

Sygn. akt: KIO 1853/17

POSTANOWIENIE
z dnia 13 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **13 września 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 września 2017 r.** przez wykonawcę **Komtur Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 405A, 02 - 801 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **ORTOPEDYCZNO - REHABILITACYJNY SZPITAL KLINICZNY im. Wiktora Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. 28 Czerwca 1956r nr 135/147, 61-545 Poznań**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Komtur Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 405A, 02 - 801 Warszawa kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawę leków”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 580221-N- 2017, data zamieszczenia 31.08.2017 r., przez ORTOPEDYCZNO - REHABILITACYJNY SZPITAL KLINICZNY im. Wiktora Degi Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. 28 Czerwca 1956r nr 135/147, 61-545 Poznań zwany dalej: „Zamawiającym”. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz ogłoszenia o zamówieniu w dniu 31.08.2017 r.

W dniu 05.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Komtur Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 405A, 02 - 801 Warszawa zwany dalej: „Komtur Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.09.2017 r. (e-mailem). Czynnościami zarzucił naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, przez nieuzasadnione faworyzowanie producenta leku o nazwie handlowej Enbrel;

b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, przez wskazanie, że przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr 6 jest lek o nazwie handlowej Enbrel, co w połączeniu z wyłączeniem możliwości zaoferowania produktów równoważnych prowadzi do wyłączenia możliwości zaoferowania innych leków zawierających etanercept - o takich samych właściwościach i wskazaniach terapeutycznych;

c) art. 29 ust. 3 Pzp, przez nieuzasadnione posłużenie się nazwą handlową Enbrel oraz bezpośrednio (pkt. 2 podp e) Załącznika nr 1 do SIWZ) wyłączenie możliwości oferowania leków równoważnych do Enbrel - podczas gdy w stosunku do pozostałych części zamówienia Zamawiający określił kryteria równoważności odwołując się o tożsamości i ilości substancji czynnej oraz postaci farmaceutycznej. W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Wykonawca żąda:

a) nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ:

a. załącznika do SIWZ w postaci Formularza ofertowego - w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 6 poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia nazwy handlowej Enbrel oraz

b. usunięcie z załącznika nr 1 do SIWZ pkt. 2 podp e) wyłączającego możliwość zaoferowania produktów równoważnych, względnie

nakazania Zamawiającemu dopuszczenia produktów równoważnych do leku oferowanego pod nazwą Enbrel, z zastosowaniem kryteriów równoważności z pkt 2 podp e) załącznika nr 1 do SIWZ

b) nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w celu zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności przez umożliwienie złożenia oferty w zakresie Pakietu 6 przez dostawców oferujących leki biopodobne do Enbrel (leki zawierające tę samą substancję czynną tj. etanercept, spełniające wymagania Zamawiającego co do dawki, postaci, wskazań terapeutycznych oraz zestawu podania - ampułkostrzykawki lub auto - wstrzykiwacze) pod warunkiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

c) nakazania Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie biuletynie zamówień publicznych. Odwołanie zostało podpisane przez adwokata M. Ł. umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 04.09.2017 r. udzielonego przez Cz. Z. ujawnionego w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowanych do samodzielnej reprezentacji.

Zamawiający w dniu 06.09.2017 r. (umieszczając na stronie internetowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca do 09.09.2017 r. (z uwagi na art. 185 ust. 8 Pzp – do 11.09.2017 r. /włącznie/).

W dniu 07.09.2017 r. (e-mailem i faxem), a 11.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Wraz z zmodyfikowanym załącznikiem nr i 3 do SIWZ. Odpowiedź na odwołanie podpisał p.o. Zastępcy Dyrektora ds. Ekonomicznych umocowany zgodnie z pełnomocnictwem z 01.09.2017 r. udzielonym przez p.o. Dyrektora Szpitala osobę ujawnioną w załączonym do pisma wydruku KRS-u, jako Kierownik PZOZ.

W dniu 08.09.2017 r. (e-mailem) Komtur Polska Sp. z o.o. wycofała odwołanie wniesione w dniu 05.09.2017 r. Pismo zostało podpisane przez adwokata umocowanego zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Izba rozważyła także, czy na gruncie badanej sprawy należało umorzyć postępowanie odwoławcze ze względu na uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego (brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego), czy też za podstawę niniejszego postanowienia zasadnym było przyjęcie art. 187 ust. 8 Pzp nakazującego Izbie umorzenie postępowania, z uwagi na cofnięcie odwołania. Izba uznała, że zasadnym jest drugie ze wskazanych rozwiązań.

Przede wszystkim koniecznym jest podkreślenie, iż postępowanie wywołane odwołaniem zakończone zostaje wydaniem wyroku merytorycznie je rozstrzygającego bądź postanowieniem (art. 192 ust. 1 Pzp). Tym samym dopóki Izba nie wyda żadnego ze wskazanych orzeczeń możliwym jest dokonywanie w jego toku przez strony postępowania czynności dyspozytywnych (cofnięcia odwołania, uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu). Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w postanowieniu z 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2614/10, iż: *„Ustawa nie precyzuje treści instytucji cofnięcia odwołania. Nie mniej jednak uprawnione jest twierdzenie, że cofnięcie odwołania (przy uwzględnieniu szeregu istotnych różnic) jest zbliżone do cofnięcia powództwa w postępowaniu cywilnym (Komentarz do art. 187 ustawy: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). Zasadnym jest w konsekwencji przyjęcie, iż odwołanie cofnięte nie wywołuje żadnych skutków, które ustawa wiąże z jego wniesieniem - skuteczne cofnięcie odwołania niweczy skutki wywołane jego wniesieniem, a udzielenie ochrony prawnej staje się bezprzedmiotowe”*.

W ocenie Izby umorzeniu postępowania z uwagi na cofnięcie odwołania nie stoi na przeszkodzie fakt podania przez Odwołującego, iż kierował się przy podejmowaniu tej czynności informacją ze strony Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Odwołujący dysponuje bowiem również informacją o zgłoszonym przystąpieniu, a także nie może nie mieć świadomości obowiązujących przepisów. Z kolei Izba nie jest uprawniona do badania jakimi motywami kierował się Odwołujący przy podejmowaniu decyzji, która została wyrażona w sposób jednoznaczny i oznacza rezygnację z popierania odwołania, niweczając wszelkie skutki jakie Pzp wiąże z jego wniesieniem.

W zakresie przyjętego rozwiązania, Izba podzieliła pogląd wynikający z orzecznictwa, tj. z postanowienia KIO z 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2614/10, postanowienia KIO z 21.04.2011 r., sygn. akt: KIO 763/11, postanowienia KIO z 15.02.2012 r., sygn. akt: KIO 220/12; postanowienia KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2051/12, postanowienia KIO z 06.02.2013 r., sygn. akt: KIO 204/13, postanowienia KIO z 30.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1734/13, czy też postanowienie z 03.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1078/15.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1853/17.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14).

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....