

Łódź, dnia 17 stycznia 2022 r.

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

Zamawiający:

SPECJALISTYCZNY SZPITAL WOJEWÓDZKI
w CIECHANOWIE
ul. Powstańców Wielkopolskich 2
06-400 Ciechanów
tel. 23 / 672 31 27
fax 672 27 64

Adres strony internetowej:

<https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

Adres poczty elektronicznej:

zp3@szpitalciechanow.com.pl**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 Ryłek, Email:

ilona.rylek@skamex.com.pl

Martyna Zimoch, Email:

dzp35@skamex.com.pl

Nr KRS: 0000812054

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 514 ust. 1 i 515 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych (Znak sprawy: ZP/2501/134/21).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 104 – 106 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa”) – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę International Cleaning Services Polska Z. Kotłowski, H. Kotłowska Spółka jawna

z siedzibą przy ul. Magnoliowa 12 18, 81-198 Mosty (dalej jako „ICS” lub „Wykonawca ICS”) mimo jej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ICS mimo braku złożenia przedmiotowego środka dowodowego mającego potwierdzić spełnianie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego określonych w załączniku 2 do SWZ;

3) art. 239 ust. 1 i 2 – poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę ICS mimo niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego;

4) art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez zaniechanie wezwania do złożenia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 ustawy – poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny oferty Wykonawcy ICS;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ICS;
- 4) nakazanie dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 6) 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 Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00314849/01. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania datowaną 10 stycznia 2022 r.) Odwołujący powziął w dniu 10 stycznia 2022 r. w drodze korespondencji elektronicznej (za pośrednictwem platformy 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 ze zm.) 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 wybrał ofertę Wykonawcy ICS w, 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 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 prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ prowadzi de facto do nierównego traktowania wykonawców.

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych (Znak sprawy: ZP/2501/134/21). Przedmiot zamówienia określony został precyzyjnie w załączniku nr 2 do SWZ.

III. Zgodnie z opisem w załączniku 2 do SWZ Zamawiający wymagał zaoferowania produktu:

Rękawice diagnostyczne wykonane z nitrylu, bezpydrowe, z wewnętrzną warstwą polimerową, mankiet rolowany, w kolorze niebieskim. Lekko teksturowane z dodatkową teksturą na końcach palców, grubość rękawic w palcach min. 0,10 mm, na dłoni min. 0,07mm. Zgodne z PN/EN 455-1, 2, 3, 4, potwierdzone przez raport z badań producenta. Rękawice odporne na przenikanie związków chemicznych wg PN EN 374-3/EN 16523-1. Rękawice odporne na przenikanie wirusów zgodnie

z ASTM F 1671/EN 374-5:2016 potwierdzone protokołem badań wydanym przez jednostkę niezależną, przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F 1670. Posiadające certyfikat do żywności, dołączony do oferty. Zarejestrowane jako wyrób medyczny oraz środek ochrony indywidualnej kat. III. Opakowanie rozmiarów od XS do XL zawierające 100 szt. rękawic. Opakowanie z otworem dozującym wyposażonym w folię zabezpieczającą przed kontaminacją ze środowiska

Wykonawca ICS zaoferował produkt: Rękawiczki diagnostyczne nitrylowe niebieskie Maxter o numerach katalogowych:
XS MX93775S; MX93776; M MX93777; L MX93778; XL MX93779.

Jednocześnie Wykonawca OCS nie dołączył do oferty przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego w zakresie m.in. odporności na przenikanie wirusów zgodnie z normą ASTM F1671, przeprowadzenia badań zgodnie z normą ASTM F1670 oraz dopuszczenia do kontaktu z żywnością.

W związku z brakami Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. wezwał Wykonawcę ICS do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w związku z brakami:

- 1. brak potwierdzenia protokołem z badań wydanym przez jednostkę niezależną, że oferowane rękawice są odporne na przenikanie wirusów zgodnie z ASTM F 1671/EN 374-5:2016*
- 2. brak potwierdzenia dla dopuszczenia do kontaktu z żywnością w postaci raportu z badań wykonanych przez jednostkę niezależną oraz dowodu, że spełnienie tego wymogu znajduje się na opakowaniu (proszę o zdjęcia opakowania);*

Wyznaczając termin na odpowiedź do dnia 31 grudnia 2021 r., godzina 8:15.

Z informacji uzyskanej od Zamawiającego (pismo z dnia 11 stycznia 2022 r.) wynika, iż ICS wniósł odpowiedź na wezwanie, dołączając do niej protokół z bada potwierdzający, że zaoferowane rękawice są odporne na przenikanie wirusów zgodnie z ASTM F1671/EN 374-5:2016 oraz Raport z bada na spełnianie wymogu dopuszczenia rękawiczek do kontaktu z żywnością.

Żaden z dokumentów złożonych przez Wykonawcę ICS w niniejszym postępowaniu nie zawiera informacji o tym, iż zaoferowane rękawice przebadane zostały zgodnie z normą ASTM F1670 oraz Wykonawca ICS nie wykazał także spełniania normy równoważnej do wskazanej, jak zrobił to Odwołujący.

Mimo braku przedmiotowego środka dowodowego Zamawiający nie wezwał Wykonawcę ICS do złożenia środka dowodowego potwierdzającego spełnianie wymagania w zakresie przebadania na normę ASTM F1670.

W ocenie Odwołującego działanie takie jest zaniechaniem Zamawiającego i potwierdza, iż w chwili wyboru oferty Wykonawcy ICS Zamawiający nie miał wszelkich danych umożliwiających wybór oferty ww. wykonawcy.

IV. Oferta musi odpowiadać treści SWZ. Podkreśla to orzecznictwo KIO, również aktualnie powstające na gruncie nowej ustawy PZP 2019:

a) „Izba podkreśla, że w zakresie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia pozostaje aktualne dotychczasowe orzecznictwo oraz doktryna odnoszące się do niezgodności treści

oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezmiennie obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. (...).

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Jednocześnie właśnie te określone ustawą zasady stanowią gwarancję udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak również pozwalają na ocenę czynności podmiotów biorących udział w postępowaniu stawiając wszystkie podmioty w równej sytuacji.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i prawidłowo ją odrzucił z postępowania. Zachowanie Zamawiającego oparte było na obowiązujących przepisach prawa, dokumentacji jaką dla tego postępowania stworzył i z całą stanowczością Izba podkreśla, że nie było przejawem czynności opartych na "typowo formalistycznym podejściu". Wszystkich obowiązują określone zasady i nie można tłumaczyć niespełnienia wymagań przedmiotowych przez Odwołującego i dokonanie prawidłowo oceny przez Zamawiającego nadmiernym formalizmem Zamawiającego". Sygn. akt: KIO 1313/21, wyrok z dnia 2 czerwca 2021 roku.

b) „W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, wedle którego zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków

realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 2015-05-12 sygn. akt KIO 884/15, LEX nr 1796864). Powyższe uzupełnić można konstatacją, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje ustalić treść SIWZ oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertą (wyrok KIO z 2015-07-23 sygn. akt KIO 1474/15, LEX 1821178), a ponadto stwierdzeniem, że zamawiający ma obowiązek dokonywać oceny ofert na podstawie kryteriów i sposobu ich ocennych zawartych w dokumentacji postępowania i nie występują od tej reguły wyjątki (wyrok KIO z 2015-01-12 sygn. akt KIO 2744/14, LEX 1651226). ” (KIO 1831/17; KIO 1845/17). „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.” (KIO 18/18)

c) „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy, przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ.” (KIO 191/20).

V. 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 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) wydruki z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego;