

Sygn. akt: KIO 541/13

POSTANOWIENIE

z dnia 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **25 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **8 marca 2013 r.** przez wykonawcę: **Centrum Zaopatrzenia Medycznego M..... O..... sp. komandytowa ul. Egejska 11/62, 02-764 Warszawa,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn,** przy udziale wykonawcy:

T..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **MED&CARE T..... W....., ul Chwaszczyńska 170, 81-571 Gdynia,** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego - wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
2. **Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Centrum Zaopatrzenia Medycznego M..... O..... sp. komandytowa ul. Egejska 11/62, 02-764 Warszawa, kwoty 15 000,00 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego „Na dostawę implantów ortopedycznych, z podziałem na 6 części zamówienia (Dz. Urz. UE z dnia 27 listopada 2012 r., 2012/S 228 – 375523), w dniu 8 marca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie w zakresie części 6-ej przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Medycznego M..... O..... sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 27 lutego 2013 r. drogą elektroniczną o wyborze oferty wykonawcy T..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MED&CARE T..... W..... z siedzibą w Gdyni - jako najkorzystniejszej w zakresie części 6 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu w Olsztynie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawy Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez:

- 1) dokonanie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty MED&CARE T..... W..... z siedzibą w Gdyni, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 6,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert w zakresie pakietu 6,
- 3) odrzucenia oferty MED&CARE T..... W..... z siedzibą w Gdyni, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie pakietu 6,
- 4) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie pakietu 6.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że w postępowaniu o zamówienie publiczne o nazwie „implanty ortopedyczne” część 6-a obejmowała zakup następujących pozycji:

- 1) system separacji PRP - osocza bogatopłytkowego (czynników wzrostu) i komórek szpiku (BMA). Jednorazowy zestaw separujący śródoperacyjny PRP z autologiczną trombiną,
- 2) jednorazowy zestaw separujący komórki szpiku kostnego (BMA),
- 3) membrana kolagenowa do regeneracji chrząstki.

Zgodnie z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) zamawiający sformułował szereg wymagań o charakterze techniczno funkcjonalnym dotyczących przedmiotu zamówienia.

Dla pakietu nr 6 zamawiający wskazał następujące warunki brzegowe;

- 1) System Separacji PRP - osocza bogatopłytkowego (czynników wzrostu) i komórek szpiku (BMA) - 20 sztuk. Ilość z prawem opcji 50% - 30 sztuk. Jednorazowy Zestaw Separujący Śródoperacyjny PRP z autologiczną trombiną.

Koncentracja trombocytów (płytek krwi) na poziomie minimalnym 9 razy wartość bazowa (tzn. powyżej 2mln. płytek krwi w μ l). System pozwala Operatorowi ściśle określić ilość uzyskanego PRP - min. 10 ml przy tej samej wysokiej koncentracji na poziomie 9 razy wartość bazowa (tzn. pow.2mln. płytek krwi w μ l). Zestaw sterylnych elementów, gwarantujący zamknięty, bezpieczny obieg od momentu wprowadzenia krwi do momentu wytworzenia Koncentratu PRP. W skład zestawu wchodzi urządzenie do odseparowania min.5 ml autologicznej trombiny z osocza pacjenta, która zapewnia aktywację PRP, uwalnia czynniki wzrostu i powoduje wytworzenie żelu bogatopłytkowego. System musi zawierać wszelkie elementy umożliwiające aplikację materiału w warunkach jałowego pola śródoperacyjnego.

- 2) Jednorazowy Zestaw Separujący Komórki szpiku kostnego (BMA) - 40 sztuk. Ilość z prawem opcji 50% - 60 sztuk.

Koncentracja komórek jądrzastych na poziomie minimalnym 6,5 razy wartość bazowa. System pozwala Operatorowi ściśle określić ilość uzyskanego PRP - min. 10ml przy tej samej wysokiej koncentracji komórek jądrzastych na poziomie minimalnym 6,5 razy. Zestaw sterylnych elementów, gwarantujący zamknięty, bezpieczny obieg od momentu wprowadzenia krwi do momentu wytworzenia Koncentratu komórek BMA. System musi zawierać wszelkie elementy umożliwiające aplikację materiału w warunkach jałowego pola

śródooperacyjnego. Instrumentarium do każdego zabiegu, utworzenie depozytu zestawów jednorazowych,

- 3) Membrana kolagenowa do regeneracji chrząstki - 20 sztuk. Ilość z prawem opcji 50% - 30 sztuk.

Nieorganiczna macierz kolagenowa do leczenia ubytków chrząstki stawowej pochodzenia wieprzowego typ I/III o strukturze dwuwarstwowej z warstwą porowatą i warstwą zbitą (warstwa porowata - zwrócona w stronę ubytku, pozwala na wrastanie komórek i nowoutworzonej tkanki chrzęstnej, warstwa zbita, gładka - zwrócona w stronę szpary stawowej spełnia funkcje bariery i zapobiega wypłukiwaniu materiału biologicznego, np. koncentratu płytek krwi lub komórek macierzystych). W całości resorbowalna. Stosowana przy stymulacji chondrogeny koncentratem komórek macierzystych lub płytek krwi, przeszczepach chondrocytów, w leczeniu rekonstrukcji ubytków chrząstki stawów: kolanowego, biodrowego, skokowego, ramiennego, łokciowego i nadgarstkowego. Dostępna w rozmiarach: 25x30mm, 30x40mm, 40x50mm. Skuteczność terapeutyczna potwierdzona badaniami klinicznymi.

Odwołujący wyjaśniał, że w związku z podejrzeniami jakie powziął wobec oferty złożonej przez innego uczestnika postępowania przetargowego - co do oferowanych przez firmę MED&CARE T..... W..... z siedzibą w Gdyni produktów – skierował w tej sprawie do zamawiającego pismo - wskazując na braki występujące w ofercie konkurencyjnego wykonawcy.

W odpowiedzi - w wyniku wezwania do wyjaśnień - skierowanej do zamawiającego wykonawca MED&CARE T..... W..... wskazał, iż w zakresie pkt 3 cyt. "Proponując membranę wielkości 5 cm x 5 cm spełniliśmy wymagania zamawiającego".

Odwołujący podważał takie stwierdzenie, gdyż zamawiający w specyfikacji wymagał dla tego produktu: „Dostępna w rozmiarach: 25x30 mm, 30x40 mm, 40x50 mm.”

SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia przewiduje koncentrację trombocytów (płytek krwi) na poziomie minimalnym 9 razy wartość bazowa (tzn. powyżej 2mln. płytek krwi w μ l). Tymczasem oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia w/w wymagania.

Dowód: katalog produktu str. 4, dolna tabelka, pierwszy wers.

W ocenie odwołującego, wykonawca MED&CARE T..... W..... sam przyznaje, iż zaoferowana przez niego w niniejszym postępowaniu membrana nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza, to

że Wykonawca MED&CARE T..... W..... zaoferował przedmiot inny od przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ (wykonawca zaoferował membranę o rozmiarach 50x50 mm, tymczasem zamawiający wymagał 25x30 mm lub 30x40 mm lub 40x50 mm). Na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne - po otwarciu ofert - wykonawca MED&CARE T..... W..... nie może już zmienić swojej oferty.

Odwołujący argumentował, że było to także świadome zaproponowanie odmiennego przedmiotu zamówienia niż wymagany w SIWZ, zatem nie zachodzi podstawa zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (inna omyłka), ponieważ:

- nie jest to omyłka, tylko świadome zaproponowanie innej membrany,
- byłaby to istotna zmiana treści oferty.

Powyższa okoliczność (zaoferowanie przez wykonawcę MED&CARE T..... W..... czegoś innego niż przedmiot zamówienia opisany w SIWZ) oznacza, iż:

- a) oferta wykonawcy jako niezgodna z treścią SIWZ powinna być odrzucona, bez wzywania do uzupełnienia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- b) wykonawca MED&CARE T..... W..... powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (wykonawca w ofercie potwierdzał, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem zamówienia określonym w SIWZ, dopiero na wezwanie do założenia wyjaśnień potwierdził, iż zaoferowany przedmiot zamówienia odbiega od opisu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ).

Zatem zgodnie z treścią SIWZ i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta MED&CARE T..... W..... w zakresie pakietu 6 powinna ulec odrzuceniu. Tymczasem zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty, wziął ją pod uwagę przy ocenie ofert i wybrał jako ofertę najkorzystniejszą.

Dnia 8 marca 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną kopię odwołania i poinformował o możliwości uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym. W ustawowym terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. dnia 11 marca 2013 r., do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił pisemne przystąpienie wykonawca: T..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MED&CARE T..... W....., z siedzibą w Gdyni (w kopii przekazane jedynie zamawiającemu).

Zgłaszający przystąpienie powoływał się na swój interes faktyczny i prawny w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty

przystępującego na część 6 zamówienia. Zgłaszający przystąpienie jednocześnie odniósł się do zarzutów odwołania – uznając, iż nie mają one uzasadnionych podstaw.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2013 r. zamawiający złożył oświadczenie, że: „w sprawie KIO 541/13 Zamawiający uwzględni zarzuty wynikające z treści odwołania złożonego przez wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Medycznego M..... O..... sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie. Zamawiający dokona ponownego badania ofert.” Jednocześnie zamawiający wnosił o umorzenie postępowania przez Izbę na posiedzeniu niejawnym.

Na wyznaczone posiedzenie Izby w dniu 25 marca 2013 r., z udziałem stron - przystępujący (mimo prawidłowego powiadomienia) – nie przybył i nie złożył oświadczenia ani w formie pisemnej, ani do protokołu rozprawy - w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na podstawie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach Izba uznała, że wykonawca: T..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MED&CARE T..... W..... z siedzibą w Gdyni – nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu - co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w oparciu o art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

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

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

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

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca T..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MED&CARE T..... W....., z siedzibą w Gdyni – nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....