

Sygn. akt: KIO 279/14

WYROK
z dnia 27 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez **Odwołującego - Hurtownia Farmaceutyczna Ismed sp. j. mgr farm. J..... G..... A..... G....., ul. Szczygła 7, 05-402 Otwock**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej – Curie, ul. Garncarska 11, 31-115 Kraków**,

przy udziale **Wykonawcy - StorkPharm Sp. z o.o., ul. Partyzantów 8/10/20, 42-200 Częstochowa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Hurtownię Farmaceutyczną Ismed sp. j. mgr farm. J..... G..... A..... G..... z siedzibą w Otwocku, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Hurtownię Farmaceutyczną Ismed sp. j. mgr farm. J..... G..... A..... G.....i z siedzibą w Otwocku, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej – Curie w Krakowie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa leków dla Centrum Onkologii Instytutu M. Skłodowskiej-Curie, Oddział w Krakowie”

Wnoszący odwołanie wykonawca - Hurtownia Farmaceutyczna Ismed sp. j. mgr farm. J..... G..... A..... G..... z Otwocka [Odwołujący] podniósł zarzut odnośnie wyboru oferty wykonawcy Storkpharm Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w pakiecie 35 skutkiem czego, zdaniem Odwołującego, w tym postępowaniu naruszony został: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści pkt 3f Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ); (2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy, w tym w szczególności z przepisami Pzp oraz ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, albowiem wybrana oferta nie odpowiada wymaganiom refundacyjnym określonym w przepisach prawa oraz w SIWZ; (3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia kryterium określonego w pkt 3f SIWZ i w rezultacie dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu jako niezgodnej z SIWZ; a także (4) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty w sposób niezgodny z przepisami prawa i (5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wyborem oferty niespełniającej warunków z pkt. 3f SIWZ.

W związku z powyższym wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Storkpharm Sp. z o.o. i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz nakazanie odrzucenia oferty Storkpharm Sp. z o.o., zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, a w przypadku uwzględnienia odwołania, wykonawca ma realną szansę uzyskania zamówienia publicznego. Interes Odwołującego doznał zatem uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podał w szczególności, że w tym przetargu przedmiotem była m.in. dostawa imatinibu. Dalej podał, że (...) Imatynib jest substancją wykorzystywaną m.in. w leczeniu nowotworów podścieliskowych przewodu pokarmowego (dalej: GIST) „, których leczenie imantinibem odbywa się w ramach tzw. programu lekowego. Programy lekowe zostały stworzone z myślą o chorych, u których leczenie standardowo stosowanymi lekami nie przyniosło spodziewanych efektów terapeutycznych. Definiują one wybrane jednostki chorobowe oraz przyporządkowane im określone substancje lecznicze. Ten Szpital jest uprawniony do stosowania programu leczenia nowotworów podścieliska przewodu pokarmowego (GIST) i refundacji zastosowanego w ramach tego programu imatinibu tylko w przypadku podpisania z Narodowym Funduszem Zdrowia odpowiedniej umowy. Zgodnie z art. 135 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniu opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, zawierane umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej są jawne i informacja o nich jest publikowana na stronach internetowych Narodowego Funduszu Zdrowia. O włączeniu chorego do programu lekowego i zastosowaniu odpowiedniej terapii decyduje lekarz prowadzący, zaś rolą NFZ jest finansowanie tych świadczeń. Dokładne dane dotyczące warunków włączenia chorych do konkretnych programów lekowych i tego, jakie leki powinny być w ich ramach stosowane, aby terapia była finansowana z funduszy państwowych, zawarte są w opisach do tych programów, stanowiących załączniki do obwieszczeń Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Zgodnie z wykazem umów zawartych przez poszczególne Oddziały NFZ, dostępnym na stronach internetowych NFZ, Zamawiający jest uprawniony do realizacji programu leczenia GIST za pomocą imatinibu. Z analizy zawartych z NFZ umów wynika, zdaniem wykonawcy, że Zamawiający używa imatinibu jedynie w celu leczenia GIST. Wskazał na umowę z NFZ o kodzie 061/100036/SZP/05/2014 (kod pierwotny 061/100036/SZP/05/2013) w zakresie leczenia szpitalnego, z której wynika, że leczenie GIST odbywa się za pomocą leków imatinibum oraz sunitiniburn. Jak dowód powołał Informację o umowach na realizację programów leczenia zawartych przez Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział Kraków zawarta na stronach internetowych Narodowego Funduszu zdrowia.

