

Warszawa, 13 lutego 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:
Skamex Sp. z o.o.
ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź
KRS: 0000812054, NIP: 5542980836

Zamawiający:
Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie
Państwowy Instytut Badawczy
ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa
e-mail: justyna.petrykowska@pib-nio.pl
Tel.: +48 225709454

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów medycznych, pakiet nr 5 (przrządy do przetaczania płynów infuzyjnych); znak sprawy: PN-193/22/JP (dalej jako: „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie nr 2022/S 181-511449 z dnia 20.09.2022 r.

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:511449-2022:TEXT:PL:HTML>

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu wykonawcy Skamex Sp. z o.o. („**Odwołujący**” lub „**Skamex**”), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹ („**Pzp**”), wnoszę odwołanie od czynności badania, oceny oraz wyboru **w pakiecie nr 5** w Postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: **Zarys International Group sp. z o.o. sp.k.** z siedzibą w Zabrze („**Zarys**” lub „**Wykonawca**”) i zaniechania odrzucenia tej oferty.

II. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² przez zaniechanie odrzucenia oferty Zarys pomimo, że zaoferowany w części nr 5 zamówienia przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych nie spełnia wymagań SWZ takich jak: (i) igła biorcza ścięta dwupłaszczyznowo lub trójpłaszczyznowo, (ii) długość komory kroplowej w części przeźroczystej minimum 60 mm lub 55 mm, a przedstawione przez Wykonawcę odnośne przedmiotowe środki dowodowe podają w tym zakresie informacje niezgodne

¹ Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.

² Dz. U. z 2022 r. poz. 1233

z rzeczywistością i wprowadzają w błąd, co do cech i parametrów oferowanego produktu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Zarys pomimo, że zaoferowany w części nr 5 zamówienia przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych nie spełnia wymagań SWZ dot. opakowania typu folia – papier, ale oferowany przyrząd jest pakowany w opakowanie typu blister-pack, ewentualnie naruszenie art. 107 ust. 2 przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie wymagań w zakresie typu opakowania;
3. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp popełnione w zw. z naruszeniem ww. przepisów i wybór oferty Zarys jako najkorzystniejszej.

III. Opierając się na ww. zarzutach wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Zarys w pakiecie nr 5 w Postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty Zarys, względnie nakazania uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia typu opakowania oferowanego przyrządu do infuzji.

IV. Nadto, wnoszę również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

V. Odwołanie wniesione zostało w terminie.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Zarys jako najkorzystniejszej w dniu 3 lutego 2023 r.

VI. Odwołujący legitymuje się interesem do wniesienia odwołania.

Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia Postępowania w pakiecie nr 5. Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, oferta Odwołującego zajęła drugą pozycję w rankingu ofert ustalonym na podstawie kryteriów oceny ofert. Interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego jest jednoznaczny z uwagi na możliwość uzyskania zamówienia w przypadku realizacji wynikającego z przepisów prawa odrzucenia oferty Zarys. W przypadku nakazania Zamawiającemu wnioskowanych czynności, zamówienie powinno przypaść Odwołującemu. Szkoda Odwołującego polega w tym przypadku na utracie możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utracie przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo Odwołujący ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów medycznych. Pakiet 5 zamówienia dotyczy dostawy przyrządów do przetaczania płynów infuzyjnych.
2. W pakiecie nr 5 w Postępowaniu zostały złożone dwie ważne oferty – oferta Zarys, uplasowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, oraz oferta Odwołującego – na drugim miejscu.
3. Odwołaniem z dnia 27 grudnia 2022 r. Skamex zakwestionował pierwszy wybór oferty Zarys w pakiecie 5 Postępowania, zarzucając nieprawidłowe badanie tej oferty i zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia parametrów ścięcia igły biorczej oraz długości komory kroplowej oferowanego przyrządu infuzyjnego - załączony do oferty Zarys katalog (ulotka) nie zawierał informacji w tym zakresie.
4. Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie (w rezultacie czego Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 10 stycznia 2023 r. postanowienie umarzające powstępowanie w sprawie KIO 3479/22) i w dniu 19 stycznia 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu w zakresie części nr 5.
5. Następnie, pismem z dnia 23 stycznia 2023 r. działając na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp Zamawiający wystosował do Zarys wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych („**Wezwanie**”) potwierdzających ww. parametry. Wykonawca odpowiedział na ww. Wezwanie w dniu 27 stycznia 2023 r. („**Odpowiedź**”), składając jednocześnie nowy katalog opisujący oferowany produkt.
6. Zamawiający w dniu 3 lutego 2023 r. dokonał (ponownego) wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, która stała się przedmiotem niniejszego odwołania. W opinii Odwołującego czynność ta jest nieprawidłowa, a oferta Zarys winna zostać odrzucona.
7. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2.5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”), OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – FORMULARZ CENOWY) w części nr 5 Postępowania Zamawiający oczekiwał zaoferowania:

Aparat do przetaczania płynów infuzyjnych, dren o dł. min. 180cm; wolny od ftalanów; zacisk rolkowy z dodatkowym otworem do umieszczenia igły biorczej po użyciu, dwupłaszczyznowo ścięta bardzo ostra igła biorcza, długość komory kroplowej w części przeźroczystej minimum 60 mm; posiadający nazwę producenta trwale umieszczoną na dowolnie wybranej części przyrządu. Opakowanie typu folia-papier, sterylne.

8. Ponadto zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania nr 16 i 31 zawartych w wyjaśnieniach do SWZ opublikowanych 24 października 2022 r., Zamawiający *explicite* dopuścił zaoferowanie aparatu do przetaczania płynów infuzyjnych o nieco zmodyfikowanych

parametrach w zakresie płaszczyzn ścięcia igły oraz długości komory kroplowej w części przezroczystej (*vide* poniżej).

Pytanie nr 16

Dot. części 5

Czy Zamawiający dopuści IS z ostrą igłą biorcza dwukanałową trójpłaszczyznową?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza. Pozostałe zapisy zgodnie z SWZ i dopuszczeniami wynikającymi z niniejszych wyjaśnień.

Pytanie nr 31

Dot. części 5, poz. 1

Czy Zamawiający dopuści aparat do przetaczania płynów infuzyjnych z drenem o długości 150cm i komorze kroplowej o długości 55mm w części przezroczystej, pozostałe parametry zgodne z SWZ?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza. Pozostałe zapisy zgodnie z SWZ i dopuszczeniami wynikającymi z niniejszych wyjaśnień.

9. Jak wynika z przytoczonych postanowień SWZ oraz odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dopuszczał i jednocześnie wymagał w zamawianym przyrządzie infuzyjnym dwu lub trójpłaszczyznowo ściętej igły oraz 55 lub 60 milimetrowej długości komory kroplowej w części przezroczystej.
10. Natomiast zgodnie z pkt XV.2 SWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą nw. przedmiotowych środków dowodowych:
*„2) **części 1-9:** katalogi, foldery itp. materiały producenta lub dystrybutora dotyczące oferowanego produktu potwierdzające wymagania Zamawiającego opisane w SWZ, zawierające numer katalogowy oferowanego wyrobu;”.*
11. Wykonawca Zarys zaoferował przyrząd do infuzji oznaczony numerem katalogowym IS-BF.
12. W złożonej Odpowiedzi Zarys uzupełnił kartę katalogową/ulotkę ww. produktu, z której wynika, że oferowany aparat posiada dwukanałowy, ostry kolec komory kroplowej, ścięty trójpłaszczyznowo (zgodnie z punktem 01 karty katalogowej) oraz komorę kroplową o długości 60 mm (55 mm w części przezroczystej) (zgodnie z punktem 03 karty katalogowej).
13. Jednakże dane zawarte w przedłożonej karcie katalogowej nie pokrywają się z parametrami rzeczywistego produktu. W zaoferowanym przez Wykonawcę aparacie długość komory kroplowej w części przezroczystej wynosi 50mm (*vide* zdjęcie poniżej).



14. Ponadto aparat ten posiada igłę biorczą ściętą czteropłaszczyznowo. Powyższą okoliczność zobrazowano na załączonym do odwołania filmie, gdzie wyraźnie widoczne są cztery płaszczyzny ścięcia igły.
15. W świetle powyższych okoliczności stwierdzić należy, iż oferowane przez Wykonawcę aparaty nie spełniają wymaganych przez Zamawiającego parametrów, tym samym treść oferty złożonej przez Zarys w zakresie pakietu nr 5 nie odpowiada treści SWZ i winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.
16. Ponadto, przedstawienie tego typu nieprawdziwych informacji na temat cech czy parametrów oferowanego produktu uznać należy za złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 10 ust. 1 UZNK.
17. Zgodnie z ww. przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.
18. W rozpatrywanym przypadku Wykonawca w taki sposób oznaczył i opisał oferowane przez siebie towary, iż wprowadził Zamawiającego w błąd, co do ich rzeczywistych istotnych cech i zgodności z wymaganiami SWZ.
19. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający oczekiwał, aby aparat pakowany był w opakowanie typu folia – papier. Natomiast z karty katalogowej załączonej do oferty Zarys, jak też z karty załączonej do Odpowiedzi, wynika, iż aparaty są pakowane w opakowanie jednostkowe typu blister – pack. Tego typu opakowanie nie jest równoznaczne z typem opakowania wymaganego przez Zamawiającego, co stanowi niezgodność treści oferty z wymaganiami SWZ.
20. W przypadku uznania przez Izbę, iż ww. opisana okoliczność nie przesądza o niezgodności oferty Zarys z SWZ wnosimy o orzeczenie braku potwierdzenia wymaganego typu opakowania i nakazanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

W imieniu Odwołującego:

[imię i nazwisko]

[stanowisko]

Załączniki:

1. Odpis z KRS;
2. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
4. Plik mp4 – Zarys IS BF – film obrazujący igłę aparatu infuzyjnego zaoferowanego przez Zarys