

WYROK
z dnia 18 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Monika Kawa-Ogorzałek
Marek Koleśnikow
Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez Odwołującego: Pfizer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy GSK Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Pfizer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: Pfizer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego: Pfizer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci” (numer postępowania ZZP-189/18), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2018 roku pod nr 2018/S 181-409490.

W dniu 1 października 2018 r. wykonawca Pfizer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. ustalenie wagi kryterium ceny na poziomie 60 punktów oraz kryterium jakości 40 punktów, co w praktyce w okolicznościach tej sprawy preferuje jednego dostawcę i ogranicza możliwość uzyskania zamówienia innym wykonawcom,
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób, który narusza zasady równego traktowania wykonawców, tj. ustalenie kryterium jakości w taki sposób, że w ten sam sposób traktuje wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji, co prowadzi do ograniczenia konkurencji oraz w praktyce oznacza, że jeden wykonawca jest traktowany preferencyjnie, co jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia innym wykonawcom.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wprowadzenia zmian w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) polegających na zmianie Rozdziału VI:
 - a) punkt 1.1. z „Oferowana cena - waga - 60 pkt” na „Oferowana cena - waga - 50 pkt”,

- b) punkt 1.2. z „Oferowana jakość - waga - 40 pkt” na „Oferowana jakość - waga - 50 pkt”,
 - c) punkt 2.2.1. z „Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)” na "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 20 (za najczęściej występujący serotyp 6 punktów, za 2. w kolejności 5 punktów, za 3. w kolejności 4 punkty, za 4. w kolejności 3 punkty, za 5. w kolejności 2 punkty)."
 - d) punkt 2.2.2. z "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)." na "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 20 (za najczęściej występujący serotyp 6 punktów, za 2. w kolejności 5 punktów, za 3. w kolejności 4 punkty, za 4. w kolejności 3 punkty, za 5. w kolejności 2 punkty)".
2. W razie uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1, a nieuwzględnienia zarzutu nr 2 Odwołujący wniósł o zmianę Rozdziału VI:
- a) punkt 1.1. z „Oferowana cena - waga - 60 pkt” na „Oferowana cena - waga - 50 pkt”,
 - b) punkt 1.2. z „Oferowana jakość - waga - 40 pkt” na „Oferowana jakość - waga - 50 pkt”,
 - c) punkt 2.2.1. z „Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba

punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)" na "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 20 (za każdy serotyp 4 pkt)."

d) punkt 2.2.2. z "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)." na "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 20 (za każdy serotyp 4 pkt)."

3. W razie uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2, a nieuwzględnienia zarzutu nr 1 Odwołujący wniósł o zmianę Rozdziału VI:

a) punkt 2.2.1. z „Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)" na " Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za najczęściej występujący serotyp 5 punktów, za 2. w kolejności 4 punktów, za 3. w kolejności 3 punkty, za 4. w kolejności 2 punkty, za 5. w kolejności 1 punkty)."

b) punkt 2.2.2. z "Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za każdy serotyp 3 pkt)." na " Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą

częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 (za najczęściej występujący serotyp 5 punktów, za 2. w kolejności 4 punktów, za 3. w kolejności 3 punkty, za 4. w kolejności 2 punkty, za 5. w kolejności 1 punkty)."

Ponadto Odwołujący wniósł o:

4. Przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do Odwołania.
5. Zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z fakturą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa szczepionki skoniugowanej przeciwko pneumokokom dla dzieci. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części. W ramach pierwszej części wykonawca będą mieli za zadanie dostarczyć 300 000 szczepionek skoniugowanych przeciwko pneumokokom dla dzieci, a w drugiej - kolejne 300 000 takich szczepionek. W rozdziale VI. w punkcie 1.2.2. SIWZ zastrzeżono możliwość zmniejszenia zakupu szczepionek, jednak nie bardziej niż o 20% przedmiotu zamówienia. Dotyczy to każdej z części zamówienia osobno.

W rozdziale VII. Zamawiający wskazał, że kryteria oceny ofert to cena oferty (waga 60%) oraz jakość (waga 40%).

Wartość punktowa ramach kryterium jakościowego została określona w następujący sposób:

1. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5 roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów - 15 punktów (za każdy serotyp 3 pkt),
2. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 punktów (za każdy serotyp 3 pkt),
3. Najszersze pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5 roku życia - czyli odniesienie do częstotliwości występowania w populacji inwazyjnej choroby pneumokokowej wywoływanej szczepami uwzględnionymi w szczepionce - 5 punktów,
4. Najszersze pokrycie szczepionkowe izolatów wielolekoopornych - czyli objęcie szczepionką serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie zakażeń wielolekoopornych u dzieci poniżej 5 roku życia - 5 punktów.

Postępowanie zostało ogłoszone przez Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 5 Ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dalej - Ustawa o zwalczaniu zakażeń), który zobowiązuje Ministra Zdrowia do zakupu szczepionek służących do przeprowadzenia obowiązkowych szczepień ochronnych zgodnie z przepisami Pzp. Minister Zdrowia zgodnie z art. 17 ust. 10 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu zakażeń określa również, w drodze rozporządzenia, wykaz chorób zakaźnych objętych obowiązkiem szczepień ochronnych. Sporządzając wykaz, Minister Zdrowia ma obowiązek uwzględnić dane epidemiologiczne dotyczące zachorowań, aktualną wiedzę medyczną oraz zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia. Na podstawie wykazu, zgodnie z art. 17 ust. 11 Ustawy o zwalczaniu zakażeń, Główny Inspektor Sanitarny ogłasza Program Szczepień Ochronnych na dany rok, ze wskazaniem dotyczącym stosowania poszczególnych szczepionek, wynikającymi z aktualnej sytuacji epidemiologicznej.

Minister Zdrowia w pierwszej kolejności określa zatem, jakie choroby podlegają obowiązkowym szczepieniom przeciwko chorobom zakaźnym, a następnie zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu zakupu szczepionki, która będzie tej chorobie najefektywniej przeciwdziałać. W przypadku szczepionki przeciwko pneumokokom dokonuje więc oceny, które z serotypów najczęściej odpowiadają za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej oraz zgonów z jej powodu. Powszechne szczepienia przeciwko pneumokokom dla wszystkich dzieci zostały wpisane do Programu Szczepień Ochronnych w roku 2016 na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 roku w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (Dalej - Rozporządzenie).

W roku 2016 Ministerstwo Zdrowia ogłosiło pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę szczepionek przeciwko pneumokokom dla dzieci, a w 2017 kolejne. Warunki postępowania były właściwie takie same - w obu przypadkach, w zakresie liczby zamawianych szczepionek, zamówienie zostało podzielone na 2 części, a Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia liczby kupowanych szczepionek, jednak nie więcej niż o 20% liczby szczepionek nabywanych w odniesieniu do każdej z części zamówienia. Tak samo zostały określone kryteria oceny ofert: kryterium ceny o wadze 60 punktów i kryterium jakości o wadze 40 punktów. Zasady przyznawania ofertom punktów w obu kryteriach były takie same w zamówieniach z 2016 i 2017 oraz w bieżącym postępowaniu.

W roku 2016 udział w postępowaniu wzięło dwóch wykonawców, Przystępujący, oferujący szczepionkę Synflorix, 10-walentną (Dalej – Synflorix lub PCV-10) oraz PGF Urtica Sp. z o.o. (Dalej - PGF Urtica), oferujący szczepionkę Prevenar, 13-walentną (Dalej - Prevenar lub PCV-13), produkowaną przez Odwołującego. Za najkorzystniejszą uznana została oferta

Przystępującego. Rozkład punktów był następujący (w obu częściach postępowania):

1. Punkty za cenę: Przystępujący – 60 pkt (cena brutto za jedną dawkę 86,40 zł), PGF Urtica – 42,48 pkt (cena 122,04 zł),
2. Punkty za jakość: Przystępujący – 25,32 pkt, PGF Urtica – 40 pkt.

