

Składający odwołanie:

Łódź, 2020.11.30

DELFARMA Sp. z o.o.

Św. Teresy od Dzieciątka Jezus 111, 91-222 Łódź

NIP: PL9471902089, REGON: 473206703, KRS: 0000180304,

tel. (42) 61 32 860

e-mail: szpitale@delfarma.pl

**Do: Prezes Krajowej
Izby Odwoławczej**
Pani Małgorzata Rakowska

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

**Wojewódzki Ośrodek Terapii Uzależnień
w Gdańsku**

ul. Zakopiańska 37, 80-142 Gdańsk

REGON 191854700, NIP 583-26-24-162, KRS 00000070008

tel.: 58 320 29 57, faks.: 58 683 51 29

e-mail: sekretariat@wotu.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy postępowania o zamówienie publiczne prowadzone przez Zamawiającego

- **Wojewódzki Ośrodek Terapii Uzależnień w Gdańsku** w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24 – ustawą Pzp) pn.: „Zakup i sukcesywne dostawy produktów leczniczych dla Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnień w Gdańsku”. Numer sprawy nadany przez Zamawiającego: **ZP/1/2020**.

Na podstawie **art. 179** i nast. ustawy Pzp **DELFARMA Sp. z o.o.** z siedzibą w Łodzi, zwana dalej **Wykonawcą** lub **Odwołującym**, składa niniejsze odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 29 ust. 1, 2 i 3** w związku z **art. 7 ust. 1** jak i samego **art. 7 ust. 1** w związku z **art. 36aa** i **art. 91** ustawy Pzp, w związku z podjęciem przez Zamawiającego, w ramach w/w postępowania o zamówienie publiczne, czynności, do których nie był on uprawniony oraz nie podjęciem przez niego czynności, do których był on zobowiązany, w świetle przepisów ustawy Pzp tj.:

a/ łącząc w ramach jednego, niepodzielonego zamówienia cztery różne produkty lecznicze tego samego producenta firmy L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A., w taki sposób, że jedyną ważną ofertę, na przedmiot zamówienia może złożyć tylko hurtownia reprezentująca na polskim rynku interesy rzeczonoego producenta;

b/ ustalając w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb oraz standardów (praktyk) rynkowych, jeden z elementów opisu przedmiotu zamówienia oraz „kryteriów oceny ofert”, jakim jest **termin dostawy** na „**następny dzień od dnia złożenia zamówienia w dni robocze od poniedziałku do piątku do godziny 11⁰⁰**” tj. w praktyce w ciągu 24 godziny od złożenia zamówienia. Co de facto jest terminem na „cito” który będzie jako jedyny obowiązywał wykonawcę i nie uwzględnia logistyki związanej z obiegiem dokumentów oraz towarów na rynku, szczególnie w dobie pandemii Covid-19, a ponadto tworząc z „terminu dostawy” znaczące (40%) kryterium oceny ofert w taki sposób że biorąc pod uwagę rynkową specyfikę realizacji przedmiotu zamówienia, obiektywne potrzeby Zamawiającego i metodykę aplikowania leku u pacjentów oraz możliwość składania „zamówień via telefon”, Zamawiający skutecznie eliminuje „niepożądaną” konkurencję wobec referencyjnego producenta i jego produktów;

c/ opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie jako jedynej dopuszczonej postaci leku: „syrop”, która charakteryzuje zamawiany produkt z pozycji nr 1 z Załącznika nr 2 - Formularz asortymentowo-ilościowy o nazwie własnej **Methadone hydrochloride Molteni, 1mg/ml, syrop**, produkowany tylko i wyłącznie przez firmę L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A. z siedzibą we Włoszech, co prowadzi de facto do uprzywilejowania rzeczonoego producenta i jego produktu, a eliminuje **Odwołującego** i produkt „równoważny” – **Methadone hydrochloride Delfarma, 1mg/ml, roztwór doustny**.

Wykonawca zarzuca **Zamawiającemu** naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego w/w postępowania o zamówienie publiczne, w/w przepisów ustawy Pzp, przez co naruszony został interes prawny **DELFARMA Sp. z o.o.** z siedzibą w Łodzi, gdyż w/w nieuprawnione, tak działania jak zaniechanie działań **Zamawiającego**, pozbawiają **Odwołującego** w sposób całkowicie bezprawny możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach efektywne i uczciwej konkurencji.

UZASADNIENIE

Zgodnie z dyspozycją wskazaną w **art. 7 ust. 1** ustawy Pzp, kluczowym dla zasad na jakich oparte winny być wszelkie czynności zamawiającego w procedurze o zamówienie publiczne tak aby jej przygotowanie i przeprowadzenie stało w zgodzie z ratio legis ustawodawcy, jest zachowanie realnej (efektywnej) i uczciwej a nie iluzorycznej, konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest do rzeczywistego równego traktowania wykonawców oraz zachowania proporcjonalności i przejrzystości podejmowanych przez siebie czynności, gdzie ewentualne ograniczenia dla potencjalnych wykonawców winny wynikać nie z chęci **obejścia przepisów** prawa i **subiektywnego** preferowania konkretnych produktów i ich producentów, ale zobiektywizowanych (realnych) potrzeb danego zamawiającego. Powyższe w szczególności dotyczy, tak newralgicznego dla każdej opartej o konkurencyjność procedury o zamówienie publiczne elementu postępowania jakim jest opis przedmiotu zamówienia oraz związany z nim bezpośrednio podział (lub jego brak) oraz sposób w jaki dokonano podziału zamówienia na części/pakiety.

Bezspornym jest, że ustawodawca pozostawił co prawda zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego interes, ale co wielokrotnie podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, interes zobiektywizowany, co oznacza, że podmiot dokonujący zakupów określonego rodzaju dostaw ma nie tylko przywilej, ale bezwzględny obowiązek, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne wymogi wynikające z przepisów ustawy Pzp zawartych w **art. 29 ust. 1-3** w związku z **art. 7 ust. 1**.

To samo dotyczy zagadnienia podziału (lub nie) przedmiotu zamówienia na części. Swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części (pozwalająca składać oferty wykonawcom na poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia) ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia lub jego braku, a także sposobu w jaki dokonano ewentualny podział, nie naruszy w sposób nieuczciwy a tym samym i nieuprawniony konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o dane zamówienie publiczne innym poza preferowanym producentem podmiotom.

Uprawnienie Zamawiającego w zakresie podziału zamówienia na części, o którym mowa w **art. 36aa ust. 1** ustawy Pzp nie może być interpretowane w oderwaniu od regulacji wynikającej z tej ustawy, jak również przepisów prawa wspólnotowego. Tym samym w/w uprawnienie zamawiającego niejednokrotnie

będzie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w szczególności w sytuacji, gdy brak takiego podziału będzie naruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem. Zatem w kontekście powyższego stwierdzić należy, iż zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału.

Odwołujący korzystając z przysługującego mu uprawnienia (art. 38 ust. 1 ustawy Pzp) poprosił Zamawiającego o wyjaśnienia w w/w kwestiach, które budzą wątpliwości co do intencji Zamawiającego takiego, a nie innego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia oraz braku możliwości składania oferty na wybrane pozycje (vide załącznik nr 4 do odwołania). Odpowiedź: „Zamawiający informuje, że *podtrzymuje zapisy z SIWZ*”, każe przypuszczać, że za zaskarżonymi w niniejszym odwołaniu działaniami i zaniechaniami Zamawiającego nie stoją żadne racjonalne i obiektywne argumenty, a jedynie preferowanie produktów jednego producenta firmy L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A. z siedzibą we Włoszech wybranego zanim ogłoszono przetarg.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie swoich wyrokach czy uchwałach podniosła, w zakresie naruszenia przepisu **art. 29 ust. 2** w zw. z **art. 7 ust. 1** ustawy Pzp, że jakkolwiek zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak nie dysponuje niczym nieograniczonym prawem opisanie przedmiotu zamówienia wedle własnych preferencji.

Po pierwsze - sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia odpowiadać musi wymogom określonym w przepisie **art. 29 ust. 1 i 3** ustawy Pzp, po drugie zaś - opis przedmiotu zamówienia nie może, zgodnie z przepisem **art. 29 ust. 2** ustawy Pzp, naruszać uczciwej konkurencji, przy czym wystarczające do stwierdzenia naruszenia ww. regulacji jest chociażby uprawdopodobnienie tej okoliczności.

Wspomniany zakaz należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający uprawniony jest wyłącznie do takiego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, które odpowiada jego rzeczywistym i uzasadnionym potrzebom. Zamawiający, czy to w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem jest kontrola przez Krajową Izbę Odwoławczą prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, czy to w postępowaniu kontrolnym, powinien być w stanie wykazać jakimi uzasadnionymi potrzebami kierował się konstruując opis przedmiotu zamówienia w określony sposób.

Naruszenie zasady wynikającej z **art. 29 ust. 2** ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne lub rozwiązania patentowe wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli tak „komponuje” zestawienie składających się na dane zamówienie produktów czy parametrów, że tylko jeden producent lub jego produkty stają się bezkonkurencyjne), a z takim właśnie zachowaniem Zamawiającego w w/w zamówieniu przetargowym mamy do czynienia.

W związku z tym, że w Załączniku nr 2 do formularza oferty dla pozycji nr 1 Zamawiający wpisał, jako obowiązujący parametr „postać – syrop”, co charakteryzuje tylko i wyłącznie produkt firmy L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A. z siedzibą we Włoszech o nazwie własnej **Methadone hydrochloride Molteni, 1mg/ml, syrop** winien on, co wynika jednoznacznie z przepisów ustawy Pzp, dopuścić w tym zakresie złożenie oferty „równoważnej”. Nie czyni jednak tego wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi.

Zasadą jest przy udzielaniu zamówienia publicznego, że: "(...) przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (vide wyrok SO w Lublinie z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok SO w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub na jego wykonawcę. (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07).

Na dowód, że łączenie w jedno niepodzielne zamówienie trzech nie znajdujących odpowiedników na polskim rynku preparatów z poz. 2, 3 i 4 w Załączniku nr 2 - Formularz asortymentowo-ilościowy z preparatem z pozycji nr 1 (który jako jedyny ma swój odpowiednik na polskim rynku), jest działaniem pozornym i ukierunkowanym jedynie na ograniczenie konkurencyjności, jest fakt że w zapisach SIWZ Zamawiający w pkt 3 ppkt 6 str. 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), zastrzega sobie możliwość zakupu tylko jednego z czterech preparatów bez jakichkolwiek negatywnych dla siebie konsekwencji. To również dowód na to, że połączenie wszystkich czterech preparatów w jedno, niepodzielne zamówienie nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia, skoro realizowane może być

potencjalne poprzez zakup tylko jednego z nich przy „zerowym” udziale pozostałych.

Ustalenie w praktyce jako maksymalnego „terminu dostawy” na poziomie 24 godzin oraz przypisanie mu jako „kryterium oceny ofert” wagi 40% czyni w praktyce bardzo skutecznym mechanizm jeżeli nie „odstraszający” potencjalnych konkurentów firmy L. Molteni & C. dei F.lli Alitti Società di Esercizio S.p.A. z siedzibą we Włoszech, to przynajmniej uniemożliwiający efektywną konkurencję **Odwołującemu**, biorąc dodatkowo pod uwagę fakt, że z treści SIWZ (vide: Pkt 3, ppkt 8, str. 3 SIWZ) wynika, że zamówienia będą (mogą być) **składane telefonicznie** co czyni iluzorycznym jakąkolwiek kontrolę osób trzecich nad wywiązaniem się „preferowanego” przez Zamawiającego wykonawcy któremu udzielone zostanie zamówienie z oferowanego terminu dostawy, za który otrzymał on 40% punktów przy ocenie oferty, co konkurencję w kryterium „cena” czyni w praktyce całkowicie iluzoryczną.

Reasumując, w świetle przedstawionych przez **DELFARMA** Sp. z o.o. w niniejszym odwołaniu argumentów oraz obowiązujących przepisów prawa jak i zapisów SIWZ, zarówno w/w działanie **Zamawiającego** jak i jego zaniechania działań, kwalifikują się do uznania ich za całkowicie nieuprawnione, a tym samym naruszające w/w przepisy ustawy Pzp oraz interes prawny **Odwołującego**, który nie jest w tym stanie faktycznym skutecznie złożyć oferty mającej jakiekolwiek szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wnosimy do Krajowej Izby Odwoławczej o:

1. Uznania wniesionego przez **DELFARMA** Sp. z o.o. odwołania za zasadne.
2. Nakazanie **Zamawiającemu**:
 - a/ Dokonania, w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie sposobu składania ofert poprzez dopuszczenie składania ofert na poszczególne pozycje lub danie takiej możliwości w zakresie pozycji nr 1 z Załącznika nr 2 - Formularza asortymentowo-ilościowego z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji;
 - b/ Dokonania modyfikacji maksymalnego terminu dostawy przedmiotu zamówienia na co najmniej 2 (dwa) dni robocze od złożenia zamówienia z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności związanych z logistyką dystrybucji leków i jej ograniczeniami w dobie pandemii Covid-19;

c/ Usunięcia z treści SIWZ (i ogłoszenia) jako „kryterium oceny ofert” kryterium „termin dostawy” o wadze 40% w związku z brakiem obiektywnych przesłanek jakie warunkowałyby jego zasadność, a stanowiącym możliwość złożenia oferty w tym zakresie jedynie dla pozoru w związku m.in. z brakiem przewidzenia realnych mechanizmów kontroli prawidłowej realizacji w tym zakresie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, z którym Zamawiający podpisze umowę;

d/ Dopuszczenie w pozycji nr 1 w Załączniku nr 2 - Formularz asortymentowo-ilościowy zaoferowania rozwiązania „równoważnego” uwzględniającego zasadę uczciwej i efektywnej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. dopuszczenia w miejsce określenia „syrop” jako równoważne określenie” „roztworu doustnego”.

Wpis od odwołania w kwocie **7.500 zł** został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych prowadzony przez **NBP** o numerze: **60 1010 1010 0081 3622 3100 0000** w dniu 30.11.2020 r.

Kopia odwołania została doręczona wraz z załącznikami **Zamawiającemu** w trybie i na zasadach określonych w **art. 180 ust. 5** ustawy Pzp.

Z poważaniem

.....

Załączniki:

1. Aktualne odpis z KRS spółki: DELFARMA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.
2. Potwierdzenie dokonania przez DELFARMA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przelewu wpisu na wskazane konto UZP z dn. 30.11. 2020 r.
3. Pełnomocnictwo Pani Agnieszki Jasińskiej do złożenia/wniesienia odwołania w imieniu i na rzecz DELFARMA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.
4. Kopia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 27.11.2020 r.