

Warszawa, dnia 22 marca 2021 r.

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

**Zamawiający:**

**Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach**

KRS: 0000001580

ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce

Tel: +48 41 367 13 39

Faks: +48 41 366 00 14

<http://bip.wszkielce.pl>

E-mail: [zamowienia@wszkielce.pl](mailto:zamowienia@wszkielce.pl)

**Odwołująca:**

**Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

ul. Przasnyska 6B, 01-736 Warszawa

KRS: 0000186273

Tel: 22 350 52 80

Faks: 22 350 52 81

Email: [biuro@molnlycke.com](mailto:biuro@molnlycke.com)

*reprezentowana przez:*

**adw. Michała Wicherskiego**

*z kancelarii:*

Fairfield Flak Luty Kancelaria Prawnicza sp. j.

ul. Wąchocka 1n, 03-934 Warszawa

Tel: (22) 616 41 41

Email: [kancelaria@fairfield.pl](mailto:kancelaria@fairfield.pl)

**ODWOŁANIE**

**OD CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO W POSTĘPOWANIU W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO O  
NAZWIE**

**„DOSTAWA MATERIAŁÓW Z GRUPY OBŁOŻEŃ, JEDNORAZOWYCH ZESTAWÓW OPERACYJNYCH,  
FARTUCHÓW, UBRAŃ CHIRURGICZNYCH, SERWET, PIELUCHOMAJTEK, FOLII CHIRURGICZNYCH ITP. DLA  
POTRZEB WOJEWÓDZKIEGO SZPITALA ZESPOLONEGO W KIELCACH”,**

**NUMER REFERENCYJNY: EZ/ZP/211/2020/EK,**

**PAKIET NR 13,**

**NUMER OGŁOSZENIA W DZIENNIKU URZĘDOWYM UE: 2020/S 252-635152, (DALEJ „POSTĘPOWANIE”)**

Działając w imieniu spółki Mölnlycke Health Care Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „Mölnlycke”, „Spółka”, „Odwołująca”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które przesyłam wraz z odwołaniem, na podstawie art. 513 i n. Ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”) niniejszym składam odwołanie od następujących czynności Zamawiającego w ramach Postępowania:

1. bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującą w zakresie Pakietu 13, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP2004”) w wyniku błędnej jej oceny, skutkującej stwierdzeniem, że oferta ta jest niezgodna z wymogami określonymi w Załączniku nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) (Pakiet 13, poz. 1, 2 i 3), **podczas gdy niezgodności z SIWZ o których mowa w piśmie odrzucającym ofertę faktycznie nie zachodzą, a oferta Spółki oraz dodatkowe dokumenty złożone przez Spółkę w toku Postępowania jednoznacznie potwierdzają zgodność oferty z SIWZ, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.**
2. bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującą w zakresie Pakietu 13, jako niezgodnej z SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004, na skutek nieprawidłowej i nieudokumentowanej oceny próbek oferowanych produktów, które ponadto zostały zebrane przez Zamawiającego od Odwołującej niezgodnie z warunkami SIWZ, oraz zaniechania wezwania Odwołującej do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do zgodności tych produktów z SIWZ, **podczas gdy:**
  - a. jak wynika z treści SIWZ „Część I - wytyczne dla wykonawcy” pkt. 7, Zamawiający był uprawniony do wezwania do złożenia próbek tylko w sytuacji, gdy dany wykonawca oferował rozwiązania równoważne w stosunku do wymagań określonych w SIWZ. Oferta Spółki nie obejmowała żadnych rozwiązań równoważnych, lecz wyłącznie rozwiązania wprost zgodne z wymogami SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od Spółki próbek jakichkolwiek produktów ofertowanych przez Odwołującą ani badania tych próbek, a ocena oferty Spółki powinna być dokonana wyłącznie na podstawie jej treści oraz treści dodatkowych dokumentów i wyjaśnień, złożonych przez Odwołującą na wezwanie Zamawiającego – które jednoznacznie potwierdzają zgodność oferty Spółki z SIWZ;
  - b. niezależnie od powyższego, procedura oceny próbek złożonych przez Spółkę nie została w żaden sposób udokumentowana. Zamawiający udostępnił Spółce wyłącznie protokół badania próbek przez innego wykonawcę (konkurenta Spółki), którego treść została przekopiowana literalnie do informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Spółki. Rodzi to domniemanie, że Zamawiający nie przeprowadził oceny próbek samodzielnie, lecz oparł się wyłącznie na piśmie konkurenta rynkowego Spółki, który ma oczywisty interes w odrzuceniu oferty Spółki;
  - c. dokumenty złożone przez Spółkę w toku postępowania jednoznacznie potwierdziły, że oferowane produkty cechują się parametrami wymaganymi przez SIWZ. Rzekome niezgodności próbek w stosunku do wymogów z SIWZ są więc najprawdopodobniej efektem nieprawidłowego procesu badania tych próbek. Powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości

w zakresie zgodności próbek powinno skutkować żądaniem złożenia wyjaśnień przez Spółkę, czego Zamawiający zaniechał;

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 25 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.

3. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej w zakresie Pakietu 13, w oparciu o treść pisma spółki Paul Hartmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach (dalej „Paul Hartmann”), zatytułowanego „Informacja po dokonaniu analizy ofert”, **podczas gdy** Zamawiający winien był oprzeć swoje ustalenia na podstawie oferty Odwołującej oraz ewentualnych wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Odwołującą zgodnie z SIWZ, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.
4. dokonanie wyboru oferty Paul Hartmann w zakresie Pakietu 13 z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, ze względu na fakt, że Paul Hartmann nie został wezwany do przedstawienia próbek, a oceny jego oferty dokonano wyłącznie na podstawie jej treści, **podczas gdy** Odwołująca została bezpodstawnie wezwana do przedstawienia próbek, a ocenę jej oferty przeprowadzono opierając się na złożonych próbkach, a nie na treści samej oferty, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.
5. naruszenie zasady jawności postępowania, poprzez przeprowadzenie oceny dostarczonych przez Odwołującą próbek oferowanych wyrobów w sposób, który nie pozwala na jakąkolwiek weryfikację tej oceny, albowiem z oceny próbek nie pozostał żaden dokument, Zamawiający nie żądał od Odwołującej złożenia dodatkowych dokumentów lub wyjaśnień w związku z tą oceną, a ponadto treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującej jest zbieżna z treścią pisma ze spółki Paul Hartmann zatytułowanego „Informacja po dokonaniu analizy ofert”, co oznacza, że proces oceny dostarczonych próbek jest całkowicie nieznaną Odwołującej i budzi poważne wątpliwości co do rzetelności, co stanowi naruszenie art.7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.
6. dokonanie wyboru oferty spółki Paul Hartmann w zakresie Pakietu 13 jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, **podczas gdy** wybór ten został dokonany ze względu na bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej, która to oferta była ofertą korzystniejszą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, gdyż oferowana przez Odwołującą cena była o 141 835 zł niższa niż oferta spółki Paul Hartmann, a kryterium cenowe stanowiło 60% możliwych do uzyskania punktów przy ocenie ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 PZP2004, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 13 Postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującej w zakresie Pakietu 13 Postępowania,
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert w zakresie Pakietu 13 Postępowania,

3. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietu 13 Postępowania.

Ponadto wnoszę o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone w toku postępowania odwoławczego, oraz
2. wyłączenie, na podstawie art. 545 ust. 2 PZP, jawności rozprawy w całości, ze względu na fakt, że podstawowym materiałem dowodowym przedłożonym przez Odwołującą są karty produktów oferowanych w postępowaniu, które nie były składane w samym postępowaniu, a informacje znajdujące się na tych kartach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującej, w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 6 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ZNKU”),
3. ograniczenie powstałym stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego – w tym w szczególności spółce Paul Hartmann – w przypadku jej przystąpienia do postępowania odwoławczego, na podstawie art. 545 ust. 3 PZP, prawa wglądu do załączonych do niniejszego odwołania kart produktów, albowiem informacje znajdujące się w treści tych kart stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującej, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ZNKU.
4. zasądzenie przez Izbę zwrotu kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującej, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocników, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującą na rozprawie.

## UZASADNIENIE

1. **Przebieg postępowania.** Ogłoszenie o prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materiałów z grupy obłożeń, jednorazowych zestawów operacyjnych, fartuchów, ubrań chirurgicznych, serwet, pieluchomajtek, folii chirurgicznych itp. dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Kielcach”, nr referencyjny postępowania EZ/ZP/211/2020/EK, zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 252-635152. Przedmiot zamówienia podzielony jest na 23 części (pakiety). Niniejsze odwołanie dotyczy pakietu nr 13 obejmującego, zgodnie z opisem zamówienia „zestawy do zabiegów by pass, zestawy ortopedyczne, zestawy uniwersalne” (dalej „Zestawy”). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający wymagania Zamawiającego zawarty jest w załączniku nr 2 do SIWZ – formularz asortymentowo – cenowy (dalej: „FAC”).

Pismem z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia dokumentów o których mowa w pkt. 15, w tym m. in. do złożenia dokumentów na potwierdzenie, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołująca w terminie przedłożyła całość wymaganej dokumentacji, w tym m. in. Katalog dotyczący oferowanych Zestawów (dalej „Katalog”), w którego jednoznacznie wynikało, że oferowane produkty są w pełni zgodne wymogami określonymi w SIWZ. Zamawiający nie wzywał Odwołującej do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Pismem z dnia 22 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do przedłożenia próbek oferowanych w pakiecie nr 13 produktów. Zamawiający nie wyjaśniał przy tym jakie wątpliwości wywołała oferta Odwołującej, ani jaka była przyczyna żądania przedłożenia próbek. Pomimo tego, Odwołująca dostarczyła Zamawiającemu próbki. Zamawiający nie wzywał Odwołującej do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów dotyczących złożonych próbek.

W dokumencie – „*Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej*” z dnia 11 marca 2021 r., Zamawiający poinformował m.in. o:

- złożeniu w ramach Pakietu nr 13 ofert przez dwóch wykonawców, tj. Odwołującej, oraz spółki Paul Hartmann,
- ocenie jako najkorzystniejszej oferty spółki Paul Hartmann,
- odrzuceniu oferty Odwołującej, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004.

**2. Zachowanie terminu na złożenie Odwołania.** Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 11 marca 2021 r., w związku z czym należy uznać, iż niniejsze odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu. Jednocześnie Odwołująca wskazuje, że termin wniesienia odwołania upływał w dniu 21 marca 2021 r., tj. w niedzielę – dzień ustawowo wolny od pracy. Wedle treści art. 509 ust. 2 PZP *jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy* – w tym wypadku w poniedziałek 22 marca 2021. Szacunkowa wartość Postępowania przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP2004 r. w związku z czym termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni.

**3. Interes Odwołującej.** Odwołująca ma bezsprzeczny interes we wniesieniu odwołania, bowiem jego uwzględnienie powinno skutkować wyborem jej oferty jako najkorzystniejszej. Należy zwrócić uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu, co do pakietu 13 wskazano następujące kryteria udzielenia zamówienia: cena – 60%, termin realizacji zamówienia – 20%, termin płatności faktury – 20%. Cena zaoferowana przez Mölnlycke była o 141 835 zł, niższa niż oferta Paul Hartmann – a to oznacza, że w przypadku nieodrzczenia oferty Mölnlycke, jako najkorzystniejsza powinna być wybrana właśnie ta oferta.

Odwołująca ponosi realną szkodę w związku z nieprawidłowym rozstrzygnięciem postępowania ponieważ utraciła możliwość realizacji zamówienia i uzyskiwania przychodów z tego zamówienia, w sytuacji w której to jej oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

**4. Niezasadne odrzucenie oferty Mölnlycke na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004 :**

**4.1. Błędna ocena Zamawiającego co do niezgodności oferty z wymogami SIWZ**

Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Mölnlycke jako niezgodną w wymogami SIWZ, podczas gdy oferta Spółki spełniała te wymogi. Treść oferty wskazuje, że nie zachodziło żadne z wymienionych w

piśmie z 11 marca 2021 r. odstępstw od wymogów SIWZ. Znajduje to także potwierdzenie w złożonych w Postępowaniu katalogach oferowanych Zestawów oraz w załączonych do niniejszego odwołania kartach produktów.

