

Sygn. akt: KIO 2333/17

POSTANOWIENIE
z dnia 21 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszycach oraz Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie**,

przy udziale wykonawcy **MERCANT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2333/17 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszycach oraz Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi** kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 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 Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę zestawów IZP, szczepionek oraz wyrobów medycznych i produktów leczniczych* (znak postępowania: WOFITM/27/2017/PN).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 141-289611.

W dniu 6 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Pieszycach oraz Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie pakietu nr 45 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MERCANT Sp. z o.o. mimo, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - a de facto nie stanowiła w ogóle oferty, albowiem nie określała istotnego elementu przyszłej umowy, tj. nie wskazuje komponentów, które MERCANT Sp. z o.o. zamierza dostarczyć.

Wbrew wymaganiom Zamawiającego wynikającym z Załącznika nr 5 - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz formularza cenowego, kolumna nr 3 - oferta złożona przez MERCANT Sp. z o.o. nie zawiera nazwy handlowej połowy komponentów oferowanych przez MERCANT Sp. z o.o. dotyczy to następujących pozycji (komponentów) oferty MERCANT Sp. z o.o.:

Pozycja 5 - maść witaminowa A,E,F 50 ml

Pozycja 7 - krem do rąk

Pozycja 9 - zestaw plastrów

Pozycja 10 - gaza hemostatyczna

Pozycja 11 - opaska zaciskowa (staza taktyczna)

Pozycja 12 - aspirator jadu

Pozycja 14 - indywidualny opatrunek typ W wodoszczelny

Pozycja 15 - tabletki dezynfekcji wody

Rozumianej przez Zamawiającego jako: *pełna nazwa handlowa tożsama z nazwą widniejącą na fakturze VAT wystawionej przez Wykonawcę oraz faktyczną nazwą*

widniejącą na opakowaniu,

zawiera jedynie nazwę gatunkową bez wskazania konkretnego modelu i nr katalogowego, a zatem Wykonawca na obecnym etapie oferuje bliżej niesprecyzowany, niezdefiniowany produkt, pozbawiając Zamawiającego możliwości weryfikacji jego zdolności do właściwego zrealizowania zamówienia. Również z kart katalogowych, które to Wykonawcy ci złożyli na wezwanie Zamawiającego nie wynikają nazwy handlowe większości oferowanych produktów;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z następującymi przepisami SIWZ: Rozdział III pkt 2 w związku z Załącznikiem nr 5 (w ostatecznej wersji, dotyczącej pakietu nr 45, pierwotnie oznaczonego jako pakiet nr 47) oraz kolumną nr 3 tabeli, pozycje: 5,7,9,10,11,12,14,15 w zakresie w jakim Zamawiający wymagał od Wykonawcy podania pełnej nazwy handlowej oferowanych komponentów poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty MERCANT Sp. z o.o., mimo, iż treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, a nie zachodziła sytuacja, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powyżej powoływanymi przepisami SIWZ poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty MERCANT Sp. z o.o., mimo, iż złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zignorowanie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a tym samym umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie skarżonych czynności Zamawiającego polegających na wyborze w zakresie pakietu nr 45 oferty złożonej przez MERCANT Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu: a) dokonania ponownego badania oceny ofert, b) odrzucenia oferty MERCANT Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 3 ustawy Pzp, c) wyboru oferty konsorcjum firm: Boxmet Medical Sp. z o.o. (lider) oraz Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. (uczestnik) jako najkorzystniejszej;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących uczestników konsorcjum solidarnie, kosztów postępowania w tym równowartości wpisu od odwołania

w wysokości 15 000 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

W dniu 6 listopada 2017 r. wykonawca MERCANT Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21 listopada 2017 r., przed otwarciem posiedzenia, Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez osobę umocowaną do reprezentacji Zamawiającego.

Z kolei uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczył, na posiedzeniu, że nie wnosi sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli 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.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego, który wpłynął do Izby drogą elektroniczną przed zamknięciem posiedzenia, o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę uznając, iż brak jest podstawy prawnej do obciążenia Zamawiającego kosztami strony. Ustawodawca wyraźnie przewidział, iż w takiej sytuacji koszty postępowania znoszą się wzajemnie i nie zdecydował o wprowadzeniu podstawy do uwzględnienia kosztów strony odwołującej, jeżeli uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, możliwe jest zasądzenie kosztów poniesionych przez odwołującego jeżeli zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy.

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 15 000 zł uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: