

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 5 stycznia 2015 r.**

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

Protokolant: Natalia Dominiak

wobec cofnięcia w dniu **5 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: **Centrum Diabetologii sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa produktów leczniczych dla Szpitala Czerniakowskiego SP ZOZ cz. IV* (nr postępowania 46/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Czerniakowski SP ZOZ w Warszawie**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Centrum Diabetologii sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 2013 r. poz. 907, 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Czerniakowski SP ZOZ w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa produktów leczniczych dla Szpitala Czerniakowskiego SP ZOZ cz. IV* (nr postępowania 46/2014). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 września 2014 r. pod nr 2014/S\_176-310400. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Centrum Diabetologii sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanej również w skrócie „Centrum Diabetologii”} o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 32 zamówienia {zwanej również „pakietem nr 32”} oferty złożonej przez Diagnosis S.A. z siedzibą w Białymstoku {dalej zwanej również w skrócie „Diagnosis”}, a także o sklasyfikowaniu w rankingu nieodrzuconych ofert: na drugim miejscu – oferty złożonej przez Salus International sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej zwanej również w skrócie „Salus”}, a na trzecim miejscu – oferty Odwołującego.

19 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł, w formie pisemnej, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu} od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez niego odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Diagnosis i Salus.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nieodrzuconie oferty Diagnosis, mimo że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „siwz”}.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nieodrzuconie oferty Salus, mimo że nie odpowiada ona treści SIWZ.
3. Art. 7 ust. 3 – przez udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Diagnosis.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia ofert Diagnosis i Salus jako niespełniających treści SIWZ.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zrozumiały, zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp. Wśród istotnych z punktu widzenia odwołania wymagań przedmiotu zamówienia znalazły się następujące:

- a) dostarczenie wraz z ofertą instrukcji obsługi glukometru oraz pasków testowych w języku polskim {odpowiedź na pytanie nr 2 – wyjaśnienia treści SIWZ z 14 października 2014 r.};
- b) spełnienie przez oferowany produkt normy ISO 15197:2013, albo 100% gwarancji, że po wejściu w życie ISO 15197:2013 oferowane produkty będą spełniały tę normę lub oferent wymieni je na produkty spełniające tę normę {odpowiedź na pytanie nr 12 z wyjaśnień treści SIWZ z 9 października 2014 r. oraz odpowiedź na pytanie nr 16 z wyjaśnień treści SIWZ z 14 października 2014 r.};
- c) niedopuszczenie konieczności konsultowania wyników pacjentów o nieznanym hematokrycie z lekarzem prowadzącym {odpowiedź na pytanie nr 7 w wyjaśnieniach treści SIWZ z 9 października 2014 r.}.

Odwołujący, po zapoznaniu się z ofertami i dokumentacją postępowania, że:

1. Oferta Diagnosis dotyczy wyrobu medycznego, który jest przeznaczony do użytkowania przez osoby niebędące profesjonalnymi użytkownikami, a zatem oferowany system nie powinien być obsługiwany przez personel Zamawiającego, a w konsekwencji w ogóle nie powinien być zaoferowany jakimkolwiek szpitalowi, w tym Zamawiającemu.
2. W ofercie Diagnosis nie ma żadnego oświadczenia, ani dokumentu, z których wynikałoby, że zaoferowany system spełnia normę ISO 15197:2013, albo że będzie ją spełniał po wejściu tej normy w życie, czego domagał się Zamawiający w odpowiedziach na pytania.
3. Diagnosis nie dostarczyła do dnia ogłoszenia wyników (10 grudnia 2014 r.), a nawet do 19 grudnia 2014 r. (dzień wglądu do dokumentacji przetargowej) Zamawiającemu wersji papierowej instrukcji obsługi do oferowanych pasków i glukometrów, pomimo pisemnego wezwania przez Zamawiającego.
4. Zaoferowany przez Salus system zawiera w swoim opisie informację o konieczności konsultowania wyniku pomiaru z lekarzem, gdy liczba hematokrytowa nie jest znana, co zostało przez Zamawiającego wykluczone na etapie wyjaśnień treści SIWZ.
5. W ofercie Salus nie ma żadnego oświadczenia, ani dokumentu, z których wynikałoby, że zaoferowany system spełnia normę ISO 15197:2013, albo że będzie ją spełniał po wejściu tej normy w życie, czego domagał się Zamawiający w odpowiedziach na pytania.

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywiódł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy pzp, gdyż nie odrzucił ofert Diagnosis i Salus, chociaż nie odpowiadają one treści SIWZ.

Pismem z 24 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana faksem 22 grudnia 2014 r. pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

5 stycznia 2015 r. do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, szczegółowo ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu, w szczególności podnosząc następujące okoliczności.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający stwierdził, że uwaga zawarta w instrukcji gleukometru zaoferowanego przez Diagnosis ma jedynie na celu poinstruowanie użytkownika indywidualnego, który nie ma dostatecznej wiedzy medycznej i praktycznej o konieczności posiadania osobistego gleukometru i niedzielenia go z inną osobą. Z postanowienia tego nie wynika natomiast brak dopuszczenia do stosowania w placówkach służby zdrowia, co w praktyce ma miejsce ze względu na szybkość pomiaru, przy pełnej świadomości ograniczeń takiej metody pomiaru. Zdaniem Zamawiającego nigdzie nie wymagał deklaracji przeznaczenia gleukometru do „użytku szpitalnego”, ani nie wyłączył możliwości zaoferowania gleukometru przeznaczonego do stosowania przez nieprofesjonalistów. Zamawiający dodał, że sam Odwołujący nie zaoferował również wyrobu medycznego przeznaczonego wyłącznie do stosowania przez profesjonalnego użytkownika.

{ad zarzutów nr 2 i 5}

Zamawiający oświadczył, że nie wymagał w SIWZ, ani w odpowiedziach na pytania wykonawców żadnego oświadczenia o spełnieniu normy ISO 15197:2013, którego domaga się Odwołujący. Z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika natomiast, że na chwilę obecną dopuścił produkt spełniający warunki normy 15197:2003, a będzie domagał się realizacji wymogów normy 15197:2013, po wejściu jej w życie. Według Zamawiającego, nie miał podstaw do uznania, że oferty Diagnosis i Salus – złożone na formularzach ofertowych przygotowanych przez Zamawiającego, analogicznie jak to uczynił Odwołujący, obejmujące produkty spełniające wymogi aktualnie obowiązującej normy – są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

{ad zarzutu nr 3}

Zamawiający wyjaśnił, że Diagnosis dostarczył wymagane dokumenty drogą faksową. Zamawiający uznał, że z uwagi na charakter pomocniczy instrukcji i późniejszą konieczność dołączenia jej do każdego dostarczonego egzemplarza, miał możliwość dokonania na tej podstawie oceny zgodności oferty z treścią SIWZ.

{ad zarzutu nr 4}

Zamawiający potwierdził, że nie dopuścił sytuacji, w której występowałaby konieczność konsultowania wyniku osób o nieznanej liczbie hematokrytowej z lekarzem prowadzącym. Natomiast według Zamawiającego w żadnym miejscu nie wymagał zaoferowania glukometru dla osób ze znaną albo nieznaną liczbą hematokrytową, ani konieczności konsultowania wyniku z jakąkolwiek osobą. Przy czym jedyny produkt, którego nie dopuścił, to taki, który wymaga konsultacji z lekarzem prowadzącym. Zamawiający nie mógł dopuścić, aby każdorazowo przy jakichkolwiek wątpliwościach związanych z pomiarem, nie tylko dotyczących hematokrytu, była konieczna konsultacja z lekarzem prowadzącym, gdyż z medycznego punktu widzenia nie jest to wymagane. Zamawiający podkreślił, że lekarza prowadzącego nie należy utożsamiać z lekarzem, o którym mowa i instrukcji glukometru zaoferowanego przez Salus. Zamawiający dodał, że również w instrukcji glukometru zaoferowanego przez Odwołującego dokonano rozróżnienia lekarza prowadzącego od lekarza.

5 stycznia 2015 r. do Izby wpłynęło – w formie pisemnej – oświadczenie Odwołującego, że na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp cofa odwołanie z 19 grudnia 2014 r., któremu został nadany numer KIO 2724/14.

#### **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 powyższego uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy, a nawet posiedzenia 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 na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

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).

**Przewodniczący:** .....