Dalej podał, że w celu realizacji programów lekowych, Zamawiający ogłosił dnia 12 grudnia 2013 roku przetarg na dostawy leków, w tym również imatinibu, wymienionego w zadaniu nr 35 tego ogłoszenia (załącznik B) i stwierdził, że w świetle zawartych umów oferowany w przetargu imatinib wykorzystywany będzie przez ten szpital do realizacji programów leczenia GIST, jako że żadna z zawartych z NFZ umów nie obejmuje wykorzystania imatinibu przez szpital w innych celach. Oznacza to, że jest bezsporne, iż Zamawiający będzie używać imatinibu w zastosowaniu do leczenia GIST. Fakt, że imatinib znajduje zastosowanie w celu

leczenia GIST, znajduje także potwierdzenie w Charakterystyce Produktu Leczniczego Glivec oraz w Charakterystykach Produktów Leczniczych Imatinib Polfa. Jako dowód wskazał na charakterystykę Produktu Leczniczego Glivec - zał. nr 5 oraz Charakterystyki Produktu Leczniczego Imatinib Polfa 100 mg oraz 400 mg, kapsułki twarde, wraz z ulotkami i etykietami dostępne na stronach internetowych Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Wykonawca stwierdził także, że imatinib, oprócz leczenia GIST, zgodnie ze wskazaniami, jest stosowany do leczenia przewlekłej białaczki szpikowej (dalej: CML). Z wykazu umów zawartych przez poszczególne Oddziały NFZ, dostępnym na stronach internetowych NFZ wynika jednak, że imatinib stosowany jest przez Zamawiającego jedynie w przypadku GIST. Co więcej, z informacji zawartych na stronach małopolskiego NFZ wynika, że Zamawiający w ogóle nie prowadzi programu leczenia przewlekłej białaczki szpikowej, co dowodzi tego, że imatinib wykorzystywany jest jedynie w celu leczenia GIST i nie może - zgodnie z obowiązującym prawem - być wykorzystywany w jakimkolwiek innym celu leczniczym. W związku z powyższym, ogłoszony przetarg i złożona w nim oferta niewątpliwie dotyczyły dostawy imatinibu w celu leczenia nowotworów podścieliska przewodu pokarmowego (GIST). W tym przypadku wskazał na artykuł z Kuriera Zdrowia, Informatora Małopolskiego Oddziału Narodowego Funduszu Zdrowia, pt. "W trosce o najciężej chorych pacjentów, programy terapeutyczne finansowane przez małopolski oddział NFZ.", nr 33/2008.

Podał także, że z załącznika do wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r. wynika, że spośród leków zawierających substancję czynną imatinibum jedynym wymienionym lekiem dostępnym w ramach programu lekowego był Glivec tabl. powł. 100 mg oraz Glivec tabl. powł. 400 mg. Lek Imatinib Polfa nie jest obecny w wymienionym wykazie, w związku z tym nie spełnia określonych w pkt. 3f Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym "Wykonawca spełni warunek, jeśli zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot oferty będzie (pod rygorem odrzucenia oferty) spełniał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia" oraz spełni wymagania dotyczące wyceny, określone w Załączniku nr 2, "Wykaz refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r." część B. Leki dostępne w ramach programu lekowego oraz część C. Leki, stosowane w ramach chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym Obwieszczenia ministra zdrowia z dnia 25.04.2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów

medycznych na dzień 1.5.2012 r. (Dz.Urz.MZ.2012.19)". Produkt leczniczy Imatinib Polfa nie znajduje się na listach w tych załącznikach. Z tego względu, oferta Storkpharm Sp. z o.o., której przedmiotem był lek Imatinib Polfa, swą treścią nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dlatego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Dowód: Wykaz refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r. - zał. nr 8 oraz Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (ZP-271-113/13) z dnia 12 grudnia 2013 roku dotycząca możliwości składania oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie: „przetarg nieograniczony” na: „Dostawa leków”.

Zdaniem Odwołującego, szczególnie istotne jest, że Storkpharm Sp. z o.o. złożył ofertę na dostawę imatinibu w postaci dostawy produktów leczniczych Imatinib Polfa, podczas gdy Odwołujący złożył ofertę na dostawę imatinibu w postaci produktów leczniczych Glivec. Wskazał również, że imatinib na GIST nie może być stosowany w chemioterapii. W chemioterapii wykorzystywane są substancje lecznicze, które znajdują się w Wykazie substancji czynnych stosowanych w chemioterapii wg rozpoznań ICD-10, stanowiącym załącznik nr 2 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalne. Leki te są przypisane do konkretnego schorzenia. Świadczenie chemioterapii standardowej może być realizowane przez placówki (zakłady opieki zdrowotnej), które posiadają umowę z NFZ na realizację świadczeń w rodzaju leczenia szpitalne w zakresie chemioterapia (zob. Wykaz substancji czynnych stosowanych w chemioterapii wg rozpoznań ICD-10, stanowiącym załącznik nr 2 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 29 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalne).

Wykonawca stwierdził, że w dniu ogłoszenia przetargu imatinib nie był w ogóle stosowany w chemioterapii, gdyż wynika to z zarządzenia nr 26/2012/DGL Prezesa NFZ z dnia 10 maja 2012 r. W załączniku 1n do tego zarządzenia nie uwzględniono imatinibu jako substancji, która podlega refundacji w związku z leczeniem chemioterapią. Dlatego też nie ma wątpliwości, że produkty lecznicze Imatinib Polfa oferowane przez Storkpharm Sp. z o.o. nie mogły być przeznaczone do chemioterapii.

W uzasadnieniu prawnym zarzutów podał, że Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazując na orzecznictwo KIO podał, że w niniejszej sprawie Zamawiający określił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia m. in. w pkt 3 f SIWZ, który odsyła do załączników do wykazu leków refundowanych. Z załącznika do "Wykazu

refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r.", wynika, że spośród leków zawierających substancję czynną imatinibum jedynym wymienionym lekiem dostępnym w ramach programu lekowego był Glivec tabl. powł. 100 mg oraz Glivec tabl. powł. 400 mg. Lek Imatinib Polfa nie jest obecny w wymienionym w SIWZ wykazie, w związku z tym nie spełnia określonych w SIWZ wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Z tego względu, oferta Storkpharm Sp. z o.o., której przedmiotem był lek Imatinib Polfa, swą treścią nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dlatego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Zdaniem wykonawcy w związku z niezgodnością oferty Storkpharm sp. z o.o. z SIWZ, doszło do wyboru oferty również niezgodnej z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem zgodnie z ustawą o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, Zamawiający obowiązany jest nabywać m.in. produkty lecznicze po cenach i w zakresie refundacji.

W związku z tym, Zamawiający zdecydował się na nabycie leku, który nie znajduje się w wykazie leków refundowanych w zakresie objętym Postępowaniem, to tym samym Zamawiający naruszył ww. ustawę oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Podał także, że (...) W związku ze sprzecznością czynności Zamawiającego z ustawą, a w szczególności w związku z brakiem możliwości prawnej zaoferowania imatinibu na leczenie GIST poza refundacją, Zamawiający i tak nie może zawrzeć umowy ze Storkpharm Sp. z o.o., gdyż taka umowa na podstawie art. 59 kc. obciążona byłaby sankcją nieważności.

Podniósł także, że (...) w przedmiotowej sprawie, na podstawie zaistnienia przesłanek z art. 89 Pzp, Zamawiający miał obowiązek odrzucenia „wadliwej” (tj. spełniającej wymienione w tym artykule przesłanki) oferty.

