

WYROK

z dnia 14 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.11.2021 r. przez wykonawcę **MEDILAB Firma Wytwórczo-Usługowa Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik**,

przy udziale wykonawcy **G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą HIGIENA-KATOWICE G. Ł., ul. Szarych Szeregów 30a, 40-750 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na dostawę środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych. Zamówienie o wszczęciu postępowania zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21.10.2021 roku nr 2021/BZP 00241456/1. W dniu 25/26 listopada 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę HIGIENA-KATOWICE G. Ł., ul. Szarych Szeregów 30a, 40-750 Katowice.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca MEDILAB Firma Wytwórczo-Usługowa Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w związku z art. 16

Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Higiena-Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach - dalej „Higiena” - mimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a cena oferty Higiena jest ceną rażąco niską;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Higiena pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego składu oferowanego preparatu, jak i w zakresie wymaganego systemu zamkniętego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty Higiena;
4. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zamawiający przed otwarciem ofert poinformował, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 500.000,- zł brutto. W toku postępowania wpłynęły 4 oferty z następującymi cenami:

- a. Skamex Sp. z o. o. Sp. k - 890 838,- zł;
- b. Medisept Sp. z o. o. - 531 732,- zł;
- c. Medilab - 392 406,- zł;

d. Higiena - 320.490,- zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wyniosła 533.866,- zł. Cena oferty Higiena była niższa od średniej arytmetycznej o blisko 40%, zaś od budżetu zamawiającego o ponad 30%.

Uzasadniając zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny podniósł, że zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2021 r. wezwał wykonawcę Higiena do „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 ww. ustawy”. Zamawiający wskazał w wezwaniu, jakich okoliczności wyjaśnienia mogą dotyczyć oraz, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Higiena.

Higiena w dniu 12 listopada 2021 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożyła następujące wyjaśnienia (cyt. prawie cała treść wyjaśnień):

„W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia z dnia 10.11.2021, informujemy, iż zaoferowana cena jest prawidłowa.

Zaoferowana cena zawiera wszelkie koszty niezbędne do dokonania wyceny takie jak:

- *koszt zakupu,*
- *koszt dostawy do klienta,*
- *marżę handlową, uwzględniającą koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa i realizacji umowy - zatem nie ma podstaw do uznania ich za rażąco niskie.*

Na dowód w załączeniu przedkładamy otrzymaną ofertę zakupu. ”

Do powyższych wyjaśnień Higiena dołączył jeden dokument o następującej treści:

„W odpowiedzi na Państwa zapytanie przedstawiamy ofertę na jednorazowy zakup:

-14000szt Chemisept gel 11 dispenso 19,50 netto + 8%vat

-1000szt dozownika dispenso do systemu zamkniętego 0,81 zł netto +23% vat

Termin realizacji: 2 dni robocze

Sposób płatności: przelew

Oferta obowiązuje do dnia 31.12.2021

Powyższy dokument został wystawiony na papierze firmowym gdzie zostały wskazane adresy strony internetowej www.projectmed.pl; www.proiectmed.eu oraz adresy w Białymstoku.

W nawiązaniu do powyższych treści stanowiących wyjaśnienia wykonawcy Higiena odwołujący podał, że treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Higiena potwierdza, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca cenę rażąco niską. Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny jest lakoniczna, ogólnikowa, a tym samym w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że brzmienie art. 224 ust. 5 Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do

wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Higiena zobowiązana była do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiały obniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Podkreślił, że obowiązkiem zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Natomiast Higiena nie wskazała w swoich wyjaśnieniach na żadne podstawy obniżenia kosztów związanych z realizacją zamówienia, poza ogólnikowym zapewnieniem, że cena zawiera koszty zakupu, dostawy czy też marży i funkcjonowania przedsiębiorstwa - nie przedstawiła żadnych wiarygodnych wyliczeń, na podstawie których Zamawiający mógłby zweryfikować czy cena zaoferowana przez Higiena nie jest rażąco niska. Higiena zaoferowała: CHEMISEPT Gel dispenso 1L (1000 ml) oraz dozownik łokciowy dispenso. Jako wytwórca obu produktów został wskazany podmiot CHEMI-PHARM AS, a jednocześnie z dokumentów dołączonych do oferty wynika, że podmiotem odpowiedzialnym jest Biachem sp. z o.o. z siedzibą w Sowlanach. Dołączony do wyjaśnień dokument budzi uzasadnione wątpliwości co do jego rzetelności, a przede wszystkim, w żaden sposób nie może stanowić dowodu o jakim mowa w art. 224 ust. 1 Pzp i wezwaniu zamawiającego z dnia 10 listopada 2021 r. Z dokumentu tego nie wynika, iż podmiot ten jest dystrybutorem/przedstawicielem producenta (CHEMI-PHARM AS) lub podmiotu odpowiedzialnego (Biachem sp. z o.o.). Okoliczność ta nie wynika także z żadnych dokumentów lub informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny. Innymi słowy dokument ten równie dobrze mógłby być wystawiony przez samego Wykonawcę Higiena, gdyż w żaden sposób nie potwierdza realności ceny. Nie może, zatem stanowić dowodu potwierdzającego poziom kosztów zakupu. Jakkolwiek dokument ten zawiera datę 3 listopada 2021 r. (czyli datę sprzed składania ofert) to został podpisany elektronicznie w dniu 12 listopada 2021 r. i to wyłącznie przez pełnomocnika Higiena. Do wyjaśnień nie została dołączona żadna korespondencja pomiędzy Higieną a podmiotem sporządzającym ofertę. Niezależnie nawet od tego czy Projectmed miał realną możliwość zaoferowania takich cen, to biorąc pod uwagę sposób prezentacji tych informacji nie zostało nawet uprawdopodobnione, że Higiena dysponowała takimi cenami na dzień

składania ofert. W związku z powyższym, należało według odwołującego uznać, że wyjaśnienia złożone przez Higiena nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 224 Pzp, a zatem oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na to, iż treść oferty Higiena jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego składu oferowanego preparatu, jak i w zakresie wymaganego systemu zamkniętego podał, że zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2021 r. wezwał Higienę do złożenia wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie Higiena w dniu 18 listopada 2021 r. (omyłkowo wskazano datę 12 listopada) przedłożyła wyjaśnienia. Wyjaśnienia te nie są jednak oparte o merytoryczne argumenty a nakierowane jedynie na emocjonalną polemikę z odwołującym. Podał, że zaoferowany przez Higienę w poz. 1 preparat CHEMISEPT GEL nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał w SWZ, iż oczekuje, że zaoferowany mu zostanie: *„Preparat alkoholowy w żelu w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy (co najmniej 70 %) z zawartością substancji pielęgnujących do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk w opakowaniach jednorazowego użycia z jednorazowym systemem dozującym, uruchamianym bez kontaktu z dłonią. Preparat przebadany zgodnie z normami: EN 1500, EN 13727, EN 13624, EN 14476. EN 12791. Szerokie spektrum bójcze B (w tym Tbc), F, V (HIV, HBV, HCV, Noro, Rota, Polio, Adeno). Higieniczna dezynfekcja rąk do 30s., chirurgiczna dezynfekcja rąk do 3 minut. Maksymalna ilość preparatu do 1 procedury - 3 ml. Opakowanie 700 ml jednorazowe zabezpieczone przed wtórną kontaminacją preparatu w trakcie używania. ”*

Natomiast Higiena dokonała własnej interpretacji SWZ, zgodnie z którą zamawiający żądał *„preparatu alkoholowego w żelu w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy (co najmniej 70%)” i zaproponował preparat CHEMISEPT GEL, którego substancją bójczą jest „alkohol etylowy w zawartości 72,5% oraz alkohol izopropylowy w stężeniu 7,5% jako substancję pomocniczą i czynną o synergistycznym działaniu”.*

