

Sygn. akt: KIO 512/13

POSTANOWIENIE
z dnia 19 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 19 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2013 r. przez **LEK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Podlipiu 16** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Witosa 2**

przy udziale wykonawcy **Amgen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50** zgłaszającego swój udział w postępowaniu sygn. akt KIO 512/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy przez **LEK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Podlipiu 16** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę w pakiecie nr 1 Darbopoetyny 220 000 mikrogramów, w pakiecie nr 2 Erytropoetyny Beta 50 000 j. m. fiołki 10 ml, w pakiecie nr 3 Cinaclacet 720 000 mikrogramów zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2013r. za numerem 2013/S 043-068465. Zamawiający zamieścił siwz na swojej stronie internetowej.

W dniu 6 marca 2013r. drogą elektroniczną wykonawca LEK S.A. z siedzibą w Podlipiu 16 – zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie. Wskazał, że czynności zamawiającego w postaci opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 1 naruszają interes odwołującego, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę preparatu Erytropoetyna Alfa (Binocrit). Naruszenie interesu odwołującego, jego zdaniem, polega na oczywistej i bezpośredniej możliwości poniesienia szkody w związku z brakiem możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z brzmieniem art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku z brzmieniem art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pakiet nr 1 zamówienia, poprzez dopuszczenie erytropoetyny alfa do stosowania dożylnego.

W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający w dniu 25 lutego 2013r. opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z jej treścią zamawiający w zakresie pakietu nr 1 wskazał, że przedmiotem zamówienia jest DARBOPOETYNA Alfa do stosowania dożylnie i podskórnie. Jedynym produktem na rynku, mogącym zaoferować zaoferowanym w związku z takim opisem przedmiotu zamówienia oraz brakiem dopuszczenia ofert równoważnych jest preparat Aranesp produkowany przez firmę Amgen. Odwołujący wskazał, że obecnie na rynku wśród leków stymulujących erytropoezę są:

- Binocrit (erytropoetyna alfa) Odwołującego się(stosowany w przedmiotowych wskazaniach u ok. 80 000 pacjentów na terenie państw Unii Europejskiej i ok. 2 000 pacjentów w Polsce),
- Abseamed (erytropoetyna alfa) firmy Medice,
- Eprex (erytropoetyna alfa) firmy JanssenCilag,
- NeoRecormon (erytropoetyna beta) firmy Roche,
- i właśnie preferowana przez zamawiającego Aranesp (darbepoetyna alfa) firmy Amgen.

Tym samym opis przedmiotu zamówienia poprzez określenie, że przedmiotem zamówienia

jest darbepoetyna alfa, wraz z podskórnym sposobem podawania wskazuje na konkretny lek, pomimo tego, że pozostałe wymienione leki stosowane są w tym samym celu terapeutycznym i wskazaniach jak preferowany. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców pismem z dnia 4.05.2013r. (faktycznie 4.03.2013r- tego dnia ukazała się odpowiedź na stronie internetowej zamawiającego) potwierdził, że kupowany w niniejszym postępowaniu lek będzie „wykorzystywany w celu leczenia niedokrwistości objawowej związanej z przewlekłą niewydolnością nerek u dorosłych pacjentów tutejszej stacji dializ”, co oznacza, że lek będzie podawany dożylnie tak jak do tej pory. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku pacjentów hemodializowanych preferowaną drogą podania erytropoetyny jest droga dożylna. Również sam zamawiający w swojej stacji dializ, do której kupowany jest lek stosuje ten lek tylko dożylnie. Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, należy uznać, iż jedynie Amgen, produkujący darbepoetynę alfa pod nazwą Aranesp, w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ. Pozostali wymienieni powyżej producenci, pomimo posiadania preparatów o identycznych właściwościach i wskazaniach w zakresie leczenia objawowej niedokrwistości związanej z przewlekłą niewydolnością nerek u osób dorosłych i dzieci nie może zaoferować produkowanych preparatów. Tym samym, zdaniem odwołującego, dostawca jest ograniczony wymaganiami zamawiającego w dokonaniu wyboru producenta leku. Niewątpliwie, w ocenie odwołującego, takie określenie przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, do których przestrzegania zobowiązuje zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. W orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Okręgowych, wskazuje się na problem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, które prowadzi do naruszenia przepisów ustawy. Wskazał, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji - wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2010r., sygn. akt: 2528/10. To zamawiający ma obowiązek wykazania, iż sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie naruszył przepisów ustawy, nakładającej na niego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców -wyrok KIO z dnia 22 października 2012r., sygn. akt: KIO 2189/12: Zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, ;za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń; uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa nakłada również na zamawiającego zakaz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję. Zatem zakazane jest m.in. opisanie przedmiotu zamówienia przez jednoznaczne wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Takie działanie jest dopuszczalne, o ile jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie

dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Przenosząc powyższy stan prawny na niniejszy stan faktyczny, należy zauważyć, iż zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, jakim jest dostawa leku darbepoetyna alfa do stosowania dożylnego i podskórnego, wskazał na konkretny produkt. Odwołujący wskazał, że orzecznictwo stoi na stanowisku, że naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zamawiający dopuszcza się także wtedy, gdy sporządza opis przedmiotu zamówienia poprzez zastosowania takich parametrów lub cech produktu, które wskazują na jednego dostawcę (producenta) lub tylko jeden wyrób- wyrok KIO z dnia 16 maja 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 423/08, wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2008 r. sygn.-akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07, wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r. sygn. KIO/UZP 984/08, wyrok SO w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 693/05. Jednocześnie, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 25 stycznia 2006r, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, uchwała KIO z 13 lutego 2012r., sygn. akt: KIO/KD 16/12. Odwołujący wskazał, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony jego potrzebami. Nie ma, w ocenie odwołującego, żadnego merytorycznego uzasadnienia dla stosowania tylko jednego leku, bowiem jak wynika z treści charakterystyki produktów preferowanego leku oraz leku, w którego posiadaniu jest odwołujący wskazania do stosowania w obu lekach są identyczne. W Charakterystyce produktu leczniczego BINOCRIT w pkt. 4.1. „Wskazania do stosowania” znajduje się zapis: „Leczenie niedokrwistości objawowej związanej z przewlekłą niewydolnością nerek u pacjentów dorosłych i pediatrycznych”. W charakterystyce produktu leczniczego ARANESP w pkt. 4.1. „Wskazania do ! stosowania” znajduje się identyczny zapis: „Leczenie objawowej niedokrwistości związanej z przewlekłą niewydolności nerek u osób dorosłych i dzieci”. Tym samym, zdaniem odwołującego należy uznać, iż w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie doszło do naruszenia przepisów ustawy, bowiem w sytuacji, gdy obydwa leki mają zastosowanie do tego samego schorzenia (odp. Zamawiającego z dnia 5 marca br. na pytanie dotyczące wskazań do leczenia i docelowej grupy pacjentów), a zatem efekt terapeutyczny obu preparatów jest identyczny, bez wątpienia nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do preferowania konkretnego rodzaju leku. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 6 marca 2013r. Odwołanie zostało opatrzone podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 marca 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający w dniu 6 marca 2013r. zamieścił na swojej stronie informację o wniesieniu odwołania, wraz z jego kopią i wezwał do wzięcia udziału postępowaniu odwoławczym.

W dniu 8 marca 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Amgen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50 wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż uwzględnienie zamówienia może spowodować zmianę postanowień siwz i uniemożliwić mu złożenie konkurencyjnej oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem.

W dniu 18 marca 2013r. odwołujący złożył na piśmie oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez tego samego pełnomocnika, co odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący:

.....