Sygn. akt KIO 2495/17

WYROK
z dnia 15 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 grudnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2017 r.** przez wykonawcę **Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen Szwajcaria** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155/115, 02-326 Warszawa**

przy udziale

A) **wykonawcy CSL Behring GmbH, Emil von Behring Strasse 76, 35041 Marburg, Niemcy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego;**

B) **wykonawcy IMED Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 314, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego;**

C) **wykonawcy Lekcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmska 30/34, 00-725 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego;**

D) **wykonawcy Shire Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Europejski 1, 00-844 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria**
i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od **wykonawcy Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria** na rzecz zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155/115, 02-326 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie

155 pokój 115, 02-326 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Koncentrat rekombinowanego czynnika krzepnięcia VIII minimum II generacji wraz z dostawą do domów pacjentów oraz do CLH – zadanie I oraz do RCKiK – zadanie II«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24.10.2017 r. pod nrem 2017/S 204-420191.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 15.11.2017 r. o odpowiedziach dotyczących SIWZ.

Wykonawca Octapharma AG, Seidenstrasse 2, Lachen SZ 8853, Szwajcaria, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 27.11.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na zmianę treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie treści rozdz. V pkt 7.12.2 SIWZ „Obowiązki wykonawcy" w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, wobec obciążenia wykonawców obowiązkiem nabycia produktu bezpośrednio od konkurentów, którzy mogą i prawdopodobnie będą brać udział w postępowaniu, którzy nie mają obowiązku sprzedać tego produktu, jak również którzy mogą w zupełnie dowolny sposób kształtować cenę tego produktu;
2) art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;
2) nakazanie zamawiającemu zmianę rozdz. V pkt 7.12.2 SIWZ, w sposób zwalniający wykonawcę z obowiązku samodzielnego pozyskania leków w postaci rekombinowanego czynnika omijającego inhibitor oraz aktywowanego osoczopochodnego czynnika protrombiny, przez nadanie temu postanowieniu treści:

»Wykonawca jest zobowiązany pokryć koszt czynnika rekombinowanego omijającego inhibitor (ze sprzętem jednorazowego użytku z dostawą do domu pacjenta lub do właściwego CLH), podawanego do leczenia epizodów krwawień u chorych podczas indukcji tolerancji immunologicznej oraz koszt koncentratu aktywowanego zespołu protrombiny w przypadku nieskuteczności czynnika rekombinowanego omijającego inhibitor, a zamawiający zapewni dostępność wymienionych czynników«;

3) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów złożonego przed zamknięciem rozprawy.

Argumentacja odwołującego

15.11.2017 r. zamawiający opublikował zmianę SIWZ, która nakłada na wykonawcę obowiązki, których spełnienie znajduje się zupełnie poza kontrolą wykonawcy, a jest pod kontrolą zamawiającego, wobec czego wykonawca powinien zostać obciążony wyłącznie kosztem realizacji tego obowiązku, a nie jego wykonaniem.

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o sposób rozumienia postanowienia rozdz. V pkt 7.12.2 SIWZ „Obowiązki wykonawcy", zamawiający zmienił treść tego postanowienia w sposób nadmiernie obciążający wykonawców. Początkowo postanowienie to brzmiało:

»7.12.2. Wykonawca ma obowiązek pokryć koszty leczenia epizodów krwawień u chorych podczas indukcji tolerancji immunologicznej (ze sprzętem jednorazowego użytku z dostawą do domu pacjenta lub do właściwego CLH)«.

Po pytaniu wykonawcy o rozumienie tego obowiązku 15.11.2017 r. zamawiający nadał temu postanowieniu treść:

»Wykonawca ma obowiązek dostawy rekombinowanego czynnika omijającego inhibitor (ze sprzętem jednorazowego użytku z dostawą do domu pacjenta lub do właściwego CLH) do leczenia epizodów krwawień u chorych podczas indukcji tolerancji immunologicznej, jednakże w przypadku nieskuteczności czynnika omijającego rekombinowanego lub konieczności zastosowania profilaktyki krwawień w trakcie ITI wykonawca zobowiązany jest dostarczyć osoczopochodny koncentrat zespołu protrombiny«.

Postanowienie to zawiera omyłkę medyczną, ponieważ powinno kończyć się sformułowaniem: „dostarczyć aktywowany osoczopochodny koncentrat zespołu protrombiny" – ten właśnie lek może być skuteczny w ostatecznej procedurze.

4

Wobec zmiany SIWZ zamawiający obciążył wykonawców obowiązkiem pozyskania własnym staraniem i kosztem następujących leków:

1) rekombinowanego czynnika omijającego inhibitor;
2) aktywowanego osoczopochodnego czynnika protrombiny.

Odwołujący wyjaśnia, że w przypadku wystąpienia krwawienia u chorego, postępowanie jest następujące:

1) w pierwszej kolejności podaje się lek dotychczas podawany choremu, ale w zwiększonej dawce;
2) jeżeli takie działanie nie przynosi skutku, należy podać rekombinowany czynnik omijającego inhibitor (inny lek), a jeżeli on też nie pomaga, to należy podać aktywowany osoczopochodny czynnik protrombiny (jeszcze inny lek),
3) jeżeli on też nie pomaga to należy podać aktywowany osoczopochodny czynnik protrombiny (jeszcze inny lek).

Odwołujący nie kwestionuje obowiązku pokrywania kosztów epizodów krwawień, ani tego że w trakcie leczenia może pojawić się konieczność podania leku innego, niż dotychczas podawany choremu. Jednakże zarówno:

1) czynnik omijający inhibitor (czyli lek dostępny na rynku wyłącznie w postaci produktu „NovoSeven" producenta Novo Nordisk Pharma Sp. z o.o.), jak też
2) aktywowany osoczopochodny koncentrat protrombiny (czyli lek dostępny na rynku wyłącznie w postaci produktu „Feiba" producenta Shire Polska Sp. z o.o.)

– są czynnikami, sprzedawanymi wyłącznie przez tych dwóch producentów, którzy są bezpośrednimi konkurentami odwołującego i spełniają warunki, aby wziąć udział w postępowaniu, wobec czego prawdopodobnie złożą oferty. Obaj producenci (Novo Nordisk Pharma Sp. z o.o. i Shire Polska Sp. z o.o.) są w zakresie tych produktów monopolistami, a ich leki nie są dostępne na wolnym rynku. Oznacza to, że to ci producenci decydują, czy i za jaką cenę sprzedać swój lek, mogą też odmówić sprzedaży.

Zamawiający posiada dostęp do leków producentów Novo Nordisk Pharma Sp. z o.o. i Shire Polska Sp. z o.o. na podstawie umów z tymi podmiotami. Właściwe podejście do kosztów leczenia krwawień powinno być więc takie, że zamawiający zapewnia potrzebny lek ze swoich zasobów, a wykonawca zwraca mu koszt tego leku.

Odwołujący zwraca uwagę, że nie jest w stanie rzetelnie skalkulować oferty, skoro nie może oszacować ceny, po jakiej może być zmuszony zakupić czynnik omijający inhibitor, lub też aktywowany osoczopochodny czynnik protrombiny. Dlatego też odwołujący wnioskuje o zmianę treści skarżonego postanowienia w sposób wskazany we wniosku.

5

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.11.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom oraz zamieścił odwołanie na stronie internetowej 27.11.2017 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

30.11.2017 r. wykonawca CSL Behring GmbH Emil von Behring Strasse 76, 35041 Marburg Niemcy złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3)

odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

30.11.2017 r. wykonawca Imed Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul Puławska 314, 02-819 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

30.11.2017 r. wykonawca Lekcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmska 30/34, 00-725 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

30.11.2017 r. wykonawca Shire Polska Sp. z o.o. Warsaw Sire 37 p. z siedzibą w Warszawie, Plac Europejski 1, 00-844 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 14.12.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp względnie o nierozpoznawanie zarzutów wniesionych po upływie terminu na ich wniesienie i oddalenie odwołania w pozostałej części.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Szczególnie nie została wypełniona przesłanka z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, co sugerował zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że […] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie«. Izba stwierdza, że odwołanie dotyczyło zmiany SIWZ zamieszczonej przez zamawiającego na właściwej stronie internetowej 15.11.2017 r. i zostało wniesione w odpowiednim terminie 27.11.2017 r. (poniedziałek).

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez odwołującego »Lista podmiotów składających oferty z wynikami postepowania z 4.12.2017 r.« w celu wykazania wykonawców składających oferty i w celu wykazania cen złożonych ofert.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez ukształtowanie treści rozdz. V pkt 7.12.2 SIWZ „Obowiązki wykonawcy" w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, wobec obciążenia wykonawców obowiązkiem nabycia produktu bezpośrednio od konkurentów, którzy mogą i prawdopodobnie będą brać udział w postępowaniu, którzy to wykonawcy nie mają obowiązku sprzedać tego produktu, jak również którzy to wykonawcy mogą w zupełnie dowolny sposób kształtować cenę tego produktu oraz zarzut drugi naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję – nie zasługują na uwzględnienie.

Dostawą przedmiotu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający zamierzał nabyć koncentrat rekombinowanego czynnika krzepnięcia VIII minimum II generacji. W przypadku wystąpienia szczególnych okoliczności (tzw. »zdarzeń niepożądanych«) zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek dostawy także innych leków

rekombinowanego czynnika omijającego inhibitor oraz aktywowanego osoczopochodnego czynnika protrombiny (w praktyce leki »uzupełniające« to w pierwszej kolejności lek Novoseven i w drugiej kolejności – gdy pierwszy lek nie zadziała – lek Fejba).

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«, a przepis art. 29 ust. 2 Pzp brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«.

Jak było to stwierdzone w wyroku Izby dotyczącym tego samego postępowania (sygn. akt KIO 2321/17) zamawiający jest gospodarzem postępowania. W związku z tym to on ustala warunki postępowania, a w tym opracowuje SIWZ czy określa przedmiot zamówienia, a ograniczają go w tym zakresie przepisy m.in. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp czy zasady współżycia społecznego (art. 5 Kc). Izba stwierdza, że wymagania zamawiającego dostarczenia kwestionowanych leków nie były nieuzasadnione. Leki te są konieczne w profilaktyce, co nie było kwestionowane, ale i w leczeniu i podawanie leków »uzupełniających« w ekstremalnej sytuacji może doprowadzić, jak obliczył odwołujący, do około 8 000 podań leku (6 pacjentów przez 2 lata 2 razy dziennie) – co kwestionował odwołujący, aby obciążać wykonawcę obowiązkiem dostarczania leków uzupełniających na leczenie.

Izba stwierdziła, że po pierwsze zamawiający postanowieniami SIWZ nie naruszył przytoczonych przepisów, gdyż określił zakres ryzyka, co wyliczył odwołujący i mógł to ryzyko wkalkulować w swoją cenę ofertową. Ponadto takie obciążenie ryzykiem wykonawcy nie było nieuzasadnione, gdyż wynikało z przepisów finansowych i struktury organizacyjnej zamawiającego, co zamawiający wywiódł na rozprawie. Jednak to wykonawcy mają możliwość precyzyjniejszego oszacowania ilości leków »uzupełniających«, gdyż oni najdokładniej znają oferowany lek podstawowy i ewentualne możliwości wystąpienia zdarzeń niepożądanych i ich nasilenia – w przypadkach zależnych od podawania leku podstawowego, ale i nawet w znacznej mierze przypadków niezależnych od podawania leku podstawowego. Dlatego również wykonawcy będą mogli precyzyjniej określić ryzyka i zawrzeć to w oferowanej cenie.

Ponadto po drugie Izba stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że wymóg dostarczenia przez zamawiającego leków »uzupełniających« wytwarzanych przez producentów zamierzających także złożyć oferty w badanym postępowaniu narusza wyżej wymienione zasady i przepisy prawa. Szczególnie odwołujący nie wykazał nawet, że próbował ustalić z tymi producentami czy hurtowniami leków możliwość pozyskiwania przedmiotowych leków »uzupełniających« nie mówiąc o zaproponowaniu ewentualnej zbyt wygórowanej ceny. Założenie z góry, bez jakichkolwiek dowodów, że podmioty występujące na rynku naruszą zasady uczciwej konkurencji nie może być przesłanką do uznania, że podmioty te naruszą

zasady uczciwej konkurencji i odmówią sprzedaży leków bądź ustanowią zbyt wysokie ceny. Ponadto odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, że na takie zachowanie konkretnych podmiotów mógłby odpowiednio zareagować Prezes UOKiK, na co wskazał na rozprawie jeden z uczestników postępowania – przystępujący Shire. I również Izba stwierdza, jak w jednym z ostatnich wyroków Izby z 26

lipca 2017 r.

o sygn. akt KIO 1433/17, że »… zamawiający jest uprawniony do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który odpowiada jego uzasadnionym i obiektywnym potrzebom. W ocenie Izby […] odwołujący postawił zarzuty bez uwzględnienia oraz w oderwaniu od specyfiki działalności zamawiającego […]. Odwołujący nie przedstawił także dowodów, które uprawdopodobniłyby zarzuty, że zamawiający określił wymagania wobec sprzętu nie z uwagi na uzasadnione potrzeby […]« .

Pokazanie różnic w cenach ofertowych przez odwołującego nie mogło wpłynąć na ogląd sprawy, gdyż jest rzeczą naturalną, że wykonawcy ustalają ceny ofertowe na

podstawie różnych, swoich kalkulacji, co wpływa na nawet znaczne zróżnicowanie cen ofertowych. Jednak odwołujący nie wykazał, że na zróżnicowanie cen ofertowych miał wpływ udział konkretnych wykonawców i wynegocjowanie między nimi cen na leki »uzupełniające«.

Kwestie dalszego prowadzenia postępowania przetargowego po złożeniu odwołania nie zostały wzięte przez Izbę pod uwagę, bo przepis art. 183 ust. 1 Pzp zabrania tylko zawarcia umowy przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Przepis ten brzmi »W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”«.

Nie sposób uznać zatem, że odwołujący uprawdopodobnił naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie 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. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……