

**Sygn. akt KIO 3155/20**

**WYROK**  
**z dnia 16 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Delfarma Sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzkie Centrum Terapii Uzależnień w Gdańsku

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Delfarma Sp. z o.o. w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Delfarma Sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Gdańsku.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzkie Centrum Terapii Uzależnień w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup i sukcesywne dostawy produktów leczniczych dla Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnień w Gdańsku”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 listopada 2020 r. pod pozycją 614478-N-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

1 grudnia 2020 r. wykonawca Delfarma Sp. z o.o. w Łodzi wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, jak i samego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36aa i art. 91 Pzp przez:

- a) połączenie w ramach jednego, niepodzielonego zamówienia czterech różnych produktów leczniczych tego samego producenta - firmy L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A., w taki sposób, że jedyną ważną ofertę, na przedmiot zamówienia może złożyć tylko hurtownia reprezentująca na polskim rynku interesy rzeczonoego producenta;
- b) ustalenie w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb oraz standardów (praktyk) rynkowych, jednego z elementów opisu przedmiotu zamówienia oraz „kryteriów oceny ofert”, jakim jest termin dostawy na „następny dzień od dnia złożenia zamówienia w dni robocze od poniedziałku do piątku do godziny 11:00” tj. w praktyce w ciągu 24 godziny od złożenia zamówienia, *de facto* terminu na „cito”, który będzie jako jedyny obowiązywał wykonawcę i nie uwzględnia logistyki związanej z obiegiem dokumentów oraz towarów na rynku, szczególnie w dobie pandemii, a ponadto tworząc z „terminu dostawy” znaczące (40%) kryterium oceny ofert w taki sposób, że biorąc pod uwagę rynkową specyfikę realizacji przedmiotu zamówienia, obiektywne potrzeby zamawiającego i metodykę aplikowania leku u pacjentów oraz możliwość składania „zamówień via telefon”, zamawiający skutecznie eliminuje „niepożądaną” konkurencję wobec referencyjnego producenta i jego produktów;
- c) opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie syropu jako jedynej dopuszczonej

postaci leku, która charakteryzuje zamawiany produkt z pozycji nr 1 z Załącznika nr 2 - formularz asortymentowo-ilościowy o nazwie własnej Methadone hydrochloride Molteni, 1mg/ml, syrop, produkowany tylko i wyłącznie przez firmę L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Societa di Esercizio S.p.A. z siedzibą we Włoszech, co prowadzi *de facto* do uprzywilejowania rzeczzonego producenta i jego produktu, a eliminuje odwołującego i produkt „równoważny” - Methadone hydrochloride Delfarmat 1mg/ml, roztwór doustny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) dokonania modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie sposobu składania ofert przez dopuszczenie składania ofert na poszczególne pozycje lub danie takiej możliwości w zakresie pozycji nr 1 z Załącznika nr 2 - Formularza asortymentowo-ilościowego z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji;
- b) dokonania modyfikacji maksymalnego terminu dostawy przedmiotu zamówienia na co najmniej 2 (dwa) dni robocze od złożenia zamówienia z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności związanych z logistyką dystrybucji leków i jej ograniczeniami w dobie pandemii;
- c) usunięcia z treści SIWZ (i ogłoszenia) jako „kryterium oceny ofert” kryterium „termin dostawy” o wadze 40% w związku z brakiem obiektywnych przesłanek, jakie warunkowałyby jego zasadność, a stanowiącym możliwość złożenia oferty w tym zakresie jedynie dla pozoru w związku m.in. z brakiem przewidzenia realnych mechanizmów kontroli prawidłowej realizacji w tym zakresie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, z którym zamawiający podpisze umowę;
- d) dopuszczenie w pozycji nr 1 w Załączniku nr 2 - Formularz asortymentowo-ilościowy zaferowania rozwiązania „równoważnego” uwzględniającego zasadę uczciwej i efektywnej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. dopuszczenia w miejsce określenia „syrop” jako równoważne określenie „roztworu doustnego”.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zachowała systematykę zarzutów odwołania i odniosła się do nich kolejno.

**Ad. 1.** Art. 36aa ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Z treści tego przepisu nie wynika obowiązek, lecz jedynie uprawnienia zamawiającego do podzielenia zamówienia na części. Również art. 7 ust. 1 Pzp nie uzasadnia zarzutu odwołania. Decyzja co do podziału zamówienia na części ma bowiem znaczenie nie tylko z punktu widzenia wykonawców, gdy stanowi o możliwości wzięcia udziału w postępowaniu i uzyskania zamówienia w odniesieniu do niektórych części, lecz powinna być postrzegana przede wszystkim z punktu widzenia zasad opisu przedmiotu zamówienia.

Udzielenie zamówienia w częściach jest decyzją dotyczącą przedmiotu zamówienia. Podział zamówienia zależny jest zatem nie tylko od konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, co wynika wprost z art. 29 ust. 2 Pzp, ale przede wszystkim od potrzeb konkretnego zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku udzielenia danego zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest danie możliwości złożenia oferty w postępowaniu przez każdego wykonawcę, bez względu na rzeczywiste potrzeby zamawiającego i indywidualne uwarunkowania jego działalności. Podział zamówienia może nastąpić, gdy jest to w sposób obiektywnie dostosowane do potrzeb zamawiającego, adekwatne do celu danego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uwzględniła, że zamawiający zajmuje się bezpłatnym leczeniem osób nieposiadających ubezpieczenia zdrowotnego, uzależnionych od narkotyków. Działalność zamawiającego polega m.in. na leczeniu substytucyjnym różnymi preparatami. Każdorazowo dawka substytutu ustalana jest indywidualnie do potrzeb i stanu zdrowia pacjenta. Oznacza to, że liczba pacjentów oraz zapotrzebowanie na poszczególne leki w ciągu roku nie jest możliwa do konkretnego oszacowania. Potwierdza to brzmienie pkt 3.6 i 3.7 SIWZ, gdzie zamawiający stwierdził odpowiednio, że:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do wykorzystania niepełnej ilości asortymentu. Zamawiający przewiduje wykorzystanie 70% ilości produktów określonych w poszczególnych pozycjach wskazanych w Załączniku nr 2 do IDW - Formularz asortymentowo - ilościowy. Pozostałe 30% ilości produktów Zamawiający wykorzysta w razie zaistnienia takiej potrzeby. Z tytułu niewykorzystania pełnej ilości asortymentu nie przysługują Wykonawcy wobec Zamawiającego roszczenia odszkodowawcze.” „Zamawiający zastrzega sobie możliwość ilościowej zmiany poszczególnych asortymentów do wysokości całkowitej wartości zamówienia określonego umową.”

Przywołane postanowienia SIWZ korespondują również z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie, że zmiana leków w leczeniu substytucyjnym jest czynnością niezwykle wrażliwą, gdyż reakcje na zmianę u poszczególnych pacjentów nie są możliwe do przewidzenia. Zatem zamawiający musi mieć zabezpieczoną możliwość szybkiej reakcji w przypadku wystąpienia niepożądanych skutków danego preparatu lub jego zmienionej dawki. Brak podziału zamówienia na części i współpraca z jednym wykonawcą zmniejszają ryzyko, że któregośkolwiek z leków zabraknie dla pacjentów. Sprzyja również ciągłości dostaw. Ma to istotne znaczenie w leczeniu substytucyjnym, w którym pominięcie nawet jednej dawki jest niedopuszczalne. Ryzyko przerwy w terapii jest mniejsze w sytuacji zamawiania leków od jednego wykonawcy, zwłaszcza, że zamawiający dokonuje zakupu mniejszej ilości leków – na kolejny dzień. W tym zakresie Izba uwzględniła warunki zamawiającego, który nie posiada zaplecza umożliwiającego przechowywanie większej liczby leków. Dział Farmacji Szpitalnej zamawiającego jest niewielki, dostępna jest jedna szafa pancerna. Niemożliwe jest też dłuższe przechowywanie leków. Zamawiający wyjaśnił również, że zatrudnia wyłącznie jednego farmaceutę przydzielonego do Programu Leczenia Substytucyjnego, który pracuje jedynie od godz. 8:00 do 11:00 i w tym czasie przyjmuje pacjentów, wydaje leki oraz przyjmuje leki dostarczone przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy uzasadnione jest twierdzenie zamawiającego, że dostarczanie wszystkich zamawianych leków przez jednego wykonawcę jest korzystniejsze organizacyjnie oraz finansowo. W przypadku dostarczania leków przez różnych wykonawców, zamawiający nie tylko ponosiłby ryzyko, braku terminowej dostawy preparatu aktualnie niezbędnego w leczeniu substytucyjnych, ale również zmuszony byłby do ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zwiększenia czasu pracy farmaceuty.

Argumentacja ta jest w ocenie Izby przekonująca. W jej świetle twierdzenie odwołującego o hipotetycznych korzyściach finansowych zamawiającego wynikających ze zwiększenia konkurencji w postępowaniu nie skłania do uwzględnienia zarzutu odwołania.

**Ad. b)** W pkt 17 SIWZ zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:

- 1) Cena - 60%;
- 2) Czas dostawy - 40%.

W kryterium „Czas dostawy” zamawiający wskazał dodatkowo, że maksymalny czas dostawy przedmiotu zamówienia to następny dzień od dnia złożenia zamówienia w dni robocze od poniedziałku do piątku do godziny 11:00. Zamawiający przyznał również odpowiednią punktację: w przypadku dostawy od 8:00 do 9:29 - 20 pkt, w przypadku dostawy od 9:30 do 11:00 - 40 pkt.

Art. 91 ust. 2 Pzp, stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Związek z przedmiotem zamówienia definiuje art. 91 ust. 2c Pzp, który wskazuje m.in. na aspekt dostarczania. Art. 91 ust. 2 pkt 6 *in fine* Pzp przykładowo wskazuje, że kryterium oceny ofert mogą być warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Przywołane przepisy potwierdzają prawidłowość zastosowania kryterium „Czas dostawy”. Izba zważyła, że w przypadku zamawiającego kryterium to ma istotne znaczenie, co uzasadnia zarówno jego wagę – 40%, jak i sposób przyznawania punktów w jego ramach.

Stosowna argumentacja wynikająca z warunków organizacyjnych i finansowych zamawiającego została w części powołana w pkt Ad. a). Dodatkowo Izba za godne wiary uznała wyjaśnienia zamawiającego, że w godzinach pracy Działu Farmacji Szpitalnej czyli od 8:00 do 11:00 przyjmowani są pacjenci, wydawane są leki oraz a zamówione leki są przyjmowane. Opóźnienie godzinowe - czyli dostawa leków po godzinie 11:00 powoduje brak możliwości odebrania ich tego dnia i w konsekwencji brak leków dla pacjentów oraz groźbę niedopuszczalnej przerwy w leczeniu. Największa liczba pacjentów jest w pierwszych godzinach pracy, od godziny 9:30 do godziny 11:00 liczba pacjentów jest mniejsza i w tym czasie łatwiej jest odebrać zamówione leki.

Odwołujący nie wykazał swego twierdzenia, że w sytuacji epidemii SARS-Cov 2 dostawy na kolejny dzień po złożeniu zamówienia to tryb „na ratunek-cito”. W związku z tym Izba uznała twierdzenie zamawiającego, że dostawy takie stanowią standardową praktykę rynkową również w warunkach epidemii.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do twierdzenia, że przewidziana przez zamawiającego w pkt 3.8 SIWZ możliwość składania zamówienia drogą telefoniczną, czyniła kryterium „Czas dostawy” iluzorycznym. Przeciwnie w opisanych wyżej warunkach zamawiającego, dużej liczbie pacjentów i co za tym idzie dużej liczbie dawek leków przygotowywanych w krótkim czasie przez jedną osobę, jest to istotne ułatwienie.

Kwestionowane kryterium oraz sposób przyznawania punktów w jego ramach nie naruszają przepisów ustawy. Żądanie odwołującego wydłużenia czasu dostawy do dwóch dni, w warunkach prowadzenia działalności przez zamawiającego oraz z uwagi na specyfikę tej działalności, nie jest możliwe do uwzględnienia.

**Ad. c)** Istotą zarzutu było wymaganie zamawiającego dostawy leku wyłącznie w postaci syropu. Odwołujący żądał dopuszczenia innej postaci leku. Zamawiający dokonał po wniesieniu odwołania zmiany treści formularza asortymentowo-ilościowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, w ten sposób, że skreślił oznaczenie wskazujące na producenta

leku tj. L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Societa di Esercizio S.p.A. natomiast pozostawił postać leku – syrop.

Izba zważyła, że brak jest podstaw do uznania, że obie postaci leku, czyli syrop i roztwór doustny można uznać za równoważne. Różnica między oboma postaciami wyraża się m.in. w tym, że substancją pomocniczą w syropie jest sacharoza, a w leku w postaci roztworu doustnego sorbitol. W karcie charakterystyki produktu leczniczego, który odwołujący chciałby zaoferować zamawiającemu po żądanej przez siebie zmianie SIWZ, znajduje się następujące stwierdzenie:

„Produkt leczniczy Methadone hydrochloride Delfarma zawiera sorbitol, który może wpływać na biodostępność metadonu u niektórych osób. U tych pacjentów zamiana produktu Methadone hydrochloride Delfarma na inne produkty zawierające metadon, które nie zawierają sorbitolu, może spowodować istotne klinicznie zmiany stężenia metadonu w osoczu krwi. Zaleca się zachowanie ostrożności w przypadku konieczności zmiany produktu, szczególnie w przypadku pacjentów przyjmujących wysokie dawki produktu w leczeniu podtrzymującym. Zaleca się monitorowanie pacjenta podczas zmiany produktu.”

Z powołanego stwierdzenia wynika potwierdzenie stanowiska zamawiającego, że w przypadku osób uzależnionych, zmian leku należy dokonywać wyjątkowo ostrożnie i zamawiający powinien mieć zabezpieczoną możliwość reakcji w przypadku, gdy zmiana okazałaby się niekorzystna dla pacjenta. Sprawdzone przez zamawiającego postać leku – syrop - ma zatem istotne znaczenie w leczeniu substytucyjnym. Dodatkowo utrudnia ona możliwość podawania leku dożylnie, a uniemożliwienie podawania dożylnego substancji psychoaktywnych - jak wskazał zamawiający - jest priorytetowym zadaniem leczenia substytucyjnego osób uzależnionych od opiatów.

W związku z tym Izba uznała, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny ze swoimi uzasadnionymi potrzebami i nie dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp.

Fakt, że zamawiający po wniesieniu odwołania wykreślił oznaczenie leku wskazujące na jego producenta jest niewystarczający dla uwzględnienia odwołania. Zarzutem odwołania objęta była przede wszystkim postać leku, a ta nie została zmieniona. Czynność zmiany formularza asortymentowo – cenowego nie może zatem mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....