W roku 2017 udział w postępowaniu wzięły te same podmioty, co w 2017 roku. Za najkorzystniejszą uznana została również oferta Przystępującego, oferującego szczepionkę Synflorix. Po raz kolejny za mniej korzystną uznana została oferta PGF Urtica, który zaproponował szczepionkę Prevenar 13 produkowaną przez Odwołującego. Rozkład punktów był następujący (w obu częściach postępowania):

1. Punkty za cenę: Przystępujący – 60 pkt (cena brutto za jedną dawkę 78,84 zł), PGF Urtica – 38,59 pkt (cena 122,58 zł),
2. Punkty za jakość: Przystępujący – 25,12 pkt, PGF Urtica – 34 pkt.

Zgodnie z rekomendacjami Światowej Organizacji Zdrowia, szczepionką stosowaną w danym kraju powinna być szczepionka odpowiadająca w największym stopniu lokalnej epidemiologii. Wybór odpowiedniej szczepionki przeciwko pneumokokom powinien uwzględniać w szczególności porównanie zawartości serotypów w danej szczepionce z serotypami występującymi w danym kraju w grupie, dla której przeznaczona ma zostać szczepionka, dostawę szczepionki oraz analizę efektywności kosztowej. W Polsce dane dotyczące występowania inwazyjnej choroby pneumokokowej publikowane są przez Krajowy Ośrodek Referencyjny ds. Diagnostyki Bakteryjnych Zakażeń Ośrodkowego Układu Nerwowego (Dalej - KOROUN). KOROUN w dniu 25 kwietnia 2018 roku w raporcie "Inwazyjna choroba pneumokokowa w Polsce w 2017 roku - Dane KOROUN" (Dalej - Raport KOROUN lub Raport) opublikował dane za 2017 rok. Raport wskazuje między innymi, które serotypy, z jaką częstotliwością powodowały inwazyjną chorobę pneumokokową, a także które powodowały najwięcej przypadków śmiertelnych spowodowanych przez inwazyjną chorobę pneumokokową. Raport przedstawia także jak szeroko Prevenar i Synflorix mogą potencjalnie zabezpieczać dzieci - ale też dorosłych - przed chorobami pneumokokowymi (tylko w przypadku szczepionki Prevenar, ponieważ szczepionka Synflorix nie może być stosowana u dorosłych). Zgodnie z Raportem KOROUN, serotyp, który w całej populacji najczęściej powoduje inwazyjną chorobę pneumokokową to serotyp 3 - ponad dwa razy częściej, niż drugi w kolejności serotyp 14. Dalsze serotypy, jeśli chodzi o częstotliwość występowania inwazyjnych chorób pneumokokowych, to 4, 19A oraz 22F. W grupie do 5. roku życia inwazyjne choroby pneumokokowe najczęściej wywoływane są przez serotyp 14, a dalej przez w kolejności serotypy 19A i 19F, 22F oraz 1, 3 i 15B/C. Zgodnie z Raportem

KOROUN, serotypem odpowiedzialnym za najwięcej przypadków śmierci z powodu inwazyjnej choroby pneumokokowej jest serotyp 3 (który odpowiada za 29% wszystkich przypadków), następnie w kolejności są: 19A, 4, 22F, 6B.

Obecnie na rynku istnieją dwie szczepionki przeciwko pneumokokom. Prevenar 13, produkowany przez Odwołującego oraz Synflorix, produkowany przez Przystępującego. Szczepionki te nie są identyczne. Prevenar to szczepionka 13-walentna, która chroni przed trzynastoma serotypami wywołującymi choroby pneumokokowe. Prevenar chroni przed serotypami 1, 3, 4, 5, 6A, 6B, 7F, 9V, 14, 18C, 19A, 19F, 23F. Z kolei Synflorix jest szczepionką 10-walentną, która chroni przed 10 serotypami odpowiedzialnymi za choroby pneumokokowe, tj. 1, 4, 5, 6B, 7F, 9V, 14, 18C, 19F i 23F. Obie szczepionki zapewniają ochronę przed chorobami pneumokokowymi wywoływanymi przez 10 wspólnych serotypów. Prevenar zapewnia dodatkowo ochronę przeciwko serotypom 3, 19A oraz 6A, Odgrywają one istotną rolę w epidemiologii chorób pneumokokowych w Polsce - stanowią pierwszą (serotyp 3) i czwartą (serotyp 19A) przyczynę inwazyjnej choroby pneumokokowej w Polsce pod względem częstotliwości występowania. W charakterystyce produktu Synflorix znajduje się informacja, że reaguje on krzyżowo z serotypem 19 A. W charakterystyce produktu Synflorix nie ma danych dotyczących reakcji krzyżowej z serotypem 19A w odniesieniu do innych chorób powodowanych przez pneumokoki - np. zapaleń płuc czy zapaleń ucha środkowego. Nie przebadano też przez jaki okres ta ochrona krzyżowa występuje i czy jest on zbliżony do okresu, w jakim przed serotypem 19A chroni Prevenar. W krajach w których wprowadzono szczepienia przeciwko pneumokokom szczepionką Synflorix, został zaobserwowany wzrost zakażeń serotypem 19A. Taką zależność zaobserwowano między innymi w Finlandii, Brazylii, Chile, Austrii czy Belgii, Wzrost występowania inwazyjnej choroby pneumokokowej spowodowanej serotypem 19A znalazł również odzwierciedlenie w raporcie Pediatrycznego Zespołu Ekspertów do spraw Programu Szczepień Ochronnych. Prevenar jako jedyna szczepionka zapewnia również pokrycie przeciwko serotypowi 3, który jest najczęstszą przyczyną śmierci z powodu inwazyjnej choroby pneumokokowej. Serotyp ten odpowiedzialny jest aż za 29% wszystkich zgonów z powodu inwazyjnej choroby pneumokokowej w Polsce. Prevenar, w przeciwieństwie do szczepionki Synflorix, zapewnia także pokrycie przed wszystkimi najbardziej antybiotykoopornymi serotypami pneumokoków odpowiedzialnych za występowanie inwazyjnej choroby pneumokokowej w Polsce. PCV 13 oprócz ochrony przed serotypem 19A zapewnia również ochronę przed serotypem 6A, który podobnie jak serotyp 19A związany jest z wysoką antybiotykoopornością. Synflorix nie zapewnia ochrony przed tymi serotypami. Zgodnie z Raportem KOROUN, szczepionka Prevenar zapewnia pokrycie zachorowań na inwazyjne choroby pneumokokowe w grupie

do 2. roku życia w 63,6%, z kolei Synflorix jedynie w 45,5% (jest to grupa dla której przewidziane są obowiązkowe szczepienia przeciwko pneumokokom). Z kolei w grupie do 5. roku życia Prevenar zapewnia pokrycie w 66,7%, a Synflorix jedynie w 49%. W zakresie całej populacji Prevenar zapewnia pokrycie w 65,8%, a Synflorix jedynie w 35,7%. Szczepionka Prevenar zapewnia więc znacznie szersze pokrycie szczepionkowe.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Waga kryterium ceny może przekraczać 60% tylko, jeżeli Zamawiający określiłby w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazał w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 91 ust. 2a Pzp). Zamawiający określił kryteria oceny ofert w taki sposób, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - w postępowaniu preferowany jest producent szczepionki Synflorix czyli Przystępujący. Zarówno w roku 2016, jak i 2017 za najkorzystniejszą uznana została oferta Przystępującego, który zaoferował Synflorix. który w kryterium jakości uzyskał jedynie 25 punktów. Jednak z uwagi na to, że Przystępujący zaoferował dużo niższą cenę i uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktów, to właśnie ta oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Podobnie wynik postępowania wyglądał w roku 2017. Po raz kolejny szczepionka Prevenar uzyskała lepszy wynik w kryterium jakości (34 punkty) niż Synflorix (25 punktów), jednak decydująca okazała się cena zaoferowana przez producenta PCV 10.

Odmienne właściwości obu szczepionek powodują, że różnią się one ceną. Prevenar, jako zapewniający szerszą ochronę jest produktem droższym. Różnica pomiędzy cenami oferowanymi przez Odwołującego i Przystępującego w 2016 roku wynosiła prawie 36 zł w odniesieniu do jednej dawki. PCV 13 był zatem o 30% droższy niż PCV 10. Z kolei w 2017 roku różnica w cenach szczepionek wynosiła prawie 44 zł. Prevenar jest droższy ze względu na znacznie szersze pokrycie serotypowe przeciwko chorobom wywołanym przez serotypy pneumokokowe. Odwołujący nie może zatem zaproponować ceny na poziomie oferowanym przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę doświadczenia lat poprzednich należy uznać, że rozłożenie wagi kryteriów oceny ofert pomiędzy ceną 60%, a jakością 40 % ogranicza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ jedynym relewantnym kryterium jest cena. W efekcie Odwołujący jest w stanie złożyć ważną ofertę, ale nie jest w stanie złożyć oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji dostęp Odwołującego do zamówienia został ograniczony, co jest sprzeczne z art. 91 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1

