

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 09 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Anna Kuszel – Kowalczyk

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi, ul. Północna 42, 91-425 Łódź**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Aero-Medika sp. z o. o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Aero-Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez **Medtronic Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Aero-Medika sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz **Medtronic Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi, ul. Północna 42, 91-425 Łódź prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku” (numer sprawy: 30/D/17).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 września 2017 r. pod numerem: 2017/S 180- 368211.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawa Pzp”) właściwymi dla procedury, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących dostaw.

W dniu 15 grudnia 2017 r. Odwołujący Medtronic Poland sp. z o.o. wniósł **odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego**:

- 1) czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 2 pakiet 5,
  - 2) zaniechania odrzucenia oferty Aero-Medika sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Aero-Medika) - w zakresie zadania 2 pakiet 5,
  - 3) zaniechania wykluczenia Aero-Medika w zakresie zadania 2 pakiet 5,
  - 4) wyboru oferty Aero-Medika jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 pakiet 5,
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku” (numer sprawy: 30/D/17).

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego w zakresie zadania 2 pakiet 5

**Odwołujący zarzucił naruszenie:**

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Aero-Medika i dokonaniu wyboru jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie spełnia warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dotyczących następujących parametrów:

w poz. 1 - Zamawiający wymagał zaoferowania filtra o wadze 49 gramów i wydajności nawilżania 34 mg/l, natomiast zaoferowany przez Aero-Medika filtr ZF170A waży 55 gramów i posiada wydajność nawilżania 32 mg/l,

w poz. 2 - Zamawiający wymagał zaferowania filtra mechanicznego o wadze 36 gramów, natomiast zaferowany przez Aero-Medika filtr ZF-059APM jest filtrem elektrostatycznym i waży 25 gramów,

w poz. 4 - Zamawiający wymagał zaferowania filtra mechanicznego, natomiast zaferowany przez Aero-Medika filtr ZF-007C jest filtrem elektrostatycznym, w poz. 5 - Zamawiający wymagał zaferowania filtra o objętości oddechowej 150-1200 ml i wydajności nawilżania min. 33 mg H<sub>2</sub>O/L, natomiast zaferowany przez Aero-Medika filtr SK200CPA posiada objętość oddechową 250-1500 ml i wydajność nawilżania 32 mg H<sub>2</sub>O/L,

w poz. 1-3 - Zamawiający wymagał zaferowania wyrobów sterylnych, natomiast oferowany przez Aero-Medika sprzęt nie posiada waloru sterylności, w poz. 1-5 - Zamawiający wymagał zaferowania wyrobów jednorazowego użytku, natomiast zaferowane przez Aero-Medika wyroby nie są prawidłowo oznaczone jako wyroby jednorazowego użytku (przekreślona cyfra 2 w okrągłym polu),

w poz. 1, 2, 4, 5 - Zamawiający wymagał zaferowania wyrobów posiadających aktualne dopuszczenia do obrotu na każdy oferowany produkt - w postaci Deklaracji Zgodności wydanej przez producenta oraz Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikacyjną (jeżeli dotyczy), natomiast zaferowane przez Aero-Medika filtry w poz. 1,2, 4 i 5 według oświadczenia Aero-Medika nie zostały jeszcze wyprodukowane, tym samym nie mogły zostać dopuszczone do obrotu i nie są w związku z tym objęte Deklaracją Zgodności ani Certyfikatem CE, tym samym zachodziła sprzeczność między treścią tej oferty a warunkami SIWZ, która obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty,

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: UZNK) polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Aero-Medika, która to oferta zawiera nieprawdziwe informacje i wprowadza w błąd przez podanie niezgodnych z rzeczywistością parametrów oferowanego asortymentu, a to przez zapewnienie spełnienia parametrów:

w poz. 1 - filtra o wadze 49 gramów i wydajności nawilżania 34 mg/l, podczas gdy zaferowany przez Aero-Medika filtr ZF170A waży 55 gramów i posiada wydajność nawilżania 32 mg/l,

w poz. 2 - filtra mechanicznego o wadze 36 gramów, podczas gdy zaferowany przez Aero-Medika filtr ZF-059APM jest filtrem elektrostatycznym i waży 25 gramów, w poz. 4 - filtra mechanicznego, podczas gdy zaferowany przez Aero-Medika filtr ZF-007C jest filtrem elektrostatycznym,

w poz. 5 - filtra o objętości oddechowej 150-1200 ml i wydajności nawilżania min. 33 mg H<sub>2</sub>O/L, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika filtr SK200CPA posiada objętość oddechową 250-1500 ml i wydajność nawilżania 32 mg H<sub>2</sub>O/L, w poz. 1-3 - sterylności, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika sprzęt nie posiada waloru sterylności,

w poz. 1-5 - wyrobów jednorazowego użytku, podczas gdy zaoferowane przez Aero-Medika wyroby nie są prawidłowo oznaczone jako wyroby jednorazowego użytku (przekreślona cyfra 2 w okrągłym polu),

w poz. 1, 2, 4, 5 - posiadania aktualnego dopuszczenia do obrotu na każdy oferowany produkt - w postaci Deklaracji Zgodności wydanej przez producenta oraz Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikacyjną (jeżeli dotyczy), podczas gdy zaoferowane przez Aero-Medika filtry w poz. 1,2, 4 i 5 według oświadczenia Aero-Medika nie zostały jeszcze wyprodukowane, tym samym nie mogły zostać dopuszczone do obrotu i nie są w związku z tym objęte Deklaracją Zgodności ani Certyfikatem CE,

co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK polegający na rozpowszechnianiu nieprawdziwych i wprowadzających w błąd informacji o oferowanych towarach, w celu przysporzenia sobie korzyści poprzez zawarcie umowy z Zamawiającym i wyrządzenia szkody Odwołującemu przez uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia w zakresie zadania 2 pakiet 5;

3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Aero-Medika pomimo przedstawienia w ofercie przez Aero-Medika informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na podjętą przez Zamawiającego decyzję o nieodrzuceniu oferty Aero-Medika i wyborze oferty Aero-Medika jako najkorzystniejszej, przejawiające się w przedłożeniu Zamawiającemu ulotki, której treść niezgodnie z prawdą poświadcza spełnianie przez oferowane przez Aero-Medika filtry:

w poz. 1 - filtra o wadze 49 gramów i wydajności nawilżania 34 mg/l, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika filtr ZF170A waży 55 gramów i posiada wydajność nawilżania 32 mg/l,

w poz. 2 - filtra mechanicznego o wadze 36 gramów, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika filtr ZF-059APM jest filtrem elektrostatycznym i waży 25 gramów, w poz.

4 - filtra mechanicznego, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika filtr ZF- 007C jest filtrem elektrostatycznym,

w poz. 5 - filtra o objętości oddechowej 150-1200 ml i wydajności nawilżania min. 33 mg H<sub>2</sub>O/L, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika filtr SK200CPA posiada objętość oddechową 250-1500 ml i wydajność nawilżania 32 mg H<sub>2</sub>O/L, w poz. 1-3 -

wymogu sterylności, podczas gdy zaoferowany przez Aero-Medika sprzęt nie posiada waloru sterylności,

w poz. 1-5 - wymogu jednorazowości użytku, podczas gdy zaoferowane przez Aero-Medika wyroby nie są prawidłowo oznaczone jako wyroby jednorazowego użytku (przekreślona cyfra 2 w okrągłym polu),

a także przejawiające się w złożeniu Zamawiającemu oświadczenia o posiadaniu aktualnego dopuszczenia do obrotu na każdy oferowany produkt - w postaci Deklaracji Zgodności wydanej przez producenta oraz Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikacyjną (jeżeli dotyczy), podczas gdy zaoferowane przez Aero-Medika filtry w poz. 1,2,4 i 5 według oświadczenia Aero-Medika nie zostały jeszcze wyprodukowane, tym samym nie mogły zostać dopuszczone do obrotu i nie są tym samym objęte Deklaracją Zgodności ani Certyfikatem CE, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 USTAWA PZP polegające na uwzględnieniu oferty Aero-Medika w procesie oceny ofert i wyborze jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać uznana za odrzuconą wobec złożenia jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Aero-Medika niespełniającej postawionych w SIWZ przez Zamawiającego wymagań i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jak również zaniechaniem wykluczenia Aero-Medika z postępowania pomimo przedstawienia przez Aero-Medika informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które miały wpływ na wyniki przetargu.

**Odwołujący wnosil** o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 2 pakiet 5 oraz o nakazanie Zamawiającemu wykonania następujących czynności:

- 1) ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania 2 pakiet 5;
- 2) odrzucenie oferty Aero-Medika w zakresie zadania 2 pakiet 5, względnie wykluczenie Aero-Medika z postępowania w zakresie zadania 2 pakiet 5 i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
- 3) wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jako kolejnego wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 USTAWA PZP w zakresie zadania 2 pakiet 5,
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 pakiet 5.

