

Lublin, dnia 31.08.2012 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Dom Pomocy Społecznej w Obrytem
Obryte 188
07-215 Obryte
Tel./fax 29 741 10 80

Odwołujący:
Nasza Apteka Sp. z o.o.
Ul. Romera 37
20-473 Lublin
Tel/fax 81 443 44 00
Tel. 81 443 44 43

ODWOŁANIE

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 roku na sukcesywne dostawy leków i materiałów medycznych jednorazowego użytku dla potrzeb mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Obrytem (nr sprawy: ZP230/PN3/2012), zwanym dalej „Postępowaniem”.

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP” , wnosimy odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne dostawy leków i materiałów medycznych jednorazowego użytku dla potrzeb mieszkańców Domu Pomocy Społecznej w Obrytem (nr sprawy: ZP230/PN3/2012), wobec naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) Art. 89 ust. 1 p.3 – uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 2) Art. 91 ust 1 – Zamawiający ma obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- 3) Art. 7 ust. 1 – Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców
- 4) Art. 7 ust. 3 – Zamawiający może udzielić zamówienie wyłącznie takiemu Wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami Ustawy PZP

Wobec powyższego działając na podst. art. 180 ust. 2 p. 4 Odwołujący wnosi o:

- 1) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji odrzucenia oferty Odwołującego
- 2) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty
- 3) Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert

Rupee

- 4) Nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy PZP

W wyniku naruszenia zasad udzielania zamówienia publicznego określonych w Ustawie PZP, do przestrzegania których Zamawiający jest zobowiązany, naraża on na uszczerbek interes prawny Odwołującego ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia poprzez bezprawne odrzucenie oferty uznanej bezpodstawnie za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 31.08.2012 r., czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust.1 p. 2. Informację o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o rozstrzygnięciu postępowania Odwołujący otrzymał w dniu 30.08.2012 r. – faksem/ oraz mógł zapoznać się z informacją umieszczoną na www Zamawiającego: <http://starostwopultusk.bip.org.pl/?tree=przetarg&id=660>

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 03.09.2012. r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Ustawy PZP

UZASADNIENIE

Zamawiający w niniejszym Postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 p. 3 Ustawy PZP, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający stwierdził, 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.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. bardzo precyzyjnie określa, co jest czynem nieuczciwej konkurencji. Przy odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powołał się wybiórczo na Art. 3 ust. 1 w/w Ustawy:

„1. 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 co Ustawodawca uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji:

„ 2. 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.”

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.

Oferta Odwołującego 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 (& XIX.p-t 2). I oferta została przygotowana tak, by zapłata dla Zamawiającego była jak najniższa. W SIWZ w par. XIX p-t 3 Zamawiający jasno określa „**cenę do zapłaty przez Mieszkańca DPS, które należy podać w Załączniku Nr 2 do SIWZ są traktowane wyłącznie, jako informacyjna i nie ma wpływu na wybór oferty.**” Zamawiający pozostawił również dowolność oferentów, co do stosowania odpowiedników leków. Odwołujący zastosował najtańsze z możliwych zamienników.

Oferta Odwołującego 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 2011r.

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.

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 receptce 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 mieszkaniec dopłacał jak najniższą kwotę.

W dniu 30.08.2012 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie powodów odrzucenia oferty. Następnego dnia 31.08.2012 wpłynęła odpowiedź Zamawiającego (obydwa pisma w załączeniu). W piśmie Zamawiający zastania 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, nie wiążące. Odwołujący spełnił oczekiwania Zamawiającego.

Reasumując, oferta Odwołującego 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 chce zwrócić uwagę na wybiórcze i niejednakowe traktowanie oferentów przez Zamawiającego. 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. Art. 46 ust. 3 Ustawy Farmaceutycznej 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 nieprzestrzeganie 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. Oferta Apteki FAR-MAG Sp. z o.o. powinna więc zostać odrzucona na podst. art. 89 ust. 1 p. 8.

Załączniki:

- 1) wniosek Zamawiającego o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – otrzymane przez Odwołującego faksem w dniu 14.08.2012 r.
- 2) wyjaśnienia Odwołującego złożone faksem w dniu 17.08.2012 r. oraz w oryginale 20.08.2012
- 3) informacja dla Zamawiającego – pismo z dnia 20.08.2012 r.
- 4) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- 5) prośba Odwołującego o szczegółowe wyjaśnienie powodów odrzucenia – wysłane 30.08.2012
- 6) informacja dotycząca odrzucenia oferty oraz o dokonany wyborze oferty – wysłane 30.08.2012
- 7) otrzymana faksem odpowiedź od Zamawiającego w dniu 31.08.2012
- 8) otrzymane faksem uzasadnienie od Zamawiającego w dniu 31.08.2012
- 9) kopia odwołania przekazana Zamawiającemu w dniu 31.08.2012
- 10) kopia wniesionego w dniu 31.08.2012 wpisu od złożonego odwołania
- 11) odpis KRS


mgr Małgorzata Salska
Prezes


Nasza Apteka sp. z o.o.
ul. Romera 37, 20-473 Lublin
tel. 81 443 44 43, fax 81 443 44 00
NIP 9462301628, REGON 432260034