

Łódź, dnia 21.10. 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa**Zamawiający:**

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2

PUM w Szczecinie

al. Powstańców Wielkopolskich 72

70-111 Szczecin

tel.: (0-91) 466 10 87

NIP 955-10-08-958

REGON 000288900

adres poczty elektronicznej:

p.fraczek@spsk2-szczecin.pl

adres strony internetowej prowadzonego

postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/622349>**Odwołujący:**

Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź

Fax 042 677-14-19; 042 672-40-10, tel. 42 677-14-11

Przedstawiciel odwołującego:

Angelika Motylska Email: dzp10@skamex.com.plIlona Rytek, Email: ilona.rytek@skamex.com.plMartyna Zimoch, Email: dzp35@skamex.com.plMarta Natkańska email: dzp05@skamex.com.pl

Nr KRS: 0000812054

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 w z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm. dalej: nowe PZP) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa jednorazowych wyrobów anestezjologicznych (znak sprawy: ZP/220/44/22), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie pakietu nr 6.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 104 - 107 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Zarys International Group SP. z o.o. Sp.K. z siedzibą przy ul. Pod Borem 18 41-808 Zabrze (dalej „Zarys”) w zakresie pakietu nr 6.

- 2) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy – poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Zarys;

Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert spółki Zarys oraz czynności odrzucenia oferty spółki Zarys w zakresie pakietu nr 6,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 czerwca 2022 r. pod numerem r 2022/S 107-296155. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną 11 październik 2022 r.) Odwołujący powziął w dniu 11 październik 2022 r. w drodze korespondencji elektronicznej (za pośrednictwem platformy elektronicznej). Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) został dotrzymany.

UZASADNIENIE

I. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy p.z.p., wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą (W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): *Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy.* Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył przy tym ofertę spełniającą wymagania Zamawiającego opisane w SWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony oraz bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Zarys w zakresie pakietu nr 3, w którym oferta Odwołującego mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się

natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: *W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, www.uzp.gov.pl). Z kolei w wyroku z 11 lipca 2018 r. (KIO 1275/18) Izba wskazała, że: „*Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.*”

Ponadto Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w ustawie, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi naruszenie fundamentalnych zasad zamówień publicznych. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający, czyniąc wbrew przepisom ustawy (w szczególności naruszając zasadę równego traktowania), nie dokonał badania ofert w sposób określony w SWZ. Ta czynność Zamawiającego stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ prowadzi *de facto* do nierównego traktowania wykonawców.

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę jednorazowych wyrobów anestezyjologicznych (znak sprawy: ZP/220/44/22), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w zakresie pakietu nr 6.

Przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakresie pakietu nr 6 (którego dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci worka do godzinowej zbiórki moczu.

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał zaoferowania w zakresie pakietu 6:

Worek do godzinowej zbiórki moczu

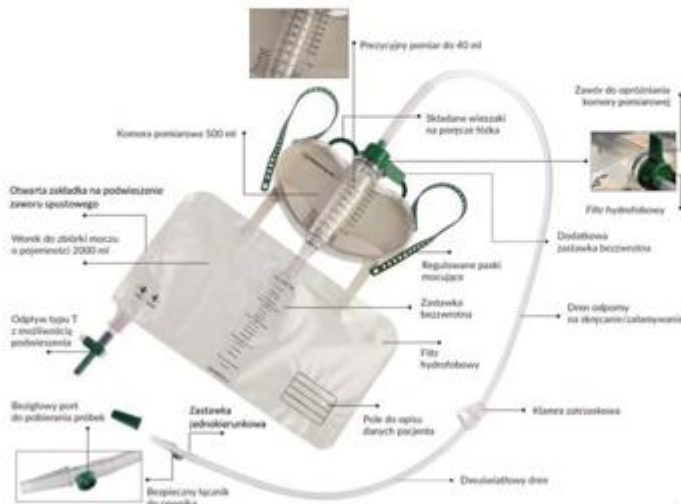
6: Worek do godzinowej zbiórki moczu

L.P.	FUNKCJA/PARAMETR	TAK/NIE
1	Sterylny, zamknięty system do godzinowej zbiórki moczu.	TAK
2	Z płaskim portem bezigłowym.	TAK
3	Dwie zastawki antyzwrotne w tym w łączniku do cewnika foley.	TAK
4	Minimum dwa wentylacyjne, hydrofobowe filtry antybakteryjne.	TAK
5	Dwuświatłowy dren odprowadzający zabezpieczony spiralą antyzłamaniową o długości 110cm.	TAK
6	Worek 2000ml, skalowany co 100ml z kranikiem spustowym typu T mocowanym ku górze w otwartej zakładce.	TAK
7	Komora pomiarowa 500ml nad workiem z poziomą dźwignią 90 stopni pozwalającą na opróżnienie bez konieczności manewrowania komorą	TAK
8	Ze skalą linearną, skalowanie wydzielonej komory kroplowej Pasteur'a co 1ml, komory pomiarowej od 40ml do 90ml co 5ml i od 90ml do 500ml co 10ml.	TAK
9	Możliwość podwieszenia zestawu na minimum trzy niezależne sposoby.	TAK
10	Na każdym opakowaniu: producent, nazwa, nr katalogowy, nr serii, data ważności.	TAK
11	Opisy w języku polskim.	TAK
12	W opakowaniu zbiorczym maksymalnie 20 sztuk.	TAK
13	Wymagane próbki – 3 sztuki.	załączyć

Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił następujące parametry:

Pakiet 6, pozycja 1

Czy Zamawiający dopuści zamknięty system do pomiaru diurezy i zbiórki moczu z workiem do zbiórki moczu o pojemności 2000 ml, komorą zbiorczą 500 ml umożliwiającą bardzo dokładne pomiary diurezy (liniowo co 1ml od 3ml do 40ml (pojemność 1ml i 2ml wyznaczona przez krzywizny komory), co 5 ml od 40 do 100 ml, co 10 ml od 100 do 500 ml). Wyposażony w 2 filtry hydrofobowe oraz 2 bezwrotne zastawki – w worku oraz w łączniku do cewnika Foley'a. Dwuświatłowy dren o długości 120 cm z klamrą zaciskową, zakończony bezigłowym portem do pobierania próbek i bezpiecznym łącznikiem do cewnika. Umocowanie na łóżku pacjenta za pomocą składanych wieszaków lub pasków mocujących? Rysunek poglądowy:



Odpowiedź
Zamawiający dopuszcza.

Wykonawca - Firma Zarys zaoferowała w zakresie pakietu 6 zamknięty system do pomiaru diurezy URIMETER 500 PLUS SAFETY o numerze katalogowym 227 1030 1, którego producentem jest firma Bicakcilar.

Zaoferowany produkt jest niezgodny z pierwotnymi zapisami SWZ, a także parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań.

Zaoferowany produkt **nie posiada bezigłowego portu, lecz posiada port igłowy**. Parametr ten opisany był w pierwotnych zapisach SWZ, a także w dopuszczeniu firmy Zarys. Zamawiający dysponował próbkami oferowanego wyrobu i winien z należytą starannością zweryfikować tę kwestię.

Ponadto firma Zarys składając ofertę zadeklarowała, że **port do pobierania próbek jest płaski**. Taki był też wymóg stawiany w SWZ, a nadmienić należy, że w pytaniu dopuszczającym opisującym parametry oferowanego wyrobu wykonawca Zarys nie odniósł się do tej kwestii, zatem pierwotny wymóg SWZ nie uległ modyfikacji. Port do pobierania próbek zaoferowanego wyrobu **nie jest płaski, lecz znacznie zagłębiony**.

Firma Zarys w załączniku 2A Parametry Wymagane składając ofertę potwierdziła zatem nieprawdę, że zestaw do godzinowej zbiórki moczu o numerze katalogowym 227 1030 1 posiada bezigłowy płaski port.

Poniżej wycinek z oferty firmy Zarys.

6: Worek do godzinowej zbiórki moczu

L.P.	FUNKCJA/PARAMETR	TAK/NIE
1	Sterylny, zamknięty system do godzinowej zbiórki moczu.	TAK
2	Z płaskim portem bezigłowym.	TAK

Na potwierdzenie niezgodności załączamy zdjęcie portu z zestawu do godzinowej zbiórki moczu, którego producentem jest Bicakilar.



Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – firmę Zarys odnośnie pakietu 6 nie odpowiada treści SWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Należy wskazać, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami

zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji. (Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021)

Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – Zarys odnośnie pakietu 6 nie odpowiada treści SWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

III. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 6, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy Ustawy PZP2019 zawarte odpowiednio w art. 16 pkt 1 i 2 oraz 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 107 ust. 2, gdzie Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do traktowania na równych zasadach wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykonawców, którzy złożyli ważne oferty. Ustawodawca zobowiązał także Zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie zasad, warunków, wymagań w sposób określony w przepisach Ustawy PZP oraz odpowiednio zapisach SWZ, czego nie można stwierdzić analizując przedmiotowe postępowanie, a w szczególności poprzez czynność zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Zarys.

IV. Warto również podkreślić, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez Zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowaniu wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner Apelski Dariusz v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14). Mając na uwagi powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) wydruk z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego;
- 4) załącznik nr 2A: parametry wymagane - złożony przez firmę Zarys