

**Sygn. akt KIO 2198/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 9 listopada 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie:** **Irmina Pawlik**

**Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2018 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2018 roku przez wykonawcę Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

Sygn. akt: KIO 2198/18

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie – *dostawa leku octan glatirameru – 3 miesiące*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 roku pod numerem 2018/S 199-450668.

Odwołujący - Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu – w dniu 26 października 2018 roku wniósł odwołanie wobec czynności

Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy, polegających na:

- 1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny dla Wykonawców przez zamieszczenie w uwadze do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, zgodnie z którym „Lek octan glatirameru do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym, zmniejszającym produkcję interleukiny IB przez monocyty (kontynuacja) na 3 miesiące”, w którym to wyrażeniu sformułowanie „do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym” jest niezrozumiałe i niejednoznaczne, w szczególności gdy zgodnie z kartą Charakterystyki Produktu Leczniczego każdy z dostępnych leków zawierających octan glatirameru zwiera taką samą substancję czynną i takie same substancje pomocnicze oraz działa w taki sam sposób;
- 2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający Zamawiającemu na dowolne odrzucenie oferty któregośkolwiek z wykonawców jako odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem wyłącznie Zamawiającemu jest wiadome jakie konkretnie leki stosował w dotychczasowym leczeniu pacjentów;
- 3) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania, bowiem tylko dotychczasowy Wykonawca będzie sporządzając ofertę miał pewność, iż oferta ta jest zgodna z wymaganiem wskazanym przez Zamawiającego, który żąda dostawy leku „do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym”;

- 4) zaniechaniu podzielenia zamówienia na części w taki sposób, aby zapewnić dostęp do zamówienia także nowym lekom zawierającym octan glatirameru, skoro Zamawiający twierdzi, że jego obiektywną potrzebą jest zamówienie leku na kontynuację leczenia, bowiem leki te różnią się od siebie i będzie w stanie to udowodnić.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasady przejrzystości w opisie przedmiotu zamówienia przez zamieszczenie określeń niezrozumiałych i niejednoznacznych tj. „Lek octan glatirameru do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym, zmniejszającym produkcję interleukiny IB przez monocyty (kontynuacja) na 3 miesiące”, bowiem na terenie Rzeczypospolitej Polski są dopuszczone jedynie dwa leki zawierające octan glatirameru tj. lek Copaxone i oferowany przez Odwołującego lek Remurel, które są identycznymi kopiami posiadającymi tę samą substancję czynną, takie same substancje pomocnicze, wytwarzanymi w wyniku syntezy chemicznej aminokwasów poprzez co wytwórca ma pełną kontrolę nad procesem syntezy łańcucha białkowego, takie same wskazania i taką samą drogę podania, a co więcej w przypadku żadnego z tych leków karta Charakterystyki Produktu Leczniczego, będąca podstawą dopuszczenia do obrotu, nie wskazuje jakoby lek ten „zmniejszył produkcję interleukiny IB przez monocyty”;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy tj. w przedmiocie leczenia naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, przez zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania niejednoznacznego „do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym”, bowiem tylko dotychczasowy wykonawca przygotowując ofertę, jako jedyny będzie miał pewność, że oferta ta jest zgodna z tak sformułowaniem wymaganiem Zamawiającego, również jako jedyny, poza Zamawiającym, będzie miał możliwość kontroli ofert innych wykonawców w zakresie spełnienia tego warunku, bowiem tylko Zamawiający i dotychczasowy wykonawca mają możliwość stwierdzenia jakim dotychczas lekiem leczony był pacjent;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia przez zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „Lek octan glatirameru do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym”, co pozwoli Zamawiającemu dowolną ocenę

zgodności oferty z treścią SIWZ i uniemożliwi Wykonawcom kontrolę spełnienia tego warunku zarówno w przypadku swojej oferty jak i innych wykonawców, bowiem tylko Zamawiającemu znane jest jaki konkretnie preparat stosował u pacjentów;

- 4) art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 i art.36aa ustawy tj. w przedmiocie naruszenia zasady uczciwej konkurencji w organizacji postępowania, przez faworyzowanie tylko jednego tj. dotychczas stosowanego produktu, mimo że wszystkie dostępne na rynku Rzeczypospolitej Polskiej leki zawierające octan glatirameru zostały dopuszczone do obrotu na podstawie decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych na podstawie identycznych kart Charakterystyki Produktu Leczniczego, oraz na podstawie decyzji administracyjnej Ministra Zdrowia oba z tych leków są refundowane w takich samych wskazaniach tj. posiadają ten sam zakres refundacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez usunięcie wyrażenia „Lek octan glatirameru do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym, zmniejszającym produkcję interleukiny 1B przez monocyty (kontynuacja) na 3 miesiące” jako opisu niezrozumiałego i niejednoznacznego;

ewentualnie:

- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez usunięcie wyrażenia „Lek octan glatirameru do kontynuacji leczenia pacjentów leczonych preparatem dotychczas stosowanym, zmniejszającym produkcję interleukiny 1B przez monocyty (kontynuacja) na 3 miesiące” i wskazanie nazwy handlowej leku wraz z zamieszczeniem wyrażenia „lub równoważny” i określeniem definicji równoważności w sposób zgodny z ustawową definicją odpowiednika leku określoną w art 2 pkt 13 lit a ustawy o refundacji tj. „zamawiający za lek równoważny uzna odpowiednik leku w rozumieniu ustawy o refundacji tj. lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania”

ewentualnie:

- 3) nakazanie Zamawiającemu podziału Zamówienia na części i opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby 20 % zamawianego produktu leczniczego zawierającego octan glatirameru była opisana w celu zamówienia leku dotychczas stosowanego, zaś 80% zamawianego produktu leczniczego zawierającego octan glatirameru była opisana w celu zamówienia leku dotychczas nie stosowanego, przez

wskazanie nazwy handlowej leku wraz z zamieszczeniem wyrażenia „lub równoważny” i określeniem definicji równoważności w sposób zgodny z ustawową definicją odpowiednika leku określoną w art. 2 pkt 13 lit a ustawy o refundacji tj. „zamawiający za lek równoważny uzna odpowiednik leku w rozumieniu ustawy o refundacji tj. lek zawierający tę samą substancję czynną oraz mający te same wskazania i tę samą drogę podania”

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 30 października 2018 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej szpitala w dniu 26 października 2018 roku (punkt 4 pisma).

W dniu 6 listopada 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 5 listopada 2018 roku zawierające oświadczenie o treści *„uwzględnienia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu”*. Zamawiający wniósł również w tym piśmie o oddalenie odwołania w całości oraz umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu – takie oświadczenie złożył w piśmie – oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że Izba na posiedzeniu niejawnym dokonuje niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających oraz w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych między innymi wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (§ 13 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz. U. 2018 poz. 1092 ).

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym

bez udziału stron. Izba umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałyby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania, tym samym nie może oddalić odwołania. Natomiast ww. przepis ustawy określa katalog czynności jakich w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania ma dokonać Zamawiający.

Sposób wykonania czynności przez Zamawiającego zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy może podlegać ocenie w odrębnym postępowaniu odwoławczym. Podkreślenia wymaga w tym miejscu przez Izbę, że czynności Zamawiającego, których on dokonuje zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wskutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania nie mogą być dokonywane w sposób, który byłby niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa (porównaj: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 roku).

Oświadczenie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 5 listopada 2018 roku jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania jak również wniósł o jego umorzenie. Mając na uwadze powyżej zamieszczoną argumentację prawną Izba podkreśla, że oświadczenie o uwzględnieniach zarzutów odwołania w całości jest jednoznaczne. Wnioski natomiast jakie postawił Zamawiający są wewnątrznie sprzeczne, bowiem uwzględnienie zarzutów odwołania w całości rodzi skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, a nie oddalenia odwołania. Izba zaznacza również, że nie jest możliwe jednoczesne oddalenie odwołania, które następuje po przeprowadzeniu rozprawy i wydaniu wyroku (art. 192 ust. 1 ustawy) oraz – jak wniósł Zamawiający – umorzenie postępowania odwoławczego, które dokonuje się w wyniku podjętych czynności formalnych i materializuje się w wydanym postanowieniu. Wewnętrzna sprzeczność wniosków Zamawiającego rozpatrywana musi być w kontekście oświadczenia jakie Zamawiający złożył w tym postępowaniu odwoławczym, a skutkiem oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania jest wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10, 186 ust 6 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit a 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 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....