

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 18 grudnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 18 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o., ul. Komitetu Obrony Robotników 45D, 02-146 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Opolskie Centrum Onkologii im. prof. Tadeusza Koszarowskiego w Opolu, ul. Katowicka 66a, 45-061 Opole**

**postanawia:**

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) koszty postępowania odwoławczego znosi wzajemnie i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o., ul. Komitetu Obrony Robotników 45D, 02-146 Warszawa kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Opolskie Centrum Onkologii im. prof. Tadeusza Koszarowskiego w Opolu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa produktów farmaceutycznych”, numer referencyjny: 31/PN/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.11.2019 r. pod numerem: 2019/S 228-558724.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – EGIS POLSKA DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

I. wniósł odwołanie wobec:

a) treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania 21 oraz Zadania 28;

II. Czynnościami tym Odwołujący zarzucił naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 aa ust. 1 Pzp, przez nieuzasadnione zaniechanie wydzielenia do odrębnej pozycji dostawy leku zawierającego substancję czynną Trastuzumab, podczas gdy zamówienie w zakresie dostawy leku zawierającego substancję czynną Trastuzumab może być przedmiotem konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zaniechanie dokonania takiego wydzielenia powoduje, że w zakresie Zadania 21 oraz Zadania 28 ofertę może złożyć wyłącznie wykonawca, który jest w stanie zaoferować Zamawiającemu dostawę wszystkich produktów wymienionych odpowiednio w Zadaniu 21 oraz Zadaniu 28;

b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp przez narzucenie wymogu w postaci zaoferowania przez wykonawców w zakresie Zadania 21 oraz Zadania 28 odpowiednio wszystkich wymienionych w tych zadaniach produktów, podczas gdy zamówienie w zakresie dostawy leku zawierającego substancję czynną Trastuzumab może być przedmiotem realnej konkurencji, albowiem produkty zawierające substancję czynną Trastuzumab są najnowocześniejszymi lekami biologicznymi oferowanymi przez określone grono dostawców, którzy przynajmniej w części, mają w swojej ofercie wyłącznie leki zawierające Trastuzumab, z wyłączeniem innych produktów;

c) art. 7 ust. 1 Pzp przez narzucenie wymogu, aby w przypadku leków onkologicznych

preparaty o różnych dawkach umieszczone w tym samym zadaniu były zaoferowane od jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania:

- i. w zakresie Zadania 21 - wykonawcy Roche, który jako jedyny na rynku oferuje substancję czynną Trastuzumab w fiolce o pojemności 600 mg w postaci leku o nazwie handlowej Herceptin, a zatem - w świetle brzmienia wskazanego w pkt c) powyżej wymogu SIWZ - w Zadaniu 21 ofertę na Trastuzumab w fiolce 150 mg złożyć może wyłącznie wykonawca Roche oferując lek o nazwie handlowej Herceptin;
- ii. w zakresie zadania 28 - wykonawcy Amgen, który jako jedyny na rynku oferuje substancję czynną Trastuzumab w fiolce o pojemności 420 mg w postaci leku o nazwie handlowej Kanjinti, a zatem - w świetle brzmienia wskazanego w pkt c) powyżej wymogu SIWZ - w Zadaniu 28 ofertę na Trastuzumab w fiolce 150 mg złożyć może wyłącznie wykonawca Amgen oferując lek o nazwie handlowej Kanjinti;

III. W związku z tym, że interes Odwołującego, rozumiany jako możliwość złożenia oferty odpowiadającej uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

a) dokonania modyfikacji załącznika nr 1 Formularza asortymentowo - cenowego do SIWZ dla Zadania 21 oraz Zadania 28 przez:

- i. wydzielenie z Zadania 21 wyłącznie substancji czynnej Trastuzumab, fiol. 150mg;
- ii. wydzielenie z Zadania 28 wyłącznie:
  - substancji czynnej Trastuzumab, proszek do sporządzania koncentratu do przygotowania roztworu do infuzji, fiol. 150 mg;
  - substancji czynnej Trastuzumab, proszek do sporządzania koncentratu do przygotowania roztworu do infuzji, fiol. 420 mg;

i stworzenie przez Zamawiającego osobnego Zadania, którego przedmiotem będzie wskazana wyżej, wydzielona do odrębnego Zadania część zamówienia, tj. Trastuzumab, minimalna pojemność fiolki 150 mg, wraz z określeniem przez Zamawiającego wymaganej, łącznej całkowitej ilości substancji czynnej Trastuzumab, będącej przedmiotem zamówienia w ramach nowo utworzonego zadania;

wraz ze wskazaniem wadium dla nowego Zadania.

Odwołujący żądał, aby *uwożenie* [utworzenie] nowego zadania zostało dokonane w sposób, który umożliwi złożenie oferty wykonawcom oferujących leki zawierające substancję czynną Trastuzumab w fiolce o pojemności 150 mg, przy czym jeżeli w związku z dokonaną zmianą uzasadniona stanie się modyfikacja treści SIWZ, Odwołujący żądał dokonania takiej, odpowiedniej modyfikacji.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie

(pismo z dnia 17 grudnia 2019 r.), zamieszczając treść: „(...) Zamawiający uwzględnił całość zarzutów, przedstawionych w odwołaniu, tj.:

- 1) Wydzielił z zadania 21 substancję czynną Trastuzumab fiol. 150 mg.
- 2) Wydzielił z zadania 28 substancję czynną Trastuzumab, proszek do sporządzania koncentratu do przygotowywania roztworu do infuzji, fiol. 150 mg.
- 3) Wydzielił z zadania 28 substancję czynną Trastuzumab, proszek do sporządzania koncentratu do przygotowywania roztworu do infuzji, fiol. 420 mg.
- 4) Sprostowanie SIWZ zamieszczono w dniu 12.12.2019 r. w profilu nabywcy Zamawiającego: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/278902>
- 5) Ogłoszenie o sprostowaniu informacji wskazanych w ogłoszeniu przesłano do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Dz.U. serii S) w dniu 12.12.2019 i zostało opublikowane 17.12.2019 pod numerem: 2019/S 243-597251.

W związku z powyższym informujemy, że Zamawiający uwzględnił postulaty Odwołującego, dokonując stosownych wyodrębnień w sposób umożliwiający złożenie oferty wszystkim Wykonawcom oferującym substancję czynną Trastuzumab o pojemności 150 mg.”

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wykonując żądania zawarte w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca. Termin zgłoszenia przystąpienia upłynął w dniu 12 grudnia 2019 r. – informacja Zamawiającego z dnia 10 grudnia 2019 r. o opublikowaniu kopii odwołania w dniu 09.12.2019 r.

W tych okolicznościach Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazany przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 1 tej ustawy oraz § 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 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....