

WYROK
z dnia 14 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław [pełnomocnik], [2] PGF S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3, 91-343 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. Marii Skłodowskiej-Curie 24A, 15-246 Białystok**

przy udziale **wykonawcy KOMTUR POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 405A, 02-801 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław [pełnomocnik], [2] PGF S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3, 91-343 Łódź**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław [pełnomocnik], [2] PGF S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3, 91-343 Łódź** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław [pełnomocnik], [2] PGF S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3, 91-343 Łódź** na rzecz **zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. Marii Skłodowskiej-Curie 24A, 15-246 Białystok** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytecki Szpital Kliniczny, ul. M. Skłodowskiej-Curie 24 A, 15-276 Białystok wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa leków z programów lekowych i produktów leczniczych«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28.10.2016 r. pod nrem 2016/S 209-377974.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 20.01.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Komtur Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 405A, 02-801 Warszawa (dalej wykonawca Komtur).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław [pełnomocnik], [2] PGF S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3, 91-343 Łódź, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 30.01.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części oznaczonej „pakiet 50” od:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Komtur Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 405A, 02-801 Warszawa (dalej wykonawca Komtur), pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu jako oferta niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ w załączniku nr 1 SIWZ oznakowanym jako Formularz cenowy w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości na gruncie przepisu art. 29 ust. 3 Pzp zamawiający opisał przedmiot zamówienia zadaniu używając znaku towarowego (nazwy handlowej) Enbrel, a dopuszczając złożenie ofert równoważnych wskazał że jako lek równoważny rozumie odpowiednik leku czyli lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania przy braku różnic postaci farmaceutycznej, podczas gdy oferowany przez wykonawcę Komtur lek Benepali nie spełnia tego warunku, bowiem nie ma tych samych wskazań, co lek zawarty w opisie przedmiot zamówienia przez zamawiającego lek Enbrel;
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a Pzp w związku z tym, że cena

oferty złożonej przez wykonawcę Komtur wynosiła 1 707 300,00 zł i jest niższą od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację ww. zadania częściowego o 950 905 zł, a zatem cena oferty jest niższa o 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, podczas gdy na podstawie ww. przepisu zamawiający miał taki obowiązek;

- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona;
- 2) art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komtur do złożenia wyjaśnień, pomimo że cena tej oferty była niższa o 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i jako taka podlega odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty, która w istocie podlegała odrzuceniu, a tym samym naruszenie dyrektywy jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości;
- 5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji na rażącym faworyzowaniu wykonawcy Komtur, jako wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza mimo, że była w oczywisty sposób niezgodna z treścią SIWZ, bowiem nie spełnia kryterium równoważności określonego przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Komtur;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

I. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, mimo że wskazana oferta jest niezgodna z treścią SIWZ

Zamawiający w sposób jasny i niebudzący wątpliwości opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie nazwy handlowej produktu leczniczego Etanercept (załącznik nr 1 Załącznik nr Formularz Cenowy), jednocześnie zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert równoważnych, wskazując w treści SIWZ (rozdział I ust. 9 lit. a, c, d SIWZ), że:

- 1) dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w SIWZ;
- 2) przez słowo równoważny zamawiający rozumie produkt o parametrach nie gorszych od opisanych w SIWZ, tj. o parametrach takich samych lub lepszych w stosunku do podanych w opisie przedmiotu zamówienia, a do oceny ich równoważności będzie brał pod uwagę wyłącznie te parametry, które podane są w opisie przedmiotu zamówienia;
- 3) wykonawca, który w ofercie powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

Ponadto – na wniosek wykonawcy o wyjaśnienie treści SIWZ – zamawiający doprecyzował pojęcie »równoważny« wskazując, że używając sformułowania „równoważny” rozumie: odpowiednik leku, czyli lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania przy braku różnic postaci farmaceutycznej (patrz: pyt. 28 wyjaśnienia SIWZ z 28.11.2016 r.). Wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez zamawiającego stają się treścią SIWZ. Tak m.in. KIO w wyroku z 18 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 255/13.

Oznacza to wg odwołującego, że oferta na produkt równoważny do opisanego przez zamawiającego produktu leczniczego Enbrel musi spełnić łącznie każdy z tych warunków tj.:

- 1) zawierać tę samą substancję czynną;
- 2) posiadać te same wskazania;
- 3) posiadać tę samą drogę podania przy braku różnic postaci farmaceutycznej.

Tymczasem produkt leczniczy oferowany przez wykonawcę Komtur nie spełnia drugiego z tych warunków, ponieważ nie posiada tych samych wskazań, co stwierdził odwołujący na podstawie karty produktu tj. Charakterystyki Produktu Leczniczego, a co obrazuje tabela:

Wskazanie	Produkt opisany przez zamawiającego nazwą Enbrel	Produkt Benepali oferowany przez wykonawcę Komtur
reumatoidalne zapalenie stawów	posiada	posiada

młodzieńcze idiopatyczne zapalenie stawów (MIZS)	posiada	NIE POSIADA
łuszczycowe zapalenie stawów	posiada	posiada
osiowa spondyloartropatia bez zmian radiologicznych	posiada	posiada
zesztywniające zapalenie stawów kręgosłupa (ZZSK)	posiada	posiada
łuszczyca zwykła (plackowata)	posiada	posiada
łuszczyca zwykła (plackowata) u dzieci i młodzieży	posiada	NIE POSIADA

Nie powinno budzić wątpliwości, że produkt leczniczy oferowany przez wykonawcę Komtur nie spełnia kryterium równoważności, a tym samym oferta wykonawcy Komtur jest niezgodna z treścią SIWZ, i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Tymczasem zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy Komtur, mimo że była niezgodna z treścią SIWZ, przez co zamawiający naruszył zarówno zasadę uczciwej konkurencji jak i zasadę równego traktowania wykonawców.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i jako taka podlega odrzuceniu

Zamawiający działając na podstawie art. 35 ust. 1 i 2 Pzp określił wartość zamówienia powiększoną o należny VAT na kwotę 2 658 250,00 zł.

Oferta złożona przez wykonawcę Komtur wynosiła 1 707 300,00 zł.

Cena oferty złożonej przez wykonawcę Komtur jest niższa od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na realizację ww. zadania częściowego o 950 905 zł, a zatem cena oferty jest niższa o 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp. Tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Zarówno brak wezwania wykonawcy Komtur do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jak i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z treścią SIWZ jednoznacznie świadczy o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji skutkuje powstaniem szkody u odwołującego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 30.01.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 30.01.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

02.02.2017 r. wykonawca Komtur Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 405A, 02-801 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba rozważyła dowody złożone przez:

1) odwołującego:

- a) dowód nr 1 – str. 31 i 66 OPZ na wykazanie innych sformułowań postanowień przez przytaczanie nazw własnych leków z dodatkiem skrótu „np.”,
- b) dowód nr 2 – wyciąg z karty charakterystyki produktu leczniczego Benepali na wykazanie różnic w działaniach obu leków,
- c) dowód nr 3 – wyciąg z karty charakterystyki produktu leczniczego Enbrel na wykazanie różnic w działaniach obu leków,
- d) dowód nr 4 – pisma NFZ i MZ na wykazanie różnic między lekami Benepali i Enbrel,

e) dowód nr 5 – fragment obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie listy leków refundowanych, który zawiera pozycję odnośnie limitu finansowania, poz. 73-76 na wykazanie, że dla obu tych leków ten sam limit,

2) przystępującego:

a) dowód nr 6 – pismo MZ na wykazanie, że z punktu widzenia programu lekowego istotna jest substancja czynna, a nie nazwa handlowa leku,

b) dowód nr 7 – pisma z Komisji Europejskiej w języku angielskim bez tłumaczenia na wykazanie, że obecnie lek Benepali posiada właściwości lecznicze w zakresie wytkniętym przez odwołującego,

c) dowód nr 8 – tabelaryczne zestawienie cen z przetargów rozstrzygniętych w ostatnich miesiącach na dowód, że ceny oferowane nigdy nie przekraczają ceny refundacyjnej, a cena zaoferowana przez przystępującego nie odbiega od cen oferowanych w innych postępowaniach, także na lek Enbrel.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu nr 7 złożonego przez przystępującego, gdyż pismo zostało sformułowane w języku obcym, a wnioskodawca nie załączył tłumaczenia na język polski. Izba także nie wzięła pod uwagę dowodu nr 8 złożonego przez przystępującego, gdyż przedmiot wniosku dowodowego wykraczał poza obszar rozpoznawanej sprawy.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) pakietu nr 50 wymagał złożenia oferty na »Etanercept [...]« i w kolumnie obok zamawiający umieścił napis cyt. »np.Enbrel« [pisownia oryginalna]. Podobnie zamawiający umieścił takie zastrzeżenia przykładowo w pakiecie nr 15, gdzie w wielu wierszach pod nazwą produktu lub w kolumnie obok zamawiający umieścił skrót „np.” przed nazwami różnych specyfików.

Izba musi stanąć na stanowisku, że zgodnie z książką »Skróty i skrótowce« Anny Czarneckiej i Jerzego Podrackiego, wydawnictwo „Oświata”, Warszawa 1995 r. cyt. »np. na przykład. Skrót pisany z kropką, czytany jako cały odmieniany wyraz« – dlatego skrót »np.« należy odczytywać i rozumieć jako wyrażenie »na przykład«.

Ponadto zamawiający – w odpowiedzi na pytanie 28 niedookreślone do jakiegoś konkretnego miejsca w SIWZ – stwierdził ogólnie, że rozumie pojęcie »równoważny« jako odpowiednik leku, czyli lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania przy braku różnic postaci farmaceutycznej. Jednak dla możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych

(na przykład nazwy leku) wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”, co wynika z treści art. 29 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi cyt. »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”«. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający w SIWZ zamieścił napis „lub równoważny”.

Strony i przystępujący nie kwestionowały, że nazwa leku »Enbrel« jest znakiem towarowym w rozumieniu art. 120 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 oraz z 2015 r. poz. 1266, 1505 i 1615) i art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. poz. 271, poz. 1505 i 1570, z 2009 r. poz. 97, 206, 753, 788 i 817, z 2010 r. poz. 513 i 679, z 2011 r. poz. 322, 451, 622, 654, 657 i 696, z 2012 r. poz. 1342 i 1544, z 2013 r. poz. 1245, z 2014 r. poz. 822 i 1491, z 2015 r. poz. 28, 277, 788, 875, 1771, 1830, 1918, 1926 i 1991 oraz z 2016 r. poz. 823 i 960, 1579). Dlatego uznano to jako bezsporne.

Na podstawie tych argumentów Izba stwierdza, że zamawiający zastosował w OPZ formę tabelaryczną, gdzie szczegółowo wykazał na jakie przedmioty zamówienia wykonawcy mają złożyć oferty. Ponadto zamawiający używając w OPZ (SIWZ) nazwy substancji czynnej Etanercept uzupełnionej w sąsiedniej komórce tabeli nazwą produktu leczniczego Enbrel poprzedzonej skrótem »np.«, przedstawił, że wymaga złożenia oferty na lek, którego substancją czynną jest Etanercept, a jednym ze specyfików, który spełnia wymagania zamawiającego jest Enbrel. Jednak nadinterpretacją słów zamawiającego byłoby stwierdzenie, że zamawiający wymaga złożenia oferty na lek Enbrel, bo nazwa tego leku została poprzedzona skrótem »np.«, czyli zamawiający wskazał, że jednym z leków, który może zaoferować wykonawca jest lek Enbrel, ale lek ten nie stanowi wzorca, czyli nie stanowi wskazania znaku towarowego w rozumieniu przytoczonego art. 29 ust. 3 Pzp. Wskazanie nazwy produktu leczniczego Enbrel nie jest wskazaniem znaku towarowego w rozumieniu art. 29 ust. 3 Pzp także ze względu na brak dopisku „lub równoważny” po nazwie produktu Enbrel. Stanowiłoby to naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, a takiego naruszenia ani w terminie odpowiednim na złożenie odwołania do treści SIWZ, ani obecnie nie można stwierdzić.

Jednocześnie Izba musi zauważyć, że pytanie nr 28 było na tyle nieprecyzyjne i nie dotyczyło jakichkolwiek konkretnych postanowień OPZ, że odpowiedź nie mogła dotyczyć i nie dotyczyła warunków konkretnych postanowień SIWZ w sprawie dotyczącej możliwości

złożenia oferty na równoważne przedmioty objęte przedmiotem zamówienia, a w tym w zakresie pakietu nr 50 będącego przedmiotem rozpoznania Izby.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komtur do złożenia wyjaśnień, pomimo że cena tej oferty była niższa o 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp oraz w ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i jako taka podlega odrzuceniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie zastosowania procedur wyjaśnienia rażąco niskiej ceny określonych w art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Art. 90 ust. 1 wstęp do wyliczenia Pzp brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie [...]«, a art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od [...] wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«.

Odwołujący nie wziął pod uwagę, że u zamawiającego nawet bardzo niska cena może nie budzić wątpliwości i zamawiający może nie uważać takiej ceny za rażąco niską i odwołujący nie wykazał, że w rozpoznawanym przypadku u zamawiającego musiała się pojawić taka wątpliwość. Jednak w przypadku określonym w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zamawiający jest obowiązany do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdy oferowana cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT. W rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym cena ofertowa była niższa o ok. 36% od powiększonej o VAT wartości szacunkowej, dlatego zdaniem odwołującego zamawiający był zobligowany wszcząć procedurę wyjaśniającą.

Ale odwołujący nie wziął pod uwagę zakończenia przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, z którego wynika, że zamawiający może odstąpić od badania możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, jeżeli różnica między wartością szacunkową zamawiającego i ceną ofertową wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Ze względu na ogólnie znane negocjacje w sprawie cen leków prowadzone przez Ministerstwo Zdrowia nawet znaczne odstępstwa w wyżej wskazanych wartościach mogą nie budzić wątpliwości. Dlatego zamawiający powołując się na te negocjacje mógł uwzględnić rozbieżność między tymi kwotami jako oczywistą okoliczność i nie wszcząć procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny, które to czynności są scharakteryzowane w art. 90 Pzp.

Ponadto na argument sformułowany na rozprawie przez odwołującego, że zamawiający nie oparł się w swoich wyliczeniach wartości zamówienia na cenach leków wskazywanych w dokumentach Ministerstwa Zdrowia (dalej MZ) – Izba stwierdza, że zamawiający ma obowiązek szacować wartość zamówienia z należytą starannością, zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, który brzmi »Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością«.

Izba wskazuje, że w zakresie ustalania wartości zamówienia zamawiający działał zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju [...] udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem«. Dlatego Izba nie może kwestionować stanowiska zamawiającego, który może szacować wartość przedmiotu zamówienia w oparciu o wartości w analogicznych zamówieniach z roku ubiegłego, jak to uczynił zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu, cyt. z protokołu rozprawy »Zamawiający, szacując wartość zamówienia, bazował na cenach ostatniego roku i nie brał pod uwagę cen zamieszczonych w obwieszczeniach MZ, bo obwieszczenia ulegają zmianom co ok. 2 miesiące«. Ze względu na wzięcie pod uwagę dokumentów MZ w sprawach cen leków, u zamawiającego nie zrodziły się wątpliwości dotyczące poziomu cen zaoferowanych przez wykonawców i w związku z tym zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia wielkości zaoferowanych cen, a tym bardziej nie odrzucił oferty wykonawcy Komtur z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komtur do złożenia wyjaśnień, pomimo że cena tej oferty była niższa o 36% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, a także Izba nie może się przychylić do zarzutu trzeciego, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komtur – zarzuty te nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty, która w istocie podlegała odrzuceniu, a tym samym naruszenie dyrektywy jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości oraz w ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji na rażącym faworyzowaniu wykonawcy Komtur, jako wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza mimo, że była w oczywisty sposób niezgodna z treścią SIWZ, bowiem nie spełnia kryterium równoważności określonego przez zamawiającego – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie nie odrzucił oferty wykonawcy Komtur i nie żądał wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny ani nie badał spełniania kryterium równoważności zaoferowanych leków, co zostało opisane wyżej. Dlatego też zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W związku z tym odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Z tych względów Izba nie może się przychylić do zarzutu czwartego i zarzutu piątego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez nierówne, dyskryminacyjne lub uprzywilejowujące, traktowanie wykonawców.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: