

Stara Iwiczna, dnia 17 maja 2019 roku

**Do:**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

Mazowieckie Centrum Rehabilitacji  
STOCER sp. z o.o.

ul. Wierzejewskiego 12

kod pocztowy: 05-510 Konstancin-Jeziorna

nr telefonu: +48 227119037

nr faksu: +48 227119037

adres poczty elektronicznej:  
zamowienia@stocer.pl

**Odwołujący:**

PROFARM PS sp. z o.o.

ul. Słoneczna 96

kod pocztowy: 05-500 Stara Iwiczna

nr telefonu: 22 449 27 00

nr faksu: 22 449 27 59

adres poczty elektronicznej:

[przetargi@profarmps.pl](mailto:przetargi@profarmps.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej 221.000 EURO, pod nazwą „Dostawa wyrobów leczniczych (antybiotyki, płyny infuzyjne, żywienie), numer postępowania PN-21/2019, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2019 roku pod numerem 2019/S 089-212701 (zwane dalej także: „**Postępowaniem**”)

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu PROFARM PS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starej Iwicznej (zwana dalej także: „**Odwołującym**”), jako Prezes Zarządu Odwołującego, uprawniony do samodzielnej reprezentacji Odwołującego (*informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego – załącznik nr 1 do niniejszego odwołania*), na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwaną dalej także: „**Ustawą PZP**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji STOCER sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie (zwany dalej także: „**Zamawiającym**”) polegającej na ustaleniu treści

ogłoszenia o zamówienia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (zwanej dalej także: „SIWZ”).

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. **29 ust. 2 i 3 Ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP** poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców, przez utworzenie pakietu, w którym Zamawiający wprost odniósł się do nazw specyfików oferowanych łącznie tylko i wyłącznie przez podmioty ściśle współpracujące z podmiotami powiązanymi ze spółką Sanofi S.A. z siedzibą w Paryżu, Francja (zwanymi dalej także: „**Grupa Sanofi**”), zaś w przypadku punktu 11 i 17 pakietu nr 14 oferowanych tylko i wyłącznie przez podmioty ściśle współpracujące z Grupą Sanofi (które są ich podmiotem odpowiedzialnym, przy braku leków generycznych) w rzeczywistości stworzył tzw. pakiet producencki Grupy Sanofi, bez wcześniejszego dokonania analizy funkcjonalnej oraz użyteczności przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy ze względu na charakter i specyfikę postępowania nie będą mogli złożyć oferty lub realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

**Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę o:**

1. Uwzględnienie niniejszego odwołania.
2. Dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez wydzielenie z pakietu nr 14 ENOXAPARINUM stanowiącego element Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz asortymentowo-cenowy oraz opis przedmiotu zamówienia punktów 8-17 do odrębnego pakietu, w wyniku czego dojdzie do podziału pakietu nr 14 na dwa odrębne pakiety.
3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
  1. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie No-spa (punkt 11 pakietu nr 14)
  2. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Toujeo (punkt 17 pakietu nr 14),- **obydwu powyższych na okoliczność** treści wydruku, podmiotu odpowiedzialnego za produkt leczniczy, braku istnienia leków generycznych, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, niemożności złożenia oferty lub niemożności złożenia oferty pozwalającej na konkurowanie z ofertami wykonawców powiązanych z Grupą Sanofi.
  1. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Adenocor (punkt 8 pakietu nr 14);
  2. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Depakine (punkt 9 pakietu nr 14);
  3. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Exacyl (punkt 10 pakietu nr 14);
  4. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Insulin Lispro (punkt 16 pakietu nr 14);
  5. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 12 pakietu nr 14).
  6. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc one producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 13 pakietu nr 14).

7. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Targocid (punkt 14 i 15 pakietu nr 14),

- **wszystkich powyższych na okoliczność** treści wydruku, podmiotu odpowiedzialnego za produkt leczniczy, wprowadzenia każdego produktu leczniczego do obrotu przez podmiot z Grupy Sanofi, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, niemożności złożenia oferty lub niemożności złożenia oferty pozwalającej na konkurowanie z ofertami wykonawców powiązanych z Grupą Sanofi.

4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 972 z późn. zm.).

## UZASADNIENIE

### I. Stan faktyczny sprawy

W dniu 8 maja 2019 roku opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie dotyczące Postępowania. W dniu 8 maja 2019 roku na platformie zakupowej Zamawiającego znajdującej się na stronie internetowej Zamawiającego (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/221808>) udostępniony został SIWZ dotyczący Postępowania.

W treści SIWZ Zamawiający opisując przedmiot zamówienia dokonał podziału na pakiety, przy czym w punktach 8-17 pakietu nr 14 ENOXAPARINUM stanowiącego element Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz asortymentowo-cenowy oraz opis przedmiotu zamówienia (dalej: „**OPZ**”), Zamawiający wprost odnosząc się do nazw specyfików **łącznie oferowanych** tylko i wyłącznie przez podmioty ściśle współpracujące z firmami z Grupy Sanofi (w zakresie punktów 8-17 pakietu nr 14), zaś w przypadku punktu 11 i 17 pakietu nr 14 również **oferowanych tylko i wyłącznie** przez podmioty ściśle współpracujące z Grupą Sanofi (które są ich podmiotem odpowiedzialnym, przy braku leków generycznych) w rzeczywistości ograniczył konkurencję i **stworzył tzw. pakiet producencki Grupy Sanofi**. Zamawiający przy tym nie dokonał wcześniej żadnej analizy funkcjonalnej oraz użyteczności przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy ze względu na charakter i specyfikę postępowania nie będą mogli realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

#### Dowód:

1. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie No-spa (punkt 11 pakietu nr 14)
2. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Toujeo (punkt 17 pakietu nr 14),

- **obydwu powyższych na okoliczność** treści wydruku, podmiotu odpowiedzialnego za produkt leczniczy, braku istnienia leków generycznych, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, niemożności złożenia oferty lub niemożności złożenia oferty pozwalającej na konkurowanie z ofertami wykonawców powiązanych z Grupą Sanofi.

1. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Adenocor (punkt 8 pakietu nr 14);
2. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Depakine (punkt 9 pakietu nr 14);
3. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Exacyl (punkt 10 pakietu nr 14);

4. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Insulin Lispro (punkt 16 pakietu nr 14);
5. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 12 pakietu nr 14).
6. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc one producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 13 pakietu nr 14).
7. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Targocid (punkt 14 i 15 pakietu nr 14),

- **wszystkich powyższych na okoliczność** treści wydruku, podmiotu odpowiedzialnego za produkt leczniczy, wprowadzenia każdego produktu leczniczego do obrotu przez podmiot z Grupy Sanofi, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, niemożności złożenia oferty lub niemożności złożenia oferty pozwalającej na konkurowanie z ofertami wykonawców powiązanych z Grupą Sanofi.

## **II. Uzasadnienie prawne**

### **1. Zachowanie terminu**

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 1) i 2) Ustawy PZP odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie **10 (dziesięciu) dni** od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (dotyczy postępowań, w których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP) lub w terminie **5 (pięciu) dni** od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (dotyczy postępowań, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP).

Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w **§ 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 roku** w sprawie kwot wartości zamówienia oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2479).

Z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia na dostawy leków w Postępowaniu przekracza kwoty 221.000 Euro, termin na złożenie odwołanie wobec treści SIWZ wynosi 10 dni od daty zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego

Zamawiający opublikował postanowienia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego ([www. \(https://platformazakupowa.pl/transakcja/221808\)](https://platformazakupowa.pl/transakcja/221808)) w dniu 8 maja 2019 roku, w związku z czym **niniejsze odwołanie jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu**, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy PZP.

### **2. Zachowanie wymogów formalnych**

Wszystkie wymogi formalne przewidziane dla niniejszego odwołania obowiązującymi przepisami prawa, w tym przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1092) **zostały spełnione**.

Niniejsze odwołanie zawiera wszystkie konieczne elementy, o których mowa w treści § 4 ust. 1 ww. Rozporządzenia Rady Ministrów.

Do niniejszego odwołania dołączone zostały:

- (i) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego (**załącznik nr 1 do niniejszego odwołania**),
- (ii) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości (**załącznik nr 2 do niniejszego odwołania**),
- (iii) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (**załącznik nr 3 do niniejszego odwołania**).

### 3. Wpis sądowy

Z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia w Postępowaniu, którego przedmiotem są dostawy, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP, wysokość wpisu od niniejszego odwołania wynosi kwotę **15.000,00 PLN** (piętnaście tysięcy złotych).

Zgodnie z treścią § 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r, poz. 972) wpis od niniejszego odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

### 4. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Ustawy PZP. Przepis ten jako warunek *sine qua non* skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami Ustawy PZP wskazuje łącznie dwie przesłanki: interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia oraz fakt, iż dany podmiot poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP.

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy PZP rozumie się możliwość uzyskania takiego zamówienia<sup>1</sup>. Podkreślić należy, że zarówno w doktrynie prawniczej jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się bardzo szeroko<sup>2</sup>. Wystarczającym do wykazania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest chociażby potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia<sup>3</sup>. Jednocześnie wskazuje się, że interes w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>4</sup>. Bezspornym jest, iż Odwołujący na etapie składania niniejszego odwołania, **ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w**

---

1 por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. WKP/el 2018.

2 por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 roku, sygn. akt: III CZP 25/10, LEX nr 602808.

3 por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1389/11.

4 por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 roku, sygn. akt: KIO 759/11, LEX nr 798082.

**Postępowaniu.** Odwołujący (zajmujący się także sprzedażą hurtową wyrobów farmaceutycznych i medycznych – patrz: *punkt 1 PKD z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców*) jest bowiem dystrybutorem produktów Shenzhen Techdow Pharmaceutical Co. Ltd. – wytwórcy oraz dostawcy substancji czynnej (API) enoksapyryny sodowej, zaś produkty leczniczej o takiej substancji czynnej stanowią przedmiot Postępowania, na co z resztą wskazuje już sama nazwa pakietu nr 14, tj. „ENOXAPARINUM”.

Spełniona w niniejszej sprawie jest także druga przesłanka, o której mowa w treści art. 179 ust. 1 Ustawy PZP, tj. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Szkada jako przesłanka środka odwoławczego winna być rozumiana w sposób cywilistyczny tj. zarówno jako strata jak i jako utracone korzyści (patrz art. 361 § 2 k.c.), przy czym w praktyce przeważa ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inny podmiot) przychody z uzyskanego zamówienia<sup>5</sup>. Należy także zauważyć, iż konsekwencją szerokiego rozumienia interesu w postępowaniach odwoławczych jest także **szerokie rozumienie szkody** nie zawężonej tylko do zysku w danym postępowaniu oraz ograniczonej do kosztów przygotowania oferty, ale także do **potencjalnej możliwości osiągnięcia zysków** w przypadku wyboru trybu konkurencyjnego postępowania, w którym odwołujący będzie mógł wziąć udział<sup>6</sup>. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP, interes Odwołującego doznał uszczerbku. Wprowadzenie do SIWZ tzw. pakietu producenckiego Grupy Sanofi powoduje, iż niektórzy wykonawcy, w tym Odwołujący, ze względu na charakter i specyfikę postępowania nie będą mogli realnie konkurować z ofertami innych wykonawców lub też nie będą w stanie przedstawić tak korzystnej, bądź wręcz jakiegokolwiek, oferty, jak mogliby to uczynić gdyby tzw. pakiet producencki Grupy Sanofi nie powstał.

## 5. Uzasadnienie zarzutów naruszenia prawa

Na wstępie należy podkreślić, iż jakkolwiek Ustawa PZP daje Zamawiającemu prawo do kształtowania treści SIWZ, to nie jest to prawo nieograniczone.

Aktualnie w opisując przedmiot zamówienia dokonał podziału na pakiety, przy czym w punktach 8-17 pakietu nr 14 ENOXAPARINUM stanowiącego element OPZ Zamawiający, wprost odnosząc się do nazw specyfików **łącznie oferowanych** tylko i wyłącznie przez podmioty ściśle współpracujące z firmami z Grupy Sanofi (w zakresie punktów 8-17 pakietu nr 14), zaś w przypadku punktu 11 i 17 pakietu nr 14 również **oferowanych tylko i wyłącznie** przez podmioty ściśle współpracujące z Grupą Sanofi (które są ich podmiotem odpowiedzialnym, przy braku leków generycznych) w rzeczywistości ograniczył konkurencję i **stworzył tzw. pakiet producencki Grupy Sanofi**. Stworzenie tego pakietu producenckiego wynikało z okoliczności, iż wszystkie produkty lecznicze wskazane w pakiecie 14 są łącznie oferowane tylko i wyłącznie przez podmioty z Grupy Sanofi (jako, że podmioty te są również podmiotami odpowiedzialnymi dla każdego z tych produktów leczniczych), zaś w przypadku punktów 11 i 17 pakietu nr 14 są one produkowane wyłącznie przez podmioty z Grupy Sanofi oraz dotychczas nie zostały zarejestrowane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i

5 por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. WKP/el 2018.

6 por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2016 roku, sygn. akt: KIO 983/16, LEX nr 2111687.

wprowadzone do obrotu żadne ich zamienniki tzw. leki generyczne. Można zatem stwierdzić, że Grupa Sanofi w zakresie produktów leczniczych określonych w pkt 11 i 17 pakietu nr 14 jest **monopolistą** i ma możliwość albo stosowania dwóch wariantów cenowych – jednego dla swoich bezpośrednich dystrybutorów oraz wariantu katalogowego – dla hurtowników niezwiązanych bezpośrednio z Grupą Sanofi albo wręcz „blokowania” dostępu dla oferowanych przez siebie produktów leczniczych dla podmiotów z nią bezpośrednio niewspółpracujących (taka sytuacja może mieć miejsce w sytuacji, gdy popyt na lek przekracza podaż). Różnica między tymi dwiema grupami podmiotów (współpracujących i niewspółpracujących bezpośrednio z Grupą Sanofi) jest zasadnicza i sprowadza się do warunków, na których mogą one nabywać produkty lecznicze Grupy Sanofi, które mogą być zdecydowanie bardziej korzystne dla bezpośrednich dystrybutorów, co wpływa na oferty wykonawców. Z powyższego wynika jednoznacznie, że w ramach przedmiotowego pakietu ofertę niepodlegającą odrzuceniu lub co najmniej na znacznie korzystniejszych warunkach finansowych będzie mógł złożyć tylko podmiot, który jest pomiotem ściśle współpracującym z Grupą Sanofi.

W tożsamych stanach faktycznych, w których zostały stworzone tzw. pakiety producenckie, wypowiadała się zarówno doktryna, jak i Krajowa Izba Odwoławcza oraz Urząd Zamówień Publicznych. W doktrynie przede wszystkim akcentuje się, że dokonywanie w opisie przedmiotu zamówienia, na podstawie **katalogów jednego z producentów**, podziału na pakiety (pakietu producenckiego), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć lub może dostarczyć na preferencyjnych warunkach tylko jeden wykonawca (lub ograniczona ilość wykonawców) lub celowego łączenia w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwie oddzielnie, tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, **stanowi działanie utrudniające konkurencję**<sup>7</sup>. W naszej opinii takim działaniem jest przyjęty przez Zamawiającego podział na pakiety, w ramach którego został utworzony przedmiotowy pakiet (jako pakiet producencki). W tym zakresie warto zwrócić uwagę na postanowienie art. 29 ust. 2 Ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z ww. przepisu, zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, wynika iż do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym jego sprzeczności z prawem, **wystarczające jest już jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji** poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji<sup>8</sup>. W przedmiotowym przypadku, owszem, oferenci co do zasady będą mieli możliwość złożenia oferty, jednakże, w związku z pozycją Grupy Sanofi w zakresie w/w produktów wchodzących w skład pakietu, oferty podmiotów z nią powiązanych **zawsze będą korzystniejsze**. Co istotne, za Zespołem Arbitrów należy podkreślić, że zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent

<sup>7</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX 2010, wyd. IV

<sup>8</sup> Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 maja 2010 r.; Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5

musi dostarczyć jeden konkretny produkt<sup>9</sup>. Ponadto Zespół Arbitrów wprost wskazał, że **narusza zasadę uczciwej konkurencji, przy opisie przedmiotu zamówienia, np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania lub stawia w gorszej sytuacji dostawców leków niezwiązanych umowami z jednym producentem jednego z leków zawartego w pakiecie**<sup>10</sup>. W tym zakresie warto również zacytować wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie, zgodnie z którym *„istotne jest aby przedmiot zamówienia został 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 sytuacje, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.*<sup>11”</sup>

Powyższy stan rzeczy, w naszej opinii, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w pozycji uprzywilejowanej stawia tych wykonawców, którzy mają zawarte umowy o współpracy z Grupą Sanofi (co w konsekwencji może prowadzić do przyznawania im preferencyjnych warunków nabycia produktów leczniczych), gdyż pozostali wykonawcy (niewspółpracujący z Grupą Sanofi) nie są w stanie złożyć konkurencyjnych ofert w zakresie pozostałej części produktów leczniczych z przedmiotowego pakietu, co do których istnieją zamienniki. Dlatego też wskazane jest dokonanie podziału pakietu nr 14 na dwa odrębne pakiety, z czego jeden obejmowałby produkty lecznicze posiadające zarejestrowane i dostępne na rynku hurtowym zamienniki (leki generyczne), a drugi obejmowałby produkty lecznicze nieposiadające takich zarejestrowanych zamienników (leki oryginalne). Wszak jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest ukształtowanie treści SIWZ w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku, z czym skorelowany jest obowiązek określenia przedmiotu zamówienia uwzględniającego wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz unikania sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniającej uczciwą konkurencję<sup>12</sup>, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę.

Na marginesie wskazuję również, że nie ma żadnych medycznych, organizacyjnych ani funkcjonalnych powodów, by obie ww. kategorie produktów leczniczych były zamawiane w ramach jednego pakietu (a w szczególności w ramach pakietu producenckiego). W tym zakresie można wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym **„w gestii zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców**<sup>13”</sup>. Powyższa argumentacja została przedstawiona jeszcze dalej w 2010 roku, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny, tzn. formalnie i wprost – podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną niedopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy, co prawda*

<sup>9</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r.

<sup>10</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05

<sup>12</sup> Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1587/17

<sup>13</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/1502/08



*mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy przypadkami), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Ustawy PZP (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym<sup>14</sup>”.*

W tym miejscu wypada jedynie wskazać, że zapewnienie uczciwej konkurencji jest głównym obowiązkiem zamawiającego, przewidzianym w art. 7 Ustawy PZP, wynikającym z tego iż zamawiający wydatkuje środki pochodzące ze środków publicznych. Szczególnie istotny dla zapewnienia uczciwej konkurencji jest zaś etap przygotowania postępowania, podczas którego zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia. Są to w praktyce najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty. Jednocześnie dużą wagę przykładają się do przestrzegania zasady proporcjonalności, nakazującej zamawiającemu podejmować działania i stawiać wymogi **adekwatne do przedmiotu i zakresu zamówienia**. Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i "dającym lepsze gwarancje" przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności, **jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń – do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego**. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to **niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego**<sup>15</sup>. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję. Odzwierciedleniem powyższej zasady są przepisy zawarte w art. 29 – 31 Ustawy PZP, w szczególności art. 29 ust. 2 Ustawy PZP, wskazujące iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W niniejszej sprawie, jak zostało już wskazane powyżej, zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w naszej opinii znacząco utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż stawia wykonawców stale współpracujących z Grupą Sanofi w korzystniejszej sytuacji niż wykonawców niewspółpracujących z Grupą Sanofi poprzez uniemożliwienie tym drugim złożenia konkurencyjnych ofert ze względu na zastosowanie tzw. pakietów producenckich.

<sup>14</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 361/10

<sup>15</sup> por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 czerwca 2018 roku, sygn. akt: KIO 20/18

\*\*\*

Mając powyższe na względzie, wnoszę jak w *petitum* niniejszego odwołania.

---

Piotr Stęczniewski  
Prezes Zarządu

Wykaz załączników:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dot. Odwołującego.
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
4. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Insulin Lispro (punkt 16 pakietu nr 14).
5. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Toujeo (punkt 17 pakietu nr 14).
6. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Adenocor (punkt 8 pakietu nr 14).
7. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Depakine (punkt 9 pakietu nr 14).
8. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Exacyl (punkt 10 pakietu nr 14).
9. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie No-spa (punkt 11 pakietu nr 14).
10. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 12 pakietu nr 14).
11. Instrukcja użytkowania produktu o nazwie Synvisc one producenta Genzyme Europe B.V. / Sanofi (punkt 13 pakietu nr 14).
12. Wydruk z rejestru produktów leczniczych dla preparatu ludzkiego o nazwie Targocid (punkt 14 i 15 pakietu nr 14).