Ponadto odwołujący wnosil o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz o dopuszczenie

dowodów wnioskowanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam powołane. W szczególności wnoszę o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny anestezjologii i/lub intensywnej terapii albo z dziedziny budowy i działania filtrów oddechowych, na okoliczność ustalenia czy filtry oferowane przez Aero-Medika w poz. 2 i 3 są filtrami elektrostatycznymi, a nie mechanicznymi.

W dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawca **Aero-Medika sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 22 grudnia 2017 r. roku Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 27 grudnia 2017 roku wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W dniu 02 stycznia 2017 r. odbyła się rozprawa podczas której Izba dopuściła wniosek z opinii biegłego z dziedziny anestezjologii i/lub dziedziny budowy i działania filtrów oddechowych w zastosowaniu medycznym, na okoliczność, iż filtry z pozycji 2, tj. symbol ZF-059APM i 4, tj. ZF007C są elektrostatyczne, a nie mechaniczne, filtr z pozycji 4 o symbolu ZF007C nie ma warstwy filtrującej oraz na okoliczność nieuzasadnionego klinicznie dodania przestrzeni martwej w celu zwiększeniu wagi filtra o symbolu ZF170A.

W związku z powyższym Izba postanowiła odroczyć rozprawę do czasu sporządzenia przez biegłego pisemnej opinii.

W dniu 8 stycznia 2018 r. Przystępujący Aero-Medika złożył oświadczenie o wycofaniu sprzeciwu złożonego wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Przystępujący Aero-Medika wskazał, że okazana na rozprawie i złożona próbka filtra ZF-007C okazała się nieprawidłowa. Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu Przystępującego Aero – Medika.

Wniesienie sprzeciwu o którym mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp należy traktować, jako czynność procesową, poprzez którą wnoszący sprzeciw wyraża wolę wywołania określonego skutku prawnego - doprowadzenia do merytorycznego rozpoznania sprawy mimo odmiennego stanowiska procesowego zamawiającego i unicestwienia skutku uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów w postaci umorzenia postępowania odwoławczego.

Wnoszący sprzeciw – Przystępujący Aero - Medika wstępnie wyraził wolę występowania przeciwko zarzutom odwołania, co skutkowało koniecznością przeprowadzenia rozprawy w przedmiotowej sprawie. Następnie po odroczeniu, z uwagi na złożone wnioski dowodowe, rozprawy w dniu 8 stycznia 2017 r. złożył oświadczenie o wycofaniu sprzeciwu.

Ustawa Pzp, tak jak wprost przyznaje wykonawcy przystępującemu po stronie zamawiającego uprawnienie do wniesienia sprzeciwu, tak literalnie nie przewiduje możliwości wycofania takiego sprzeciwu już po wszczęciu rozprawy. Jednakże Izba uznaje, iż w sferze procesowo-prawnej oświadczenie to należy lokować jako czynność dyspozytywną. Złożenie takiego oświadczenia należy więc do dyskrecjonalnej kompetencji Przystępującego. Izba nie ma uprawnień do merytorycznej kontroli zasadności tego oświadczenia i uznania go za bezskuteczne. Prowadzenie sporu bez woli stron jest bezprzedmiotowe.

Przyjąć więc należy, że złożenie oświadczenia o wycofaniu sprzeciwu, złożone przed zamknięciem rozprawy, zasadniczo wiąże Izbę, a także wykonawcę wnoszącego odwołanie. W związku z powyższym, po cofnięciu oświadczenia woli powodującego konieczność rozpoznania odwołania na rozprawie, należy umorzyć postępowanie i stwierdzić, że wiążące pozostaje uwzględnienie w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Jednocześnie w sferze kosztowej przedmiotowego postępowania, Izba wskazuje, że z wniesieniem sprzeciwu związany jest dalszy skutek w postaci ryzyka poniesienia kosztów postępowania odwoławczego. Pamiętać bowiem należy o tym, że rozprawa, w sytuacji wniesienia sprzeciwu, jest przeprowadzana tylko i wyłącznie z inicjatywy wnoszącego sprzeciw. Tym samym, wobec wycofania sprzeciwu przez Przystępującego Aero-Medika po otwarciu rozprawy i przyznania przez Przystępującego, że złożona próbka filtra ZF-007C jest nieprawidłowa, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć Przystępującego Aero-Medika.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 2 lit. b) i § 5 ust. 4 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. poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....