

Łódź, dnia 23.06.2023 r.

Prezes Krajowej Izby OdwoławczejUrząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**Zamawiający:**Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej Curie
Państwowy Instytut Badawczy
ul. W.K. Roentgena 5
02-781 Warszawa
adres poczty elektronicznej: krystyna.terech-worosz@pib-nio.pl
adres strony internetowej: www.pib-nio.pl
adres strony internetowej prowadzonego postępowania:
Platforma / System
<https://portal.smartpzp.pl/coi.warszawa>**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
Ilona Rytek, Email: ilona.rylek@skamex.com.pl
Martyna Zimoch, Email: dzp35@skamex.com.pl,
Marta Natkańska email: dzp05@skamex.com.pl
KRS: 0000812054
NIP: 5542980836**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 sprzętu medycznego jednorazowego użytku i narzędzi chirurgicznych** (znak sprawy: PN-72/23/KT), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie pakietu nr 5.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Zarys International Group Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze, Pod Borem 18, 41-808 Zabrze (dalej „Zarys”) w zakresie pakietu nr 5.
- 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 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietu 5
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Zarys International Group Sp. z o. o. Sp. k i wyboru oferty Skamex Spółka z o. o. jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 5
- 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 22 marzec 2023 r. w trybie przetargu nieograniczonego pod numerem r 2023/S 058-171081. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną na 13 czerwiec 2023 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 przestankami 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 5, 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 przestanka, 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 **Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku i narzędzi chirurgicznych** (znak sprawy: **PN-72/23/KT**), w zakresie pakietu nr 5.

Przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakres pakietu nr 5 (którego dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci cewników typu Dufour.

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał zaoferowania w zakresie pakietu 5:

Cewnik typu DUFOR trójdrożny z zakończeniem prostym, wykonany z 100% silikonu, dł. 40-42 cm, z atraumatyczną końcówką, z szerokim kanałem irygacyjnym oraz kanałem drenażowym o kształcie prostokątnym, zapobiegającym blokowaniu przepływu, linią widoczną w RTG, zastawką uszczelniającą balon, pojemność balonu 50 ml, jednorazowego użytku, sterylne.

Zgodnie z treścią udzielonych w toku w/w postępowania wyjaśnień dotyczących zapisów SWZ, Zamawiający dopuścił następujące parametry wskazane w poniższym pytaniu **przy zachowaniu pozostałych parametrów zgodnie z SWZ:**

Pakiet 5, Pozycja 1

6. Czy Zamawiający dopuści cewniki z zakończeniem:



oraz w rozmiarach z balonami

Rozmiar	Balon
18 FR 20 FR	50-60 cc/ml
22 FR 24 FR	60-100 cc/ml

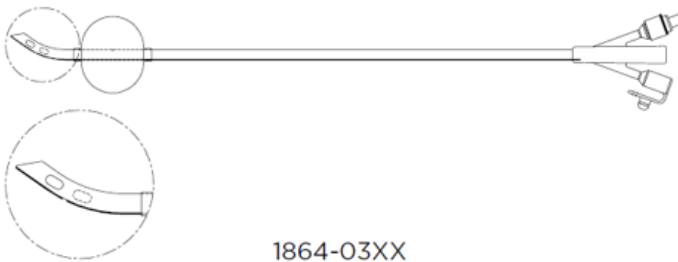
Odp.: Zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie, pozostałe parametry zgodnie z SWZ.

Wykonawca - Firma Zarys zaoferowała w części 5 cewnik Dufour Hematuria o nr katalogowych: 1864-0318, 1864-0320, 1864-0322, 1864-0324, którego producentem jest Fortune Medical. Zaoferowany produkt jest zgodny z treścią cytowanego powyżej pytania, ale **nie może być uznany za zgodny z pozostałymi parametrami zawartymi w SWZ, gdyż nie posiada kanału drenażowego o kształcie prostokątnym, zapobiegającym blokowaniu przepływu**. W oryginalnym katalogu producenta Fortune Medical (fragment oryginalnego katalogu poniżej) brak jest potwierdzenia powyższego parametru. Katalog przesłany w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień nie jest katalogiem producenta - jest to katalog wykonany przez firmę Zarys. Zaoferowany produkt nie posiada kanału drenażowego o kształcie prostokątnym, zapobiegającym blokowaniu przepływu ponieważ jest to cecha unikalna cewników firmy Coloplast.

Poniżej fragment oryginalnego katalogu producenta Fortune Medical:

Hematuria Catheter, Dufour:

REF. No.	Size	Balloon	Length	Description
1864-0318	18 FR	50-80 cc		- Dufour
1864-0320	20 FR		420 mm	- X-ray opaque line - Attached plug
1864-0322	22 FR	80-100 cc		- Catheter spigot
1864-0324	24 FR			



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

Zwracamy uwagę na fakt, iż Zamawiający jako gospodarz postępowania przetargowego, winien dokładnie przeanalizować całość dokumentacji otrzymanej w toku w/w przetargu i nie może wybiórczo oceniać złożonej oferty.

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 spełnienia. 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).

III. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując badania zgodności treści ofert z treścią SWZ dla pakietu nr 5, 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 spełnienia. 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 uwadze 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*