



Warszawa, dnia 24 marca 2017 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający: 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
ul. Weigla 5
50-981 Wrocław
fax: 261 660 119

Odwołujący: Komtur Polska Sp. z o.o.
ul. Puławska 405A
02 – 801 Warszawa
KRS: 0000221399.

reprezentowany przez:

adwokata Przemysława Wierzbickiego
Wierzbicki Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. k.
ul. Twarda 2
00-105 Warszawa
tel. 022 378 26 14
fax. 022 213 88 04
e-mail: sekretariat@warp.com.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy produktów leczniczych

Numer sprawy wskazany w SIWZ: 7/Med./2017

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Wykonawcy – spółki Komtur Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02 – 801), ul. Puławska 405A (dalej jako: „Wykonawca” lub „Komtur”) na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis przedkładałam w załączeniu, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 ze zm. - dalej jako „PZP”), niniejszym:

- I. **składam odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych, nr sprawy 7/Med./2017, w zakresie dokonanej przez Zamawiającego w dniu 15 marca 2017 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 100, poprzez podzielenie pozycji nr 1 na dwie zróżnicowane podkategorie, w sposób który ogranicza możliwość złożenia oferty na Pakiet nr 100,**

tel. + 48 22 378 26 14
fax+ 48 22 213 88 04
sekretariat@warp.com.pl
www.warp.com.pl
NIP 521-35-00-318
REGON 142214679

Wierzbicki Adwokaci i Radcowie Prawni sp. k.
ul. Twarda 2
00 – 105 Warszawa

II. Czynnościami tymi zarzucam naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 PZP, przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta leku o nazwie handlowej Enbrel;
- b) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP, przez narzucenie wymogu w postaci zaoferowania w ramach Pakietu nr 100 leku etanercept w dwóch różnych dawkach, co w połączeniu z innymi wymogami Zamawiającego powoduje iż w ramach Pakietu nr 100 możliwe jest złożenie wyłącznie oferty obejmującej lek Enbrel, podczas gdy przeważająca część zamówienia w zakresie Pakietu nr 100 może być przedmiotem konkurencji pomiędzy wykonawcami – i jest tożsama z przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr 119;
- c) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 aa) ust. 1 PZP, przez zaniechanie wydzielenia do odrębnego pakietu pozycji wyłącznie dostawy leku etanercept w dawce 25 mg.

III. W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Wykonawca żąda:

- a) nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) dla Pakietu nr 100 poprzez ograniczenie zakresu pakietu nr 100 do 80 sztuk etanerceptu w dawce 0,025 g – roztwór do wstrzykiwania, cztery wstrzykiwacze w opakowaniu, oraz
- b) nakazania Zamawiającemu przeniesienia zamówienia na 210 sztuk etanerceptu w dawce 0,025 g – roztwór do wstrzykiwania, cztery wstrzykiwacze w opakowaniu - z pozycji nr 1 w Pakiecie nr 100 do Pakietu nr 119;

ewentualnie

- c) nakazania Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych na poszczególne pozycje w ramach Pakietu nr 100;
- d) nakazania Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie Ted.europa.eu/TED w dniu 7 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 046- 084111 w zakresie Pakietu nr 100 i 119 w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do nakazanej Zamawiającemu zmiany treści SIWZ.

Odwołujący wykazuje, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zamierza uczestniczyć w przedmiotowym Postępowaniu (art. 179 ust. 1 PZP).

Wskazuję, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) została opublikowana na stronie internetowej:

<http://4wsk.sisco.info/?id=8756>

UZASADNIENIE

W ocenie Wykonawcy niniejsze odwołanie pozostaje w pełni uzasadnione, albowiem Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w ramach Pakietu nr 100, ograniczając możliwość złożenia oferty na Pakiet nr 100 tylko do jednego podmiotu – co należy uznać za rażące naruszenie zasady konkurencyjności, nie mające uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

W dalszej części niniejszego odwołania Zamawiający przedstawi argumenty przemawiające za zasadnością niniejszego środka ochrony prawnej.

I. Opis przedmiotu zamówienia w brzmieniu pierwotnym

Podniesione przez Wykonawcę zarzuty dotyczą zmiany przez Zamawiającego w zakresie Pakietu nr 100 opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę produktów leczniczych (dalej jako: „**Postępowanie**”).

Rozważania dotyczące podniesionego zarzutu rozpocząć należy od kwestii związanych z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z uregulowaniami ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób:

- a) jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym
- b) przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny";

Niezależnie od zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych obowiązków zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, uregulowania ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzają zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę – nawet gdyby takie wskazanie było dokonane w sposób pośredni.

Konstrukcja SIWZ na gruncie badanego postępowania sprawia, że odtwarzając opis przedmiotu zamówienia, należy sięgnąć do Załącznika nr 2 do SIWZ, który precyzuje wymagania Zamawiającego odnośnie każdego z pakietów.

Załącznik nr 2 w pierwotnym brzmieniu zawierał tylko jeden pakiet, w ramach którego przedmiotem dostawy był etanercept – był nim pakiet nr 100:

Pakiet 100 WYMAGANE leki refundowane dostępne w ramach programu lekowego CPV 33652300-8
 Środki immunosupresyjne

Lp.	nazwa międzynar dawka	postać farmaceut.	dawka	ilość w op.	j.m.	wartość jednostkowa netto	cena jednostkowa brutto	ilość
1	Etanerceptum *	rozl.d/wstrz.	0,05 g	4 wstrz.	op.			450
2	Etanerceptum **	rozl.d/wstrz.	0,05 g	4 wstrz.	op.			50
*wymagana rejestracja w: RZS, ZZSK, LZS, MZS, luszczycy zwykła, luszczycy zwykła dzieci i młodzieży celem zapewnienia kontynuacji terapii lekiem biologicznym w przypadku odmowy pacjenta na zmianę leku **wymagana rejestracja w zakresie: RZS, ZZSK, LZS. Zamawiający zastrzega sobie możliwość dowolnego wykorzystania ilości w poszczególnych pozycjach zgodnie z zapotrzebowaniem terapeutycznym oddziału							razem	Pakiet 100

Analiza powyższych zapisów prowadzi do wniosku, że przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr 100 była pierwotnie dostawa etanerceptu w dawce 50 mg – w postaci roztworu do wstrzykiwania, w łącznej liczbie 500 opakowań.

Pakiet nr 100 był przy tym podzielony na dwie części składowe, dla których opisane były w różny sposób wymagania co przedmiotu zamówienia: Zamawiający dla każdej z części określił inny zakres schorzeń, w których wymagana jest rejestracja wskazań terapeutycznych leku.

Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest lek zawierający odpowiednią dawkę i postać substancji czynnej, tj. etanerceptu. Lek ten występować może (ale nie musi) jako produkt o nazwie handlowej Enbrel.

Wszystkie te wymogi spełnione są przez dwa preparaty dostępne na rynku – Enbrel oraz Benepali, co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 100 umożliwił w toku postępowania konkurencję pomiędzy dystrybutorami obydwu leków, w zakresie całego Pakietu nr 100.

Odnosząc się do wyodrębnienia w ramach Pakietu nr 100 dwóch pozycji, różniących się zakresem zarejestrowanych wskazań terapeutycznych, należy zwrócić uwagę na fakt, iż pierwotnie lek Benepali nie posiadał zarejestrowanych wskazań terapeutycznych m. in. w młodzieńczym idiopatycznym zapaleniu stawów.

Powodowało to, że w zakresie części nr 1 był tylko jeden lek spełniający wymogi Zamawiającego – co uzasadniało wyodrębnienie części zamówienia na etanercept do odrębnej pozycji, należało natomiast stworzyć z niej odrębny pakiet – tak, aby w zakresie etanerceptu z pozycji nr 2 umożliwić złożenie oferty również tym wykonawcom, którzy oferują lek

Benepali. Brak możliwości złożenia niezależnych ofert na część 1 i 2 w praktyce ograniczał krąg oferentów wyłącznie do oficjalnych dystrybutorów leku Enbrel.

Sytuacja ta uległa zmianie na skutek uzyskania przez Benepali rejestracji wskazań terapeutycznych we wszystkich schorzeniach wymaganych przez Zamawiającego – możliwość złożenia oferty na Pakiet nr 100 została otwarta również dla ofert dotyczących leku Benepali, co oznaczało powstanie realnej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie publiczne w zakresie Pakietu nr 100. Możliwość ta została jednak znacząco ograniczona przez Zamawiającego, który zmodyfikował treść SIWZ.

II. Modyfikacja OPZ w ramach Pakietu nr 100

W dniu 15 marca 2017 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował informację o modyfikacji zapisów Załącznika nr 2 do SIWZ, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 100 oraz utworzenia nowego Pakietu nr 119.

Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja (dokonana z nieznanymi Odwołującemu powodów) ponownie wyłącza możliwość zaofiarowania leku innego niż Enbrel w odniesieniu do całego Pakietu nr 100 – obejmującej 290 spośród 540 opakowań leku, będących przedmiotem zamówienia. Ograniczenie konkurencji w ramach Pakietu nr 100 jest zatem oczywiste.

Jest przy tym zastanawiające, że wraz z dokonaną zmianą, z opisu przedmiotu Zamówienia w ramach Pakietu nr 100 usunięte zostały wymogi dotyczące zarejestrowanych wskazań terapeutycznych leku – które widniały w pierwotnej wersji i jak zostało wskazane, ograniczały krąg wykonawców wyłącznie do dostawców leku Enbrel.

Z chwilą, w której kryteria zaczął spełniać lek Benepali, utraciły one znaczenie dla Zamawiającego. Co więcej, podobne modyfikacje, polegające na nagłym pojawieniu się zapotrzebowania na etanercept w dawkach 25 mg można zaobserwować w podobnym czasie (po rejestracji wskazań terapeutycznych dla Benepali) w przypadku szeregu zamawiających. Zmiany te są przy tym korzystne tylko dla jednego podmiotu – zupełnie jak poprzednie zróżnicowanie wskazań terapeutycznych.

Istota zmiany dokonanej przez Zamawiającego sprowadza się do podziału dotychczasowego Pakietu nr 100 na dwie części:

1. zamówienie na 250 opakowań etanerceptu 50 mg zostało wydzielone do Pakietu nr 119 – w którym oferta może dotyczyć zarówno leku Enbrel jak i Benepali,
2. w ramach Pakietu nr 100 podzielono zamówienie na 210 opakowań etanerceptu 50 mg oraz 80 opakowań etanerceptu 25 mg – co przy konieczności złożenia oferty na cały Pakiet nr 100 oznacza, że zamówienie jest dostępne wyłącznie dla dystrybutorów leku Enbrel.

Jedynym producentem leku zawierającego etanercept w dawce 25 mg jest producent leku o nazwie Enbrel. Co za tym idzie, w zakresie 290 opakowań etanerceptu 25 mg, zamawiający nie wprost, lecz poprzez odpowiedni dobór kryteriów, wskazuje na konkretny produkt, będący przedmiotem zamówienia – jakim jest produkt Enbrel.

Ze względu na specyfikę rynku oznacza to, że w praktyce w ramach Pakietu nr 100, podmioty inne niż oficjalny dystrybutor leku Enbrel nie będą mogły uzyskać zamówienia. Niezależnie bowiem od możliwości zaoferowania 200 opakowań innego etanerceptu 50 mg, inni wykonawcy nie będą bowiem w stanie skompletować oferty w zakresie zmniejszonej dawki substancji czynnej.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, że „przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt/wyrób a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1029/16).

Również w uchwale z dnia 1 kwietnia 2016 r. KIO/KD 20/16 wskazano na nierozzerwalny związek pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a zapewnieniem uczciwej konkurencji w postępowaniu:

„Zakaz wyrażony w art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) koreluje w sposób nierozzerwalny z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przygotować o przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Złamanie zakazu z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musi więc prowadzić jednocześnie do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.”

Warto również przytoczyć uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2015 r., wydaną w sprawie o sygn. KIO/KD 109/14:

„Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub pośrednio godziłby w zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować oferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, co prowadzi do ograniczenia konkurencji.”

Odnosząc powyższe rozważania należy zatem uznać, że Zamawiający może – o ile wynika to jego uzasadnionych potrzeb – opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, że wskazuje on na konkretny produkt, ale jedynie w niezbędnym zakresie, zachowując zasadę proporcjonalności, oraz dążąc do zachowania jak największej konkurencyjności w ramach prowadzonego postępowania.

Odwołujący nie kwestionuje tego, czy Zamawiający ma zapotrzebowanie na dostawę leku etanercept w dawkach 25 mg. Jeżeli takie są potrzeby Zamawiającego, Odwołujący akceptuje



fakt, że w tym zakresie nie ma możliwości złożenia oferty – ponieważ nie ma w swojej ofercie odpowiedniego produktu.

Zachowując zasadę proporcjonalności, oraz dążąc do jak najszerszego zapewnienia konkurencji, w odrębnym pakiecie powinien się znaleźć wyłącznie etanercept w dawce 25 mg. Nie ma natomiast żadnego uzasadnienia, aby pozbawiać Odwołującego możliwości złożenia oferty na pozostałe 210 opakowań leku etanercept w dawce 50 mg. – które z przyczyn niezrozumiałych nie zostały wyłączone do Pakietu nr 119 (obejmującego dokładnie ten sam przedmiot zamówienia co owe 21 opakowań z Pakietu nr 100).

Aktualnie w ramach Pakietu nr 100 ofertę może złożyć wyłącznie taki wykonawca, który oferuje etanercept w dawce 25 mg – czyli dystrybutor leku Enbrel, pomimo tego, że aż 210 opakowań spośród 290 objętych tym pakietem, mogłoby zostać doręczonych przez dystrybutora leku Benepali – i na tym polu możliwa byłaby konkurencja w toku Postępowania, którą to możliwość Zamawiający wykluczył.

Warto przy tym zauważyć, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ w zakresie Pakietu nr 100, niejako „dokłada” dostawcy Enbrel 25 mg zamówienie na 210 opakowań etanerceptu 50 mg – które mogłyby być przedmiotem realnej konkurencji po stronie wykonawców.

Jak wskazuje praktyka, w przetargach na etanercept, w których opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie zarówno Enbrel jak i Benepali, koszty ponoszone przez zamawiających na dostawę etanerceptu są o kilkadziesiąt procent niższe w stosunku do przypadków, w których ofertę w postępowaniu mógł złożyć wyłącznie dystrybutor Enbrel.

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego, należy odnieść się również do kwestii elastyczności w wyborze zamawianej dawki leku etanercept (na co może wskazywać żądana przez Zamawiającego w ramach Pakietu nr 100 możliwość zamawiania dawek według potrzeb Zamawiającego).

Projekt umowy (załącznik nr 3a) do SIWZ) przewiduje elastyczność Zamawiającego w zakresie leków, będących przedmiotem umowy – zgodnie z § 1 ust. 6 i 7, Zamawiający ma prawo do składania zamówień bez ograniczeń co do ilości, asortymentu i cykliczności dostaw w ramach umowy, Wykonawca zaś zobowiązuje się do elastycznego reagowania na zwiększone lub zmniejszone potrzeby Zamawiającego.

Co więcej, § 2 projektu umowy przewiduje rozwiązanie polegające na prawie opcji, które dotyczy 50% przedmiotu zamówienia. Gwarantowana wielkość dostaw w ramach realizacji umowy wynosi jedynie 50% liczby opakowań określonych w SIWZ – w pozostałym zakresie Zamawiający ma prawo a nie obowiązek realizacji zamówień cząstkowych. Rozwiązanie takie daje zatem Zamawiającemu daleko idącą elastyczność w realizacji zamówień cząstkowych w ramach Pakietu nr 100 i 119 – wyłącznie poruszając się w ramach zamówień opcjonalnych Zamawiający może reagować na zmienne zapotrzebowanie na etanercept w dawkach 25 lub 50 mg.

Elastyczność Zamawiającego nie wymaga włączania aż 210 opakowań etanerceptu 50 mg do jednego pakietu z dawką 25 mg (której zapotrzebowanie określono na 80

opakowań), z opcją swobodnej wymiany. Określenie zapotrzebowania na etanercept 25 mg na poziomie 80 opakowań oznacza, że Zamawiający zapewnia sobie dostęp do tego leku w przedziale 40-80 opakowań. Tak określony przedział powinien zaspokajać potrzeby Zamawiającego – który wszak zobligowany jest do zachowania należytej staranności przy definiowaniu własnego zapotrzebowania.

Przy założeniu racjonalnego i starannego działania Zamawiającego, postanowienia SIWZ (w tym prawa opcji opisanego w umowie) należałoby odczytywać w ten sposób, że realne zapotrzebowanie na etanercept 25 mg wynosi 60 opakowań – zaś wskazanie liczby 80 opakowań daje Zamawiającemu margines bezpieczeństwa w wysokości 30% realnego zapotrzebowania (20 opakowań), zarówno w zakresie jego niedoszacowania, jak i przeszacowania. Jest to wystarczające zabezpieczenie elastyczności Zamawiającego, które nie wymaga dodatkowych rozwiązań.

„Dołączenie” do 80 opakowań etanerceptu 25 mg kolejnych 210 opakowań leku w dawce 50 mg, z powołaniem się na potrzebę wymienności dawek można interpretować na dwa sposoby:

1. Zamawiający dopuszcza sytuację, w której rzeczywiste zapotrzebowanie na etanercept 25 mgw okresie obowiązywania umowy wyniesie nie 40-80 opakowań, lecz niemal 300 opakowań (do czego nie ma żadnych racjonalnych przesłanek, skoro przed dniem 15 marca 2017 r. Zamawiający nie identyfikował żadnego zapotrzebowania na etanercept w tej dawce), lub
2. wskazanie warunku wymienności jest działaniem jedynie pozornym, mającym na celu uzasadnienie wyłączenia konkurencji w stosunku do ok. 40% przedmiotu zamówienia na etanercept.

W pierwszej spośród wskazanych sytuacji należałoby uznać, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności w określeniu – trudno bowiem uznać szacowanie zapotrzebowania za staranne, jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość pomyłki o ponad 250%.

W przypadku drugim, oczywistym jest, że mowa jest o działaniu mającym cechy rażącego naruszenia zasady poszanowania konkurencji w toku postępowania –które nie może być zaaprobowane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W świetle powyższego, uzasadnione jest żądanie Odwołującego, aby nakazać Zamawiającemu zmianę SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 100, polegającą na wyodrębnieniu do oddzielnej pozycji dostawy wyłącznie 80 opakowań etanerceptu w dawce 25 mg, przy jednoczesnym przeniesieniu całej dostawy etanerceptu 50 mg do Pakietu nr 119 – otwartego na konkurencję.

Postulowana zmiana SIWZ:

- I. Ograniczy do niezbędnego minimum zakres przedmiotowy zamówienia, w którym z uwagi na specyfikę rynku, nie będzie konkurencji pomiędzy wykonawcami,
- II. Umożliwi konkurencję wykonawców w ramach zamówienia na leki, co do których dostępne są na rynku różne produkty – tym samym przyczyniając się do ograniczenia kosztów Zamawiającego,
- III. Będzie respektowała wszystkie merytoryczne wymogi Zamawiającego względem oferowanych leków, w szczególności w zakresie dawki substancji czynnej, oraz zróżnicowanych wskazań terapeutycznych.

Alternatywne rozwiązanie stanowić może pozostawienie aktualnego podziału Pakietu nr 100, przy jednoczesnym umożliwieniu składania ofert częściowych na każdą z pozycji w ramach Pakietu nr 100.

W ślad za zmianą SIWZ powinna iść, w ocenie Odwołującego, odpowiednia modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu.

Z uwagi na fakt, że żądanie Odwołującego dotyczy określonego sposobu podziału całego zamówienia publicznego na części, warto również wskazać, że żądanie Odwołującego wpisuje się w stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:

„Zgodnie z art. 83 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Stanowi to uprawnienie zamawiającego, jednak nie jest ono prawem bezwzględny. Korzystanie z tego prawa przez zamawiającego podlega kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców, zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 749/13).

Na marginesie należy przy tym zauważyć, że w świetle dyrektyw Unii Europejskiej, implementowanych do polskiego porządku prawnego nowelizacją PZP z dnia 22 czerwca 2016 r., widoczne jest dążenie do podziału zamówień na części, w celu stworzenia warunków konkurencyjności w odniesieniu do każdej możliwej do wyodrębnienia części zamówienia. Wyrazem tego dążenia jest chociażby brzmienie art. 96 ust. 11 PZP, który obliguje Zamawiającego do wykazania w protokole zamówienia, dlaczego nie zostało ono podzielone na części.

Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych oraz zwiększenie konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu podział zamówienia na części --w kształcie postulowanym przez Odwołującego - przyniosłby Zamawiającemu jedynie korzyści oraz doprowadził do otwarcia postępowania na konkurencję.

W świetle powyższego, analizując dokonany przez Zamawiającego podział zamówienia na etanercept 50 mg na części, oraz sposób podziału tego zamówienia na części, który jest postulowany przez Odwołującego, należy z całą stanowczością opowiedzieć się za takim podziałem zamówienia, który umożliwi wykonawcom konkurowanie o zamówienie w jak najszerszym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w petitum.

Z poważaniem,



Przemysław Wierzbicki
adwokat

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. wydruk z KRS dla Komtur Polska Sp. z o.o.;
3. dowód nadania niniejszego pisma do Zamawiającego;
4. dowód uiszczenia opłaty od odwołania.