

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Szpital Wojewódzki w Poznań
Ul. Juraszów 7/19
60-479 Poznań

Tel 061 8212567
adres poczty elektronicznej:
nieboj@lutycka.pl
adres strony internetowej:
www.lutycka.pl
adres strony internetowej prowadzonego
postępowania: Platforma / System
<https://e-propublico.pl>

Odwołujący:
Skamex Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością
ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź
Fax 042 677-14-19; 042 672-40-10,
tel.426771411
Przedstawiciel odwołującego:
Angelika Motylska,
Email: dzp10@skamex.com.pl
Marta Natkańska,
Email: dzp05@skamex.com.pl
Martyna Zimoch,
Email: dzp35@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: **jednorazowe wyroby medyczne dla wszystkich jednostek szpitala (znak sprawy: SZW/DZP/45/2022)**, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w zakresie pakietu 15.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne odrzucenie oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź (dalej „Skamex”) w zakresie pakietu 15

- 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 odrzuceniem oferty Wykonawcy Skamex w zakresie pakietu 15 oraz wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Bialmed Sp. z o.o z siedzibą ul. Kazimierzowska 46/48/35 w Warszawie (dalej „Bialmed”)..

Opierając się na w/w zarzutach Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyniku postępowania w zakresie pakietu 15,
- nakazanie unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Skamex jako niezgodnej z zapisami swz w zakresie pakietu 15;
- nakazanie poprawy omyłki w treści oferty Odwołującego w zakresie pakietu 15 i dokonania ponownej czynności oceny ofert w zakresie pakietu 15 z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 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 05 września 2022 r. pod numerem r 2022/S 170-481068. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną 05.06.2023r.) Odwołujący powziął w dniu 05.06.2023r 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

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 bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz dokonał wyboru oferty Bialmed w zakresie pakietu nr 15, w zakresie 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.

Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego **znak sprawy: SZW/DZP/45/2022- jednorazowe wyroby medyczne dla wszystkich jednostek szpitala** z podziałem na zadania.

Dotyczy pakietu nr 15

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał zaoferowania w poz. 3-7 produktu o następujących parametrach:

3	Kranik trójdrożny do infuzji, z wyczuwalnym indykato- rem położenia otwarty/zamknięty, wykonany z poliamidu, obrot 360°, wyczuwalna zmiana pokrętki kranika co 45 0 Wszystkie ramion kranika zabezpieczone koreczkami, drugie ramie kranika musi posiadać łącznik rotacyjny, który po połączeniu z linią infuzyjną musi zapewnić swobodny obrót kranika wokół osi linii infuzyjnych bez możliwości jej skręcania. produkt pakowany pojedynczo, sterylny.	bez drenu	szt.	7000
4		z drenem 10 cm	szt.	50
5		z drenem 25 cm	szt.	2000
6		z drenem 50 cm	szt.	1000
7		z drenem 100 cm	szt.	1200

Wykonawca – Skamex , zgodnie z treścią formularza cenowego (zał nr 2 do swz), zaoferował w poz. 3 – 7 pakietu nr 15 asortyment producenta Braun podając w kolumnie „Producent/ nr katalogowy” dane identyfikujące produkt. W załączniku nr 2 do swz wpisano odpowiednio: poz. 3- Braun/ 16494C; poz.4: Braun/ 16500*C; poz.5: Braun/ 16520C; poz.6: Braun/ 16540C; poz. 7: Braun/ 16560C.

Do oferty dołączono także oryginalną kartę katalogową wytwórcy wskazującą na pełne numery katalogowe.

Zamawiający wezwał w dn. 07.03.2023r spółkę Skamex do wyjaśnień treści złożonej oferty w następujący sposób:

Pakiet nr 15 poz. 3-7

W pakiecie nr 15 poz. 3-7 zaoferowaliście Państwo kraniki niewiadomego pochodzenia. Z naszej wiedzy wynika, iż wymieniony producent tj. Braun nie jest producentem kraników trójdrożnych a producent B.Braun nie ma nic wspólnego z przedstawionym przez Wykonawcę producentem. Dodatkowo w poz. 4 zaoferowany przez Wykonawcę kranik o nr katalogowym 16500*C jest produktem nieidentyfikowalnym. Natomiast ewentualny kranik o podobnym numerze katalogowym tj. 16500C nie jest już produkowany.

Prosimy zatem o potwierdzenie, czy zaoferowany przez Wykonawcę asortyment w pakiecie 15 poz. 3-7 spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w formularzu cenowym.

W treści udzielonej odpowiedzi z dn.08.03.2023 Wykonawca Skamex wyjaśnił, iż:

- producentem zaoferowanych w poz. 3-7 pakietu nr 15 kraników trójdrożnych jest firma B.Braun. W/w fakt jasno i wprost potwierdza złożona wraz z ofertą oryginalna karta katalogowa. W jej treści podano nazwę wytwórcy:



B. Braun Melsungen AG
34209 Melsungen
Germany
Tel +49(0) 56 61 71-0
www.bbraun.com

- w poz. 4 pakietu nr 15 nastąpiła niezamierzona omyłka pisarska w nr katalogowym. Podano „16500*C”, podczas gdy winno być „**16501C**”. Powyższą omyłkę potwierdza załączona do oferty przetargowej karta katalogowa producenta, która potwierdza prawidłowy numer katalogowy. Z analizy przedłożonej karty katalogowej jasno wynika oczywistość w/w omyłki pisarskiej – producent B.Braun nie posiada w swojej ofercie kraników trójdrożnych z drenem 10cm o błędnie wpisanym nr katalogowym „16500*C”. W/w wytwórca nadał asortymentowi - kranikom trójdrożnym nr katalogowe zawierające 6 znaków, podczas, gdy w załączniku nr 2 Wykonawca omyłkowo w poz. 4 pakietu 15 podał nr katalogowy zawierający 7 znaków.

Pragniemy zauważyć, iż ustawa PZP nie wyklucza możliwości poprawy omyłek w ofercie jeśli nie wpływają one w istotny sposób na treść oferty, a w danym przypadku poprawa omyłki nie wpływa na zmianę pozycji naszej oferty w rankingu złożonych ofert. Takie stanowisko zostało poparte również wyrokiem KIO 2133/16 z dnia 14.11.2016 r., bowiem „W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego należało uznać za prawidłową, znajdującą swoje oparcie o treść przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba stwierdziła, że zakres poprawek dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalny ww. przepisem albowiem nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a jedynie doprowadza ofertę do stanu zgodnego z rzeczywistością. Podnieść należy, że przystępujący w swojej ofercie podał asortyment jaki jest przedmiotem jego oferty i jednocześnie omyłkowo podał numer katalogowy dotyczący innego asortymentu. (...) Powyższe oznacza, że przystępujący w swojej ofercie popełnił omyłkę, która jest omyłką nieistotną, niemającą wpływu na przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co z kolei musi prowadzić do wniosku, iż zamawiający miał podstawę prawną, popartą podstawą faktyczną, do dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również, że brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy nie występuje sprzeczność treści oferty z treścią

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie dałoby się poprawić przy zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjmując powyższe stanowisko za zasadne, Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisów art. 84 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, które są niejako pochodnymi zarzutów dotyczących naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Odwołujący w treści przesłanym w dn.08.03.2023r poinformował Zamawiającego, iż posiada na stanie zaoferowany produkt o nr katalogowym „16501C” w ilości pokrywającej zapotrzebowanie Zamawiającego określone w swz.

Wyjaśniamy także, iż w okresie między datą składania ofert w toku w/w postępowania przetargowego, a datą otrzymania korespondencji od Zamawiającego zaoferowany w pakiecie nr 15 poz. 4 przez Skamex produkt o nr katalogowym „16501C” w ilości znajdującej się na stanie magazynowym firmy Skamex nie podlegał żadnym zmianom technologicznym. Nie upłynął też termin jego ważności – produkty są ważne do 02.2025r.

Wskazujemy ponadto, iż gdy wytwórca zaprzestaje produkcji wyrobu o konkretnym nr katalogowym, to towar wyprodukowany przed datą zakończenia produkcji może nadal pozostawać w obrocie handlowym do momentu upływu jego terminu ważności.

Odwołujący nie dosyłał także żadnych nowych dokumentów (kart katalogowych) wskazujących na ew. zmiany dotyczące parametrów zaoferowanego asortymentu. Odległy czas od otwarcia ofert do momentu wysłania przez Zamawiającego korespondencji nie ma żadnego merytorycznego związku z treścią złożonej oferty (jak sugeruje to uzasadnienie dot. odrzucenia oferty Skamex):

Informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Uzasadnienie odrzucenia oferty
27	SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Częstochowska 38/52 93-121 Łódź	Art. 226 ust. 1 pkt 5 Oferta odrzucona w zadaniu 15 W piśmie z dnia 08.03.2023 r. Wykonawca przyznał się do wskazania w formularzu asortymentowo cenowym numeru katalogowego produktu, który nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie może uznać argumentacji Wykonawcy wskazanej w piśmie z powodu, iż karty katalogowe załączone do oferty zawierają obie wskazane pozycje tj. 16500*C oraz 16501C tym samym nie sposób uznać tego za oczywistą omyłkę pisarską. szczególnie, że od otwarcia ofert w przedmiotowej procedurze przetargowej do wysłania pisma przez Zamawiającego minęło prawie pięć miesięcy.

W związku z powyższym, analizując zarówno treść przedłożonego wraz z ofertą katalogu oraz wyjaśnień udzielonych przez Skamex, Zamawiający winien poprawić wyżej wymienioną omyłkę na podstawie zapisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wpisanie prawidłowego numeru katalogowego „16501C” w zakresie **pakietu nr 15 poz. 4** w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ).

W świetle powyższego, po poprawieniu w/w wskazanej omyłki pisarskiej w treści oferty Skamex, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Skamex na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp jest niewłaściwa. Oferta Odwołującego winna być uznana jako zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i zostać wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr 15.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu 15, dokonał tych czynności w sposób naruszający podstawowe przepisy Ustawy PZP 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.

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;*