

Łódź, dnia 04.03.2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

**02-676 Warszawa****Zamawiający:**

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie –

Państwowy Instytut Badawczy (dalej: „NIO-PIB” lub

„Zamawiający”) ul. Roentgena 5, 02 – 781 Warszawa

ul. Wawelska 15 B,

02 – 034 Warszawa

adres poczty elektronicznej: [krystyna.terech-](mailto:krystyna.terech-worosz@nio.gov.pl)[worosz@nio.gov.pl](mailto:worosz@nio.gov.pl)adres strony internetowej: [www.nio.gov.pl](http://www.nio.gov.pl)

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

Platforma / System <https://nio.ezamawiajacy.pl>**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.pl](mailto:ilona.rytek@skamex.com.pl)Martyna Zimoch, Email: [dzp35@skamex.com.pl](mailto:dzp35@skamex.com.pl),Marta Natkańska email: [dzp05@skamex.com.pl](mailto:dzp05@skamex.com.pl)

KRS: 0001055638

NIP: 5542980836

reprezentowany przez:

adw. Kamilę Podwapińską

„PSK Podwapińska, Brzezińska Adwokaci” Spółka

Partnerska

ul. Samochodowa 2 lok. 84

02-652 Warszawa

e-mail: podwapinska@pskl.pl

**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 dokonania czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Dostawa wyrobów medycznych oraz narzędzi chirurgicznych, (znak sprawy: PN-213/23/KT), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego **w zakresie pakietu nr 4**.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę **Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Orężna 6A, 05-501 Piaseczno (dalej „Neomed”) oraz firmy **Sinmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Graniczna

32B, 44-178 Przyszowice (dalej „Sinmed”) w zakresie pakietu nr 4, **mimo iż oferty te nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w dokumentach postępowania;**

- 2) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy – poprzez prowadzenie postępowania w sposób spreczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z nieuprawnionym zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Neomed oraz Sinmed;

#### **Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietu 4
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Neomed Polska Sp. z o. o. oraz Sinmed Sp. z o. o. i wyboru oferty Skamex Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 4
- 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 13 października 2023 r. w trybie przetargu nieograniczonego pod numerem 2023/S 198-618823. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną na 22 luty 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 Neomed oraz Sinmed w zakresie pakietu nr 4, w którym oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody przez nieuzyskanie zamówienia mimo, że jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą. 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](http://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.

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na : Dostawa wyrobów medycznych oraz narzędzi chirurgicznych”, (znak sprawy: PN-213/23/KT) w zakresie pakietu nr 4.

**Przedmiot postępowania został podzielony na części, a w zakres pakietu nr 4 (którego dotyczy przedmiotowe odwołanie) wchodził asortyment w postaci myjek do toalety pacjenta.**

#### **Pakiet 4**

##### **Pozycja 1**

Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania:

Myjki do toalety pacjenta - o naturalnym pH, hipoalergiczne, wstępnie nawilżone o wymiarach 20 cm x 20 cm, w składzie: nie wymagający spłukiwania roztwór oczyszczający i nawilżający z zawartością aloesu, witaminy E oraz simetikonu, bez lateksu, w całkowicie izolowanym, zamykanym opakowaniu z dodatkową warstwą termoizolacyjną wewnątrz opakowania, pomagającymi utrzymać temperaturę myjek, oraz zapewniającym możliwość podgrzewania w kuchence mikrofalowej do 30 sekund przy mocy 1.000 W. **Skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi.** 8 myjek w opakowaniu. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt zarejestrowany jako kosmetyk lub wyrób medyczny.

#### **Dotyczy oferty firmy Neomed:**

Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił produkt o następujących parametrach:

##### **Cześć 4**

##### **Poz.1.**

44.Czy Zamawiający dopuści do oceny myjki Esemtan wash mitts w formie rękawic zgrzewanych, pH neutralne dla skóry. o wymiarach rękawicy 15,5 x 23,5 cm do jednoczesnego mycia i pielęgnacji ciała pacjentów, z zawartością alantoiny. Możliwość podgrzania w kuchence mikrofalowej (30 sek./600 W).Oferowany produkt nie wymaga użycia wody i spłukiwania, nie zawiera mydła i barwników. Instrukcja użycia w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Produkt przebadany dermatologicznie. Gramatura ok. 75g/m<sup>2</sup>. Kosmetyk, opakowanie 10 szt.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza.**

W powyższym pytaniu nie odniesiono się do następującego parametru z pierwotnego opisu SWZ tj.: **Skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi.**

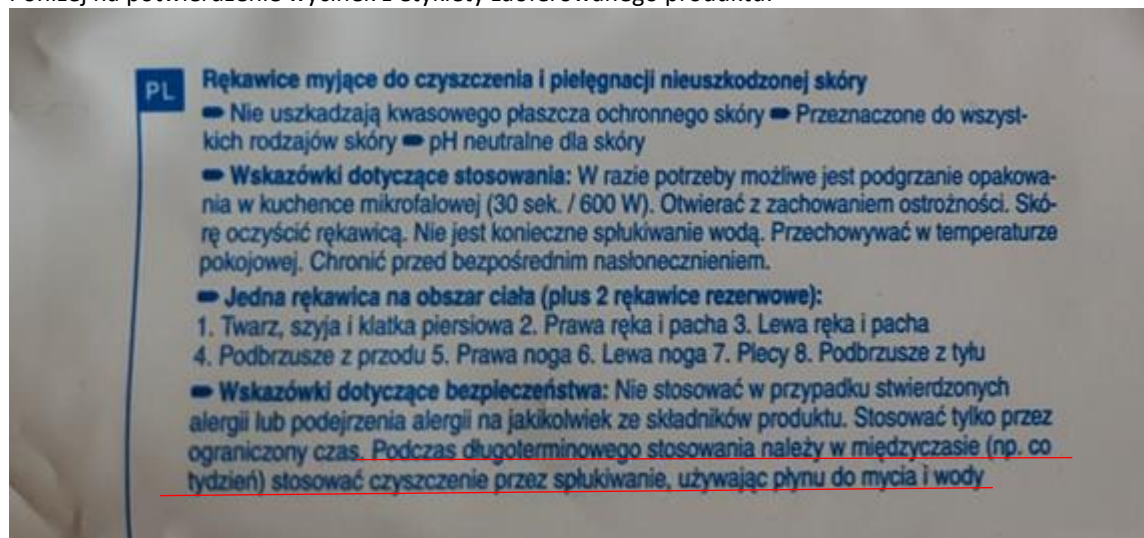
Zwracamy uwagę, że skoro w pytaniu nie odniesiono się do powyższego parametru to dany produkt winien spełniać resztę opisu, do którego nie odniesiono się pytaniem. W pytaniu wskazano jedynie parametry techniczne produktu, tym samym nie można zrezygnować z pierwotnie oczekiwanego parametru skuteczności oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi.

W związku z powyższym zaoferowany przez firmę Neomed produkt jest niezgodny z zapisami SWZ ponieważ nie posiada badań klinicznych potwierdzających skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych.

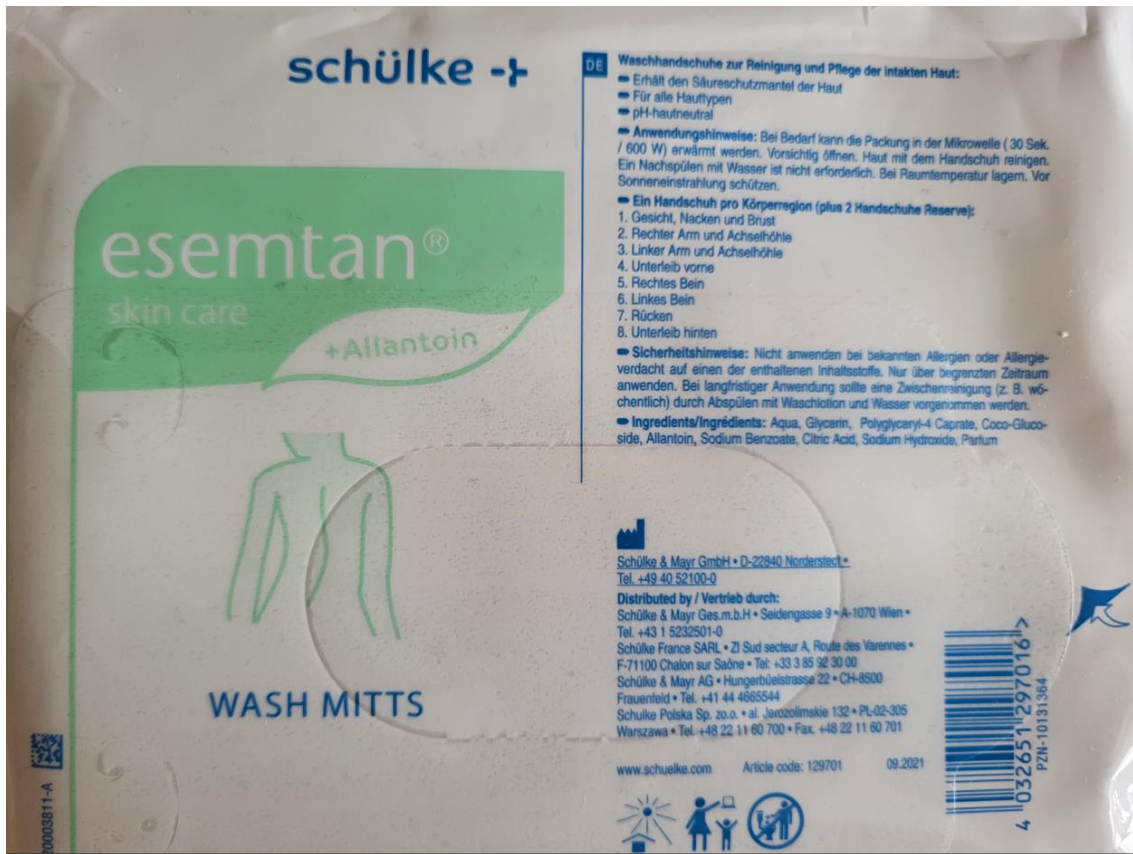
Dodatkowo zaoferowany produkt jest niezgodny z parametrami dopuszczonymi na etapie zadawania pytań ponieważ zgodnie z dopuszczeniem (pytanie powyżej) zaoferowany produkt nie powinien wymagać użycia wody i spłukiwania: „Oferowany produkt nie wymaga użycia wody i spłukiwania...”.

Zgodnie z etykietą zaoferowanego produktu w międzyczasie (np. co tydzień) stosować czyszczenie przez spłukiwanie, używając płynu do mycia i wody.

Poniżej na potwierdzenie wycinek z etykiety zaoferowanego produktu:







#### Dotyczy oferty firmy Sinmed:

Na etapie zadawania pytań Zamawiający dopuścił produkt o następujących parametrach:

#### Część 4, Pozycja 1

11. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie jako równoważnych myjek do toalety pacjenta o naturalnym PH, nie wymagające użycia wody oraz spłukiwania, wykonane z miękkiej włókniny, rozmiar 20 cm x 22 cm, nasączona preparatem odświeżającym i nawilżającym z zawartością aleosu oraz witaminy E, o neutralnym pH (5,5), możliwość wcześniejszego podgrzania w mikrofalówce do 20 sekund przy 700W, w całkowicie zamykanym opakowaniu, z możliwością wielokrotnego otwierania, wielkość opakowania a'12 sztuk z przeliczeniem na 11 334 opakowań?

Odp.: Zamawiający dopuszcza.

W powyższym pytaniu nie odniesiono się do następującego parametru z pierwotnego opisu SWZ tj.: **Skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi.**

Zwracamy uwagę, że skoro w pytaniu nie odniesiono się do powyższego parametru to dany produkt winien spełniać resztę opisu do którego nie odniesiono się pytaniem. W pytaniu wskazano jedynie parametry techniczne produktu, tym samym nie można zrezygnować z pierwotnie oczekiwanego parametru skuteczności oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych potwierdzona dołączonymi do oferty badaniami klinicznymi.

W związku z powyższym zaoferowany przez firmę Sinmed produkt jest niezgodny z zapisami SWZ ponieważ nie posiada badań klinicznych potwierdzających skuteczność oferowanego produktu w zakresie zmniejszenia częstości zakażeń dróg moczowych.

Dodatkowo zwracamy uwagę, że Wykonawca firma Sinmed pominął w pytaniu dopuszczającym zawartość Diglukonianu Chloroheksydyny w oferowanym produkcie. Na opakowaniu oferowanego produktu nie wskazano stężenia zatem należy przyjąć, że stężenie to wynosi 0,1% lub mniej. Wykonawca zwraca szczególną uwagę na fakt, iż ukrycie przed Zamawiającym zawartości chloroheksydyny w stężeniu subletalnym stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy PZP gdyż zaoferowano produkt o innym składzie niż dopuszczono, to jednocześnie stosowanie na Oddziale Intensywnej Terapii lub u pacjentów o obniżonej odporności (leczonych przeciwnowotworowo) produktu zawierającego niskie – subletalne stężenie chloroheksydyny stanowi o ogromnym, właściwie pewnym, ryzyku rozwoju Szpitalnych Szczepów bakteryjnych opornych na chloroheksydynę, a w efekcie również krzyżowo odpornych na kluczowe antybiotyki stosowane w terapii pacjentów w ciężkim stanie jak np. Colistyna. Fakt powstawania oporności oraz krzyżowej oporności na antybiotyki został potwierdzony naukowo poniżej cyt. literaturę w tym zakresie:

1. **Proteomic Analysis of Resistance of Gram-Negative Bacteria to Chlorhexidine and Impacts on Susceptibility to Colistin, Antimicrobial Peptides, and Ceragenins** by Marjan M. Hashemi et al., 2019: [10.3389/fmicb.2019.00210](https://doi.org/10.3389/fmicb.2019.00210)
2. **Phenotypic Changes in Pseudomonas Aeruginosa Induced by Sub-Inhibitory Exposure to Chlorohexidine** by S. Aka & S. H. Haji, 2014: [10.15218/ZJMS.2014.00344](https://doi.org/10.15218/ZJMS.2014.00344)

Reasumując oferta firmy Sinmed zawiera produkt nie tylko niezgodny z dopuszczeniem, ale wręcz prawdopodobnie niebezpieczny dla pacjentów leczonych w COI. W związku z powyższym oferta powinna podlegać odrzuceniu.





Zaoferowane myjki posiadają także opakowanie niezgodne z zapisami ustawy.

Na opakowaniu brak jest:

- napisów w języku polskim (art. 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r.),
- brak oznaczenia MD wymaganego zgodnie z sekcją 23.2 lit. q załącznika I do MDR,
- brak danych importera (art. 13 ust. 3 MDR).

Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – firmę Neomed oraz Sinmed odnośnie pakietu 4 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 4, 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 Neomed Polska oraz Sinmed.

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 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*