Higiena nie wspomniała w swojej odpowiedzi, że na pytanie zadane zamawiającemu o dopuszczenie *„(...) Preparat jest oparty o substancje czynne: 80% mieszanina alkoholi (etanol i izopropanol) = 80g alkoholi w 100g preparatu (...)”* udzielono odmownej odpowiedzi. Mimo, że zadane pytanie i uzyskane wyjaśnienia wskazują bezspornie, że zarówno dla pytającego jak i dla zamawiającego określenie *„w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy (co najmniej 70%)”* było jasne i oznaczało, iż zaoferowanie produktu zawierającego inną lub dodatkową czynną substancję chemiczną nie jest zgodne z takim wymaganiem. Nadto Higiena podnosząc, iż zamawiający nie ograniczył ilości substancji czynnych i pomocniczych, a wymagał jedynie aby jedną i podstawową bazową substancją bójczą był alkohol etylowy w ilości co najmniej 70% nadinterpretuje wymogi SWZ, gdyż zamawiający w

SWZ nie wskazał, że etanol ma być substancją „bazową” a nie „podstawową”, lecz konkretnie określił, że preparat ma być wytworzony „w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy (co najmniej 70%)”, a na pytanie o dopuszczenie produktu zawierającego dodatkowo propanol odpowiedział negatywnie.

Kolejnym zarzutem wobec oferty wykonawcy Higiena jest zarzut niespełnienia wymagania, aby zaoferowany przez nią zestaw DISPENSO jest systemem zamkniętym. Według odwołującego system zamknięty, aby mógł zostać nazwany zamkniętym, musi składać się z minimum dwóch elementów gwarantujących brak kontaktu płynu z otoczeniem, gdzie mogłoby dojść do skażenia. Pierwszym elementem jest opakowanie o samozapadających się ścianach, niewymagające odpowietrzania, które jest wyposażone w układ niezależnych, zintegrowanych z opakowaniem zastawek działających naprzemiennie, gwarantujących szczelność połączenia. Zamkniętego systemu nie da się naruszyć/rozłączyć np. odkręcić i zakręcić i nadal używać. Jest to także system zabezpieczony przed kontaminacją mikrobiologiczną przez zintegrowany układ zastawek, a więc konfekcjonowane w systemie zamkniętym produkty nie wymagają dodawania substancji konserwujących. W odróżnieniu od powyższego, zestaw otwarty polega na zastosowaniu takich opakowań, które - aby uległy opróżnieniu - wymagają odpowietrzania. Do tego typu opakowań zalicza się: butelki z pompką, butelki z zaworkiem (tj. takie jak zaoferowane przez Higiena DISPENSO), pojemniki do dolewania płynów z dużych kanistrów. Stosowanie otwartego zestawu nie gwarantuje bezpieczeństwa mikrobiologicznego zawartości gdyż, aby możliwe było dozowanie do opakowania musi dostawać się powietrze z otoczenia, w przeciwnym razie podciśnienie uniemożliwiłoby dozowanie produktu. Gdyby w opakowaniu produktu znajdował się filtr napowietrzający butelkę ryzyko kontaminacji można by zredukować. W złożonych przez siebie wyjaśnieniach, Higiena odnosi się do przedstawionej dokumentacji zdjęciowej przekazanej zamawiającemu, argumentując, że nastąpiło „zniszczenie szczelności opakowania i uzupełnienie go wbrew zaleceniom i przeznaczeniu określonym przez producenta”, a to oznacza, że Higiena potwierdza, że w oferowanym przez nią zestawie jest możliwe dolanie produktu, ponowne zamknięcie i dalsze dozowanie, co jest niezgodne z SWZ. Dodał, że systemy zamknięte, nie mogą zostać naruszone bez pozostawiania śladów, a zatem uzupełnienie takiego opakowania i dalsze jego używanie w poczuciu bezpieczeństwa i czystości mikrobiologicznej jego zawartości nie jest możliwe.

Podkreślił, że Higiena wielokrotnie w swoich wyjaśnieniach używa wobec oferowanego przez siebie zestawu DISPENSO określenia „system jednorazowy”, co nie jest równoznaczne z „systemem zamkniętym”. Zestawem jednorazowym jest bowiem także zwykła butelka z pompką, jeśli użyjemy jej jednorazowo. System zamknięty jest natomiast zabezpieczony przed kontaminacją mikrobiologiczną z powietrza oraz nie musi posiadać i nie posiada w składzie preparatu konserwantów, gdyż szczelność opakowania i brak możliwości jego

uzupełniania bez pozostawiania śladów gwarantuje jego czystość i bezpieczeństwo mikrobiologiczne. Zauważył, że zamawiający jednoznacznie wskazał w SWZ, że zaoferowany ma zostać produkt „bez możliwości dolewania środka”, Higiena potwierdziła natomiast, iż „zaproponowany system DISPENSO jest systemem zamkniętym i uniemożliwia dolewanie środka bez niszczenia systemu” jednocześnie wyjaśniając, że „producent oferuje jednorazowy system, a jedynie użytkownik zmienia i modyfikuje to przeznaczenie wbrew producentowi”, podczas gdy zgodnie z wymaganiami SWZ, system miał zabezpieczać preparat przed takimi działaniami użytkownika. Każdy zestaw jednorazowy np. DISPENSO, AIRLESS itp. jest mniej zaawansowany technologicznie niż system zamknięty i nie gwarantuje bezpieczeństwa mikrobiologicznego zawartości. Dodał, że zasada działania systemu zamkniętego i zestawu jednorazowego jest widoczna gołym okiem. W systemie zamkniętym (np. Sterisol) powietrze podczas dozowania nie jest zasysane, a w efekcie opakowanie podczas opróżniania zapada się, a wreszcie po całkowity opróżnieniu staje się płaskie i jakby sklezione (nie ma w nim powietrza), natomiast zestaw jednorazowy podczas opróżniania zasysa porcję powietrza i w efekcie butelka zachowuje swój kształt.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Na wstępie wskazać należy, że zamawiający podał na posiedzeniu, że odpowiedzią na odwołanie jest uzasadnienie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez KIO, gdyż zwarte tam treści wykazują niezasadność zarzutów odwołania.

Na wstępie stwierdził, że wybrana oferta wykonawcy Higiena-Katowice spełnia wszystkie wymogi zamawiającego. Wybrana oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, szczegółowo zbadaną pod względem spełniania wszystkich wymogów zamawiającego pod względem merytorycznym jak i formalnym.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wybranej podał, że wykonawca Higiena został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach Higiena wskazała, że cena zawiera wszelkie koszty niezbędne do dokonania wyceny takie jak: koszt zakupu, koszt dostawy do klienta, a także marżę handlową, uwzględniającą koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa i realizacji umowy. W załączeniu jako dowód dołączyła ofertę handlową z MED Projekt z siedzibą w Białymstoku przy ul. Konwaliowej obrazującą cenę jednorazowego zakupu (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny wraz z ofertą w załączeniu). Z uwagi na fakt, że przedmiotem zakupu jest jeden preparat wraz z dozownikami stąd wyjaśnienie opiera się o wycenę tylko tego asortymentu, co powoduje, że wyjaśnienie nie jest rozbudowane i opisane jakby to miało miejsce w przypadku wyjaśniania rażąco niskiej ceny np. przy usłudze sprzątnia czy innej, gdzie zasadnicze byłoby wyliczenie kosztów osobodnia pracowników wykonujących zamówienie. Odpowiedź Higieny wskazuje i potwierdza, że wykonawca jest w stanie dostarczyć asortyment i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Podkreślił, że aby możliwe było odrzucenie oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, to zamawiający musi powziąć wiedzę, że za zaoferowaną cenę wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia, co w obecnym stanie rzeczy nie ma miejsca.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego składu oferowanego preparatu, jak i w zakresie wymaganego systemu zamkniętego, podał, że Higiena przedstawiła ofertę na preparat CHEMISEPT Gel dispenso 1 l (1000 ml) wraz z dozownikiem łokciowym dispenso.

