

**Sygn. akt: KIO 2491/15**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 1 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r. przez wykonawcę LEK S.A., ul. Podlipie 16, Stryków 95-010 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Instytut Kardiologii, ul. Alpejska 42, Warszawa 04 – 628

przy udziale wykonawcy Komtur Polska sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2491/15 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę LEK S.A., ul. Podlipie 16, Stryków 95-010 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Instytut Kardiologii, ul. Alpejska 42, Warszawa 04 – 628 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp na dostawę produktów leczniczych w tym krwiopochodnych, płynów infuzyjnych produktów do żywienia pozajelitowego, leków z importu docelowego oraz substratów do receptury (071/2015).

Ogłoszenie o przedmiotowym przetargu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2015/S 194 – 351390.

Całość zamówienia została podzielona na 76 części w ramach, których wykonawcy zobowiązani są do dostawy poszczególnych produktów leczniczych.

W zakresie części nr 66 Zamawiający zobowiązał wykonawcę do dostarczenia produktu leczniczego Bosentan w postaci tabletek powlekanych, w dawce 125 mg, o łącznej ilości opakowań 630.

Jednocześnie w sposób następujący Zamawiający określił szczegółowe wymagania dla wymaganego produktu: BOSENTAN Program lekowy, tabl. powl. 125 mg, Op. x 56 tabl. powl.

W dniu 4 listopada 2015r. Zamawiający, udzielił wyjaśnień na pytanie zadane przez wykonawcę, czy Zamawiający potwierdza, że we wskazanym postępowaniu wymagana jest dostawa produktu o nazwie międzynarodowej Bozentan w dawce 125 mg x 56 tabl. zarejestrowanego we wszystkich wskazaniach leku oryginalnego.

Odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe zapytanie była twierdząca.

Drugie pytanie, na które Zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczyło tego, czy Zamawiający wymaga dostawy produktu o nazwie międzynarodowej Bozentan w dawce 125 mg x 56 tabl., który daje możliwość podziału tabletki w sposób zapewniający dostarczenie pacjentowi zmniejszonej dawki leku.

Zamawiający udzielił na to pytania także odpowiedzi twierdzącej.

Nie zgadzając się z powyższą zmianą SIWZ Odwołujący: LEK S.A., ul. Podlipie 16, Stryków 95-010 w dniu 13 listopada 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu zmiany treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga, aby zaoferowany preparat zawierający bozentan był podzielny, a zarazem refundowany wówczas na rynku nie będzie żadnego produktu spełniającego wskazane warunki.

Ze względu na wskazane powyżej postanowienia opisu przedmiotu zamówienia brak jest wykonawców, którzy mogą wziąć udział w niniejszym postępowaniu.

Zwrócił uwagę, iż w ten sposób określony opis przedmiotu zamówienia w zakresie części 66 uniemożliwia złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 66 w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym w sposób wykluczający jakąkolwiek konkurencję,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części nr 66 w sposób wskazujący na pochodzenie produktu, a tym samym w sposób wskazujący na jednego dostawcę,

3) naruszenie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U.1964 poz. 93) zwany dalej: kc w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części 66 w sposób uniemożliwiający wypełnienie przez jakiegokolwiek wykonawcę wszystkich postawionych wymagań w zakresie tej części.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,  
2) dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ - Formularz cenowy, część 66 poprzez przywrócenie zapisów obowiązujących przed zmianą dokonaną przez Zamawiającego dnia 4 listopada 2015 r.

Pismem z dnia 16 listopada 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Komtur Polska sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

Przed wyznaczoną rozprawą pismem z dnia 30 listopada 2015r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 1 grudnia 2015r. Przystępujący złożył oświadczenie, że nie będzie wnosił sprzeciwu w stosunku do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust.3 ustawy Pzp 3 jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. 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.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego przez Przystępującego, lecz nie został wniesiony przez niego sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 2 lit.b ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a 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).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3 art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 2 lit.b powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**