Sygn. akt: KIO 2252/20

POSTANOWIENIE

z dnia 18 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **18 września 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 września 2020 roku** przez wykonawcę **Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu**

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego – Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Poznaniu.**

Przewodniczący:

……

sygn. akt KIO 2252/20

UZASADNIENIE

Dnia 9 września 2020 roku do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami) (dalej jako „Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Advanced Accelerator Applications Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę generatora technetowego oraz świadczenie usługi znakowania białka DOTA-TATE izotopem itru 90 i/lub lutetu 177 wraz z dostawą oznakowanego białka prowadzi **Zamawiający**: **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu.** Postępowanie ogłoszono w dniu 31 sierpnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej pod nr Dz.U. 2020/S 168-406733.

Odwołanie złożono na czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu treści SIWZz naruszeniem przepisów Pzp. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP, w tym między innymi, ale nie wyłącznie:

1.art. 29 ust. 1, 2 oraz 3 PZP, poprzez dokonanie opisu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

w szczególności poprzez:

a)opisanie przedmiotu zamówienia w sposób charakteryzujący produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do jego uprzywilejowania i wyeliminowania innych wykonawców,

b)opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest na dostawę niezarejestrowanego produktu leczniczego, który nie może być w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa wprowadzony do obrotu (ani przez Odwołującego, ani przez innego wykonawcę); przy czym jest to okoliczność korzystna dla wykonawcy preferowanego przez Zamawiającego, który oferuje podmiotom leczniczym produkt nie posiadający dopuszczenia do obrotu,

2.art. 22 ust. 1a PZP**,** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przy nieprawidłowym wyrażeniu minimalnego poziomu zdolności, poprzez:

a)brak zastrzeżenia, jako warunku udziału w postępowaniu, wyraźnego wymogu przedstawienia przez wykonawcę dla Pakietu nr 2 dokumentu potwierdzającego dopuszczenie do obrotu dla całego produktu leczniczego o składzie: Dotatate znakowane izotopem itru 90 i/lub lutetu 177 (Tom III SIWZ opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 2), a nie jedynie zadeklarowania w umowie z Zamawiającym dopuszczenia przedmiotu zamówienia do obrotu handlowego i stosowania w podmiotach leczniczych (Tom II SIWZ § 1 pkt4 wzoru umowy),

b)określenie, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie usługi znakowania (Tom III SIWZ opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 2), co sugeruje, że przedmiotem dostaw miałby być produkt znakowany, tj. połączony z izotopami, przez wykonawcę przed jego dostarczeniem do siedziby Zamawiającego, co wyłącza możliwość skorzystania przez Zamawiającego ze zwolnienia z obowiązku stosowania produktu leczniczego posiadającego pozwolenie na dopuszczenie do obrotu na podstawie art. 3 ust. 4 pkt 3 Prawa farmaceutycznego,

c)określenie, że warunkiem udziału w postępowaniu, dla Pakietu nr 2 (Tom I SIWZ rozdział XII punkt 5.1.2. SIWZ) jest posiadanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej zarówno z transportem, jak i obrotem materiałami objętymi Zamówieniem, mimo, że nie jest to wymagane w świetle obowiązujących przepisów prawa**,**

3.art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób łamiący zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku

z naruszeniem wyżej wymienianych przepisów ustawy.

4.art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 ust. 1 kc poprzez nieuwzględnienie w treści SIWZ nie wymogu posiadania dla dostarczanego przez wykonawcę produktu jako całości dokumentu potwierdzającego jego dopuszczenie do obrotu, w

związku z czym udzielenie zamówienia doprowadziłoby do zawarcia umowy oświadczenie niemożliwe (tj. o dostawy produktu, który zgodnie z prawem nie może być wprowadzany do obrotu ani pozostawać w obrocie).

Odwołujący wnosił o:

1.uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, w zakresie Pakietu nr 2, z uwagi na:

•określenie warunków zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania,

•określenie warunków zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty zgodnej z przepisami prawa (Prawem farmaceutycznym) oraz obarczonych niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą złożenie ważnej oferty przez Odwołującego (ale również przez żadnego innego wykonawcę poza jednym).

2.Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów oraz kosztem uiszczenia wpisu od odwołania według norm przepisanych.

Odwołującemu wskazał, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż obecna treść postanowień SIWZ powoduje, że niemożliwe będzie zgłoszenie przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący w przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym oferty, jak i takiej, która pozostawałaby w zgodzie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa (przy założeniu, że opis przedmiotu zamówienia w SIWZ byłby prawidłowy), miałby realną możliwość uzyskania zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i mogło podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po stronie Zamawiającego ani Odwołującego. Z informacji przesłanej przez Zamawiającego wynika, że zawiadomił on wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 10 września 2020 roku zamieszczając kopię odwołania na platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie. Termin na przystąpienie upłynął w dniu 14 września 2020 roku. Do momentu wydania postanowienia przystąpienie nie wpłynęło.

W dniu 14 września 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego, a mając na uwadze treść wniesionego odwołania, zakres zarzutów i niemożność dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na potrzeby Zamawiającego, podjął on decyzję o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 2. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast do postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1.Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,

2.do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili wykonawcy, którzy mogliby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zmianami), odmawiając przyznania kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na niezłożenie rachunków potwierdzających ich wysokość .

Przewodniczący:

……