

**WYROK**  
**z dnia 10 maja 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę: **Pfizer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 17B, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy: **GSK Services Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 189, 60-322 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Pfizer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę: **Pfizer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od wykonawcy: **Pfizer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Skarbu Państwa - Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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

Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia [zwany dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci, postępowanie znak sprawy: ZZZ-123/16*.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2016/S 073-127381 w dniu 14 kwietnia 2016 roku. Także, w dniu 14 kwietnia 2016 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [zwaną dalej: „SIWZ”].

W dniu 25 kwietnia 2016 roku wykonawca Pfizer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, tj.:  
I.1. na stronie tytułowej SIWZ, w zakresie fragmentu o treści: „Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci w liczbie 62 500 dawek z dostawą w terminie do 30 dni od podpisania umowy; Wspólny Słownik Zamówień (kod CPV): 33.65.16.00-4-szczepionki”;

I.2. na str. 6 SIWZ, w pkt V.1. „Określenie przedmiotu zamówienia”:

a) ppkt 1.1. o treści: „Opis przedmiotu zamówienia: Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci w liczbie 62 500 dawek z dostawą w terminie do 30 dni od podpisania umowy; Wspólny Słownik Zamówień (kod CPV): 33.65.16.00-4- szczepionki”;

b) ppkt 1.2. o treści: „Wielkość zakupu: 62 500 000 dawek”;

I.3. na str. 7 SIWZ, pkt 3.1. „Termin dostaw”:

ppkt 3.1.1. „Całość przedmiotu zamówienia - 62 500 dawek - do 30 dni od podpisania umowy”;

I.4. na str. 9 SIWZ, w pkt VI.1. „Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie”:

a) ppkt 1.1. o treści „Oferowana cena - waga - 60 pkt”;

b) ppkt 1.2. o treści „Jakość - waga - 40 pkt”;

I.5. na str. 9-10 SIWZ, w pkt VI.2.2. „Wartość punktowa za kryterium nr 2 (jakość)”:

a) ppkt 2.2.1. o treści: „Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5. roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak

ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania -15 pkt (za każdy serotyp 3 pkt).";

b) ppkt 2.2.2. o treści: „Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 pkt. (za każdy serotyp 3 pkt).";

c) ppkt 2.2.3. o treści: „Najszerze pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5. roku życia - czyli odniesienie do częstotliwości występowania w populacji inwazyjnej choroby pneumokokowej wywoływanej szczepami uwzględnionymi w szczepionce - 5 pkt

$$\text{Wartość punktowa pokrycia} = W_p \frac{P_n}{P_{\max}}$$

$W_p$  - waga pokrycia - 5 PKT

$P_n$  - zaoferowane pokrycie

$P_{\max}$  - największe oferowane pokrycie

d) ppkt 2.2.4. o treści: „Najszerze pokrycie szczepionkowe izolatów wielolekoopornych – czyli objęcie szczepionką serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie zakażeń wielolekoopornych u dzieci poniżej 5. roku życia

$$\text{Wartość punktowa pokrycia} = W_p \frac{P_n}{P_{\max}}$$

*Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia; znak sprawy: ZZP-123/16*

$W_p$  - waga pokrycia - 5 PKT

$P_n$  - zaoferowane pokrycie

$P_{\max}$  - największe oferowane pokrycie

Przy dokonywaniu oceny będą brane pod uwagę dane publikowane na stronie Krajowego Ośrodka Referencyjnego ds. Diagnostyki Bakteryjnych Zakażeń Układu Nerwowego (KOROUN) - Narodowy Instytut Leków."

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do rzeczywistego zapotrzebowania zamawiającego, w tym właściwego przeznaczenia zamawianego preparatu; zapotrzebowanie zamawiającego powinno obejmować dwa różne rodzaje szczepionki (PCV10 i PCV13), tak, aby decyzja w zakresie realizacji szczepień przy użyciu wybranego preparatu dla nowo narodzonych dzieci należała do lekarza, co na gruncie aktualnego opisu przedmiotu zamówienia będzie niemożliwe lub znacznie utrudnione, ponieważ w wyniku zawarcia

umowy z jednym wykonawcą, zamawiający zapewni sobie dostawy tylko jednej z tych szczepionek, co jest nieadekwatne do zapotrzebowania lekarzy, którzy będą stosować szczepionkę u dzieci, a jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie kryterium jakości niższej wagi (40 pkt) niż kryterium oferowanej ceny (60 pkt) w sytuacji, gdy jest to nieadekwatne do specyfiki przedmiotu zamówienia, jakim jest szczepionka przeznaczona do stosowania u dzieci, co wskazuje, że kryterium jakościowe powinno mieć w przypadku tego zamówienia większą wagę niż kryterium ceny, podczas, gdy aktualny rozkład wagi kryteriów oceny ofert w połączeniu z brakiem rozdzielania przedmiotu zamówienia na dwa rodzaje szczepionek narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie kryteriom jakościowym z pkt VI.2.2.3. i pkt VI.2.2.4. SIWZ maksymalnej wartości punktowej łącznie 10 pkt, podczas gdy maksymalna wartość punktowa, jaką wykonawca może otrzymać za spełnienie kryteriów z pkt VI.2.2.1. SIWZ i z pkt VI.2.2.2. SIWZ wynosi łącznie 30 pkt, co w świetle wiedzy medycznej i rekomendacji ekspertów jest merytorycznie niezasadne oraz prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.1. SIWZ równej liczby punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej (dalej: „IChP”) u dzieci poniżej 5. roku życia, z pominięciem różnic w lekooporności, zjadliwości oraz częstości występowania serotypów, co w świetle wiedzy medycznej i rekomendacji ekspertów jest merytorycznie niezasadne oraz prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wydzielenie kryterium z pkt VI.2.2.1. SIWZ pomimo, że zawiera się ono w istocie w kryterium z pkt VI.2.2.3. SIWZ, co w połączeniu z przyznaniem w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.1. maksymalnej wartości punktowej 15 pkt i przy jednoczesnej redakcji tego kryterium w sposób, który prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

6. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.2. SIWZ równej liczby punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową, z pominięciem różnic w stopniu zjadliwości poszczególnych serotypów, w tym zwłaszcza faktu, że serotyp 3 powoduje 3 razy więcej przypadków zgonów na inwazyjną chorobę pneumokokową niż kolejny serotyp (a także wykazuje podobną zjadliwość jak pozostałe 3 serotypy z 5 najczęściej odpowiedzialnych za zgony łącznie), co prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przyznania punktów wykonawcy za objęcie szczepionką 6 serotypu z listy, odpowiednio, serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie IChP u dzieci poniżej 5 roku życia oraz serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na IChP, co prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o zmianę zakwestionowanych postanowień SIWZ w następujący sposób:

1. W zakresie pkt I.1 powyżej,  
po liczbie 62 500 dawek, dodanie sformułowania:  
*„w tym:*  
*poz. 1 - szczepionka 10-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek,*  
*poz. 2 - szczepionka 13-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek”.*  
\* Liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania Zamawiającego
2. W zakresie pkt I.2. powyżej:  
a) dodanie w pkt V.1. ppkt 1.1. SIWZ sformułowania:  
*„w tym:*  
*poz. 1 - szczepionka 10-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek,*  
*poz. 2 - szczepionka 13-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek”.*  
\* Liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania Zamawiającego;  
b) zmianę w pkt V.1. ppkt 1.2. SIWZ poprzez podanie liczby dawek każdej ze szczepionek w następujący sposób:

*„Wielkość zakupu dla szczepionki 10-walentnej lub kompatybilnej: (\*) dawek  
Wielkość zakupu dla szczepionki 13-walentnej lub kompatybilnej: (\*) dawek”*

\* Liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania Zamawiającego;

3. W zakresie pkt I.3. powyżej:

po liczbie 62 500 dawek dodanie w pkt V.3. ppkt 3.1.1. SIWZ sformułowania:

*„w tym:*

*poz. 1 - szczepionka 10-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek,*

*poz. 2 - szczepionka 13-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek”.*

\* Liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania Zamawiającego;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt II.1. powyżej:

4. W zakresie pkt I.4. powyżej:

a) w VI.1. ppkt 1.1. SIWZ zmianę poprzez przypisanie kryterium oferowanej ceny wartości 40 pkt.;

b) w VI.1. ppkt 1.2. SIWZ zmianę poprzez przypisanie kryterium jakości wartości 60 pkt.

oraz, przy założeniu uwzględnienia przez Izbę powyższych zmian:

5. W zakresie pkt I.5. powyżej:

a) w pkt VI.2.2. SIWZ - usunięcie ppkt 2.2.1. z uwagi na fakt, że zawarte tam kryterium jakościowe zawiera się całkowicie w kryterium z pkt. 2.2.3., a w konsekwencji, przeniesienie całej puli 15 punktów z ppkt 2.2.1. do punktów przewidzianych za kryterium z pkt 2.2.3.;

b) w pkt VI.2.2. SIWZ, w zakresie ppkt 2.2.2. - zmianę poprzez przyznanie punktów jedynie najbardziej zjadliwemu serotypowi („3”) i najbardziej antybiotykoodpornemu serotypowi „19A” oraz zmniejszenie liczby punktów przyznawanych w ramach tego kryterium z 15 do 10 pkt, po 5 pkt za każdy w dwóch wymienionych powyżej serotypów;

c) w pkt VI.2.2. SIWZ, w zakresie ppkt 2.2.3. - zwiększenie liczby punktów przyznawanych w ramach tego kryterium z 5 do 30 pkt (w tym 15 pkt przeniesione z usuniętego kryterium z ppkt 2.2.1.) oraz uwzględnienie powyższej zmiany w ramach równania z pkt 2.2.3.;

d) w pkt VI.2.2. SIWZ, w zakresie ppkt 2.2.4. - zwiększenie liczby punktów przyznawanych w ramach tego kryterium z 5 do 20 pkt oraz uwzględnienie powyższej zmiany w ramach równania z pkt 2.2.4.

Ponadto, odwołujący wnosił o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zgodnie z wnioskami dowodowymi zawartymi w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności tam podniesione;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zgodnie z wnioskami dowodowymi, które zostaną złożone na rozprawie/posiedzeniu, na okoliczności tam podniesione oraz na okoliczności podniesione w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp przejawia się w tym, że jest on przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego szczepionki PCV13 i jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że na podstawie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, w ramach postępowania może być zaoferowana szczepionka PCV10 (zwana także „Synflorix”) oraz szczepionka PCV13 (zwana także „Prevenar 13”).

Następnie powołał się na przepisy art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 – 2 ustawy Pzp i stwierdził, iż w świetle tych przepisów należy przyjąć, że o ile zamawiający posiada uprawnienie do określenia swojego zapotrzebowania, tak jednocześnie nie jest w tym zakresie nieograniczony, w szczególności zaś, opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać obiektywnym potrzebom zamawiającego (zgodnie z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi) oraz nie naruszać zasad uczciwej konkurencji między wykonawcami. Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2011 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2816/11, w którym wyrażono stanowisko, iż: *„zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań siwz, gdyż ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego.”*. Zdaniem odwołującego, dyskryminujący charakter kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu, w tym także w ramach samego kryterium jakościowego, prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10. Ponadto, podniósł, że przyjęty przez zamawiającego sposób oceny kryteriów jakościowych nie odzwierciedla rzeczywistych różnic pomiędzy szczepionkami, a przyjęte przez zamawiającego rozwiązania w zakresie punktacji w ramach tego kryterium mają charakter arbitralny i nie znajdują uzasadnienia w aktualnej wiedzy medycznej ani rekomendacjach ekspertów. Wskazał też, że na znaczenie kryterium jakościowego oceny ofert Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 roku, wydanym w sprawie o



sygn. akt: KIO 2803/10. Podkreślił, że w oparciu o obiektywne okoliczności, domaga się w pierwszej kolejności przyznania prymatu kryterium jakości oferowanego preparatu zamiast oferowanej ceny, jednakże, w jego ocenie, nawet przy obecnej konstrukcji sposobu punktacji kryteriów jakościowych (zniwelowanie istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10), rzeczywista waga kryterium jakościowego jest znacznie mniejsza niż deklarowane przez zamawiającego 40 pkt.

Uzasadniając wniosek o modyfikację SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia odwołujący wskazywał, że zamawiający w punkcie V.1. SIWZ - określenie przedmiotu zamówienia wskazał na zamówienie 62 500 dawek (jednakowych) szczepionek dla dzieci i tym samym dopuścił wybór szczepionki typu PCV 10 i zastosowanie jej w odniesieniu do wszystkich dzieci. Zdaniem odwołującego, podejście takie nie jest jednak uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, ponieważ szczepionki typu PCV 10, w przeciwieństwie do PCV 13 nie można bezpiecznie stosować w odniesieniu do dzieci z grup ryzyka innych, niż wcześniactwo (dotyczy to m.in. dzieci z niską masą urodzeniową, obniżoną odpornością, z przewlekłymi chorobami serca i innych), a ponadto decyzja o zastosowaniu konkretnej szczepionki zawsze należy do konkretnego lekarza stosującego terapię u konkretnego pacjenta, zaś zamówienie jednej szczepionki wyklucza istnienie jakiegokolwiek pola decyzyjnego lekarza. Odwołujący podkreślił, że pozostawienie przedmiotu zamówienia bez koniecznych modyfikacji, stałoby w sprzeczności z art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty z dnia 5 grudnia 1996 r., zgodnie z którym lekarz ma obowiązek stosowania metod terapeutycznych zgodnych z aktualną wiedzą medyczną. Zamówienie jednego rodzaju szczepionek, w szczególności nieadekwatnych do potrzeb wszystkich pacjentów, uniemożliwiłoby lekarzowi zgodny z zasadami wykonywania zawodu wybór metody leczenia.

Reasumując swoją argumentację w tym zakresie, odwołujący stwierdził, że sformułowanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego nie jest adekwatne do jego rzeczywistych potrzeb i powinno zostać zmodyfikowane oraz, że zmiany w SIWZ, których się domaga, są uzasadnione w świetle sposobu, w jaki zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia w ogłoszonym w dniu 19.04.2016 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę koncentratów czynników krzepnięcia IX z dostawą do domu pacjenta /do Centrum Leczenia Hemofilii, w którym uwzględnione zostało zapotrzebowanie na dwa rodzaje preparatu.

Z kolei uzasadniając wniosek o zmianę SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert odwołujący wskazywał, że przedmiotowe postępowanie dotyczy szczepionek, czyli produktów o szczególnym charakterze i przeznaczeniu, służących ochronie populacji przed ryzykiem rozprzestrzeniania się groźnych chorób, których jakość jest kluczowa i nierzadko

może przesądzać o spełnieniu celów (leczenia chorób i profilaktyki). Podkreślił, że szczepionki, będące przedmiotem zamówienia, miałyby być stosowane u dzieci, którym władze publiczne zgodnie z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP powinny zapewnić szczególną opiekę. Dodatkowo, zauważył, że zakup szczepionek ma służyć realizacji programu szczepienia przeciwko pneumokokom dzieci z grup ryzyka, szczególnie zagrożonych rozwojem ciężkiej postaci choroby pneumokokowej (m.in. wcześniaków, dzieci z niską masą urodzeniową, z przewlekłymi chorobami serca i innych), dla których jakość kupowanej szczepionki jest krytyczna. Z uwagi na powyższe, zastosowane kryteria oceny ofert powinny w większym stopniu premiować jakość produktu niż jego cenę.

Następnie odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę wiedzę medyczną i rekomendacje ekspertów, kryteria wskazane w punktach 2.2.1. i 2.2.2. w punkcie VI SIWZ są w jego ocenie merytorycznie niezasadne, ponieważ nie przesądzają o jakości zamawianego preparatu. W opinii odwołującego, w szczególności wątpliwości budzi fakt przyznania tym kryteriom znacznie większej wagi, niż kryteriom z punktu 2.2.3. oraz 2.2.4., które to kryteria w największej mierze decydują o spełnieniu kryterium jakościowego ocenianego przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że zgodnie z rekomendacjami WHO podstawowym kryterium jakościowym przy wyborze szczepionki przeciw pneumokokom do programów szczepień ochronnych dzieci powinna być lokalna epidemiologia. Przy czym najlepszym odzwierciedleniem wartości szczepionki pod kątem lokalnej epidemiologii jest pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5. roku życia, co ujęto w kryterium z punktu 2.2.3. Odwołujący podniósł, że mimo, iż kryterium z punktu 2.2.3. jest decydujące w zakresie jakości produktu, to zamawiający przyznał mu wagę jedynie 5, z 40 punktów określających jakość szczepionki. Odwołujący stwierdził też, że w zakresie kryterium 2.2.4. eksperci wskazują na istotną rolę szerokiego pokrycia szczepieniem serotypów wielolekoopornych, szczególnie w kontekście narastającej odporności pneumokoków na antybiotyki, przy czym zauważył, że zakup szczepionki w niniejszym postępowaniu ma służyć szczepieniu dzieci, w szczególności z grup ryzyka, o deficytach odporności i przy wielolekooporności szczepów pneumokoków, szczepienie może być jedyną ochroną przed ciężkimi powikłaniami zakażenia pneumokokami. Wskazał też, że odsetek pneumokoków opornych na antybiotyki jest u dzieci w Polsce około dwukrotnie wyższy niż w pozostałej populacji. Dalej odwołujący podnosił, że przeciwdziałanie powstawaniu antybiotykooporności u drobnoustrojów jest jednym z zadań do realizacji w ramach celu operacyjnego 4: *„Ograniczenie ryzyka zdrowotnego wynikającego z zagrożeń fizycznych, chemicznych i biologicznych w środowisku zewnętrznym, miejscu pracy, zamieszkania, rekreacji oraz nauki”* projektu „Narodowego Programu Zdrowia” na lata 2016-2020.

Zdaniem odwołującego, powyższe wskazuje na to, że kryteria 2.2.3. oraz 2.2.4. zasługują na znaczne dowartościowanie.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący podnosił, że w punkcie 2.2.1. zamawiający przyznaje punkty za objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie IChP u dzieci poniżej 5 roku życia. Stwierdził, że zamawiający przyznaje przy tym równą liczbę punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów, co oznacza, że tak samo punktowane jest objęcie szczepionką serotypu powodującego najwięcej przypadków IChP, jak i piątego w kolejności, który w rzeczywistości odpowiada za relatywnie niewielką liczbę zachorowań. Odwołujący również zauważył, że zamawiający nie przyznaje większej liczby punktów za objęcie szczepionką serotypu 19A (najbardziej antybiotykoopornego) oraz serotypu 3 (o najwyższej powodowanej śmiertelności w przebiegu inwazyjnej choroby pneumokokowej), których objęcie zamawianą szczepionką jest szczególnie istotne zwłaszcza z uwagi na grupy pacjentów, którym szczepionka miałaby być podana. Dlatego też, zdaniem odwołującego, sposób sformułowania kryterium 2.2.1. nie jest adekwatny do rzeczywistych, uzasadnionych potrzeb zamawiającego, tj. jak najszerszej i najskuteczniejszej ochrony zdrowia i życia dzieci.

Ponadto, odwołujący zauważył, że kryterium VI.2.2.1. w pełni zawiera się w kryterium pokrycia szczepionkowego, określonym w punkcie VI.2.2.3. SIWZ (co wynika z powoływanej przez niego opinii Pani Prof. Skoczyńskiej). Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zasadna jest rezygnacja z kryterium 2.2.1. w punkcie VI SIWZ jako uwzględnionego w ramach innego kryterium i przeniesienie puli punktów ze zlikwidowanego kryterium 2.2.1. do niedowartościowanego kryterium 2.2.3.

Odwołujący wskazał również, że w punkcie VI.2.2.2. zamawiający przyznaje równą liczbę punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na IChP, nie uwzględniając różnic w stopniu zjadliwości poszczególnych serotypów, w szczególności zaś, taką samą liczbę punktów zamawiający przyznaje za uwzględnienie w szczepionce serotypu „3” odpowiedzialnego za podobną liczbę zgonów, co pozostałe 3 serotypy z 5 najczęściej odpowiedzialnych za zgony łącznie. W ocenie odwołującego prowadzi to do sytuacji, w której zamawiający za ochronę przed określoną ilością zgonów, wynikającą z uwzględniania w szczepionce serotypu „3”, przyzna 3 punkty, podczas gdy za ochronę przed podobną ilością zgonów, wynikającą z uwzględnienia w szczepionce 4 innych serotypów, przyzna 9 punktów. Odwołujący podniósł, że kryterium to jest skrajnie nieobiektywne i nieadekwatne do realnej ochrony, jaką zapewnia uwzględnienie konkretnych serotypów w danej szczepionce, dlatego też, jego zdaniem, należałoby przyznać punkty jedynie za zawartość najbardziej zjadliwego serotypu („3”), tak jak to uczynił zamawiający w analogicznym postępowaniu prowadzonym w

listopadzie 2015 r., jak również - za czym przemawiają względy merytoryczne - za zawartość serotypu najbardziej wielolekoopornego („19A”).

Odwołujący zauważył, że zamawiający w punktach VI.2.2.1. oraz VI.2.2.2 przyjął zasadę premiowania 5 najbardziej odpowiedzialnych za odpowiednio wystąpienie lub zgony z powodu IChP serotypów, a nadto uznał, że jeżeli kolejny (6) serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, weźmie go również pod uwagę. W ocenie odwołującego, taki sposób sformułowania kryteriów z punktu VI.2.2.1. oraz VI.2.2.2. powoduje, że wykonawca, którego produkt pokrywa wszystkie 5 serotypów z punktu 2.2.1. i 2.2.2., nie uzyska dodatkowych 3 punktów za objęcie szczepionką serotypu 6 w kolejności występowania, które to punkty uzyska wykonawca oferujący produkt obejmujący mniejszą liczbę serotypów. W konsekwencji, wykonawca, którego szczepionka pokrywa jedynie 3 z 5 (4 z 6) punktowanych serotypów otrzyma za dane kryterium 12 pkt pomimo, że produkt ten nie posiada pokrycia 2 spośród punktowanych serotypów pneumokoków; podczas gdy wykonawca, którego szczepionka pokrywa wszystkie punktowane serotypy, otrzyma nie więcej niż 15 pkt. Odwołujący stwierdził, że taki sposób oceny ofert w punkcie VI SIWZ 2.2.1. i 2.2.2. jest nieobiektywny, jako, że premiuje produkt niższej jakości.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz zmianę kwestionowanych przez niego postanowień SIWZ w sposób wskazany w odwołaniu.

W dniu 6 maja 2016 roku w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołujący, jak również wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - GSK Services Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, złożyli pisma procesowe wraz z załącznikami (oba pisma datowane na dzień 6 maja 2016 roku).

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – GSK Services Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [zwanego dalej: „przystępującym”].

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym*

weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 27 kwietnia 2016 roku zamieścił na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią. Pismo, zawierające zgłoszenie przystąpienia wykonawcy - GSK Services Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, doręczone zostało - w formie pisemnej - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 roku, tj. w ustawowo określonym, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie, Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Przystępujący kwestionował legitymację odwołującego do wniesienia odwołania wskazując w treści pisma procesowego, iż kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ w żaden sposób nie uniemożliwiają odwołującemu wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia ważnej oferty, w szczególności zaś, dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie wymusza na odwołującym dokonania jakichkolwiek zmian w produkcie oferowanym przez niego. Podniósł również, iż przy obecnym brzmieniu skarżonych pozacenowych kryteriów oceny ofert, świadczenie oferowane przez odwołującego ma największe szanse uzyskania maksymalnej liczby punktów w zakresie Kryterium nr 2 oceny ofert, natomiast odnośnie Kryterium nr 1 (ceny) odwołujący ma pełną swobodę i równe szanse na zaferowanie odpowiednio konkurencyjnej ceny tak, aby łącznie z obiektywną przewagą odwołującego w ramach Kryterium nr 2 uzyskać satysfakcjonujący dla odwołującego wynik przetargu. Z uwagi na powyższą argumentację, w ocenie przystępującego, odwołujący nie wykazał w żaden sposób istnienia możliwości poniesienia

szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ponadto, podczas rozprawy, przystępujący dodatkowo wskazywał, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego, ponieważ nie posiada uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia, tzn. nie jest producentem, jak również nie posiada koncesji na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, w związku z czym nie będzie mógł się ubiegać o to zamówienie.

Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez przystępującego. W ocenie Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak słusznie wskazywał odwołujący, jest on zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia (jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego szczepionki PCV 13) i potencjalnie może ubiegać się o to zamówienie, choćby jako jeden z wykonawców chcących wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne (w formie tzw. konsorcjum). Może on również ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem, jak odwołujący wskazywał, postanowienia treści SIWZ zostały przez zamawiającego ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i mogą utrudnić odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Podnieść również należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SIWZ przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, i tak np. w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1519/15 Izba orzekła, że: *„W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”.*

W związku z powyższym, Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oraz pytań wykonawców i wyjaśnień zamawiającego do treści SIWZ.

Ponadto Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentów, w tym:

1) z dokumentów złożonych przez odwołującego przy odwołaniu, przy piśmie procesowym oraz w trakcie rozprawy, tj.:

- charakterystyki produktu leczniczego Synflorix (PCV 10),
- charakterystyki produktu leczniczego Prevenar 13 (PCV 13),
- pisma Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 11 czerwca 2015 r.,
- pisma Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 7 marca 2016 r.,
- opinii Grupy Ekspertów nt. skuteczności szczepień ochronny przeciwko Streptococcus pneumoniae, sporządzonej w kwietniu 2014 roku,
- opinii dr hab. n. med. Anny Skoczyńskiej prof. nadzw. z dnia 19 kwietnia 2016 roku – Kierownik Zakładu Epidemiologii i Mikrobiologii Klinicznej, Krajowego Ośrodka Referencyjnego ds. Diagnostyki Bakteryjnych Zakażeń Ośrodkowego Układu Nerwowego (KOROUN), uwzględniając przedmiotową opinię jako dowód z dokumentu prywatnego,
- opracowania - Inwazyjna choroba pneumokokowa w Polsce w 2014 roku – Dane KOROUN, Warszawa, 24.03.2016 r.,
- pisma Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 6 marca 2015 roku,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 10 walentną – PCV 10. Znak sprawy: 5/ZZP-15/13,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 10 walentną – PCV 10 do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 41/ZZP-170/13,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 10 walentną – PCV 10 do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 3/ZZP-20/14,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci. Znak sprawy: 48/ZZP-78/14 wraz z ofertą „PGF URTICA” Sp. z o.o.,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej przeciwko pneumokokom dla dzieci kompatybilną ze szczepionką PCV 10 - do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 33/ZZP-93/15,
- informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – znak: ZZP – 178/15;

wraz z ofertą „PGF URTICA” Sp. z o.o.,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 13 walentną PCV 13. Znak sprawy: 40/ZZP-141/12,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 13 walentną PCV 13 do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 28/ZZP-122/13,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką 13 walentną PCV 13 do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 40/ZZP-169/13,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci, kompatybilnej ze szczepionką PCV 13 - do kontynuacji szczepień. Znak sprawy: 47/ZZP-79/14,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci - 68/ZZP-202/14,

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na dostawę szczepionki skoniugowanej p/pneumokokom dla dzieci - 25/ZZP-94/15,

- stanowiska Rady Przejrzystości nr 59/2014 z dnia 24.02.2014 r. w sprawie oceny leku Synflorix,

- pisma zamawiającego z dnia 6.11.2015 r. dot. zmian do SIWZ w ramach postępowania znak: ZZP-178/15 oraz SIWZ,

- stanowiska Pediatrycznego Zespołu Ekspertów ds. Programu Szczepień Ochronnych w sprawie realizacji szczepień ochronnych przeciwko pneumokokom u dzieci do 2 roku życia na 2016 rok z dnia 21.10.2015 r.,

- rekomendacji Pediatrycznego Zespołu Ekspertów ds. Programu Szczepień Ochronnych dot. realizacji szczepień obowiązkowych, skoniugowaną szczepionką przeciwko pneumokokom w Programie Szczepień Ochronnych na 2015/2016 rok dla dzieci z grup ryzyka od 6 tygodnia życia do 5 roku z dnia 15.06.2015 r.,

- stanowiska Rady Przejrzystości nr 154/2014 z dnia 26.05.2014 r. w sprawie oceny leku Prevenar 13;

2) z dokumentów złożonych przez przystępującego przy piśmie procesowym i w trakcie rozprawy, tj.:

- charakterystyki produktu leczniczego Prevenar 13,

- charakterystyki produktu leczniczego Synflorix,

- Komunikatu Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 16.10.2015 r. w sprawie Programu Szczepień Ochronnych na rok 2016,



- pisma Konsultanta Krajowego w dziedzinie Pediatrii z dnia 13.10.2011 r.,
- Rekomendacji nr 53/2014 z dnia 24.02.2014 r. Prezesa Agencji Oceny Technologii Medycznych w sprawie objęcia refundacją produktu leczniczego Synflorix,
- opracowania - Inwazyjna choroba pneumokokowa w Polsce w 2014 roku – Dane KOROUN, Warszawa, 24.03.2016 r.,
- wydruku z Rejestru Hurtowni Farmaceutycznych,
- audytu Raportu Stowarzyszenia „Parasol dla Życia” szczepienia ochronne przeciwko streptococcus pneumoniae u dzieci.

Zestawienia przedstawione przez odwołującego, tj.: symulację punktacji w ramach postępowania ZZP-123/16 sporządzoną przez odwołującego oraz zestawienie cen w przetargach, Izba uwzględniła jako twierdzenia odwołującego.

Dowód z dokumentów złożonych przez odwołującego:

- specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę koncentratów czynników krzepnięcia IX z dostawą do domu pacjenta /do Centrum Leczenia Hemofilii - Izba uznała za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, jako, że dotyczył zarówno innego postępowania, jak i innego przedmiotu zamówienia;
- projektu Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016-2020 z dnia 23.02.2016 roku – Izba uznała za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy – jest to projekt aktu prawnego.

Publikacje złożone przez przystępującego w postaci:

- artykułu zamieszczonego w piśmie Polskiego Towarzystwa Pediatrycznego „Pediatria Polska” (tom 91 nr 1) pt.: „Skuteczność trzech skoniungowanych szczepionek przeciwko pneumokokom...”,
- opracowania L. Szenborna pt.: „Skuteczność rzeczywista trzech skoniungowanych szczepionek przeciwko pneumokokom” [w:] Medycyna praktyczna – Szczepienia 4/2014,
- artykuł Skoczyńskiej pt.: „Recent trends...” wraz z tłumaczeniem,
- Izba przyjęła do akt sprawy poglądowo.

Izba nie uwzględniła dowodu złożonego przez przystępującego w postaci zaleceń WHO z 2012 roku, jako, że dokument został złożony bez tłumaczenia na język polski.

Ponadto, Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w osobie Pani Profesor Anny Skoczyńskiej na okoliczność, że szczepionki PCV 10 i PCV 13 nie są równoważne, że przy ustaleniu skuteczności szczepionki podstawową kwestią jest pokrycie szczepionkowe oraz na okoliczność, że w przypadku szczepionki PCV 10 nie zawiera ona serotypu „19A”,

jako powołany jedynie dla zwłoki. Ponadto, kwestia, iż szczepionki PCV 10 i PCV 13 nie są równoważne nie była sporna między stronami. Co do zawartości poszczególnych serotypów w obu szczepionkach – dane te wynikają z innych dowodów przedstawionych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych oraz wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 6 maja 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do rzeczywistego zapotrzebowania zamawiającego, w tym właściwego przeznaczenia zamawianego preparatu; zapotrzebowanie zamawiającego powinno obejmować dwa różne rodzaje szczepionki (PCV10 i PCV13), tak, aby decyzja w zakresie realizacji szczepień przy użyciu wybranego preparatu dla nowo narodzonych dzieci należała do lekarza, co na gruncie aktualnego opisu przedmiotu zamówienia będzie niemożliwe lub znacznie utrudnione, ponieważ w wyniku zawarcia umowy z jednym wykonawcą, zamawiający zapewni sobie dostawy tylko jednej z tych szczepionek, co jest nieadekwatne do zapotrzebowania lekarzy, którzy będą stosować szczepionkę u dzieci, a jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Natomiast przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Zamawiający w pkt V.1.1. SIWZ wskazał: *„Opis przedmiotu zamówienia: Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci w liczbie 62 500 dawek z dostawą w terminie do 30 dni od podpisania umowy. Wspólny Słownik Zamówień (Kod CPV): 33.65.16.00-4 – szczepionki”.*

Przede wszystkim należy wskazać, że powyżej powołane przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszelkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w sposób podający wszelkie informacje potrzebne do określenia zakresu świadczenia wykonawcy oraz dla prawidłowego

sporządzenia oferty i obliczenia ceny, a nadto, zawierają zakaz takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby, okoliczności faktyczne, podniesione przez odwołującego w ramach ww. zarzutu, nie stanowią o naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, a odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Co więcej, odwołujący nie powoływał się na takie okoliczności, które wskazywałyby na to, że opis przedmiotu zamówienia jest niedookreślony i budzi jakiegokolwiek wątpliwości, czy, że nie zostały podane jakieś informacje, które miałyby wpływ na sporządzenie oferty. Przeciwnie, zarówno z treści odwołania, jak i ze stanowiska przedstawionego w trakcie rozprawy wynika, że odwołujący się wie, co stanowi przedmiot zamówienia i nie musi domyślać się intencji zamawiającego. Tym samym, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, skoro opis przedmiotu zamówienia wskazuje na to, że w ramach przedmiotowego zamówienia mogą zostać zaoferowane obie szczepionki dostępne na rynku (PCV 10 i PCV 13), co nie było sporne między stronami. Odwołujący jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego szczepionki Prevenar (PCV 13). Zresztą, sam odwołujący na stronie 7 odwołania (pkt II.2.) wskazywał, że: *„Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia” zawartego w SIWZ, w ramach niniejszego postępowania może być zaoferowana szczepionka PCV 10 (zwana także: „Synflorix”) oraz szczepionka PCV 13 (zwana także „Prevenar”).*

Odwołujący nie udowodnił zatem możliwości naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy przejawiającej się uprzywilejowaniem jednego z wykonawców w tym postępowaniu, czy eliminacją odwołującego z udziału w postępowaniu, przez taki, a nie inny opis przedmiotu zamówienia. Żaden bowiem z elementów opisu przedmiotu zamówienia nie wskazuje na możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Natomiast, odrębną kwestią jest sposób ukształtowania kryteriów oceny ofert, o czym będzie jeszcze mowa.

Na marginesie, należy również zwrócić uwagę na sposób sformułowania żądań odwołującego w ramach ww. zarzutu. Otóż, odwołujący wskazując, że zapotrzebowanie zamawiającego powinno obejmować dwa różne rodzaje szczepionki (PCV10 i PCV13), wnosił o zmianę postanowień SIWZ w następujący sposób:

1) na stronie tytułowej SIWZ, w zakresie fragmentu o treści: „Szczepionka skoniugowana przeciwko pneumokokom dla dzieci w liczbie 62 500 dawek z dostawą w terminie do 30 dni

od podpisania umowy; Wspólny Słownik Zamówień (kod CPV): 33.65.16.00-4- szczepionki" poprzez dodanie sformułowania po liczbie 62 500 dawek o treści następującej:

„w tym:

*poz. 1 - szczepionka 10-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek,*

*poz. 2 - szczepionka 13-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek",*

przy czym zgodnie z założeniem odwołującego - liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania zamawiającego;

2) na str. 6 SIWZ, w pkt V.1. „Określenie przedmiotu zamówienia" poprzez dodanie w ppkt 1.1. sformułowania:

„w tym:

*poz. 1 - szczepionka 10-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek,*

*poz. 2 - szczepionka 13-walentna lub kompatybilna w liczbie (\*) dawek",*

przy czym zgodnie z założeniem odwołującego - liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania zamawiającego;

oraz zmianę w pkt V.1. ppkt 1.2. SIWZ poprzez podanie liczby dawek każdej ze szczepionek w następujący sposób:

*„Wielkość zakupu dla szczepionki 10-walentnej lub kompatybilnej: (\*) dawek*

*Wielkość zakupu dla szczepionki 13-walentnej lub kompatybilnej: (\*) dawek"*

przy czym zgodnie z założeniem odwołującego - liczba dawek każdej ze szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania zamawiającego.

Biorąc pod uwagę sposób sformułowania żądań przez odwołującego, jak i treść samego odwołania, należy przyznać słuszność stanowisku przystępującego, który wskazywał, że żądania są sformułowane w sposób na tyle ogólny i nieprecyzyjny, że nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia zasadności podnoszonego zarzutu, wydanie egzekwownego orzeczenia byłoby wręcz niemożliwie. Odwołujący bowiem pozostawił określenie liczby dawek każdej z dwóch rodzajów szczepionek do ustalenia na podstawie obiektywnego zapotrzebowania zamawiającego. W treści odwołania, odwołujący w żaden sposób nie wskazuje jaka liczba dawek byłaby uzasadniona w tym postępowaniu w odniesieniu do każdego z rodzajów szczepionki (choćby na poziomie minimalnym). Tym samym, zamawiający, mógłby łatwo się uchylić – jak podniósł przystępujący – od praktycznego uwzględnienia żądań w postępowaniu przetargowym i odwołując się do swojego obiektywnego zapotrzebowania określić każdą liczbę dawek dla każdej z tych szczepionek przez co zadośćuczyniłby jedynie formalnie żądaniu odwołującego, w rzeczywistości jednak go nie uwzględniając.

**Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez przyznanie kryterium jakości niższej wagi (40 pkt) niż kryterium oferowanej ceny (60 pkt) w sytuacji, gdy jest to nieadekwatne do specyfiki przedmiotu zamówienia, jakim jest szczepionka przeznaczona do stosowania u dzieci, co wskazuje, że kryterium jakościowe powinno mieć w przypadku tego zamówienia większą wagę niż kryterium ceny, podczas, gdy aktualny rozkład wagi kryteriów oceny ofert w połączeniu z brakiem rozdzielenia przedmiotu zamówienia na dwa rodzaje szczepionek narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Treść przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp została przytoczona powyżej.

Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zamawiający w pkt VI SIWZ zawarł zasady oceny ofert, przy czym w pkt VI.1 podał:  
*„Oceniane kryteria i ich ranga w ocenie:*

- 1.1. *Oferowana cena – waga – 60 pkt*
- 1.2. *Jakość – waga – 40 pkt”.*

Jak już powyżej wspomniano, przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, jak również odwołujący nie wykazał, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert są to dwie różne instytucje na gruncie ustawy Pzp. Tym samym bezzasadne jest postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w odniesieniu do ukształtowanych przez zamawiającego zasad oceny ofert.

W tym zakresie można ewentualnie rozważać czy zamawiający przyznając określoną wagę kryterium: „ceny” oraz kryterium: „jakości” zachował zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała bowiem, że dokonując oceny zasadności wprowadzenia konkretnych kryteriów oceny ofert oraz przyznania im określonej wagi należy mieć przede wszystkim na uwadze uzasadnione potrzeby zamawiającego. Kryteria oceny ofert, tj. kryterium jakości określone na poziomie – 40 pkt oraz kryterium ceny na poziomie - 60 pkt mają uwzględniać potrzeby zamawiającego zarówno co do dokonania zakupu szczepionki o określonej jakości, jak i uwzględniać czynnik ekonomiczny, tak aby zamawiający mógł uzyskać produkt przedstawiający najlepszą relację jakości do ceny i co pozwoliłoby mu osiągnąć założone cele. Jak to zamawiający określił podczas rozprawy: *„Chce uzyskać szczepionkę dobrą jakościowo i za przystępną cenę”.* Zamawiający jest zobowiązany do dokonywania wydatków

w sposób celowy i oszczędny. Jednocześnie należy wskazać, że dotychczas w szczepieniach dzieci przeciwko pneumokokom stosowane były oba rodzaje szczepionek, które były zakupowane przez zamawiającego, co potwierdzają zresztą, załączone do pisma procesowego, złożonego przez odwołującego, wydruki z Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, dotyczące ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający przy kształtowaniu postanowień SIWZ, w tym również przy określaniu kryteriów oceny ofert, jest ograniczony przepisami ustawy Pzp nakazującymi prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie może zatem ograniczać uczciwej konkurencji w sposób wykraczający poza jego uzasadnione potrzeby.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że szczepionka PCV 13 jest lepsza jakościowo od szczepionki PCV 10 (ma szerszy zakres ochrony) i zamawiający przyznał to w trakcie rozprawy. Nie było też sporne, że odwołujący uzyska największą liczbę punktów w ramach kryterium: „jakości”. Odwołujący natomiast wskazywał, że przyjęte przez zamawiającego proporcje znaczenia kryteriów „cena” oraz „jakość” powodują, że nawet przy istotnych różnicach jakościowych oferowanych produktów (szczepionek), rozstrzygające znaczenie będzie miała cena i w tej sytuacji trudno uznać, że kryterium jakościowe ma dla zamawiającego jakiegokolwiek znaczenie.

Nie sposób się zgodzić z tą argumentacją odwołującego. Jak już wcześniej zostało wskazane, przyjęte kryteria oceny ofert uwzględniają potrzeby zamawiającego, w której istotną rolę gra zarówno czynnik jakościowy, jak i finansowy. Bez wątpienia przy wyborze szczepionki przeciwko pneumokokom dla dzieci poniżej 5 roku życia, w tym dzieci z grup ryzyka, ogromną rolę odgrywa jakość. Niemniej jednak, w tym postępowaniu, nie można uznać, że zamawiający nie premiuje czynnika jakościowego, skoro nadał mu wagę aż – 40 pkt.

Co do podnoszonej przez odwołującego kwestii ograniczonej możliwości obniżenia ceny i powoływanych przez niego dowodów na okoliczność, iż ceny obu szczepionek kształtują się na podobnym poziomie już od kilku lat, tj. cena szczepionki PCV 10 wynosi ok 100 zł brutto, PCV 13 ok 150 zł brutto, wskazać należy, że wprawdzie taka prawidłowość wynika z przedstawionych przez odwołującego danych z przetargów (zawartych w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia i ofertach wykonawców), niemniej jednak należy wskazać, że większość z tych danych dotyczyła przetargów dedykowanych, tj. ogłoszonych dla jednego rodzaju szczepionki (10 spośród wskazanych 12), gdzie nie było ofert konkurencyjnych.

Mając powyższe na uwadze, Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert uwzględnia uzasadnione potrzeby zamawiającego, tj. w zakresie jakości szczepionki, jak i aspektów finansowych.

**Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez:**

- a) przyznanie kryteriom jakościowym z pkt VI.2.2.3. i pkt VI.2.2.4. SIWZ maksymalnej wartości punktowej łącznie 10 pkt, podczas gdy maksymalna wartość punktowa, jaką wykonawca może otrzymać za spełnienie kryteriów z pkt VI.2.2.1. SIWZ i z pkt VI.2.2.2. SIWZ wynosi łącznie 30 pkt, co w świetle wiedzy medycznej i rekomendacji ekspertów jest merytorycznie niezasadne oraz prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- b) przyznanie w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.1. SIWZ równej liczby punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej (dalej: „IChP”) u dzieci poniżej 5. roku życia, z pominięciem różnic w lekooporności, zjadliwości oraz częstości występowania serotypów, co w świetle wiedzy medycznej i rekomendacji ekspertów jest merytorycznie niezasadne oraz prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- c) wydzielenie kryterium z pkt VI.2.2.1. SIWZ pomimo, że zawiera się ono w istocie w kryterium z pkt VI.2.2.3. SIWZ, co w połączeniu z przyznaniem w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.1. maksymalnej wartości punktowej 15 pkt i przy jednoczesnej redakcji tego kryterium w sposób, który prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- d) przyznanie w ramach kryterium jakościowego z pkt VI.2.2.2. SIWZ równej liczby punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową, z pominięciem różnic w stopniu zjadliwości poszczególnych serotypów, w tym zwłaszcza faktu, że serotyp 3 powoduje 3 razy więcej przypadków zgonów na inwazyjną chorobę pneumokokową niż kolejny serotyp (a także wykazuje podobną zjadliwość jak pozostałe 3 serotypy z 5 najczęściej odpowiedzialnych za zgony łącznie), co prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

e) dopuszczenie przyznania punktów wykonawcy za objęcie szczepionką 6 serotypu z listy, odpowiednio, serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie IChP u dzieci poniżej 5. roku życia oraz serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na IChP, co prowadzi do zniwelowania istotnej przewagi jakościowej szczepionki PCV13 nad szczepionką PCV10, naruszając w ten sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Natomiast zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp *Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.* Jak wcześniej zostało wskazane z treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W pkt VI.2.2. SIWZ zamawiający określił wartość punktową za Kryterium nr 2 (Jakość) w sposób następujący:

**„2.2.1. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5. roku życia. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania – 15 pkt. (za każdy serotyp 3 pkt).**

**2.2.2. Objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową. W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę. Maksymalna liczba punktów do uzyskania - 15 pkt. (za każdy serotyp 3 pkt).**

**2.2.3. Najszersze pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5. roku życia - czyli odniesienie do częstotliwości występowania w populacji inwazyjnej choroby pneumokokowej wywoływanej szczepami uwzględnionymi w szczepionce - 5 pkt**

$$\text{Wartość punktowa pokrycia} = W_p \frac{P_n}{P_{max}}$$

$W_p$  - waga pokrycia - 5 PKT

$P_n$  - zaoferowane pokrycie

$P_{max}$  - największe oferowane pokrycie



**2.2.4. Najszersze pokrycie szczepionkowe izolatów wielolekoopornych** – czyli objęcie szczepionką serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie zakażeń wielolekoopornych u dzieci poniżej 5. roku życia - 5 pkt

$$\text{Wartość punktowa pokrycia} = W_p \frac{P_n}{P_{max}}$$

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia; znak sprawy: ZZP-123/16

**$W_p$**  - waga pokrycia - **5 PKT**

**$P_n$**  - zaoferowane pokrycie

**$P_{max}$**  - największe oferowane pokrycie

Przy dokonywaniu oceny będą brane pod uwagę dane publikowane na stronie Krajowego Ośrodka Referencyjnego ds. Diagnostyki Bakteryjnych Zakażeń Układu Nerwowego (KOROUN) - Narodowy Instytut Leków."

Jak już powyżej zostało wskazane, dokonując oceny zasadności wprowadzenia określonych kryteriów oceny ofert oraz przyznania im określonej wagi należy mieć przede wszystkim na uwadze uzasadnione potrzeby zamawiającego, przejawiające się między innymi w zapewnieniu efektywnej realizacji celu postępowania, zarówno przy uwzględnieniu czynników jakościowych, jak i finansowych.

To w jaki sposób dana szczepionka zapewnia ochronę jest punktowane przez zamawiającego w ramach kryterium jakości (przy czym zamawiający wziął pod uwagę 4 elementy).

Należy też poczynić uwagę, że nawet przy obecnym kształcie kryterium jakości i podziale punktacji w ramach tego kryterium, szczepionka oferowana przez odwołującego, w największym stopniu odpowiada wymaganiom zamawiającego i w obecnych warunkach uzyskałaby maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium jakości, tj. 40 pkt, co także wynika z pisma procesowego, złożonego przez odwołującego z dnia 6 maja 2016 roku. W konsekwencji trudno mówić o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez ustalenie kryteriów oceny ofert, w szczególności kryterium jakości, w sposób opisany w SIWZ.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, zamawiający wykazał zasadność ustalenia w opisany przez siebie sposób kryterium jakości.

Otóż, zamawiający określił, że maksymalnie przyzna po 15 pkt za objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej u dzieci poniżej 5. roku życia (pkt VI.2.2.1.) oraz za objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony

na inwazyjną chorobę pneumokokową (pkt VI.2.2.2.). Są to czynniki mające zasadnicze znaczenie dla zamawiającego. Zamawiający w największym stopniu punktował te szczepionki, które obejmują serotypy najczęściej odpowiedzialne za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej (przebiegającej ostro, z powikłaniami) oraz odpowiedzialne za zgony spowodowane tą chorobą. Argumentacja zamawiającego, co do wyodrębnienia tych kryteriów jest przekonująca.

Zarzut odwołującego dotyczący przyznania w ramach kryterium jakościowego równej liczby punktów za objęcie szczepionką każdego z 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową, z pominięciem różnic w stopniu zjadliwości poszczególnych serotypów (w szczególności serotypu „3”), nie zasługuje na uwzględnienie. Jest to oczywiście jeden z czynników mających wpływ na jakość szczepionki, jednak to do zamawiającego należy ocena czy ten czynnik należy dodatkowo punktować. Zamawiający ustalił, że dla potrzeb realizacji tego konkretnego zamówienia, przy ocenie jakości szczepionki znaczenie ma objęcie szczepionką 5 serotypów pneumokokowych najczęściej odpowiedzialnych za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową, bez odniesienia się do stopnia zjadliwości któregośkolwiek z nich. Za punkt wyjściowy oceny przyjął to, że są one najczęściej odpowiedzialne za zgony. Podobna, argumentacja odnosi się do żądania uwzględnienia przez zamawiającego stopnia zjadliwości i antybiotykooporności poszczególnych serotypów w miejsce przyznania równej liczby punktów za serotypy najczęściej odpowiedzialne za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej.

Ponadto, zamawiający zamierza dodatkowo punktować (po 5 pkt) szczepionki zapewniające najszersze pokrycie szczepionkowe u dzieci poniżej 5. roku życia oraz najszersze pokrycie szczepionkowe izolatów wielolekoopornych, są to czynniki, które w ocenie odwołującego powinny być najbardziej premiowane, natomiast w ocenie zamawiającego wprawdzie mają znaczenie dla jakości oferowanej szczepionki, natomiast nie tak istotne, jak te, o których była mowa powyżej. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że w Polsce jest duży problem z lekoopornością, ale jednocześnie wskazał, że dla niego istotniejsze znaczenie ma to, aby zmniejszyć liczbę zgonów (stąd bardziej premiował kryterium określone w pkt VI.2.2.2). Ponadto, zamawiający podał, że z lekoopornością i antybiotykoopornością należy walczyć się przez prawidłowe leczenie antybiotykami, a nie za pomocą szczepień. Zwrócić jednak należy uwagę, że zamawiający widział potrzebę dodatkowego punktowania kryteriów określonych w pkt VI.2.2.3. i VI.2.2.4., dlatego też wyodrębnił te kryteria, choć nadał im mniejsze znaczenie niż kryteriom określonym w pkt VI.2.2.1 i VI.2.2.2.

Należy również wskazać, że w ocenie Izby, zasadne jest także wprowadzenie przez zamawiającego zastrzeżenia wskazanego w pkt 2.2.1. i 2.2.2 w rozdziale VI SIWZ, iż: *„W przypadku kiedy kolejny serotyp występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni, bierze się go również pod uwagę”*, z którego wynika, że zamawiający postanowił uwzględnić do punktacji serotyp, który występuje z taką samą częstotliwością jak ostatni. Jest to słuszne rozwiązanie skoro dwa czy trzy serotypy będą odpowiedzialne z taką samą częstotliwością za wystąpienie inwazyjnej choroby pneumokokowej czy za zgony na inwazyjną chorobę pneumokokową i trudno w tym przypadku mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest nieuzasadniony.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że w piśmie procesowym z dnia 6 maja 2016 roku odwołujący wskazał, że zamawiający nie dzieląc zamówienia na części dopuścił się **naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 83 ust. 2 ustawy Pzp.** W uzasadnieniu tego zarzutu podnosił, że nie ulega wątpliwości, iż analizowany przedmiot zamówienia jest podzielny, zatem w świetle przepisu art. 83 ust. 2 ustawy Pzp brak jest przeszkód, aby dokonać podziału zamówienia na dwie części. Konsekwencją tego byłby zakup obydwu dostępnych na rynku i stosowanych szczepionek, co umożliwiłoby także bez ograniczeń na realizację przez lekarzy wyrażonego w art. 4 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry z 5 grudnia 1996 roku obowiązku stosowania metod terapeutycznych zgodnie z aktualną wiedzą medyczną. Udostępnienie dwóch rodzajów szczepionek umożliwiłoby lekarzom podejmowanie decyzji, którą szczepionkę, jako optymalną dla danego dziecka z grupy ryzyka, w danych warunkach zastosować.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba wskazuje, że w piśmie procesowym z dnia 6 maja 2016 roku odwołujący rozszerzył zarzuty odwołania domagając się podziału zamówienia na części (co też podtrzymał na rozprawie). W trakcie rozprawy odwołujący wywodził, że zarzut zaniechania podziału na części można wywieść z treści odwołania i z załączonych dokumentów. Izba nie podziela tej argumentacji. Odwołujący jest zobowiązany do przedstawienia zarzutów, a Izba ich nie może domniemywać, co wynika też z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.*

Tym bardziej, że z treści odwołania można wywieść, że odwołujący stawia jedynie zarzuty co do samego opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert. Izba,

zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, stanowiącego, iż: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*, jest związana zarzutami zawartymi w odwołaniu. Jedynie na marginesie można zauważyć, że nie ma podstaw prawnych by nakazać zamawiającemu dokonanie podziału zamówienia na części, skoro przepis art. 83 ust. 2 ustawy Pzp przyznaje uprawnienie zamawiającemu w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....