

Skamex Spółka Akcyjna

Łódź, dnia 05.04.2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa**Zamawiający:**SZPITAL WIELOSPECJALISTYCZNY IM.DR. LUDWIKI BŁAŻKA W
INOWROCŁAWIU

UL.POZNAŃSKA 97

88-100 INOWROCŁAW

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_inowroclaw**Odwołujący:**

Skamex Spółka Akcyjna

ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź

Fax 042 677-14-19; 042 672-40-10, tel.426771411

Przedstawiciel odwołującego:

Ilona Rytek, Email: ilona.rytek@skamex.com.plMartyna Zimoch, Email: dzp35@skamex.com.pl,Marta Natkańska email: dzp05@skamex.com.pl

KRS: 0001055638

NIP: 5542980836

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1 i pkt. 2, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: **DOSTAWA SPRZĘTU MEDYCZNEGO JEDNORAZOWEGO UŻYTKU DLA SZPITALA WIELOSPECJALISTYCZNEGO IM DR. LUDWIKI BŁAŻKA W INOWROCŁAWIU, znak sprawy: D-62/2023.** prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie pakietu nr 29.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę **Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa (dalej „Becton Dickinson”) w zakresie pakietu nr 29.
- 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 Becton Dickinson;

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietu 29
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Becton Dickinson Polska Sp. z o. o. i wyboru oferty Skamex Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 29
- 4) 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 11 stycznia 2024 r. w trybie przetargu nieograniczonego, identyfikator postępowania: 92e5c82959f546f5b93f-af1008c8e40c. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną na 26 marzec 2024 r.) Odwołujący powziął w drodze korespondencji 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 Becton Dickinson w zakresie pakietu nr 29, 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: *„Odwolujący 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 SPRZĘTU MEDYCZNEGO JEDNORAZOWEGO UŻYTKU DLA SZPITALA WIELOSPECJALISTYCZNEGO IM DR. LUDWIKA BŁAŻKA W INOWROCŁAWIU, znak sprawy: D-62/2023.** w zakresie pakietu nr 29.

Przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakresie pakietu nr 29 (którego dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci strzygarki chirurgicznej oraz ostrzy chirurgicznych.

Pakiet 29

Pozycja 1

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania:

Ostrza uniwersalne jednorazowego użytku, do strzygarki chirurgicznej z nieruchomym ostrzem, uniwersalne. Ostrza mikrobiologicznie czyste jednokrotnego użytku, uniwersalne, szerokość ostrza tnącego 31,3mm, konstrukcja ostrza wyklucza jakiegokolwiek uszkodzenie skóry – **ostrze tnące znajduje się na górze i nie ma kontaktu ze skórą pacjenta,** wolne od lateksu ; pakowane: 1szt / blister; 50 blistrów/ pudełko

Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił ostrza do strzygarki chirurgicznej o szerokości ostrza tnącego 31,5mm, pozostałe parametry bez zmian.

Poniżej na potwierdzenie treść pytania:

Dotyczy pakietu 29 Poz. 1
Czy Zamawiający dopuści ostrza do strzygarki chirurgicznej o szerokości ostrza tnącego 31,5 mm. Pozostałe parametry bez zmian.
Odpowiedź:
Zamawiający dopuszcza powyższe.

Firma Becton Dickinson zaoferowała ostrza o numerze katalogowym 4406. Zaoferowane ostrza są niezgodne z zapisami SWZ ponieważ **ostrze tnące znajduje się na dole, a nie jak oczekiwał Zamawiający na górze.**

Pozycja 4

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania:

Ostrza przeznaczone do golenia krótkiego zarostu u pacjentów o konstrukcji uniemożliwiającej zacięcie. Wykonane ze stali nierdzewnej. Pakowane po 25 sztuk, kompatybilne ze strzygarką.

Firma Becton Dickinson zaoferowała ostrza o numerze katalogowym 4406. Zaoferowane ostrza są niezgodne z zapisami SWZ ponieważ, **zaoferowano ostrza uniwersalne (te same co w pozycji 1), a nie jak oczekiwał Zamawiający ostrza do golenia krótkiego zarostu.** Zamawiający, opisując przedmiot Zamówienia, w pełni świadomie dokonał rozróżnienia asortymentu na ostrza uniwersalne wymagane w pozycji 1 i ostrza przeznaczone do golenia krótkiego zarostu w pozycji 4.

Złożona oferta winna zatem uwzględnić wyżej wymienione rozróżnienia na te dwa typy ostrzy.

Niezależnie od faktu, iż w toku postępowania Zamawiający dopuścił zaoferowanie strzygarki, która posiada kompatybilne minimum 3 ostrza, należy zwrócić uwagę na fakt, że ostrza w pozycji 4 (zgodnie z opisem SWZ) Zamawiający zamierzał stosować do golenia bród. W miejsce tego ostrza Wykonawca Becton Dickinson zaoferował ostrze do włosów- zatem kompletnie nierealizujące celu, który Zamawiający wyznaczył w opisie SWZ. Inaczej mówiąc, zaoferowane ostrze w pozycji 1 mogło być również zaoferowane w pozycji 2 lub 3, gdzie zamawiający wymagał, podobnie jak w pozycji 1 ostrzy do strzyżenia. Natomiast dane ostrze nie mogło być zaoferowane w pozycji 4, gdyż jest kompletnie nie zgodne z opisem SWZ, gdzie wymagano ostrza do golenia.

Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – firmę Becton Dickinson odnośnie pakietu 29 nie odpowiada treści SIWZ, 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 29, 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 Becton Dickinson.

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 formułowania 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*

Beata Żelazko

Wiceprezes Zarządu