

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2019 r. przez **wykonawcę Swedish Orphan Biovitrum AB (publ) z siedzibą w Szwecji** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Instytut Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie oraz Narodowe Centrum Krwi z siedzibą w Warszawie** w imieniu których postępowanie prowadzi **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Shire Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów I i III, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszych zarzutów;**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Swedish Orphan Biovitrum AB (publ) z siedzibą w Szwecji i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę**

Swedish Orphan Biovitrum AB (publ) z siedzibą w Szwecji tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawcy Swedish Orphan Biovitrum AB (publ) z siedzibą w Szwecji** na rzecz **Zamawiającego: Instytutu Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie oraz Narodowego Centrum Krwi z siedzibą w Warszawie w imieniu których postępowanie prowadzi Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie oraz Narodowe Centrum Krwi z siedzibą w Warszawie w imieniu których postępowanie prowadzi Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Koncentrat rekombinowanego czynnika krzepnięcia IX minimum II generacji wraz z dostawą do Centrów Leczenia Hemofilii oraz RCKiK*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Swedish Orphan Biovitrum AB (publ) z siedzibą w Szwecji (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 6 sierpnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając naruszenie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz w zakresie zarzutu nr 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że Zamawiający ma wiedzę, że na rynku są dostępne czynniki krzepnięcia o przedłużonym okresie biologicznego półtrwania, w przypadku których uzyskuje się ten sam efekt terapeutyczny przy zastosowaniu o połowę mniejszej liczby jednostek, niż w przypadku czynników konwencjonalnych. Według Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie mogą zaoferować adekwatnej do rzeczywistego zapotrzebowania terapeutycznego ilości czynnika o przedłużonym okresie biologicznego półtrwania, ponieważ Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania określonej ilości czynnika rekombinowanego przynajmniej II generacji obliczonej na podstawie zużycia czynników konwencjonalnych. Powoduje to brak możliwości obiektywnej oceny i porównania ofert. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma wiedzę o różnicach w dawkowaniu czynników o przedłużonym działaniu oraz czynników konwencjonalnych, w związku z tym wydaje się, że z ogranicza liczbę oferentów tylko do tych, którzy mogą zaoferować wyłącznie

czynniki konwencjonalne, a to według Odwołującego nosi znamiona naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji przedmiotu zamówienia poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie liczby jednostek, poprzez np. dopuszczenie odpowiedniego przeliczania liczby jednostek w przypadku zaoferowania bardziej efektywnego czynnika - tym samym nie ograniczając bezpodstawnie uczciwej konkurencji poprzez zawężenie liczby wykonawców tylko do tych, którzy zaoferować mogą czynnik konwencjonalny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 sierpnia 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp zgłosił przystąpienie wykonawca Shire Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Shire Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca CSL Behring Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie wykonawcy CSL Behring Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, z uwagi na zgłoszenie przystąpienia z uchybieniem terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, jak również wobec niewykazania umocowania w zgłoszeniu przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Instytut Matki i Dziecka z siedzibą w Warszawie oraz Narodowe Centrum Krwi z siedzibą w Warszawie w imieniu których postępowanie prowadzi Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Koncentrat rekombinowanego czynnika krzepnięcia IX minimum II generacji wraz z dostawą do Centrów Leczenia Hemofilii oraz RCKiK*”.

Odnosząc się do zarzutu postawionego przez Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz ze złamaniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, Izba niniejszy zarzut oddaliła.

Według Odwołującego nie może on zaoferować adekwatnego do rzeczywistego zapotrzebowania terapeutycznego ilości czynnika o przedłużonym okresie biologicznego półtrwania ponieważ Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania określonej ilości czynnika rekombinowanego II generacji obliczonej na podstawie zużycia czynników konwencjonalnych. W ocenie Odwołującego powoduje to brak możliwości obiektywnej oceny i porównania ofert.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu. Izba zgodziła się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i decyduje – wobec określenia własnych potrzeb – co jest przedmiotem prowadzonego postępowania. W ocenie Izby Zamawiający wykazał – wobec złożonych dokumentów (pełnomocnictw) jakie były jego oczekiwania i potrzeby – wobec czego dokonał opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o te dokumenty oraz dostępne mu rekomendacje – (Rady Przejrzystości przy Prezesie Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji). Zgodzić należało się, że ze złożonych przez Zamawiającego dowodów nie wynikało, aby lek Odwołującego – przez niego oferowany – był lekiem rekomendowanym. W związku z powyższym Zamawiający w oparciu o te dokumenty wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto – co również należy uznać za istotne – zarówno Odwołujący jak i Zamawiający powołali się na charakterystykę produktu oferowanego przez Odwołującego – Alprolix. Izba dokonując analizy tego

dokumentu wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego, że w dokumencie tym brak jest informacji dotyczącej działania tego leku u pacjentów wcześniej nieleczonych.

W ocenie Izby niewystarczające jest subiektywne przekonanie wykonawcy o właściwym, lepszym z praktycznego punktu widzenia działaniu produktu, który ma być oferowany Zamawiającemu – istotne w świetle art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – jest uprawdopodobnienie, że Zamawiający dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia prowadzonym postępowaniem mógł utrudniać uczciwą konkurencję. Istotne w niniejszej sprawie jest to, że Zamawiający określa swoje wymagania według własnych potrzeb do czego jest uprawniony. Jeśli powyższe zapisy (dotyczące opisu przedmiotu zamówienia) nie naruszają zasady uczciwej konkurencji – co w tym postępowaniu odwoławczym nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione – Zamawiający uprawniony jest do określenia swoich wymagań według własnego uznania. Owszem opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji co wynika z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jednak zgodzić należało się, iż nie jest tak że Zamawiający w każdym przypadku ma otrzymać dokładnie to co wskazuje wykonawca, gdyż Zamawiający jako dysponent postępowania decyduje wobec prowadzonego postępowania co ma być przedmiotem zamówienia - z zastrzeżeniem oczywiście, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Ograniczenie konkurencji na które powołuje się Odwołujący nie ma znaczenia wobec ograniczenia wynikającego z ustawy Pzp. W każdym przypadku – co do prowadzonego postępowania – konkurencja w jakimś stopniu jest ograniczona ze względu na wymagania postawione przez Zamawiającego (uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego). Nie jest zatem wystarczające powołanie się wyłącznie na kwestie subiektywnego przekonania o bardziej właściwym, lepszym działaniu preparatu, istotnym w świetle art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest wykazanie, że Zamawiający poprzez wprowadzone postanowienia specyfikacji mógł utrudnić uczciwą konkurencję, co w niniejszym postępowaniu nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione. Zamawiający uprawniony jest do określania wymagań według własnego uznania – a w tym stanie faktycznym potrzeby te w sposób obiektywny zostały określone przez Zamawiającego. Owszem opis przedmiotu zamówienia – jak to już wskazano – nie może ograniczać konkurencji, jednak to że ograniczenie w danym postępowaniu ma miejsce, musi zostać uprawdopodobnione przez wykonawcę składającego odwołanie. Odwołujący jedynie wskazuje, że jego produkt byłby lepszym – wobec celu jaki ma osiągnąć Zamawiający. W świetle ustawy Pzp, istotne jest uprawdopodobnienie ograniczenia konkurencji – nie zaś wskazanie na lepsze, skuteczniejsze działanie oferowanego produktu. Zatem – wobec nieuprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji oraz wobec uzasadnienia przez Zamawiającego swoich potrzeb i oczekiwań – poprzez złożone dokumenty w postaci pełnomocnictw oraz rekomendacji jak

również objęcie refundacją wymaganych leków - Zamawiający miał podstawy do opisanie przedmiotu zamówienia we wskazany przez siebie sposób. Zauważyć na marginesie również należy, że Odwołujący nakazuje Zamawiającemu modyfikację przedmiotu zamówienia, nie wskazując jednocześnie właściwego brzmienia tej modyfikacji – jaka miałyby mieć miejsce. Bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje kwestia dopuszczenia produktu Odwołującego do obrotu, jak również bez znaczenia pozostają złożone przez Odwołującego artykuły prasowe – wskazujące na lepsze, z praktycznego punktu widzenia działanie jego produktu – istotne w świetle ustawy Pzp jest uprawdopodobnienie, że wobec podjętych działań przez Zamawiającego nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami doszło do znaczącego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. Wobec wycofania zarzutu nr I i III Izba zobowiązana była do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Przewodniczący:

.....