

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 18 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **18 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 listopada 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **„POLMIL” sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu medycznego* (nr postępowania AG.ZP.3320.34.16)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu**

przy udziale wykonawcy: **Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – „POLMIL” sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy – kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset 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 2015 r. poz. 2164 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 **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa sprzętu medycznego* (nr postępowania AG.ZP.3320.34.16).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 maja 2016 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S\_100-178836, z tym że 27 maja 2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.szpital.zam.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Ustalona przez Zamawiającego wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 października 2016 r. Zamawiający przesłał listem poleconym Odwołującemu – „POLMIL” sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej również: „Polmil”} – zawiadomienie o wyborze w części nr 129 zamówienia {dalej również: „zadanie nr 129”} jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Mercator”}, a także o odrzuceniu oferty Polmil.

4 listopada 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy pzp przez odrzucenie oferty Polmil, pomimo że jej treść nie jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Mercator, która nie może być za taką uznana w świetle przepisów ustawy pzp, co bezprawnie pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż jego oferta na zadanie nr 129 jest najkorzystniejsza według ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy pzp.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego zdaniem wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekiwał zaoferowania w zadaniu nr 129 rękawic chirurgicznych sterylnych, bezpudrowych, bezlateksowych w rozmiarach 6.0 6.5, 7.0, 7.5 i 8;

Polmil, zgodnie z danymi wpisanymi w formularzu cenowym, zaoferował w zadaniu nr 129 rękawice chirurgiczne o nazwie handlowej „Neolon 2G”. Do oferty dołączono katalog opisujący cechy ww. produktu, potwierdzające jego zgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto w ofercie zawarto oświadczenie, zgodnie z wymaganiami SIWZ, że - posiada aktualne dokumenty dopuszczające oferowany przedmiot zamówienia do obrotu na rynku polskim, a także oświadczenie, że dostarczy stosowne dokumenty na każde żądanie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30.09.2016 r., Wykonawca dostał deklarację zgodności oraz certyfikat „CE” dla rękawic chirurgicznych o nazwie handlowej „Neolon 2G”.

Odwołujący nadmienił, że uczynił to całkowicie dobrowolnie, gdyż w świetle obowiązujących wówczas przepisów nieznana była, a tym samym i nieuprawniona czynność żądania złożenia dokumentów innych niż wymagane w dacie składania ofert.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający odrzucił jego ofertę, pomimo niewystąpienia przesłanki niezgodności treści oferty Polmil z treścią SIWZ oraz w sytuacji, gdy dokumenty, na które powołuje się Zamawiający (tj. deklaracja zgodności oraz certyfikat CE) nie stanowiły treści oferty, gdyż nie wymagano złożenia tych dokumentów wraz z ofertą.

Zdaniem Odwołującego skoro po analizie ww. dostanych dokumentów Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość dotyczącą ich treści, winien ewentualnie wezwać Wykonawcę do stosownych wyjaśnień.

Pismem z 9 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 4 listopada 2016 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

7 listopada 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie {datowane na 4 listopada 2016 r.} przez Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba

nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

18 listopada 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na niespełnienie materialnoprawnej przesłanki, o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp, gdyż oferta Polmil na zadanie nr 129 nie jest według kryteriów oceny ofert najkorzystniejszą, lecz plasuje się na drugiej pozycji (99,00 pkt), za ofertą złożoną przez Mercatora (99,67 pkt). Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XI SIWZ w postępowaniu zostały określone dwa kryteria oceny ofert: cena, o wadze 98%, i skrócony termin rozpatrzenia reklamacji, o wadze 2%. W odpowiedzi na odwołanie zamieszczono tabelę prezentującą wszystkie złożone na to zadanie oferty, z której w szczególności wynika, że oferta z najniższą ceną została odrzucona, a spośród pozostałych ofert najniższą cenę ma oferta Polmil (243000,00 zł), a następna jest oferta Mercatora (243810,00 zł), co daje tym ofertom w kryterium cenowym odpowiednio 98,00 pkt i 97,67 pkt. Jednak Mercator zaoferował skrócenie terminu rozpatrzenia reklamacji do 1 dnia, a Polmil do dwóch dni, co dało im w tym kryterium odpowiednio 2 pkt i 1 pkt.

Zamawiający podkreślił, że ponieważ odwołanie nie zawiera zarzutów i żądań zmierzających do wykluczenia Mercatora lub odrzucenia jego oferty, nawet uwzględnienie zarzutów dotyczących oferty Polmil nie będzie prowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Jednocześnie skoro Mercator przystąpił do postępowania odwoławczego, pozostaje w gotowości do zawarcia umowy z Zamawiającym.

W drugiej kolejności Zamawiający podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, podlega ono oddaleniu z uwagi na art. 192 ust. 2 pzp, gdyż nawet potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu uchybienia Zamawiającego nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nadmienił, że pismem z 4 listopada 2016 r. Mercator wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dnia, a oferta ta jest także w sposób ciągły zabezpieczona wadium, które przed upływem terminu składania ofert zostało wniesione w formie pieniężnej.

Finalnie Zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający podał, że zgodnie z treścią SIWZ w części zatytułowanej „Dokumenty potwierdzające, że oferowana dostawa odpowiada określonym przez Zamawiającego wymaganiom, oraz informacje i oświadczenia, które musi zawierać oferta” Zamawiający w

pkt 4 postawił wymóg, aby oferta zawierała: *Oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu aktualnych dokumentów dopuszczających do obrotu na rynku polskim oferowany przedmiot zamówienia, a także oświadczenie Wykonawcy, że dostarczy stosowne dokumenty na każde żądanie zamawiającego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.* Co istotne według Zamawiającego, poinformował przy tym wykonawców, że: *nie złożenie dokumentów, oświadczeń, informacji określonych w pkt. 1-7 spowoduje odrzucenie oferty. W przypadku dokumentów wskazanych w pkt. 3, 4, 5, 6 i 7 zamawiający uprzednio zastosuje art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.* Dodatkowo w treści SIWZ obejmującej wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego (§ 1 ust. 2 wzoru umowy) Zamawiający zawarł wymóg odnoszący się do przedmiotu zamówienia tej treści, że *dostarczone przez Sprzedającego produkty objęte umową są fabrycznie nowe i są dopuszczone do obrotu i używania na terenie RP zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.*

Zamawiający podsumował, że tym samym w treści SIWZ wskazał, że wymaga w stosunku do oferowanych wyrobów, aby były one dopuszczone do obrotu i używania na terenie RP zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, na udowodnienie czego wykonawca zobowiązany był, na żądanie Zamawiającego, przedstawić stosowne dokumenty, a ich brak opatrzył rygorem odrzucenia oferty.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie zwrócił się do niego o wyjaśnienie treści specyfikacji, co pozwala przyjąć, że nie miał on żadnych wątpliwości, w szczególności w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających, że oferowana dostawa odpowiada określonym przez Zamawiającego wymaganiom i skorelowanej z tym sankcji w postaci odrzucenia oferty z uwagi na niezłożenie tych dokumentów.

Zgodnie z zastrzeżonym w treści SIWZ uprawnieniem do żądania stosownych dokumentów potwierdzających dopuszczenie oferowanych wyrobów do obrotu na rynku polskim, tj. potwierdzających spełnienie określonych przez Zamawiającego wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 30 września 2016 r. (znak AG.ZP.3320.34.10232.16) w trybie art. 26 ust. 3 pzp zwrócił się do Odwołującego o przedłożenie aktualnych dokumentów dopuszczających – zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych – do obrotu oferowane przez niego w zadaniu nr 129 wyroby medyczne, tj. deklaracji wytwórcy (deklaracji zgodności CE), certyfikatu jednostki notyfikowanej.

Odwołujący, uznając wezwanie Zamawiającego za uprawnione, w odpowiedzi przedstawił wydaną przez przedstawiciela producenta w Europie 25 czerwca 2012 r. deklarację zgodności dla rękawiczek chirurgicznych. Przedmiotowa deklaracja nie obejmowała jednak wyrobów medycznych oferowanych przez Odwołującego w zadaniu nr 129. Tym samym Odwołujący nie potwierdził, że wyroby zaoferowane w ramach tego

zadania spełniają określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania dotyczące dopuszczenia ich do obrotu i używania na terenie RP zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący złożył również ofertę na zadanie nr 49 (rękawice diagnostyczne nitrylowe). Powyższym pismem z 30 września 2016 r. Zamawiający wezwał jednocześnie Odwołującego do złożenia analogicznych dokumentów dla produktu oferowanego w tym zadaniu. W tym przypadku Odwołujący złożył żądane dokumenty, które potwierdziły, że oferowane wyroby medyczne są zgodne z wymogami SIWZ, a następnie oferta złożona przez Odwołującego w ramach zadania nr 49 została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający dodał, że Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o następującej treści: *Oświadczam, że firma Polmil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. posiada stosowne dokumenty dopuszczające przedmiot zamówienia do obrotu i stosowania na terenie kraju na wyroby medyczne (zgłoszenie / wpis do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub Deklarację zgodności / Certyfikat Jakości CE - zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych – Dz. U. nr 107 poz. 679), które takich dokumentów wymagają i na żądanie przedłoży je do wglądu Zamawiającemu (także przed rozstrzygnięciem przetargu – w ramach udzielanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień).*

Według Zamawiającego taki sposób postępowania Odwołującego, w szczególności treść oświadczenia załączonego do oferty, jednoznacznie wskazuje, że nie miał on żadnych wątpliwości co do przysługującego Zamawiającemu uprawnienia do żądania przedmiotowych dokumentów. Natomiast próba odmiennej interpretacji treści SIWZ w odwołaniu została podjęta wyłącznie z uwagi na niekorzystne dla Odwołującego rozstrzygnięcie postępowania w zadaniu nr 129.

Zamawiający nie zgodził się także z twierdzeniem Odwołującego, jakoby dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 30 września 2016 r. nie stanowiły treści oferty, bo ich złożenie nie było wymagane wraz z ofertą. Zamawiający stwierdził, że ma obowiązek badania wszelkich dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nawet jeżeli ich złożenie nie było wymagane w SIWZ (co jednak w przedmiotowej sprawie nie występuje, gdyż Zamawiający wskazał w SIWZ na obowiązek złożenia przedmiotowych dokumentów na każde wezwanie).

18 listopada 2016 r. na posiedzeniu Przystępujący, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego wynikającym z odpowiedzi na odwołanie, oświadczył do protokołu, że cofa wniesione odwołanie.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 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), nakazując zwrot 90% procent uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący:** .....