W tym zakresie zamawiający wymagał zaoferowanie preparatu jak niżej:

„Preparat alkoholowy w żelu w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy (co najmniej 70 %) z zawartością substancji pielęgnujących do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk w opakowaniach jednorazowego użycia z jednorazowym systemem dozującym, uruchamianym bez kontaktu z dłonią. Odwołujący zarzucał niezgodność preparatu twierdząc, że Higiena w swoim preparacie oprócz substancji bójczej alkohol etylowy zawiera dodatkowy alkohol jako substancję czynną. Na dowód powyższego odwołujący przywołał odpowiedź zamawiającego (w odwołaniu pytanie i odpowiedź tylko w części - wypowiedź niepełna) na zadane pytanie nr 12 z twierdzeniem, że udzielono „odmownej odpowiedzi”. Zarzut dotyczący zaoferowania preparatu CHEMISEPT GEL, jako niespełniający wymogów zamawiającego wynikających z opisu przedmiotu zamówienia w związku z faktem, że jest on oparty na bazie mieszaniny alkoholi, ponieważ zawiera w swoim składzie 2 substancje bójcze etanol i propanol jest bezzasadny. Zamawiający podkreślił, że wymagania podane w postanowieniach SWZ wskazują na konieczność zaoferowania preparatu, który musi zawierać w swoim składzie substancję bójczą - alkohol etylowy na poziomie, co najmniej 70 %, natomiast nie precyzuje w sposób szczegółowy pozostałych składowych.

Zapis ten w żaden sposób nie eliminuje dodatkowych alkoholi, nie ma w opisie przedmiotu sformułowania: „tylko i wyłącznie w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy” albo jedynie w oparciu w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy”. Brak jednoznacznego sformułowania nie może powodować niekorzystnych dla wykonawców interpretacji zamawiającego.

Wykonawca Higiena zaproponował preparat Chemisept Gel, którego substancją bójczą jest alkohol etylowy w zawartości 72,5% oraz alkohol izopropylowy w stężeniu 7,5% jako substancję pomocniczą i czynną o synergistycznym działaniu. Zgodnie z ogólnie dostępną wiedzą mieszanina substancji alkoholowych jest znacznie skuteczniejsza niż środków na bazie jednego alkoholu. Dodatkowo zgodnie z zaleceniami WHO zaleca, aby preparaty do dezynfekcji rąk zawierały od 75-80% alkoholu. Zapis, co najmniej 70% w opisie przedmiotu zamówienia stanowił o dopuszczeniu wykonawców tak, aby nie ograniczać uczciwej konkurencji i spełniać podstawowe niezbędne wytyczne w zakresie epidemiologii.

Odnosząc się do zarzutu, że system dozowania środka zaoferowany przez Higiena nie jest systemem zamkniętym stwierdził, że takie stanowisko jest nieudowodnione i tym samym bezpodstawne. Zgodnie z definicją systemu zamkniętego każde opakowanie w systemie zamkniętym winno być napełnianie w warunkach próżniowych, wyposażone jest w układ, który nie dopuszcza do dostania się powietrza do wnętrza opakowania, dzięki czemu nie dochodzi do kontaminacji produktów drobnoustrojami pochodzącymi ze środowiska zewnętrznego. Przystępujący Higiena przedłożył ulotkę systemu zamkniętego Dispenso oraz dodatkowo oświadczenie producenta systemu Chemi-Pharm AS wraz z wynikami badań potwierdzający brak kontaminacji preparatu znajdującego się w systemie zamkniętym Dispenso (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), w których preparat badany preparat dostarczony był do badania w Dispenso, co wskazuje na opakowanie z wylewką uniemożliwiającą wtórną kontaminację. Powyższe według zamawiającego potwierdzają zaoferowanie przez Higienę systemu zamkniętego i zamawiający na tej podstawie nie może stwierdzić, że Higiena poświadcza nieprawdę.

Przystępujący do postępowania wykonawca HIGIENA-KATOWICE G. Ł. (dalej także, jako „przystępujący”) poparł stanowisko zamawiającego. Z pisma przystępującego (niepodpisane) wynikał wniosek o odrzucenie odwołania z powodu nieprawidłowego sformułowania zarzutów odwołania i brak wykazania stanu faktycznego, który miałby je uzasadniać. Jednakże zamawiający na pytanie Izby stwierdził, że nie stawia wniosku o odrzucenie odwołania. Tym samym Izba w oparciu o przepis art. 525 ust.4 Pzp uznała, że żądanie przystępującego jest sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego, a więc strony, do której zostało zgłoszone przedmiotowe przystąpienie i wniosek w tym zakresie pozostawiła bez rozpoznania. Przystąpienie do postępowania ma charakter akcesoryjny, a więc winno być potwierdzone przez stronę, do której zgłoszono przystąpienie.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny podał, iż niewątpliwym w sprawie jest fakt, że zaoferowana cena dostawy jest wyższa niż cena zakupu środka od dostawcy. Tym samym zawiera także inne koszty związane z wykonaniem tego zamówienia. W zakresie składu środka bójczego wskazał, że odwołujący nadinterpretowuje wymaganie zamawiającego, gdyż zamawiający wymagał, aby bazę stanowił alkohol etylowy w stężeniu co najmniej 70 %. Takie wymaganie nie wyklucza zaoferowania środka, który oprócz alkoholu etylowego w wymaganym stężeniu posiada także inne składniki w postaci innych alkoholi, które będą wzmacniały lub rozszerzały działanie.

W odniesieniu do kwestionowania, iż zaoferowany środek nie jest dostarczany w zamkniętych opakowaniach jednorazowych podał, że z samej dołączonej ulotki o produkcie wynika, że produkty te są produkowane w systemie otwartym lub zamkniętym. Tutaj zostały zaoferowane opakowania w systemie zamkniętym, co dla profesjonalistów jest jednoznaczne, że użytkowanie tego preparatu następuje przez uniemożliwienie dostania się

do niego bakterii z zewnątrz. A jego uzupełnienie jest możliwe dopiero po uszkodzeniu opakowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału oraz oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie nie jest zasadne.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy.

Izba uznała, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowany powyżej) i jest właściwie bezsporny. Odwołujący i zamawiający różnili się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych.

Na wstępie wskazać należy, że zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez KIO. KIO dokonała rozpoznania przedmiotowego wniosku w dniu 10 grudnia 2021 roku sygn.. KIO-W 99/21 i postanowiła odmówić zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Pierwszym z zarzutów podniesionych przez odwołującego był zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez przystępującego Higiena. Odwołujący stał na stanowisku, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia są bardzo krótkie, a tym samym lakoniczne i ogólnikowe i nie mogą być przekonujące dla zamawiającego, że za zaoferowaną w ofercie cenę wykonawca ten będzie w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Na potwierdzenie swojego stanowiska zamawiający przywołał wiele orzeczeń sądów jak i KIO zgodnie, z którymi takie wyjaśnienia jak złożone przez Higienę nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. Nadto wskazywał, że cena oferty przystępującego jest niższa o prawie 40% od średniej arytmetycznej złożonych ofert i niższa o ponad 30% od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Odnosząc się do średniej ceny oferty wskazać należy, że tylko oferta odwołującego i przystępującego mieściła się w kwocie zaoferowanej przez zamawiającego. Cena oferty odwołującego była wyższa od ceny oferty przystępującego o około 72 tys. złotych. Na średnia cenę ofert miała wpływ oferta jednego z wykonawców, która była niemalże trzykrotnie wyższa od ceny oferty przystępującego. Nadto Izba uznaje, że stosunek ceny oferty do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest wyznacznikiem przesądzającym, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wskazać

należy także, że postępowanie przed Izba ma charakter kontrydyczny. Tym samym Izba uznaje, że dla skutecznego podniesienia zarzutu odwołujący był zobowiązany przedstawić nie tylko określone okoliczności, z których wywodził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ale przede wszystkim przedłożyć dowody na ich potwierdzenie, czego w wystarczającym zakresie nie uczynił. Nie stanowią jakiegokolwiek dowodu przywołane tezy z orzeczeń sądów czy KIO, gdyż są one tylko informacją, jak w danym stanie faktycznym i prawnym Izba oceniła podniesione zarzuty w oparciu o przedstawione dowody.

Dokonując oceny tego zarzutu Izba zwraca uwagę na okoliczność, która jest nietypowa dla tez wynikających z prezentowanych orzeczeń. Otóż zakres tego zamówienia obejmuje dostawę tylko jednego środka biobójczego oraz dozowników. Tym samym podkreślić należy, że trudno uznać zasadnym stanowisko odwołującego, co do lakoniczności złożonych wyjaśnień, gdyż przystępujący w wyjaśnieniu przedstawił całą ofertę cenową zarówno na środek dezynfekcyjny jak i dozowniki.

Zamawiający - jak wyjaśnił na rozprawie, dokonał porównania ceny zakupu ww. środków wg. oferty i wywiódł zdaniem Izby słuszny wniosek, iż zaoferowana cena w ofercie jest wyższa niż cena zakupu środka i dozowników i tym samym zostaje jeszcze znaczna kwota na dostawę tych środków do zamawiającego i pokrycia innych kosztów. Zauważyć należy, że udzielenie wyjaśnień zamawiającemu w zakresie rażąco niskiej ceny, ma przekonać zamawiającego, że zamawiający jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie. Zamawiający nadto podnosił, że prowadził w miesiącu lipcu br. postępowanie na zakup tych samych środków, które ostatecznie zostało unieważnione. W tamtym postępowaniu przystępujący również złożył ofertę i cena jego oferty była niższa niż cena oferty obecnie. Tym samym wywiódł, że przystępujący składając tą ofertę uwzględnił wzrost ceny ww. elementów dostawy i złożona oferta zawiera także inne koszty, które wykonawca musi ponieść. Zamawiający zwrócił także uwagę na niezasadność stanowiska odwołującego, iż środki mają być dostarczane cyklicznie do zamawiającego, a to powoduje znaczne koszty samej dostawy, gdyż na wykonanie tego zamówienia – w związku z potrzebą rozliczenia dofinansowania do końca br., przystępujący ma tylko 6 dni, co skutkuje wykonaniem jednej lub max. dwóch dostaw. Z obliczenia Izby wynika, że koszt zakupu płynu Chemisept oraz dozowników do systemu zamkniętego w ilościach zamawianych przez zamawiającego wynosi 295 836,30 zł, co przy cenie ofertowej 320 490 zł, daje kwotę 24 653,70 zł na koszt transportu i inne koszty. Odwołujący nie kwestionował tej kwoty, jako niewystarczającej dla poniesienia pozostałych kosztów, lecz wskazywał, na lakoniczność wyjaśnień oraz, że nie dokonano wyliczeń w złożonych wyjaśnieniach cen kosztu transportu, zysku wykonawcy i kosztów administracyjnych.

Izba zauważyła, że odwołujący w ramach uwiarygodnienia podniesionego zarzutu nie przedstawił dowodu mogącego potwierdzić, że zakup i dostawa przedmiotu zamówienia nie jest możliwa za zaoferowaną cenę. Izba uznaje, że samo podniesienie zarzutu bez jego uwiarygodnienia złożonymi dowodami jest tylko argumentacją „słowo przeciwko słowu”. Fakt, że ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny oferty obciąża wykonawcę to jednak nie zwalnia wykonawcy wnoszącego odwołanie w tym zakresie, od uwiarygodnienia stawianych zarzutów, w tym poprzez złożenie dowodów.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego nie potwierdził się.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego kwestionowania przez odwołującego składu zaoferowanego środka, gdyż według odwołującego zamawiający wymagał zaoferowania preparatu cyt. „*Preparat alkoholowy w żelu w oparciu o substancję bójczą alkohol etylowy, (co najmniej 70%)...*”. Natomiast został zaoferowany „*alkohol etylowy w zawartości 72,5% oraz alkohol izopropylowy w stężeniu 7,5%, jako substancję pomocniczą*”.

Oceniając powyższe Izba uznała, że wymaganie zamawiającego, aby środek bójczy był oparty o co najmniej 70% alkohol etylowy i dopuszczał dodanie substancji pielęgnujących nie wskazując procentowego udziału innych składników. Tym samym zaoferowany preparat Chemisept Gel spełnia wymagania i zarzut jest bezzasadny.

W trzecim zarzucie odwołujący podniósł zarzut, że przystępujący zaoferował środek bójczy w niewłaściwym opakowaniu, gdyż zamawiający postawił wymaganie, aby były to opakowania jednorazowe w systemie zamkniętym, uniemożliwiające dolewanie środka biobójczego. Natomiast przystępujący zaoferował środek w zakręcanych butelkach, co powoduje, że opakowanie nie jest jednorazowe, gdyż jest możliwość po odkręceniu butelki dolanie środka. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska odwołujący dokonał prezentacji opakowań środka zaoferowanego przez niego, jak i tego, który zaoferował przystępujący. Prezentacja oferowanego przez przystępującego opakowania, stanowiła zakręcaną butelkę wraz z nakrętką, w której był zamontowany system dozowania. Odwołujący dokonał odkręcenia butelki i stwierdził okazując Izbie, jak i pozostałym uczestnikom, że jest możliwe dolanie środka dezynfekującego do butelki. Takiej prezentacji zaoponował zarówno zamawiający jak i przystępujący stwierdzając, że odwołujący nie wskazał, iż będzie prezentował opakowania zaoferowanych środków, a tym samym uniemożliwił przystępującemu okazanie oryginalnego oferowanego opakowania, gdyż to okazane przez odwołującego jest niewiadomego pochodzenia, ma inną nakrętkę, a nadto nie jest wiadomym, czy nie było już otwierane i tym samym zostało zniszczone zabezpieczenie butelki przed otwarciem.

Oceniając powyższe Izba uznała, że zaprezentowanie przez odwołującego butelki ze środkiem bez wykazania źródła pochodzenia, a tym samym możliwości uznania jej za

„próbkę”, jest dowodem, na którym Izba nie mogła oprzeć orzeczenia w zakresie tego zarzutu, gdyż przedstawiony dowód nie jest dowodem pewnym jak też kategorięcznym (por. wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17).

Oceniając zaprezentowane w sprawie stanowiska oraz po części okazaną, jako dowód z okazania, butelkę Izba uznała, że zarzut jest niezasadny. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że zawartość butelki zawierająca środek do dezynfekcji rąk jest możliwy do używania bez jakiegokolwiek naruszenia integralności butelki. Możliwe jest dozowanie środka z zabezpieczeniem przed wtórną kontaminacją. Natomiast stwierdzić należy, że niemalże każde opakowanie jednorazowe może być poprzez używanie go niezgodnie z zasadami jego użytkowania, ponownie napełnione. Jednakże możliwość ingerencji w opakowanie w sposób nieuprawniony nie może determinować uznania, iż mamy do czynienia z opakowaniem jednorazowym dozującym środek w systemie zamkniętym.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków ze stanu faktycznego znajdują oparcie w materiale dowodowym. Tym samym Izbie nie zostało wykazane, że zamawiający naruszył przepisy wskazane w komparcji orzeczenia. Powyższe było podstawą orzeczenia wskazanego w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: