**sygn. akt: KIO 212/19**

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

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Daniel Konicz**
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę URTICA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie,

**postanawia:**

1.odrzucić odwołanie
2.kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i:
2.1.zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądzić od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł
(słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:……..**

**sygn. akt: KIO 212/19**

**Uzasadnienie**

Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części na dostawę leków, zwane dalej: „Postępowaniem".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

1 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") dotyczący części 1 zamówienia.

6 lutego br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") wpłynęło odwołanie wykonawcy URTICA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący") od zaniechania dopuszczenia ofert równoważnych w części 1 zamówienia, mimo że Zamawiający udzielając wyjaśnienia treści SIWZ w dniu 1 lutego 2019 r. wyraźnie wskazał, że żąda wyłącznie dostawy leku Copaxone, a zatem wyraźnie wskazał znak towarowy wymaganego przedmiotu oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia przez zaniechanie dopuszczenia ofert równoważnych, mimo że Zamawiający jednoznacznie wskazał znak towarowy w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku Zamawiającego i o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1.decyzji Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z 24 listopada 2017 r. – pozwolenia nr 24402 na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego o nazwie Remurel z załącznikiem w postaci uwierzytelnionego tłumaczenia z języka angielskiego Publicznego Raportu Oceniającego Omówienie Naukowe Glatirameeractetaat Alvogen 40 mg/ml, roztwór do wstrzykiwań w ampułko-strzykawce (octan glatirameru) z 18 stycznia 2018 r.;
2.odpowiedzi Prezesa NFZ z 28 listopada 2018 r. na wniosek o wydanie stanowiska w sprawie określania w SIWZ konkretnej nazwy handlowej produktu – leku Copaxone;
3.odpowiedzi Prezesa NFZ z 4 grudnia 2018 r. na wniosek o udzielenie informacji publicznej z załącznikami w postaci kopii korespondencji kierowanej przez NFZ do 4 podmiotów leczniczych w związku z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego dla leku Copaxone;

na okoliczność, że postanowienia SIWZ w Postępowaniu są nieprecyzyjne.

**Izba ustaliła**, że ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone
w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 stycznia 2019 r., pod nr 508426-N-2019 (protokół Postępowania, pkt 6.1). W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ (protokół Postępowania, pkt 7).

W załączniku nr 5 do SIWZ, tzw. „Załączniku ofertowym", Zamawiający zamieścił pod tabelą zawierająca wskazanie oferowanego wyrobu pouczenie, zgodnie z którym „Wymaga się leku Copaxon na kontynuację leczenia dla 71 pacjentów". SIWZ nie zawierała w tym zakresie postanowień dotyczących równoważności, których brak zarzucany jest w odwołaniu.

Pismem z 31 stycznia 2019 r. Odwołujący złożył wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ pytając, czy „Zamawiający dopuszcza wycenę w pakiecie 1 wszystkich produktów leczniczych octanu glatirameru, refundowanych w programie lekowym B.29,
zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia?".

Zamawiający, 1 lutego 2019 r., udzielił odpowiedzi „Wymaga się preparatu Copaxon na kontynuację leczenia".

**Izba zważyła** – odwołanie podlegało odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako wniesione po

upływie ustawowego terminu.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Przywołane powyżej postanowienie załącznika nr 5 do SIWZ*ab initio* przewidywało konieczność zaoferowania wymienionego w nim z nazwy preparatu, zatem wskazywanie przez Odwołującego na rzekomy brak precyzji tego postanowienia nie mogło się ostać. Zdaniem Izby Odwołujący, ani żaden inny wykonawca zainteresowany udziałem w Postępowaniu, nie musiał występować o interpretację tego oczekiwania Zamawiającego, trudno bowiem wyobrazić sobie w jaki inny, bardziej precyzyjny, sposób miałoby być ono sformułowane. Postawionej przez Odwołującego tezy nie potwierdzają wzmiankowane powyżej dowody, które ukierunkowane były na wykazanie nieprawidłowości w oczekiwaniu dostarczenia przez wykonawcę wskazanego z nazwy leku. *Ergo* dokumenty te dotyczyły merytorycznych kwestii poruszonych w odwołaniu, pozostając prawnie obojętne dla oceny przesłanki formalnej, jaką jest dotrzymanie przez Odwołującego terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Nie sposób nie zauważyć również, że Zamawiający w wyniku odpowiedzi na wniosek Odwołującego nie dokonał żadnej zmiany postanowień SIWZ, ani nawet ich interpretacji, w konsekwencji czego wniosek Odwołującego został uznany, w okolicznościach sprawy, za próbę wykreowania nowej czynności Zamawiającego, od której następnie złożone zostało odwołanie. Zważywszy jednak na fakt, że SIWZ zamieszczona została na stronie internetowej 30 stycznia 2019 r. i, jak ustalono powyżej, nie uległa zmianie, termin na wniesienie odwołania, liczony w zgodzie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, upływał 4 lutego br. i nie został przez Odwołującego zachowany. Terminy na wniesienie odwołania mają charakter zawity, a ich bezskuteczny upływ powoduje brak możliwości zaskarżenia czynności zamawiającego i uzasadnia odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań druga ze wskazanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia odwołania okazała się chybiona. Zarzuty odwołania nie dotyczyły bowiem zaniechania Zamawiającego, któremu dał wyraz w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, a czynności opisu przedmiotu zamówienia, wskazanej *explicite* w art. 180 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono biorąc pod uwagę przepisy art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1
w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 j.t.).

**Przewodniczący:**……..