Aby szczegółowo odnieść się do zarzutów formułowanych przez Zamawiającego wobec zaoferowanych produktów należy zestawić treść wymogów z SIWZ, których oferta Mölnlycke miała nie spełniać, z treścią Katalogu oraz kart produktów. I tak:

- w odniesieniu do pozycji z nr 1 FAC – zestawu do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby w skład zestawu wchodziła *1x serweta na stół instrumentarium 240 cm x 140-150 cm wykonana z foliowo-włókninowego laminatu o gramaturze  $\geq 90$  g/m<sup>2</sup> złożonego z warstwy polietylenowej folii i wzmocnienia min 75cm x 190 cm (owinięcie zestawu).*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. W skład tego zestawu wchodziła zaś m. in. *1 x serweta na stół instrumentarium 240 cm x 150 cm wykonana z foliowo-włókninowego laminatu o gramaturze  $\geq 90$  g/m<sup>2</sup> złożonego z warstwy polietylenowej folii i wzmocnienia 75cm x 190cm. (owinięcie zestawu).*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- ponadto, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby w skład zestawu wchodziła *1 x serweta na stół Mayo 80 cm x 145 cm o gramaturze  $\geq 90$  g/m<sup>2</sup>, chłonna wykonana z folii polietylenowej, składana teleskopowo, szerokość wzmocnienia min 60 cm x 145cm, wzmocnienie wykonane z chłonnej włókniny polipropylenowej o chłonności min. 135 ml/m<sup>2</sup>*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. W skład tego zestawu wchodziła *1 x serweta na stół Mayo 80 cm x 145 cm o gramaturze  $\geq 90$  g/m<sup>2</sup>, chłonna wykonana z folii polietylenowej, składana teleskopowo, szerokość wzmocnienia 60 cm x 145cm, wzmocnienie wykonane z chłonnej włókniny polipropylenowej o chłonności 135 ml/m<sup>2</sup>.*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog .

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- ponadto, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby w skład zestawu wchodziła *1 x serweta dwuwarstwowa 200x 260cm +/-1 cm z przylepnym otworem U 20 x 95 cm, padem chłonnym 100 x 170 cm przy wycięciu. Zintegrowana osłona na krocze.*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. W skład tego zestawu wchodziła *1 x serweta dwuwarstwowa 200 cm x 260cm z przylepnym otworem U 20 x 95 cm, padem chłonnym 100 x 170 cm przy wycięciu. Zintegrowana osłona na krocze*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- ponadto, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby w skład zestawu wchodził *2 x uchwyt typu rzep 2 x 23 cm.*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. W skład tego zestawu wchodził *2 x uchwyt typu rzep 2 x 23 cm.*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- ponadto, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby w skład zestawu wchodziła *1 x strzykawka 10 ml, 3 częściowa, luer-lock .*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. W skład tego zestawu wchodził *1 x strzykawka 10 ml, 3 częściowa, luer-lock.*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- ponadto, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby *na zestawie, w papierze krepowym znajdowała się 1 x Serweta dwuwarstwowa 150 x 100 cm z*

*decentralnym przylepnym otworem o średnicy 10 cm. Wokół otworu wkomponowana przezroczysta wstawka z folii PE w rozmiarze 40 x 40 cm umożliwiająca monitorowanie okolicy wklucia . Na długości 47 cm od krawędzi krótszego górnego boku serwety do krawędzi otworu perforowana warstwa umożliwiająca bezpieczne usunięcie serwety przy obecności założonego cewnika.*

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. Zgodnie z opisem *na zestawie, w papierze krepowym* znajdowała się 1 x *Serweta dwuwarstwowa 150 x 100 cm z decentralnym przylepnym otworem o średnicy 10 cm. Wokół otworu wkomponowana przezroczysta wstawka z folii PE w rozmiarze 40 x 40 cm umożliwiająca monitorowanie okolicy wklucia . Na długości 47 cm od krawędzi krótszego górnego boku serwety do krawędzi otworu perforowana warstwa umożliwiająca bezpieczne usunięcie serwety przy obecności założonego cewnika*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- dotatkowo, w pozycji z nr 1 FAC – zestaw do operacji By-Pass, Zamawiający wymagał, aby na opakowaniu znajdowały się min. 4 odklejane etykiety z numerem serii, datą ważności produktu oraz nazwą producenta,

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do operacji By-Pass o numerze katalogowym 97117031. Na opakowaniu tego zestawu, zgodnie z ofertą znajdują się *minimum cztery samoprzylepne etykiety z nr katalogowym, datą ważności i numerem serii służąca do archiwizacji danych oraz nazwą producenta.*

Dowód: karta produktu nr kat. 97117031, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- w odniesieniu do pozycji z nr 2 FAC – zestaw kardiochirurgiczny – ortopedyczny, Zamawiający wymagał w składzie zestawu 1 x serweta dwuwarstwowa 225 x 280 z przylepnym wycięciem U 10 x 95 i padem chłonnym. Dodatkowo, odpowiedziami na pytania z dnia 20 stycznia 2021 r. dopuścił serwetę w rozmiarze 200 x 290 cm z samoprzylepnym wycięciem U (7 x 102cm), 3 warstwową wzmocnioną folią PE.

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do kardiochirurgii o numerze katalogowym 97116716. W skład tego zestawu wychodziło 1 x *Obłożenie*



*chirurgiczne 200x290cm, samoprzylepne wycięcie U 7x102cm, 3 warstwowe wzmocnione folią PE, a w strefie krytycznej dodatkowy pad chłonny 70x 100cm.*

Dowód: karta produktu nr kat. 97116716, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

- w odniesieniu do pozycji z nr 3 FAC – zestaw kardiochirurgiczny – uniwersalny, Zamawiający wymagał w składzie zestawu 1 x serweta dwuwarstwowa przylepna 250 x 170 cm. Dodatkowo, odpowiedziami na pytania z dnia 20 stycznia 2021 r. dopuścił 1 x serweta 240 x 175 cm z taśmą samoprzylepną, wzmocniona 3 warstwowa wzmocniona folią PE.

W swojej ofercie (w Katalogu) Odwołująca zaproponowała zestaw do kardiochirurgii – uniwersalny o numerze katalogowym 97116714. W skład tego zestawu wychodziła 1 x Serweta operacyjna 240x175cm z taśmą samoprzylepną, wzmocniona 3-warstwowa wzmocniona folią PE.

Dowód: karta produktu nr kat. 97116714, oferta Odwołującej – Katalog.

**Z powyższego wynika, że oferta Mölnlycke jest zgodna z wyżej cytowanym wymogiem SIWZ.**

Przedstawione wyżej zestawienie jasno wskazuje, że nie może być mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Odwołującej z wymogami SIWZ. Żaden z podnoszonych przez Zamawiającego, w piśmie z 11 marca 2021 r., zarzutów nie znajduje oparcia w treści oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującej wskazując jako podstawę odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Cytowany przepis koreluje z przepisem art. 82 ust. 3 PZP2004, zgodnie z którym „treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. W piśmiennictwie wyjaśnia się, że „ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy. W konsekwencji tej zgodności, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> M. Jaworska, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2020

Złożone Zamawiającemu dokumenty potwierdzały, że oferowane Zestawy spełniały wymogi SIWZ – w szczególności przedłożony, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r., katalog opisywał parametry elementów wchodzących w skład poszczególnych Zestawów w sposób w pełni odpowiadający wymogom Zamawiającego. Dodatkowym potwierdzeniem są z kolei załączone karty produktów.

Odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z wymogami SIWZ stanowi oczywiste naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004, polegające na jego nieuzasadnionym zastosowaniu w sytuacji, gdy zgromadzony w Postępowaniu materiał nie dawał ku temu podstaw.

#### 4.2. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej na skutek zebrania od Odwołującej próbek oferowanych produktów

Pismem z dnia 22 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Mölnlycke do przedłożenia próbek oferowanych w pakiecie nr 13 Zestawów w celu weryfikacji spełnienia wymagań użytkownika. Mölnlycke spełniła to żądanie dostarczając żądane próbki.

W piśmie o ogłoszeniu wyników Postępowania z 11 marca 2021 r. Zamawiający stwierdził, że w trakcie weryfikacji złożonych próbek stwierdzone zostały nieprawidłowości świadczące o niezgodności oferty Spółki z SIWZ.

Z powyższego należy wnioskować, że Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującej nie na podstawie treści samej oferty, ale na podstawie badania próbek (samo przeprowadzenie badania tych próbek także budzi wątpliwości, o czym niżej).

Formułując SIWZ, w Części I „Wytyczne dla Wykonawców”, pkt. 7 „Opis części zamówienia/oferty równoważne”, Zamawiający określił okoliczności w jakich możliwe jest wezwanie wykonawcy do złożenia próbek. Wezwanie takie może mieć miejsce „w przypadku wątpliwości dotyczących spełniania przez oferowany przez Wykonawcę asortyment rozwiązań równoważnych w stosunku do wymagań określonych w SIWZ”.

Jak wyżej opisano, zaproponowane w pakiecie 13 Zestawy w pełni odpowiadają wymogom Zamawiającego. **W żadnym wypadku nie można mówić, że oferta Odwołującej obejmowała rozwiązania równoważne do wymogów.** Także Odwołująca w żadnym miejscu nie sygnalizowała, że oferowany asortyment ma charakter równoważny do wymagań. W powyższej sytuacji nie można mówić, że zaszyły przesłanki do wezwania Wykonawcy do przedstawienia próbek.

Znamienne jest, że w ww. piśmie z dnia 22 lutego 2021 r. Zamawiający cytuje fragment z SIWZ „Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania, na etapie badania i oceny ofert, każdego z Wykonawców do dostarczenia próbek, wykonania testów oraz złożenia dodatkowych dokumentów

poświadczających zgodność oferowanego asortymentu z wymogami SIWZ”, a pomija już wcześniejsze zdanie w którym określone zostało, że żądanie takie dopuszczalne jest tylko w odniesieniu do oferowania rozwiązań równoważnych.

Pomimo braku podstaw żądania, Mölnlycke, działając w dobrej wierze, przedstawiła Zamawiającemu oczekiwane próbki. **Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający, odrzucając ofertę Mölnlycke, oparł się na materiale którego nie miał prawa zebrać, zamiast na treści oferty.** Jak wynika z treści art. 25 ust. 1 PZP2004 „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” oraz właściwe dokumenty i oświadczenia „zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”. Z cytowanego przepisu wynika więc, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od Spółki przedstawienia próbek, a tym bardziej nie mógł – na podstawie badania tych próbek, odrzucić jej oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „zamawiający nie może oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SIWZ”<sup>2</sup>.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty i jej zgodności z SIWZ to powinien był wezwać Odwołującą do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co stanowi jego obowiązek na podstawie art. 26 ust. 1 PZP2004. Zamawiający zaniechał dopełnienia tego obowiązku, zamiast tego odrzucając ofertę Odwołującej.

Z powyższego względu, odrzucenie oferty na podstawie „weryfikacji złożonych próbek” należy uznać za niedopuszczalne i dokonane z naruszeniem art. 25 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP2004. Naruszenie to miało niewątpliwy wpływ na treść rozstrzygnięcia, gdyż w przypadku niewzwania Odwołującej do złożenia próbek, nieuwzględnienia ich w procesie oceny ofert oraz ewentualnego wezwania Odwołującej do złożenia dodatkowych wyjaśnień oferta Mölnlycke, jako zgodna z wymogami Postępowania, zostałaby wybrana jako korzystniejsza.

#### 4.3. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującej w oparciu o treść pisma spółki Paul Hartmann

Wątpliwości Odwołującej budzi także sama weryfikacja próbek, o której mowa z piśmie Zamawiającego z dnia 11 marca 2021 r.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w toku Postępowania spółka Paul Hartmann złożyła Zamawiającemu pismo zatytułowane „Informacja po dokonaniu analizy ofert”. Z treści tego pisma wynika, że spółka Paul Hartmann zapoznała się z całą złożoną w ramach Postępowania, przez Odwołującą, dokumentacją, a także z próbkami o których wyżej.

<sup>2</sup> Wyrok KIO dnia 07 października 2020, sygn. 2093/20.

W swoim piśmie spółka Paul Hartmann wywodzi, że oferta Mölnlycke jest niezgodna z warunkami określonymi w SIWZ co do Pakietu 13, oraz wyraźnie wskazuje, że przeprowadziła weryfikację złożonych próbek.

Po skonfrontowaniu treści pisma spółki Paul Hartmann oraz uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującej zwraca uwagę przede wszystkim to, że twierdzenia Zamawiającego co do nieprawidłowości stwierdzonych w wyniku weryfikacji są nieomal co do słowa identyczne z treścią analogicznych twierdzeń z pisma spółki Paul Hartmann. Wszystkie „nieprawidłowości” wymienione w piśmie Zamawiającego z dnia 11 marca 2021 r. powtarzają się w piśmie spółki Paul Hartmann. W takiej sytuacji rodzą się poważne wątpliwości czy Zamawiający faktycznie dokonał, jak twierdzi, weryfikacji przedłożonych próbek, czy też oparł się wyłącznie na treści pisma Paul Hartmann. Wątpliwość ta jest tym bardziej zasadna, jeśli wziąć pod uwagę, że nic nie jest wiadomo w jaki sposób odbyła się wspomniana weryfikacja (o czym niżej).

Jeżeli Zamawiający, dokonując oceny ofert powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do oferty Mölnlycke to powinien skorzystać z uprawnienia jakie dawał mu art. 87 ust. 1 PZP2004 i zwrócić się o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Działania takiego po stronie Zamawiającego jednak zabrakło.

Uwzględnwszy wymienione okoliczności, tj. informację o weryfikacji próbek przez spółkę Paul Hartmann, całkowitą treściową zbieżność wyników „weryfikacji” próbek przeprowadzonej przez Paul Hartmann oraz Zamawiającego, brak jakichkolwiek informacji o sposobie w jaki miała być przeprowadzona ta weryfikacja oraz brak zwrócenia się do Odwołującej o wyjaśnienia co do treści oferty, jak również podnoszoną wyżej zgodność oferty Spółki z wymogami SIWZ, można zasadnie stwierdzić, że Zamawiający oparł swoją ocenę na ww. piśmie spółki Paul Hartmann.

Powyższe działanie jest niezgodne z przepisami PZP2004 i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy. Naruszenie to miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż oparcie się na treści pisma spółki Paul Hartmann zaburzyło proces oceny oferty Odwołującej, prowadząc ostatecznie do jej odrzucenia.

## 5. Naruszenie zasady jawności postępowania

W przekonaniu Odwołującej weryfikacja próbek o której mowa w piśmie Zamawiającego z 11 marca 2021 r. budzi wątpliwości także z punktu widzenia zasady jawności postępowania. W ocenie Odwołującej nakreślony sposób procedowania Zamawiającego narusza zasadę określoną w art. 8 PZP2004.

Po dokonanej weryfikacji nie ostał się bowiem żaden ślad, nie wiadomo kto i w jaki sposób ocenił próbki dostarczone przez Odwołującą, nie wiadomo czy przeprowadzono pomiary elementów

oferowanych Zestawów. Brak transparentności budzi wątpliwości tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę, że opisaną wyżej zbieżność rozstrzygnięcia Zamawiającego z pismem złożonym przez spółkę Paul Hartmann jak również faktyczną zgodność oferty Mölnlycke z SIWZ.

Powyższa sytuacja rodzi obawę, że weryfikacji o której mowa w piśmie Zamawiającego z 11 marca 2021 r. nie przeprowadzono wcale i oparto się wyłącznie na treści pisma Paul Hartmann, a samo odrzucenie oferty Odwołującej i wybór oferty Paul Hartmann miało arbitralny charakter.

## 6. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

W przekonaniu Odwołującej opisane wyżej postępowanie Zamawiającego, polegające bezpodstawnym na wezwaniu Spółki do złożenia próbek, podczas gdy spółka Paul Hartmann do złożenia takich próbek nie została wezwana, a także oparcie oceny oferty Spółki na podstawie dokumentu wystawionego przez konkurenta świadczy także o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 PZP2004.

Odwołującej nie jest wiadome dlaczego została wezwana do złożenia próbek i czym kierował się Zamawiający formułując takie wezwanie. Jest to tym bardziej rażące, że wezwanie dotyczyło wyłącznie Odwołującej – z jakiejś do oceny oferty spółki Paul Hartmann Zamawiający nie potrzebował próbek. Następnie zaś Paul Hartmann na własną rękę dokonał oceny próbek złożonych przez Odwołującą, czego efektem było pismo tej spółki „Informacja po dokonaniu analizy ofert”.

Zdaniem Odwołującej taki sposób postępowania – stawianie tylko jednemu oferentowi dodatkowych, nieuzasadnionych wymogów oraz faktyczne badanie oferty Spółki przez konkurenta świadczy o tym, że postępowanie nie było prowadzone w zapewniający równe traktowanie w Postępowaniu.

Pomijając kwestię bezzasadności wezwania, jeżeli Zamawiający uznał, że potrzebuje otrzymać próbki oferowanych Zestawów, to winien zażądać ich od wszystkich uczestników Postępowania. Nie do pomyślenia, z perspektywy zasady równego traktowania jest także sytuacja w której złożone próbki bada konkurent, a następnie na podstawie jego oceny Zamawiający podejmuje rozstrzygnięcie.

W powyższych okolicznościach zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP2004 wydaje się być w pełni uzasadniony.

## 7. Dokonanie wyboru oferty spółki Paul Hartmann jako oferty najkorzystniejszej

Jak wyżej wywodzi Odwołująca, odrzucenie jej oferty przez zamawiającego było całkowicie bezpodstawne i zostało dokonane z naruszeniem przepisów PZP2004. W przypadku gdyby Zamawiający nie dopuścił się wspomnianych naruszeń to, bazując na określonych przez niego kryteriach wyboru, musiałby wybrać ofertę spółki Mölnlycke jako najkorzystniejszą. Zgodnie z treścią

ogłoszenia o zamówieniu, kryteriami udzielenia zamówienia były: termin realizacji zamówienia, termin płatności faktury oraz cena. Z wymienionych kryteriów to cena miała najwyższą wagę, bo aż 60/100 pkt.

Zaproponowana przez Odwołującą cena była znacznie niższa niż w ofercie konkurencji – spółki Paul Hartmann, różnica wynosiła aż 141 835 zł (337 500,00 zł w ofercie Mölnlycke, wobec 479 335,00 zł w ofercie Paul Hartmann).

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 PZP2004, oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 PZP2004).

Na skutek bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującej zamawiający faktycznie pozbawił się możliwości wyboru oferty zdecydowanie najkorzystniejszej. Jak wyżej podkreślano, oferta zamawiającego była zgodna z SIWZ, a także znacznie bardziej korzystna cenowo. Niewybranie tej oferty, na skutek innych opisanych uchybień Zamawiającego, stanowi naruszenie zasady dot. wyboru oferty najkorzystniejszej, określonej przepisami PZP2004.

## 8. Podsumowanie

W ocenie Odwołującej wymienione wyżej uchybienia uzasadniają unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty spółki Mölnlycke.

Dokumenty złożone w postępowaniu, oraz załączone karty produktów jasno wskazują na zgodność oferty Odwołującej z wymogami SIWZ.

Biorąc pod uwagę treść ofert na zamówienie publiczne dot. Pakietu nr 13 jest jasne, że gdyby nie doszło do zarzucanych Zamawiającemu uchybień to rozstrzygnięcie Postępowania byłoby inne i to oferta Mölnlycke zostałaby uznana za najbardziej korzystną.

Ze względu na powyższe wnoszę i wywodzę jak w *petitum*.

adu.   
Adwokat Michał Wicherski

**Załączniki:**

1. dokumenty potwierdzające powołanie pana Krzysztofa Kurp na stanowisko prokurenta samoistnego w Spółce, wraz z opłatą skarbową
  - a. protokół nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. z dnia 28 stycznia 2021 r. , wraz z uchwałą o powołaniu pani Ellen Arts do Zarządu na stanowisko Prezesa,
  - b. oświadczenie pani Ellen Arts o wyrażeniu zgody na powołanie do Zarządu,
  - c. protokół posiedzenia Zarządu Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o., z dnia 29 stycznia 2021 r., w przedmiocie odwołania prokury udzielonej pani Joannie Kopeć oraz udzielenia prokury samoistnej Romanowi Malinowskiemu oraz Krzysztofowi Kurp, wraz z odpowiednimi uchwałami Zarządu,
  - d. oświadczenie Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o., z dnia 29 stycznia 2021 r., o udzieleniu prokury panu Krzysztofowi Kurp z potwierdzeniem doręczenia oświadczenia,
  - e. oświadczenie pana Krzysztofa Kurp, z dnia 29 stycznia 2021 r., o wyrażeniu zgody na powołanie na prokurenta samoistnego w Spółce.
2. uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa udzielonego przez prokurenta samoistnego w Spółce, Krzysztofa Kurp, wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
3. uwierzytelnione odpisy dokumentów wymienionych w pkt. 1 i 2, dla strony przeciwnej,
4. karty produktów o których mowa w uzasadnieniu,
5. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
6. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.