

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

**Zamawiający: UNIWERSYTECKI SZPITAL KLINICZNY W
POZNANIU**

ul. Przybyszewskiego 49

60-355 Poznań

Tel.: 61 8691100

e-mail: dzp@usk.poznan.pl

Odwołujący: BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o.

ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa

KRS: 0000094071

reprezentowana przez:

adwokat Joannę Hołowińską

Trębicki Hołowińska sp. k.

ul. Solec 18 lok. U12

00-410 Warszawa

Faks: 48 22 826 08 87

e-mail: j.holowinska@th.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy:	postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego, w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „ <i>Wyroby medyczne jednorazowego użytku - strzykawki z solą</i> ”, znak sprawy: DZP/100/2024, zwanego dalej: „Postępowaniem”.
Ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 czerwca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00362950
Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:	czynność Zamawiającego z dnia 15 lipca 2024 r. polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52 lok. 402, 93-121 Łódź, mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Termin:	15 lipca 2024 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazaną wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz BECTON DICKINSON POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-823) przy ul. Osmańskiej 14 (dalej „BD” lub „Wykonawca” lub „Odwołujący”), zgodnie z art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; - dalej: „ustawa Pzp” lub „Prawo zamówień publicznych”), niniejszym:

- I. wnoszę odwołanie wobec następujących, niezgodnych z ustawą Pzp, czynności (działań i zaniechań) Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, tj.:
 1. zaniechania odrzucenia oferty Skamex S.A., ul. Częstochowska 38/52 lok. 402, 93-121 Łódź (dalej: „Skamex”) ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia;
 - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
 2. niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Skamex, mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w Postępowaniu i winna podlegać odrzuceniu;

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp;

3. w związku z opisanymi powyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp, **wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:**

1. unieważnienia czynności z dnia 15 lipca 2024 r. polegającej na wyborze oferty Skamex jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
2. odrzucenie oferty Skamex ze względu na niezgodność treści tej oferty z treścią warunków zamówienia;
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu z wyłączeniem odrzuconej oferty Skamex oraz z uwzględnieniem oferty BD;

4. **ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.**

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 15 lipca 2024 r., tj. w dniu opublikowania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Skamex jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Tym samym 5-dniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 509 ustawy Pzp został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwych czynności Zamawiającego, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skamex w Postępowaniu, Wykonawca utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że oferta BD jest zgodna z warunkami zamówienia i najkorzystniejsza w Postępowaniu oraz nie podlega odrzuceniu.

BD wskazuje, że w następstwie ww. czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku Odwołującego.

UZASADNIENIE

1. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY SKAMEX

Wymaganie Zamawiającego – termin ważności przedmiotu zamówienia

Przedmiot zamówienia w ramach Postępowania obejmuje dostawę wyrobów medycznych jednorazowego użytku – strzykawki z solą.

Zgodnie z treścią § 7 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, Zamawiający wymaga:

„2. Termin ważności przedmiotu Umowy nie może upływać wcześniej niż w terminie 12 miesięcy od dnia jego wydania Zamawiającemu, a dostawy przedmiotu Umowy z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo pisemną zgodę na taką dostawę musi wyrazić Kierownik Apteki.”

Na etapie wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) nie zmieniono tego postanowienia, również żaden z wykonawców nie zadał pytania o odstąpienie od wymogu **12-miesięcznego terminu ważności przedmiotu umowy od dnia jego wydania Zamawiającemu**.

Zamawiający w poz. 1 Formularza oferty wymagał zaoferowania strzykawki do przepłukiwania, napełnionej fabrycznie roztw. 0,9% NaCl o objętości 10 ml – Sterylnej wewnątrz o następujących parametrach:

„Strzykawka Luer Lock posiadająca nagwintowany (lub odkręcający się) korek zamykający (lub zabezpieczający) wejście do strzykawki. Specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks) – potwierdzenie na karcie charakterystyki produktu (lub innym dokumencie dopuszczającym produkt). Klasa IIb lub III Objętość 10 ml – Sterylna wewnątrz.”

Skamex w ramach złożonej oferty w poz. 1 zaoferował strzykawkę do przepłukiwania producenta Praxiject SP o numerze katalogowym 3705-3:

Lp	Przedmiot zamówienia	Opis przedmiotu zamówienia	Numer katalogowy	Nazwa handlowa	Klasa wyrobu medycznego	KOD EAN/GTIN
1	Strzykawka do przepłukiwania, napełniona fabrycznie roztw. 0,9% NaCl Objętość 10 ml – Sterylna wewnątrz.	Strzykawka Luer Lock posiadająca nagwintowany (lub odkręcający się) korek zamykający (lub zabezpieczający) wejście do strzykawki. Specjalna budowa tłoka eliminująca zwrotny napływ krwi do cewnika (zerowy refluks) – potwierdzenie na karcie charakterystyki produktu (lub innym dokumencie dopuszczającym produkt). Klasa IIb lub III Objętość 10 ml – Sterylna wewnątrz.	3705-3	Praxiject SP	IIb	(01)30882688005081

Wykonawca Skamex wraz z ofertą złożył następujące dokumenty, wymagane przez Zamawiającego, dotyczące zaoferowanych produktów:

- 1) Deklaracja zgodności;
- 2) CE;
- 3) Karty katalogowe zaoferowanych produktów.

Odwołujący wskazuje, że przedłożone przez Skamex dokumenty nie zawierają informacji w zakresie terminu przydatności do użycia.

Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy, Skamex uwzględniając wymogi Zamawiającego, w ramach asortymentu producenta MedXL, tylko jedynie produkt o numerze katalogowym 3705-3 spełnia wymagania Zamawiającego, w szczególności wymóg w zakresie sterylności tylko wewnątrz produktu. Oznacza to, że Skamex nie mógłby zaoferować produktu o innym symbolu (numerze katalogowym).

Powyższe potwierdza dokument z dnia 27 lutego 2024 r. wydany przez amerykańską instytucję rządową FDA tj. Agencję ds. Żywności i leków, która zajmuje się m.in. kontrolą i rejestracją leków oraz urządzeń medycznych stosowanych w medycynie.

Odwołujący wyjaśnia, że w ww. dokument FDA zawiera szczegółowe parametry Praxijet SP 0,9% NaCl, które potwierdzają wymagania Zamawiającego.

DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES Food and Drug Administration Indications for Use	Form Approved: OMB No. 0910-0120 Expiration Date: 07/31/2026 See PRA Statement below.
510(k) Number (if known) K233623	
Device Name Praxijet™ SP 0.9% NaCl	
Indications for Use (Describe) For vascular access devices flushing only. Sterile fluid path only. Not for use on a sterile field.	

Tłumaczenie:

Departament Zdrowia i Usług Społecznych Agencja Żywności i Leków Zastosowanie	Formularz zatwierdzony: nr OMB 0910-0120 Data ważności 31.07.2026 r. Patrz oświadczenie PRA poniżej
Numer 510(k) (jeżeli znany) K233623	
Nazwa wyrobu Praxijet™ SP 0,9% NaCl	
Zastosowanie (opisać) Wyłącznie do przepłukiwania wyrobów dostępu naczyniowego. Tylko sterylna ścieżka płynów. Nie do użycia w polu sterylnym.	

Odwolujący podkreśla, że dokument wydany przez FDA (Food & Drugs Administration) zawiera również szczegółowe porównanie parametrów technologicznych produktu ampułkostrzykawki Praxiject™ SP 0,9% NaCl oraz produktu równoważnego Paxiject 0,9% NaCl (K231754).

FDA w przedmiotowym dokumencie wskazała, że czyli produkt zaoferowany przez Skamex jest podobna do produktu uprzednio wprowadzonego na rynek pod względem przeznaczenia, wskazań do stosowania, podstawowej technologii, zasad działania i charakterystyki działania.

Natomiast istotną różnicą w zakresie obu produktów jest ich termin ważności. Okres przydatności Paxiject 0,9% NaCl (K231754) wynosi 2 lata, natomiast okres przydatności produktu Praxiject SP 0,9% NaCl zaoferowanego przez Skamex wynosi **tylko 1 rok**.



MedXL Inc. | 285 Labrosse, Pointe-Claire (QC), Canada, H9R 1A3
T : +1 514.695.7474 | F : +1 514.695.1511 | www.medxl.com

Device Characteristic	Predicate Device Praxiject™ 0.9% NaCl (K231754)	Subject Device Praxiject™ SP 0.9% NaCl	Comparison Analysis
Indications for Use	The Praxiject™ 0.9% NaCl prefilled syringe with 0.9% Sodium Chloride Injection, USP, is intended only for flushing vascular access devices. May be placed on a sterile field.	For vascular access devices flushing only. Sterile fluid path only. Not for use on a sterile field.	Same indications for use and intended use with explicit labeling to indicate that the subject device is designed to maintain a sterile fluid path only and it is not suitable for use on a sterile field.
Syringe Design	Prefilled plastic piston syringe with Luer lock connection fitting and non-vented, female Luer lock tip cap	Prefilled plastic piston syringe with Luer lock connection fitting and non-vented, female Luer slip tip cap	Different. Luer slip tip cap design and syringe form factor differences. Devices meet the same safety and performance standards.
Syringe Size and Fill Volumes	3 mL in 5 cc syringe 5 mL in 5 cc syringe 3 mL in 10 cc syringe 5 mL in 10 cc syringe 10 mL in 10 cc syringe 20 mL in 20 cc syringe	10 mL in 10 cc syringe	Different. The subject device is supplied only in one syringe size and fill volume, within the range offered with the predicate device.
Fill Volume Graduations	On syringe label	On syringe label	Identical.
Syringe Content (normal saline)	0.9% Sodium Chloride Injection, USP	0.9% Sodium Chloride Injection, USP	Identical.
Non-pyrogenic	Yes	Yes	Identical.
Single Use Only	Yes	Yes	Identical.
Sterile Device	Yes	Sterile Fluid Path Only	Different. The difference in use environment is addressed by labeling and distinct packaging.
Sterilization Method	Terminally sterilized by gamma radiation, 10 ⁻⁶ SAL	Terminally sterilized by gamma radiation, 10 ⁻⁶ SAL	Identical. Validated sterilization process.
Shelf Life	2 years	1 year	Different: Devices meet the same functional, biological safety and stability standards.

Tłumaczenie:



MedXL Inc. | 285 Labrosse, Pointe-Claire (QC), Canada, H9R 1A3
T : +1 514.695.7474 | F : +1 514.695.1511 | www.medxl.com



Charakterystyka wyrobu	Wyrób poprzednio wprowadzony na rynek Praxiject™ 0.9% NaCl (K231754)	Wyrób przedmiotowy Praxiject™ SP 0.9% NaCl	Analiza porównawcza
Przeznaczenie	Ampułkostrzykawka Praxiject™ 0.9% NaCl z 0.9% roztworem chlorku sodu do wstrzykiwań, USP, jest przeznaczona wyłącznie do przepłukiwania urządzeń dostępu naczyniowego. Można stosować w polu sterylnym.	Tylko do przepłukiwania urządzeń dostępu naczyniowego. Tylko sterylna ścieżka płynu. Nie do użytku w polu sterylnym.	Te same wskazania do użytku i przeznaczenie, z wyraźnymi etykietami wskazującymi, że przedmiotowy wyrób jest przeznaczony wyłącznie do utrzymywania sterylnej ścieżki płynu i nie służy do użytku w polu sterylnym.
Konstrukcja strzykawki	Plastikowa ampułkostrzykawka z tłokiem, z łącznikiem Luer lock i żeńską nasadką końcówki Luer lock bez odpowietrznika	Plastikowa ampułkostrzykawka z tłokiem, z łącznikiem Luer lock i żeńską nasadką końcówki Luer slip bez odpowietrznika	Różne. Różnice w konstrukcji nasadki Luer slip i formie strzykawki. Urządzenia spełniają te same standardy bezpieczeństwa i działania.
Rozmiar strzykawki i objętość wypełnienia	3 ml w strzykawce 5 cc 5 ml w strzykawce 5 cc 3 ml w strzykawce 10 cc 5 ml w strzykawce 10 cc 10 ml w strzykawce 10 cc 20 ml w strzykawce 20 cc	10 ml w strzykawce 10 cc	Różny. Wyrób przedmiotowy jest dostarczany tylko w jednym rozmiarze strzykawki i objętości wypełnienia, w zakresie oferowanym w urządzeniu uprzednio wprowadzonym do obrotu.
Podziałka objętości wypełnienia	Na etykiecie strzykawki	Na etykiecie strzykawki	Identyczne.
Zawartość strzykawki (sól fizjologiczna)	0,9% roztwór chlorku sodu do wstrzykiwań, USP	0,9% roztwór chlorku sodu do wstrzykiwań, USP	Identyczne.
Niepirogenne	Tak	Tak	Identyczne.
Jednorazowego użytku	Tak	Tak	Identyczne.
Wyrób sterylny	Tak	Tylko sterylna ścieżka płynu	Różne. Różnica w środowisku użytkowania została oznakowana na etykietach i odrębnych opakowaniach.
Metoda sterylizacji	Finalna sterylizacja promieniowaniem gamma, 10 ⁻⁶ SAL	Finalna sterylizacja promieniowaniem gamma, 10 ⁻⁶ SAL	Identyczne. Zwalidowany proces sterylizacji.
Okres przydatności	2 lata	1 rok	Różne: Urządzenia spełniają te same normy funkcjonalne, bezpieczeństwa biologicznego i stabilności.

Powyższe oznacza, że Skamex zaoferował w przedmiotowym Postępowaniu produkt, który nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego tj. **nie jest w stanie dostarczyć produktu z okresem ważności min. 12 miesięcy od dnia doręczenia produktu do Zamawiającego.**

Odwołujący wyjaśnia, że producent MedXL, którego strzykawki zaoferował Skamex jest to spółka kanadyjska i według wiedzy BD zakład produkcyjny MedXL znajduje się w Kanadzie. Tak więc, w sytuacji, jeżeli ważność asortymentu wynosi 12 miesięcy należy doliczyć czas transportu, odpraw

celnych itp. Oznacza to, że finalnie Zamawiający może otrzymać produkt, którego ważność wynosi zaledwie ok. 10 miesięcy.

Odwołujący zwraca również uwagę na fakt, że Skamex w pkt. 3.5 treści oferty złożył oświadczenie, że zapoznał się z projektowanymi postanowieniami umowy i zobowiązał się, że w przypadku wyboru jego oferty zawrze umowę na warunkach określonych w umowie:

Numer referencyjny postępowania: DZP/100/2024

3.5 zapoznaliśmy się z projektowanymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostały zawarte w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy na zawartych tam warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,

Oznacza to, że Skamex składając ofertę, miał świadomość, że w ramach niniejszego Postępowania powinien zaoferować produkty o terminie ważności co najmniej 12-miesięcy od dnia ich otrzymania przez Zamawiającego.

Niezgodność treści oferty Skamex z treścią SWZ oraz nieusuwalność popełnionego błędu

Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2023 r. KIO 2009/23).

Zaoferowanie przez Skamex produktu, którego termin przydatności jest krótszy niż 12 miesięcy od otrzymania przez Zamawiającego, stanowi zatem nieusuwalny błąd. Oznacza bowiem złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

Nie można także poprawić oferty Skamex w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do oferty symbolu innego produktu, gdyż wiązałoby się to z istotną zmianą treści tej oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych produktów stanowi treść oferty oraz deklarację późniejszej dostawy.

Przy czym zwracamy uwagę, że Zamawiający nie może na tym etapie Postępowania, a więc po upływie terminu składania ofert, modyfikować swoich istotnych wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Takim wymogiem jest m.in. oczekiwanie, które Zamawiający jednoznacznie wskazał w pkt 1 załącznika nr 2 do SWZ w odniesieniu do zadania 8 (formularz cenowy).

Zmiana ww. wymagania dokonana przykładowo na etapie procedury odwoławczej oznaczałaby naruszenie przez Zamawiającego artykułu 137 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.”

Z treści przywołanego przepisu wynika możliwość zmiany SWZ jedynie w uzasadnionych przypadkach i to tylko przed upływem terminu składania ofert. Aktualnie brak jest zatem możliwości zmiany SWZ w ww. zakresie.

Doktryna i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej prezentują jednolity pogląd w zakresie wykładni i stosowania ww. przepisu.

„Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

(H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. UZP Warszawa 2021)

Także orzecznictwo prezentuje tożsamy pogląd. Celem przykładu można przywołać choćby wyrok KIO z dnia 2 września 2021 r. r., sygn. akt KIO 2159/21, w którym wskazano, że:

„1. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający określa warunki zamówienia w SWZ. W tym zakresie zastosowanie ma, w szczególności, przepis art. 99 ust. 1 ww. ustawy stanowiący o tym, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Korelacją obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jest obowiązek wykonawcy przygotowania swojej oferty w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ, a więc określenie swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Sposób określenia takiego świadczenia co do zasady winien wynikać z postanowień SWZ. Na etapie publikacji SWZ wykonawcy mają prawo kwestionować niejednoznaczne postanowienia SWZ również w kwestii sposobu określenia wymaganego przedmiotu świadczenia.”

W innych jeszcze swoich wyrokach Izba wielokrotnie potwierdzała powyższe, m.in. w wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3536/21:

„Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego.”

Obok powyższego, wskazać należy także, że ewentualne wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty, nie mogą doprowadzić do zmiany jej treści, czy niedozwolonej konwalidacji oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie. W tym zakresie także wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, która m.in. w wyroku z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3555/21, wskazała, że:

„Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.”

Niezależnie od powyższego, należy również przypomnieć, że po terminie składania ofert nie jest możliwe i odpuszczalne modyfikowanie lub odstępowanie od warunków zamówienia postawionych w SWZ. Także orzecznictwo KIO potwierdza powyższą tezę m.in. w wyroku z dnia 19 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 621/19 (mimo zmiany przepisów nie traci na aktualności), w którym Izba wskazała wprost, że:

„Nie tylko wykonawcy, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców oraz

przewodzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.”

Podsumowując argumentację zawartą w niniejszym piśmie, należy wskazać, że oferta złożona przez Skamex w Postępowaniu jest niezgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego, a w konsekwencji powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP.

Konieczność odrzucenia oferty Skamex

Zastosowanie dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ:

- a. ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp);
- b. dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie;
- c. tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są umieszczane w SWZ);
- d. a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ

Podobnie orzekała Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach KIO 856/16, KIO 860/16.

Ze względu na powyższe, a także z uwagi na wspomnianą już niemożliwość usunięcia w toku Postępowania błędu popełnionego przez Skamex, czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy, nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Koniecznym jest zatem:

- 1) unieważnienie czynności z dnia 15 lipca 2024 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Skamex

a także

- 2) dokonanie czynności odrzucenia oferty Skamex w Postępowaniu

oraz

- 3) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu z wyłączeniem odrzuconej oferty Skamex oraz z uwzględnieniem oferty BD.

2. NIEZGODNY Z PRZEPISAMI USTAWY PZP WYBÓR OFERY SKAMEX

Zarzuty podniesione w odwołaniu w sposób jednoznaczny wskazują, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Skamex z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Z jednej strony Zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, z drugiej zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na niezgodność z treścią warunków zamówienia.

Obok powyższego, w odniesieniu do zasad wyboru oferty na gruncie przepisów Pzp, przywołać należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w rozstrzygnięciu z dnia 21 kwietnia 2022 r. sygn. KIO 923/22, zgodnie z którym:

„W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) (vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11).”

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W wykonaniu dyspozycji art. 514 ust. 2 ustawy PZP odwołanie w formie elektronicznej zostało w terminie na wniesienie odwołania przekazane Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 7 500 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie dokonania opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 7 500 zł,
- 5) potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu (dot. tylko egzemplarza dla Prezesa KIO).