oczekiwania Zamawiającego. W konkluzji stwierdził, że jego oferta jest zgodna z obecnymi przepisami ustawy Prawo Farmaceutyczne, Obwieszczeniem Ministra Zdrowia ws. leków refundowanych, przygotowana zgodnie z wymogami SIWZ, nie stanowi w żadnym wypadku czynu nieuczciwej konkurencji - i jako taka powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym Postępowaniu na podst. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na wybiórcze i niejednakowe traktowanie oferentów przez Zamawiającego, albowiem jego zdaniem oferta Apteki FAR-MAG Sp. z o.o. jest niezgodna z obowiązującym prawem i jej wybór naraża Zamawiającego na wysokie kary pieniężne (Odwołujący zwracał uwagę na ten fakt Zamawiającemu w piśmie z dnia 20.08.2012). Ta oferta powinna zostać odrzucona, poprzez zaoferowanie zdecydowanej większości leków pełnopłatnych w cenie 1 gr - co jest niezgodne z przepisami Ustawy Prawo Farmaceutyczne. Powołał się na art. 46 ust. 3 ustawy Farmaceutycznej, który - jego zdaniem - zabrania przedsiębiorcom zajmującym się wytwarzaniem lub obrotem lekami, środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobami medycznymi podlegającymi refundacji ze środków publicznych stosowania form zachęty kierowanych do świadczeniobiorców, przedsiębiorców oraz ich pracowników lub osób uprawnionych, w tym: sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i uczestnictwa w programach lojalnościowych, darowizn, nagród, prezentów, upominków, niespodzianek, wycieczek, loterii, losowań, wszelkich form użyczeń, transakcji wiązanych, ułatwień, zakupów lub usług sponsorowanych, wszelkiego rodzaju talonów, bonów oraz innych niewymienionych z nazwy korzyści. Za nieprzestrzeżenie powyższego zakazu ustawodawcy

przewidzieli karę pieniężną dla przedsiębiorcy i przyjmującego korzyści. Jest ona wymierzana w wysokości wartości detalicznej brutto sprzedanych z naruszeniem przepisów ustawy leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobów medycznych, powiększonej o wartość 10% otrzymanej w poprzednim roku kalendarzowym kwoty z tytułu refundacji. Przepis, który wszedł w życie 1 stycznia 2012, jest ściśle przestrzegany i kontrolowany i ma na celu zapobiec nakłanianiu do zakupu leków refundowanych. W wymienionej ofercie zostały zaproponowane rabaty za zakup leków refundowanych w postaci oferty zakupu leków pełnopłatnych za 1 grosz. Na 52 pozycje pełnopłatne tylko 11 z nich ma cenę rynkową, natomiast 41 jest wyceniona za 0,01 zł. Jest to ewidentny rabat za zakup leków refundowanych, ponieważ wartość udzielonego rabatu przekracza kilkunastokrotnie wartość wycenionych leków pełnopłatnych. W tym przypadku Zamawiający nie może uznać, że zastosowany rabat jest tylko i wyłącznie sprawą oferenta, ponieważ sankcje za przyjęcie takiego rabatu uderzają w Zamawiającego. I wybór takiej oferty może się okazać bardzo niekorzystny dla Zamawiającego, ponieważ trudno jest oszacować z jakim kosztem może być związana. Koszt może się okazać bardzo wysoki. W związku z tym Zamawiający pragnąc ochronić finanse podopiecznych, poprzez wybór takiej oferty nie tylko jest w niezgodzie z prawem, ale również naraża siebie na bardzo wysokie koszty. W konkluzji stwierdził, że oferta Apteki FAR-MAG Sp. z o.o. powinna więc zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępujący wykonawca wnieśli o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przede wszystkim stwierdził, że Odwołujący w miejsce leków refundowanych zaproponował pełnopłatne zamienniki nieobjęte refundacją, zatem nieposiadające urzędowej ceny zbytu. Takie działanie powoduje, że koszty zakupu leku będzie musiał ponieść pensjonariusz, w wysokości wyższej niż w wypadku leków refundowanych. W wypadku leku refundowanego mieszkaniec DPS ponosi jedynie koszt różnicy pomiędzy urzędową ceną zbytu a limitem finansowania. Zgodnie z powołanym przepisem ustawy o pomocy społecznej DPS pokrywa opłaty ryczałtowe i częściowe odpłatności do limitu finansowania. Tym samym działanie wykonawcy jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem działanie skarżącego polegające na przerzuceniu kosztów na mieszkańców DPS oraz ustaleniu odpłatności DPS na poziomie 0 zł jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest czynność odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz brak odrzucenia oferty wykonawcy – Apteka Farm-Mag sp. z o.o. i jej wybór. Mając na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest zatem możliwe zaskarżenie czynności wyboru oferty innego wykonawcy. Jednakże wykonawca mimo takiego ograniczenia prawnego ma w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, możliwość powoływania się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wnoszenia odwołania, albowiem złożył najniższą ofertę cenową [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do braku podstaw odrzucenia jego oferty umożliwia temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu oparł na twierdzeniu, że wykonawca ten przedkładając w ofercie pełnopłatne zamienniki leków nieobjętych refundacją obciążył pensjonariusza DPS kosztami w wysokości wyższej niż w wypadku leków refundowanych. W tym przypadku Izba przede wszystkim stwierdza, że rozstrzygającym o leku koniecznym dla pacjenta jest lekarz wystawiający receptę i taka recepta stanowi podstawę dla apteki do wydania leku na zasadach określonych w ustawie z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. nr 122, poz.696). Jak wskazano w art. 43 ust.1 pkt 1 tej ustawy, apteka - w pierwszej kolejności – ma zapewnić świadczeniobiorcy

[pacjentowi] dostępność leków objętych wykazami, o których mowa w art. 37 [leki refundowane]. Tylko w wypadkach przewidzianych w art. 44 powołanej ustawy możliwe jest zastąpienie leku innym niż lek przepisany na recepcie, jednakże - tak jak wskazano w ust. 1 przepisu wskazanego artykułu - osoba wydająca m.in. leki objęte refundacją ma obowiązek poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie, o tej samej nazwie międzynarodowej, dawce, postaci farmaceutycznej, która nie powoduje powstania różnic terapeutycznych i o tym samym wskazaniu terapeutycznym, którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na recepcie. Apteka ma obowiązek zapewnić dostępność tego leku. Także w tym przepisie – ust. 2 art. 44 ustawy - wskazano, że osoba wydająca leki objęte refundacją ma obowiązek, na żądanie świadczeniobiorcy, wydać lek, o którym mowa w ust. 1, którego cena detaliczna jest niższa niż cena leku przepisanego na recepcie. Nie dotyczy to sytuacji, w której osoba uprawniona dokonała odpowiedniej adnotacji na druku recepty, wskazując na niemożność dokonania zamiany przepisanego leku. Zatem zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego na „Sukcesywne dostawy leków i materiałów medycznych jednorazowego użytku dla potrzeb mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Obrytem” przez Dom Pomocy Społecznej z Odwołującym nie mogłaby wywierać bezpośrednich – negatywnych skutków dla indywidualnego pensjonariusza, któremu musi być dostarczony lek zgodnie z zaleceniem lekarza, wynikającym z przepisanej przez tego lekarza recepty. Powyższą okoliczność potwierdza także § 2 ust.5 projektu umowy, który zobowiązuje wykonawcę do dostarczania każdorazowo (...) leków oddzielnie zapakowanych dla każdego mieszkańca z oznaczeniem jego imienia i nazwiska, zgodnie ze wskazaniem zawartym w recepcie.

Izba jednocześnie stwierdza, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią zasadniczą podstawę oceny oferty wykonawcy, co do jej zgodności z wymaganiami w danym postępowaniu. W tym przypadku, Zamawiający w pkt II. 4 siwz przywołał również inne akty prawne, mające znaczenie w niniejszym postępowaniu, wskazując m.in. na wymienianą ustawę o refundacji leków (...). Izba zwraca także uwagę na cel prowadzonego postępowania. Zdaniem Izby bezspornym jest, że celem postępowania o zamówienie publiczne, którego dotyczy odwołanie jest sukcesywna dostawa leków i materiałów medycznych jednorazowego użytku dla potrzeb pensjonariuszy Domu Pomocy Społecznej w Obrytem. Dalej Izba stwierdza, że zasady tej dostawy muszą być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z ustawą o refundacji leków (...). Tak jak wskazano w projekcie umowy, formularz asortymentowo-cenowy (wg § 1 ust.1 pkt 1 załącznik nr 1 do umowy) ma stanowić załącznik do umowy, a zatem zawarcie umowy na podstawie treści oferty Odwołującego, czyniłoby jej wykonywanie niemożliwym. Izba

dostrzega, że warunek z pkt III.3 tiret 13 do 15 siwz, co prawda nie nawiązuje wprost do treści art. 44 ustawy o refundacji leków (...), jednakże zdaniem Izby – wobec powołania tej ustawy w specyfikacji – sporządzając formularz asortymentowo-cenowy każdy z wykonawców był zobowiązany uwzględniać wymagania wynikające z tej ustawy. Izba zwraca także uwagę, że wskazywane przez Odwołującego postanowienie tiretu 14 dotyczą etapu realizacji dostawy, [co potwierdza także § 2 ust. 2 projektu umowy], a zatem definiowanie „produktu równoważnego (tzw. zamienników)”, o którym stanowi postanowienie tiretu 15 [Zamawiający dopuszcza możliwość podania w ofercie produktów równoważnych (tzw. zamienników)] dotyczące etapu składania ofert, lub jego interpretacja powinno następować zdaniem Izby także z uwzględnieniem powołanej ustawy o refundacji leków (...) w tym przepisu art. 44.

W ocenie Izby wykonawca przygotowując ofertę *de facto* postanowienia siwz oparł wyłącznie na własnej interpretacji, pomijając wymagania wynikające m.in. ze wskazanej ustawy o refundacji leków (...). Tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO, w każdym postępowaniu dla rozumienia pewnych być może niedookreślonych pojęć, nie bez znaczenia jest okoliczność, że dane zamówienie jest dedykowane przede wszystkim do profesjonalistów – podmiotów niewątpliwie zdolnych wykonać dane zamówienie i tym samym interpretacja wymagań musi być adekwatna do celu jaki ma zostać osiągnięty w związku z prowadzonym postępowaniem o zamówienie publiczne. Ponadto wątpliwości, co do postanowień specyfikacji mogą być, w szczególności usunięte w procedurze zapytań, regulowanej art. 38 ustawy Pzp. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący nie kwestionował zapytania skierowanego do niego w piśmie z dnia 14 sierpnia 2012 r., w którym to piśmie Zamawiający podał, że wszyscy mieszkańcy DPS w Obrytem są osobami posiadającymi ubezpieczenie i (...) nieprawidłowym jest zastosowanie przerzucenia kosztów zakupu leków do limitu na płatność pacjenta zgodnie z ustawą o refundacji leków (...). W odpowiedzi wykonawca odniósł się wyłącznie do przepisów regulujących zagadnienia związane – ogólnie ujmując – z zasadami nabywania leków. W konkluzji Izba stwierdza, że w tym postępowaniu zaopatrzenie dotyczy pensjonariuszy DPS, a zatem zamienniki – tak jak wskazano w art. 44 ustawy o refundacji – mogą dotyczyć wyłącznie innego refundowanego leku niż lek refundowany przepisany na recepcie i tym samym oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia odwołania zasadnicze znaczenie ma także art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ustaleń Izby wynika, że odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem wobec ustaleń Izby, nakazanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy prowadziłyby w konsekwencji do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba mając na względzie art. 180 ust.2 ustawy Pzp oraz w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....