Pzp Biorąc pod uwagę przedstawiony stan faktyczny, aby zapewnić zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert w taki sposób, że w kryterium ceny można uzyskać 50 punktów, tak samo jak w kryterium jakości. Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób wykraczający poza jego uzasadnione potrzeby oraz nie uzasadniony przeznaczeniem przedmiotu zamówienia, czyli dostawą szczepionek przeciwko pneumokokom dla dzieci. Uzasadnioną potrzebą Zamawiającego, a jednocześnie jego celem jest nabycie szczepionek przeciwko pneumokokom niezbędnych do wykonywania obowiązkowych, powszechnych szczepień dla dzieci. Szczepienia te zostały uznane za obowiązkowe dla wszystkich noworodków urodzonych po 31 grudnia 2016 roku. Działania Ministra Zdrowia zmierzają więc do szczególnej ochrony zdrowia dzieci, do czego jest on zobowiązany na podstawie art. 68 ust. 3 Konstytucji RP.

Jak pokazują dane KOROUN, w pierwszym roku stosowania szczepionki Synflorix zarejestrowano zwiększoną liczbę przypadków inwazyjnej choroby pneumokokowej w Polsce. W 2017 roku łącznie wykryto 870 przypadków zachorowań, czyli prawie 200 przypadków więcej niż w latach poprzednich. Ustalając wagę punktową poszczególnych kryteriów, Zamawiający nie wziął pod uwagę w wystarczającym stopniu lokalnej epidemiologii. Określił bowiem wagę punktową kryteriów oceny ofert, tak, że w rzeczywistości szczepionka Prevenar nie ma możliwości konkurencji w postępowaniu ze szczepionką zawierającą mniejszą ilość serotypów, czyli Synflorix. Ograniczenie konkurencji przez Zamawiającego przez faktyczne uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty, która mogłaby być ofertą najkorzystniejszą, nie może zostać usprawiedliwione przez obiektywne potrzeby Zamawiającego. Potrzebą zamawiającego jest nabycie szczepionek odpowiadających potrzebom zdrowotnym społeczeństwa, a w szczególności dzieci. Z kolei powyżej zostało wykazane, że te potrzeby uzasadniają umożliwienie konkurencji o udzielenie zamówienia również Odwołującemu. Dopiero ustalenie wagi kryteriów oceny ofert na poziomie 50 punktów za cenę i 50 punktów za jakość pozwoliłoby w tym postępowaniu Zamawiającemu na wybór oferty charakteryzującej się najlepszą relacją jakości do ceny.

Badania przeprowadzone w innych krajach wskazują, że stosowanie szczepionki Prevenar zamiast szczepionki Synflorix jest zdecydowanie bardziej efektywne kosztowo. Dane z Kanady i Finlandii porównujące wszystkie koszty związane ze stosowaniem tych dwóch szczepionek wskazują, że z uwagi na to, że przy stosowaniu szczepionki Prevenar znacząco zmniejsza się zachorowalność na inwazyjną chorobę pneumokokową, liczba zgonów na tą chorobę oraz zwiększa się ochrona populacyjna, to zdecydowanie zmniejszają

się koszty dla całego budżetu państwa. Oszczędności dla państwa w perspektywie 5 lat sięgają kilkuset milionów dolarów. Zamawiający nabywając szczepionki przeciwko pneumokokom i oceniając, że najważniejsze dla niego jest w istocie nabycie szczepionki najtańszej, powinien mieć takie kwestie na uwadze. Zmiana wagi kryteriów oceny ofert zgodnie z wnioskiem Odwołującego nie spowoduje ograniczenia konkurencji. Zamawiający określił kryterium jakości tak, że pierwsze pięć serotypów najczęściej powodujących inwazyjną chorobę pneumokokową oraz zgony dostaje po 3 punkty każdy. Każdy serotyp, bez względu na częstotliwość jego występowania jest więc przez zamawiającego traktowany w ten sam sposób. Takie określenie kryteriów jakościowych jest nieprawidłowe, narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji biorąc pod uwagę konieczność uwzględniania aktualnych danych epidemiologicznych w postępowaniu. Określenie kryterium jakościowego w taki sposób, że wszystkie serotypy punktowane są w ten sam sposób powoduje, że szczepionka, która chroni przed serotypem, który powoduje znacznie więcej zachorowań na inwazyjną chorobę pneumokokową oraz zgony z tej przyczyny, jest traktowana w taki sam sposób, jak szczepionka, która przed tymi serotypami nie chroni. Kryterium nie bierze zatem pod uwagę pokrycia serotypowego jakie każda szczepionka zapewnia. Zamawiający narusza zasadę równego traktowania wykonawców – podmiot oferujący produkt, który zapobiega zachorowaniom na inwazyjną chorobę pneumokokową (i zgonom) z powodu najczęściej wywołujących ją serotypom jest traktowany w taki sam sposób, jak wykonawca, który takiej ochrony nie jest w stanie zaoferować.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób, który:

- 1. utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. ustalenie wagi kryterium ceny na poziomie 60 punktów oraz kryterium jakości 40 punktów, co w praktyce w okolicznościach tej sprawy preferuje jednego dostawcę i ogranicza możliwość uzyskania zamówienia innym wykonawcom,**
- 2. narusza zasady równego traktowania wykonawców, tj. ustalenie kryterium jakości w taki sposób, że w ten sam sposób traktuje wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji, co prowadzi do ograniczenia konkurencji oraz w praktyce oznacza, że jeden wykonawca jest traktowany preferencyjnie, co jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia innym wykonawcom,**

nie potwierdziły się.

Rozdział VII. SIWZ „Zasady oceny ofert” zawierał szczegółowe zasady przyznawania wyboru najkorzystniejszej w oparciu o kryteria punktacji:

„1. Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie:

1.1 Oferowana cena – waga – 60 pkt (maksymalna wartość do uzyskania),

1.2. Jakość – waga – 40 pkt (maksymalna wartość do uzyskania).”

„2.2. Wartość punktowa za kryterium nr 2 jakość wyliczana jest w następujący sposób:

2.2.1. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5. roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 pkt (za każdy serotyp 3 pkt).

2.2.2. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 pkt (za każdy serotyp 3 pkt).

2.2.3. Najszersze pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5. roku życia – czyli odniesienie do częstotliwości występowania w populacji inwazyjnej choroby pneumokokowej wywoływanej szczepami uwzględnionymi w szczepionce - 5 pkt.

Wartość punktowa pokrycia = $W_p * P_n / P_{max}$

W_p – waga pokrycia - 5 pkt

P_n – zaofertowane pokrycie

P_{max} – największe oferowane pokrycie

2.2.4. Najszerze pokrycie szczepionkowe izolatów wielolekoopornych - czyli objęcie szczepionką serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie zakażeń wielolekoopornych u dzieci poniżej 5. roku życia - 5 pkt.

Wartość punktowa pokrycia = $W_p * P_n / P_{max}$

W_p – waga pokrycia - 5 pkt

P_n – zaofertowane pokrycie

P_{max} – największe oferowane pokrycie

Uwaga:

Przy dokonywaniu oceny będą wzięte pod uwagę dane za rok 2017, opublikowane na stronie Krajowego Ośrodka Referencyjnego ds. Diagnostyki Bakteryjnych Zakażeń Układu Nerwowego (KOROUN) - Narodowy Instytut Leków dostępne na dzień składania ofert oraz aktualne informacje zawarte w charakterystyce produktu leczniczego (ChPL).”

Ocenę końcową oferty będzie stanowić suma punktów uzyskanych za oba kryteria oceny wskazane wyżej.

Uwzględniając stanowiska Odwołującego, Przystępującego i Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Argumentacja Odwołującego opierała się o założenie - któremu Zamawiający nie zaprzeczył - że na rynku są tylko dwa produkty spełniające wymogi SIWZ. W dalszej kolejności Odwołujący dowodził, że szczepionka którą ma zamiar zaofertować (Prevenar) jest znacząco lepsza niż produkt konkurenta (Synflorix), nie kwestionował jednak faktu, że szczepionka PCV 10 również spełnia wymogi Zamawiającego. Ze stanowiska Odwołującego wynikało, że przeszkodą dla możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty ma być wyższa cena szczepionki PCV 13 wynikająca z szerszego spektrum serotypów objętych działaniem produktu, ale wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że nie jest w stanie obniżyć ceny do poziomu, który umożliwiłby mu skuteczną konkurencję w ramach postępowania. By uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie Odwołujący powinien uczynić zadość ciężącemu na nim ciężarowi dowodu i wykazać, że proporcja kryteriów oceny ofert z przyczyn obiektywnych uniemożliwia

mu uzyskanie zamówienia. Tego jednak nie zrobił. Sam fakt, że oferowany produkt jest droższy ze względu na wyższą jakość nie powoduje, że niemożliwe jest złożenie oferty. Ponadto dane na temat zamówień z lat 2016 i 2017 przytoczone przez Odwołującego dowodzą, że szczepionkę Prevenar mogą zaoferować również inne podmioty, co przeczy tezie jakoby na rynku byli tylko dwaj wykonawcy mogący uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, że w latach 2016 i 2017 szczepionkę PCV 13 oferował inny podmiot (PGF Urtica) nie wykazując przy tym, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę była najniższą możliwą do zaoferowania. W tej sytuacji Izba uznała za nieprawdziwe argumenty wskazujące, że Zamawiający stworzył preferencyjne warunki dla Przystępującego kosztem Odwołującego. Nie można też zignorować faktu, że w obu postępowaniach, na które powołał się Odwołujący, twierdząc, że warunki udziału oraz kryteria oceny ofert były w nich praktycznie takie same jak w bieżącym postępowaniu, szczepionka Prevenar w 2016 r. otrzymała 40 punktów w kryterium jakość, a w 2017 r. tylko 34 punkty.

Przeczy to tezie jakoby zawyżone, w ocenie Odwołującego, znaczenie kryterium cenowego było czynnikiem decydującym o niemożliwości uzyskania przez niego zamówienia.

To Zamawiający określa potrzeby jakie ma zamiar zrealizować przez udzielenie zamówienia publicznego, w granicach prawa wskazując zasady i kryteria jakimi będzie kierował się dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba nie stwierdziła, by SIWZ w jakikolwiek sposób preferował produkt PCV 10 – ani przez opis przedmiotu zamówienia, ani dobór kryteriów oceny ofert. Opis przedmiotu zamówienia ustala pewne minimum wymogów, co do cech zamawianego produktu, kryterium jakości pozwolić ma wykonawcom oferującym droższy, przekraczający wymagany zakres działania produkt, na konkurencję z podmiotami proponującymi szczepionkę tańszą. Jednak to zadaniem Zamawiającego jest określenie proporcji między ceną jaką jest gotowy zapłacić za szczepionkę, a dodatkowymi, przekraczającymi jego minimalne oczekiwania cechami produktu. Oceniając tą proporcję Izba doszła do przekonania, że Zamawiający skonstruował kryteria oceny ofert w sposób racjonalny, a Odwołujący nie wykazał, że prowadzą one do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Art. 190 ust. 1 stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący ponad wszelką wątpliwość udowodnił, że produkowana przez niego szczepionka ma szersze spektrum działania i oferuje ochronę przeciwko większej niż PCV 10 liczbie serotypów wywołujących inwazyjną chorobę pneumokokową. Nie wykazał jednak, że nie ma możliwości

obniżenia ceny swojego produktu do poziomu, który w jego ocenie pozwalałby na złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Co za tym idzie nie dopełnił obowiązku udowodnienia, że wskutek określonej w SIWZ proporcji wagowej kryteriów oceny ofert Zamawiający uniemożliwił mu wzięcie udziału w postępowaniu. Nie udowodnił również żadnego innego z podnoszonych argumentów mających wskazywać, że Zamawiający w nieuzasadniony sposób ograniczył mu dostęp do zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający określając kryteria oceny ofert nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, więc zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....