Stwierdził także, że (...) Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (podkreślenie Odwołującego). Oferta złożona przez Storkpharm Sp. z o.o. nie była, jak wskazano wyżej, ofertą najkorzystniejszą w zakresie określonym przez kryteria w SIWZ, w tym szczególności w pkt 3f. Oznacza to, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

W konkluzji stwierdził, że w tym postępowaniu naruszono zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym przypadku podniósł, że z treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że na zamawiającego nałożony został obowiązek przestrzegania przedmiotowej zasady nie tylko na etapie przeprowadzania postępowania, ale również w fazie wstępnej, czyli przygotowania. Skoro zatem, Zamawiający określił w SIWZ wprost, że oferowane produkty muszą spełniać określone wymagania refundacyjne, a następnie naruszył ustalone przez siebie warunki wybierając ofertę sprzeczną z SIWZ (pkt 3f), to w sposób oczywisty i niewymagający szerszego uzasadnienia naruszył zasadę równego traktowania oraz w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca StorkPharm Sp. z o.o. z Piaseczna wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie publicznego „Dostawa leków” dotyczy czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 35. W tym przypadku zostały złożone dwie oferty, jedną z nich złożył Odwołujący, a drugą – wykonawca Storkpharm Sp. z o.o. z Piaseczna [wykonawca Storkpharm].

Izba stwierdziła także, że wykonawca Storkpharm ma legitymację do wniesienia tego odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem w pakiecie 35 złożył ofertę, która nie została dotychczas przez Zamawiającego odrzucona, a wykonawca nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania. Tym samym potwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego sprawie, że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, a zaniechanie wyboru tej oferty skutkowałoby dla wykonawcy określoną szkodą, wynikającą z nie uzyskania zamówienia w spornym zadaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba, miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Rozpatrując następnie podnoszone w odwołaniu zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tak jak ustaliła Izba, wnoszący odwołanie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, że ta oferta nie odpowiada treści z pkt 5.2.3. lit f) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – na niezgodności tej oferty z przepisami ustawy Pzp oraz ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, podnosząc, że Zamawiający dokonał wyboru oferty poza wymaganiami refundacyjnymi określonymi w przepisach prawa oraz w specyfikacji.

W ocenie Izby tak sformułowane w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba przede wszystkim stwierdza, że Zamawiający nie podał w specyfikacji, że zamawiany w zadaniu 35 lek [z substancją czynną Imatinibu] ma być wykorzystywany do leczenia nowotworów podścieliskowych przewodu pokarmowego (GIST) w ramach Programu lekowego.

Przedmiotem tego zamówienia jak wskazano w Ogłoszeniu oraz w specyfikacji jest „Dostawa leków” z opisem zadań podanych w pkt 3.3. [zadanie nr 35 – Imitynib 0,1 x 60 i Imitynib 0,4 x30.]. Wymagania z tego opisu spełnia oferowany lek Imatinib Polfa.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że prowadząc przetarg na dostawę tego leku w roku 2014 r.[Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27.01.2014 r. a Ogłoszenie o wyniku z dnia 10.02.2014 r.], którego uczestnikiem był Odwołujący i którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jednoznacznie podał, że przedmiotem dostawy jest „Lek Imatynib program lekowy” i tym samym przedmiotem dostawy mógł być tylko lek Glivec. Takiego zastrzeżenia, co do Programu lekowego, nie zawarto w niniejszym przetargu.

Izba zwraca także uwagę, że w pkt 5.2.3 lit e) specyfikacji Zamawiający podając zasady określania cen oferowanych leków pośrednio wskazał, aby zaoferowane produkty lecznicze były wpisane na listę leków refundowanych, jednakże nie wskazał jednocześnie w jakiej dacie taki wpis miał nastąpić.

Z kolei pkt 5.2.3. lit. f) specyfikacji dotyczy podstaw wyceny oferowanych produktów leczniczych, w którym powołano tylko dla potrzeb wyceny załącznik nr 2 „Wykaz refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na dzień 1 lipca 2012 r. oraz wskazano na część „B. Leki dostępne w ramach programu lekowego i część C. Leki stosowane w ramach chemioterapii w całym zakresie zarejestrowanych wskazań i przeznaczeń oraz we wskazaniu określonym stanem klinicznym Obwieszczeniu ministra zdrowia z dnia 25.4.2012 r. w sprawie wykazu refundowanych leków (...) na dzień 1.5.2012 r. (...).

Izba w tym miejscu podkreśla, że ten punkt specyfikacji stanowił o podstawach wyceny, a nie o datach, w których dany lek został zamieszczony w Wykazie leków oraz odnosił się ogólnie do cen leków [w ramach programu lekowego lub stosowanych w ramach chemoterapii], a nie do leków oferowanych w ramach danego zadania.

Na marginesie Izba zwraca także uwagę na niezrozumiałą rozbieżność dat w punkcie 5.2.3. lit. f) specyfikacji, a przede wszystkim, na brak aktualności [ważności] powołanego Wykazu na dzień składania ofert, jednakże to postanowienie specyfikacji nie zostało – w stosownym terminie - zakwestionowane przez wykonawców, w tym Odwołującego, jak również nie było [podobnie jak z lit. e)] przedmiotem zapytań. Tym samym w dacie oceny ofert Zamawiający był zobowiązany zastosować te postanowienia w brzmieniu nadanym w specyfikacji.

Izba stwierdza również, że wykonawca – w okolicznościach faktycznych sprawy – nie może po złożeniu oferty interpretować wymagań [w tym przypadku w odniesieniu do Programu leczenia GIST] w dostosowaniu do przyjętych w jego ofercie. Usuwanie, ewentualnych wątpliwości powinno, co do zasady następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, [bądź przy użyciu środka ochrony prawnej], w sytuacji gdy wykonawca uznaje, że dane postanowienie [w tym przypadku przeznaczenie leku] może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko ten tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji.

Izba stwierdza także, że każdy zwrot użyty w specyfikacji powinien być przede wszystkim rozważany w kontekście danego stanu faktycznego, a w tym przypadku - także prawnego. Dla rozumienia pewnych niedookreślonych pojęć, nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dane zamówienie jest niewątpliwie dedykowane przede wszystkim do profesjonalistów – podmiotów zdolnych wykonać dane zamówienie w wymaganym zakresie. Tak jak stwierdził sam Odwołujący na rozprawie, lek który oferuje może być wykorzystany tylko w Programie leczniczym GIST – część B. Obwieszczenia, a nie może być zastosowany jako lek z cz. C. Zdaniem Izby wymagania specyfikacji, w tym postanowienia z lit 5.2.3.e) i f) nie dowodzą, że w tym postępowaniu możliwe było zaoferowanie tylko leku Glivec z uwagi na jego przeznaczenie do Programu lekowego GIST.

Izba ponownie zwraca uwagę, że prowadząc przetarg na dostawę tego leku w roku 2014 r. [Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27.01.2014 r. a o wyniku z dnia 10.02.2014 r.], którego uczestnikiem był Odwołujący i którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, Zamawiający jednoznacznie podał, że przedmiotem dostawy jest „Lek Imatinib program lekowy.” Ta okoliczność, w tym stanie faktycznym miała także istotne, zdaniem Izby, znaczenie dla oceny spornego warunku w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zwraca także uwagę, że w dniu 6 grudnia 2013 r. został opublikowany komunikat Ministerstwa Zdrowia o objęciu od dnia 1 stycznia 2014 r. refundacją leku Imatinib Polfa w leczeniu przewlekłej białaczki szpikowej i zaawansowanego włókniakomięsaka guzowatego skóry oraz podana została informacja o jego zawartości substancji czynnej [tak jak wymagana w tym postępowaniu] i lek ten został następnie ujęty w Wykazie refundowanych leków (...), stanowiącym załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 23.12.2013 r. Z kolei w Ogłoszeniu o zamówieniu [opublikowanym w dniu 12.12.2013 r.] termin składania ofert wyznaczony został na dzień 15 stycznia 2014 r. Zamawiający w toku rozprawy również wskazał, że Centrum Onkologii jest medyczną jednostką badawczą, w której leczone są także oprócz GIST inne przypadki, np. nieoperacyjne guzowate włókniakomięsaka skóry i do leczenia tego typu schorzeń wykorzystywany jest Imatinib Polfa.

Wobec powyższych faktycznych ustaleń Izba stwierdza, że zarzut niezgodności treści oferty z ustawą Pzp oraz z ustawą o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych nie podlega uwzględnieniu i tym samym nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

.....