

Sygn. akt: KIO 2051//16

POSTANOWIENIE
z dnia 8 listopada 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 8 listopada 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2016 roku przez wykonawcę **Odwołującego Komtur Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** przez w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką w Bydgoszczy**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego Komtur Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dnia 26 października 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. art. 179 ust. 1 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Komtur Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na **„dostawy sukcesywne produktów leczniczych w ramach szpitalnych programów terapeutycznych (78/2016)”** prowadzi Zamawiający: **10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką w Bydgoszczy**.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w dniu 19 października 2016 roku oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2016/S 202-364754 zatem odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu postanowienia SIWZ wraz ze stanowiącym integralną część SIWZ szczegółowym załącznikiem cenowym, w zakresie w jakim dokonano w nich opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezasadny medycznie i prawnie tj. poprzez określenie oczekiwanego produktu leczniczego zawierającego substancję czynną *etanercept* 50 mg jako leku oryginalnego Enbrel ze wskazaniem „*dopuszcza składanie ofert równoważnych*”, bez określenia kryteriów równoważności jakimi kierować się będzie Zamawiający przy ocenie zaoferowanych przez Wykonawców produktów.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust 2 PZP poprzez nieuzasadnione faworyzowanie Wykonawców oferujących produkt leczniczy o nazwie „Enbrel 50 mg”,
- art. 29 ust 3 PZP poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego kryteriów równoważności jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert Wykonawców, co prowadzi do faktycznego wyeliminowania z postępowania Wykonawców oferujących leki biopodobne dopuszczone do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, pomimo faktu, że zarówno przepisy powszechnie

obowiązującego prawa, jak też i instytucje takie jak Ministerstwo Zdrowia i Narodowy Fundusz Zdrowia uznają leki biopodobne za zamienniki (produkty równoważne) leków referencyjnych (oryginalnych) możliwe do stosowania na każdym etapie terapii w ramach posiadanych wskazań.

Z ostrożności procesowej zarzucano także naruszenie:

- art. 36aa PZP w zw. art. 96 ust. 1 pkt 11 PZP poprzez nieuzasadnione niedokonanie podziału zamówienia na części i nie wyodrębnienie w ramach zamówienia (z zadania częściowego nr 17) odrębnej części produktów leczniczych zawierających *etanercept 50 mg* posiadających wskazania do stosowania u dzieci, co może prowadzić do wyeliminowania z postępowania Wykonawców oferujących leki biopodobne równoważne do leku oryginalnego i dopuszczone do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

W związku z powyższym, Odwołujący żądał:

1. nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ i szczegółowego załącznika cenowego poprzez:

- dokonanie zmiany opisu zadania częściowego nr 17 poprzez wyraźne określenie – w sposób zgodny z usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego - kryteriów równoważności, jakimi będzie posługiwał się Zamawiający w celu oceny równoważności produktów zawierających *etanercept 50 mg*, i/lub

2. nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ i szczegółowego załącznika cenowego poprzez:

- dokonanie zmiany opisu zadania częściowego nr 17: „*Etanercept - Enbrel - roztwór do wstrzykiwań, na kontynuację leczenia*” poprzez zastąpienie nazwy handlowej „Enbrel” nazwą substancji czynnej „etanercept 50 mg”

oraz ewentualnie (o ile jest to uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego)

3. nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ poprzez:

- wydzielenie z zamówienia (z obecnego zadania częściowego nr 17) do osobnego zadania częściowego produktu leczniczego zawierającego *etanercept 50 mg* i posiadającego wskazania do stosowania u dzieci w proporcji (liczbie sztuk) odpowiadającej faktycznej liczebności tej grupy pacjentów leczonych u Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, gdyż zamierza uczestniczyć w przedmiotowym przetargu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 28 października września 2016 roku wysłał do wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania i wezwanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego poprzez zamieszczenie powiadomienia na własnej stronie internetowej.

W przedmiotowej sprawie do upływu terminu na przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron nie przystąpili wykonawcy.

Zamawiający w dniu 7 listopada 2016 roku przesłał do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, w której na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp uznał odwołanie w całości i wnosił o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca uprawniony do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: