

Mikołów, 5 kwietnia 2024r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący: *Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie przy ul. Bielskiej 49, 43-190 Mikołów, wpisaną do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy Katowice – Wschód w Katowicach, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS: 0000325390 (NIP: 6351796430, REGON: 241138200), wysokość kapitału zakładowego: 500 000,00 zł,*

Nr tel.: 32 738 35 35

E-mail: polska@althea-group.com

reprezentowany przez:

Robertą Przybylskiego – Dyrektora Sprzedaży/Pelnomocnika

e-mail: pl.handel@althea-group.com

Nr tel.: 32 738 35 35

Zamawiający: *„Kutnowski Szpital Samorządowy” sp. z o. o. ul. Kościuszki 52 99 – 300 Kutno; REGON 100974785; NIP 7752631681; KRS 0000367372*

tel.: 24/38-80-200

faks: 24/38-80-201

e-mail: nzoz.kss@szpital.kutno.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu *Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie*, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej PZP) wnoszę odwołanie:

- od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Doposażenie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w „Kutnowskim Szpitalu Samorządowym” sp. z o. o., polegającej na: odrzuceniu oferty Odwołującego *na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP wskutek stwierdzenia rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia*
- od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Doposażenie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w „Kutnowskim Szpitalu Samorządowym” sp. z o. o., polegającej na: *wyborze oferty Wykonawcy MKJ Radiologia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

pod numerem 61458-2024 dnia 30.01.2024 r. oraz na Platformie Zakupowej w dniu 30 stycznia 2024r. pod numerem 879695 - <https://platformazakupowa.pl/transakcja/879695>

Zamawiającemu zarzucam:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP, spowodowane sprzecznym z ustawą odrzuceniem oferty Odwołującego wskutek błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. poprzez sprzeczne ze stanem faktycznym przyjęcie, że oferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają warunków i wymagań Zamawiającego, określonych w SWZ
- dokonanie błędnej oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty *Wykonawcy MKJ Radiologia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej*, mimo że w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, tj. kryterium ceny, jakości i okresu gwarancji to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert, co powinno w konsekwencji doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wnoszę o zasądzenie na moją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, a w szczególności kwoty wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17zł.

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) postępowania nr ZP/3/24,
- Wyjaśnienia nr 1 do SWZ z dnia 23 lutego 2024r.,
- Oferty Odwołującego – formularz asortymentowo-cenowy,
- Informacji z otwarcia ofert,
- pismo Zamawiającego z dnia 13 marca 2024r. na okoliczność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
- pismo Odwołującego z dnia 18 marca 2024r. wraz z załącznikami na okoliczność zgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami zamówienia,
- pismo Zamawiającego z dnia 28 marca 2024r. Informacja o odrzuceniu oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2 – na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego,

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od 28 marca 2024r., tj. dnia w którym Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty *Wykonawcy MKJ Radiologia Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej*.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, nin. odwołanie zostało przesłane zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie.

Uzasadnienie:

I. Okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę, która pod względem ceny, jakości i okresu gwarancji

powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, posiada status wykonawcy w postępowaniu oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Z kolei będące przedmiotem odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, a związane z odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz wyborem oferty *MKJ Radiologia Sp. z o.o.* jako najkorzystniejszej skutkują powstaniem szkody po stronie Odwołującego polegającej na pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiający prowadzi przetarg nieograniczony pn. Doposażenie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w „Kutnowskim Szpitalu Samorządowym” sp. z o. o. nr postępowania ZP/3/24 . W ramach procedur przetargowych w dniu 30 stycznia 2024r. opublikował SWZ.

W treści Załącznika nr 2 do SWZ – Formularzu asortymentowo-cenowym w pkt. 7 (PAKIET NR 2 – APARAT STACJONARNY RTG), Zamawiający postawił **wymóg tożsamości producenta dla głównych elementów aparatu tj. min. stołu, stojaka, kolumny lampy, generatora i oprogramowania.**

W Wyjaśnieniach nr 1 do SWZ z dnia 23 lutego 2024r. w odpowiedzi na pytanie nr 14 Zamawiający nie zgodził się na zmianę SWZ i dopuszczenie ofert, w których aparat RTG, którego główne elementy tj. stół kostny, statyw płucny, kolumna zawieszenia lampy są wytwarzane przez tego samego producenta, natomiast generator i oprogramowanie przez jego poddostawców.

W terminie składania ofert Spółka Odwołująca złożyła Ofertę, w której w pkt. 7 Formularza asortymentowo-cenowego potwierdziła spełnienie wymogu tożsamości producenta głównych elementów aparatu, w tym min. Stołu, stojaka, kolumny lampy, generatora i oprogramowania.

W toku badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującą do wyjaśnienia treści Oferty i potwierdzenia spełnienia wymogu jednego producenta co do ww. głównych elementów aparatu. W dniu 13 marca 2024r. Zamawiający, działając na podstawie art. 107 ust. 2 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą PZP, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia co do przedmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia wymagań, w szczególności wymogu tożsamości producenta co do głównych elementów aparatu tj. min. stołu, stojaka, kolumny lampy, generatora i oprogramowania .

Pismem z dnia 18 marca 2024r. Odwołująca podtrzymała oświadczenie o spełnieniu ww. wymogu jednego producenta z powołaniem się jednocześnie na art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 222) jak również (m.in. wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2022 r. , sygn. KIO 1880/22) z treści art. 5 pkt 20 ustawy z dnia 30 sierpnia 202 r. o systemie zgodności (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 215) w kontekście zamówień publicznych, określonym w przepisach dotyczących ogólnego bezpieczeństwa produktów, ***każda osoba lub jednostka organizacyjna uczestnicząca w procesie dostarczania lub udostępniania produktu, a także osoby odpowiedzialne za jego projektowanie i wytwarzanie, są uznawane za producentów.*** Do pisma dołączono zdjęcie tabliczki znamionowej generatora produkcji Control X oraz oświadczenie producenta aparatu RTG.

W dniu 28 marca 2024r., pismem doręczonym Odwołującej w tym samym dniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i jednocześnie odrzucił Ofertę Odwołującej. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującej było niespełnienie wymogu jednego producenta dla głównych elementów aparatu

RTG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

II. Okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

W tym miejscu wskazać należy, że :

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny – art. 16 ustawy PZP.

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – art. 99 ust. 1 ustawy PZP.

Zamawiający wprowadził do SWZ wymóg jednego producenta dla głównych elementów aparatu RTG, jednak nigdzie, w żadnym miejscu SWZ ani załączników do niej, nie zdefiniował znaczenia „producenta”. Zamawiający nie odesłał również do żadnej definicji legalnej pojęcia „producenta”, mimo że takowe definicje funkcjonują w powszechnie obowiązujących aktach prawnych. W odpowiedzi na pytanie nr 14 w Wyjaśnieniach do SWZ nr 1 ograniczył się tylko do zakwestionowania możliwości złożenia oferty, gdzie podstawowe elementy aparatu będą pochodziły od jednego producenta a generator i oprogramowanie od poddostawcy. Zamawiający nie zdefiniował również wtedy ani znaczenia „producenta” ani „poddostawcy”.

W orzecznictwie KIO znaleźć można wyrok z dnia **23 sierpnia 2021 r. sygn. Akt KIO 1377/21**, gdzie Izba stwierdziła *Wobec braku określenia w SIWZ sposobu rozumienia pojęcia "producenta", w tym poprzez odesłanie do właściwego aktu prawnego, należy zastosować sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Wszelkie niejasności czy też niedokładności specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą obciążać wykonawcy. Tym samym uwzględniając naczelne reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p., należało opowiedzieć się za najwzględniejszą dla wszystkich wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia definicją "producenta" prezentowaną przez Zamawiającego oraz wykonawcy. Wyrok został wydany jeszcze pod rządami poprzedniej ustawy PZP, jednak stanowisko KIO zachowuje swoją aktualność.*

Pojęcie producenta w ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów zostało zdefiniowane szeroko. Z przywołanej definicji wynika bowiem, iż producentem jest nie tylko ten, kto wytwarza towar, ale każdy kto występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt. Zauważyć również należy, iż UOKiK stoi na stanowisku, że *"za producenta uznaje się każdą osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Dotyczy to również składania, pakowania, przetwarzania lub umieszczania etykiety na gotowych produktach w celu ich umieszczenia na rynku pod własnym imieniem/nazwą"*.

Zgodnie zaś z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30 sierpnia 2002 r. (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1344), za producenta należy uznać osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną

nazwą lub znakiem (art. 5 pkt 20). Definicja ta jest z kolei zbieżna z definicją zawartą w ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów, choć ma węższy zakres.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy oczywiste jest, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP, w tym art. 16 oraz art. 99 PZP.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, powołując się na niezdefiniowane pojęcie „producenta”, naruszając tym art. 99 ustawy PZP. Zamawiający nie ustalił w dokumentach przetargowych, jak należy rozumieć pojęcie „producenta” ani nie odesłał do istniejących w powszechnie obowiązujących przepisach prawa legalnych definicji „producenta”. Następnie, w okolicznościach uzasadnionych wątpliwości wynikających z treści SWZ, Zamawiający dokonał błędnej oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym naruszył z kolei art. 16 ustawy PZP.

W tym miejscu przypomnieć należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z Wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2024 r. KIO 4/2024, gdzie Izba wprost stwierdziła, że *Przyjęcie zawężającej wykładni na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne, gdyż prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcy do zamówienia, naruszenia przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*. Niewątpliwie, Zamawiający zastosował niezgodną z przepisami, zawężającą definicję pojęcia „producenta”, co doprowadziło do sprzecznego z prawem odrzucenia Oferty Odwołującej. Dodać należy, że Odwołująca nadal nie wie, jak w mniemaniu Zamawiającego, kształtuje się definicja producenta na potrzeby przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Wskazać również należy za Krajową Izbą Odwoławczą – ponownie wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2024 r. KIO 4/2024, że *nie podziela się stanowiska, że skoro wykonawca nie zwracał się o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie omawianego warunku, to obecnie nie może powoływać się na wątpliwości dotyczące interpretacji tego warunku. Uprawnienie wykonawcy do żądania wyjaśnienia treści SWZ przez Zamawiającego jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Uprawnienie to w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania postanowień dokumentów zamówienia, tj. tak, aby na etapie badania i oceny ofert nie budziły one wątpliwości i sporów interpretacyjnych. Podkreślić również należy, że wszelkie wątpliwości wynikające z treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, ponieważ wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów i nieprecyzyjnych postanowień Zamawiającego popełnionych przy formułowaniu postanowień SWZ.*

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych miały istotny wpływ/mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów niniejsze Odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

.....
Podpis odwołującego lub
jego przedstawiciela(przedstawicieli)

Wykaz załączników:

- 1) dowód uiszczenia wpisu

- 2) dowód przekazania nin. odwołania zamawiającemu
- 3) odpis z KRS Odwołującej,
- 4) pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa,
- 5) Dowody powołane w treści Odwołania:
 - 5.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) postępowania nr ZP/3/24,
 - 5.2 Wyjaśnienia nr 1 do SWZ z dnia 23 lutego 2024r. (pytanie nr 14, str. 19),
 - 5.3 Oferta Odwołującego – formularz asortymentowo-cenowy,
 - 5.4 Informacja z otwarcia,
 - 5.5 pismo Zamawiającego z dnia 13 marca 2024r. na okoliczność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
 - 5.6 pismo Odwołującego z dnia 18 marca 2024r. wraz z załącznikami na okoliczność zgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami zamówienia,
 - 5.7 pismo Zamawiającego z dnia 28 marca 2024r. Informacja o odrzuceniu oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2 – na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.