

Sygn. akt: KIO 178/20

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2020 r. przez wykonawcę: **Biachem sp. z o.o., ul. Akacjowa 21/B9, Sowlany, 15-528 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, ul. Warszawska 2, 52-114 Wrocław,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Biachem sp. z o.o., ul. Akacjowa 21/B9, Sowlany, 15-528 Białystok** uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawy środków dezynfekcyjnych, myjących oraz wyrobów diagnostycznych wraz z ich rozładunkiem dla Szpitala Specjalistycznego im. A. Falkiewicza we Wrocławiu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 635929- N-2019 z dnia 2019-12-16.

Wykonawca, Biachem Sp. z o.o. z siedzibą w Sowlanach, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp” czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty - najkorzystniejszej w postępowaniu i spełniającej wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, wskutek czego zostały naruszone przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego (w zakresie zadania 1, 3, 24) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas gdy z przedstawionych dokumentów wynika jednoznacznie, że preparat spełnia wymagania Zamawiającego;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2, art. 38 ust. 4 i 4a Pzp, poprzez zmianę, po terminie składania ofert, wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez brak zapewnienia równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz brak działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dopuszczenie się przez Zamawiającego w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego, a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że dnia 23 stycznia 2020 r. otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania 1, 3, 24 i 30 z powodu niezgodności treści oferty z treścią

SIWZ.

W zadaniu nr 1 Zamawiający opisał preparat o następujących właściwościach: „Preparat alkoholowy do chirurgicznej i higienicznej dezynfekcji rąk w postaci płynu. Czas dezynfekcji higienicznej dezynfekcji rąk 30 s, chirurgicznej do 90s. Na bazie etanolu, o zawartości 75-80 g w 100 g płynu i innej substancji czynnej (difenylol) bez zawartości jodu, chlorheksydyny / związków amonowych. Zawierający składniki natłuszczające i nawilżające. Nie zawiera barwników i substancji zapachowych. Gotowy do użycia. Spektrum działania: B(Tbc, MRSA), F, V (HIV, HBV, HCV, Vaccinia, Noro, Polio, Rota). Produkt biobójczy. Opakowanie 1 L w systemie zamkniętym. Preparat pasujący do dozowników TLD, które zamawiający posiada w obiekcie”.

Odwołujący zadał pytanie Zamawiającemu, czy dopuści preparat o parametrach: „Zestaw nr 4 Pytanie nr 1: Zadanie 1 Prosimy o dopuszczenie do oceny preparatu alkoholowego do chirurgicznej i higienicznej dezynfekcji rąk w postaci płynu. Czas dezynfekcji higienicznej dezynfekcji rąk 30 s, chirurgicznej do 90s. Na bazie etanolu, o zawartości 72-80 g w 100 g płynu i innej substancji czynnej (izopropanol - 7,5g/100g) bez zawartości jodu, chlorheksydyny i związków amonowych. Zawierający składniki natłuszczające i nawilżające. Nie zawiera barwników i substancji zapachowych. Gotowy do użycia. Spektrum działania: B(Tbc, MRSA), F, V (HIV, HBV, HCV, Vaccinia, Noro, Polio, Rota). Produkt biobójczy. Opakowanie 1 iw systemie zamkniętym. Preparat pasujący do dozowników TLD. Odpowiedź: Dopuszczamy preparaty równoważne, zgodne z opisem przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z powyższą odpowiedzią zaproponował preparat, który jest produktem równoważnym. Analizując kwestię dwóch preparatów, pierwotnie opisanego oraz preparatu Chemisept Med, który został zaproponowany przez Odwołującego, w sposób oczywisty wynika, iż parametry preparatu nie są w żaden sposób gorsze, a nawet lepsze, mianowicie:

- spektrum działania zaproponowanego środka wykazuje działanie wobec wymaganych B(Tbc, MRSA), F, V (HIV, HBV, HCV, Vaccinia, Noro, Polio, Rota), dodatkowo natomiast szersze działanie grzybobójcze ponieważ działa wobec grzybów *Aspergillus Niger*,
- preparat pasuje do dozowników TLD, które posiada Zamawiający w obiekcie,
- czas dezynfekcji chirurgicznej wynosi 90 sekund oraz czas dezynfekcji higienicznej wynosi 30 sekund,
- zawiera liczne substancje natłuszczające i nawilżające: pantenol, bisabosol, witamina E, gliceryna,
- nie zawiera w swoim składzie żadnych substancji mogących wywoływać podrażnienia lub alergię skórne w postaci jodu, chlorheksydyny i związków amoniowych.

W związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiający dopuścił preparat równoważny,

pod względem wymaganego składu preparatu. Nie ma żadnych wskazań merytorycznych aby w produkcie zawartość alkoholu etylowego wynosiła 75-80%, skoro zakres mikrobójczy jest analogiczny w środku opisanym i zaproponowanym.

W zadaniu nr 3 Zamawiający opisał preparat o następujących właściwościach: *„Preparat do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk przeznaczony dla skóry wrażliwej i zniszczonej. Bez zawartości mydła, barwników, substancji zapachowych i parabenów. Nie wykazujący działania bójkowego. Z możliwością mycia pacjentów także przed zabiegami operacyjnymi. Zawierający alantoinę, chroniący skórę przed podrażnieniami. Preparat sprawdzony dermatologicznie, pH 5,0. Kosmetyk. Opakowanie 1 L w systemie zamkniętym. Preparat pasujący do dozowników TLD, które zamawiający posiada w obiekcie.”*

Odwołujący zadał pytanie Zamawiającemu do treści SIWZ, czy dopuści preparat o parametrach:

„Pytanie nr 3: Zadanie 3 Prosimy o dopuszczenie do oceny preparatu do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk przeznaczony dla skóry wrażliwej i zniszczonej. Bez zawartości mydła, barwników, substancji zapachowych i parabenów. Nie wykazujący działania bójkowego. Z możliwością mycia pacjentów także przed zabiegami operacyjnymi. Zawierający substancje chroniący skórę przed podrażnieniami. Posiadającego certyfikat Ecolabel. Preparat sprawdzony dermatologicznie, pH 5,5. Kosmetyk. Opakowanie 1 L w systemie zamkniętym. Preparat pasujący do dozowników TLD, które zamawiający posiada w obiekcie. Odpowiedź: Dopuszczamy preparaty równoważne, zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedzią zaproponował preparat, który jest preparatem równoważnym. Analizując kwestię dwóch preparatów, pierwotnie opisanego oraz preparatu CP Wash Lotion, który został zaoferowany przez Odwołującego, w sposób oczywisty wynika, iż parametry preparatu nie są w żaden sposób gorsze, a niektóre w sposób oczywisty są lepsze, mianowicie:

- preparat jest środkiem certyfikowany Ecolabel, który to certyfikat jest przyznawany przez Komisję Europejską ponad dwudziestu kategoriom różnych wyrobów, w tym: farbom, nawozom, środkom czystości, papierowi, tekstyliom, komputerom, telewizorom, pokryciom podłogowych i usługom hotelarskim. Ecolabel koncentruje się przede wszystkim na procesie przetwarzania surowców i produkcji końcowego towaru pod kątem minimalizacji negatywnego wpływu na środowisko,
- emulsja zgodnie z wymaganiami SIWZ nie zawiera *mydła, barwników; substancji zapachowych i parabenów oraz nie wykazuje działania bójkowego,*
- zawiera glicerynę, chroniącą skórę przed podrażnieniami oraz posiadającą właściwości nawilżające,
- dodatkowo w składzie znajduje się betain, która uelastycznia skórę oraz wzmacnia

barierę ochronną skóry chroniąc ją przed podrażnieniami i stanami zapalnymi. Jest to substancja wykazująca działanie w produktach kosmetycznych analogiczna do opisanej allantoiny.

W zadaniu nr 24 Zamawiający opisał preparat o następujących właściwościach: *„Gotowy do użycia alkoholowy preparat do dezynfekcji powierzchni i sprzętu medycznego. Na bazie etanolu i 1-propanolu. Bez dodatkowych substancji czynnych np. związków amonowych, aldehydów i innych. Spektrum działania: B, Tbc, MRSA, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota, Noro; Adeno, Vaccinia} w czasie do 2 min., wirus Polio do 30 min. Nakrętka z otworem zabezpieczonym kapslem. Wyrób medyczny. Preparat typu Mikrozyd AF Liquid.”*

Odwołujący zadał pytanie Zamawiającemu czy dopuści preparat o parametrach: *„Pytanie nr 4: Zadanie 24 Prosimy o dopuszczenie do oceny p gotowego do użycia alkoholowego preparatu do dezynfekcji powierzchni i sprzętu medycznego. Na bazie etanolu i propanolu. Bez dodatkowych substancji czynnych np. związków amonowych, aldehydów i innych. Posiadającego szersze i szybsze spektrum działania wobec: B, Tbc, MRSA, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota, Noro, Adeno, Vaccinia, Polio) w czasie do 2 min. Nakrętka z otworem zabezpieczonym kapslem. Wyrób medyczny. Odpowiedź: Dopuszczamy preparaty równoważne, zgodne z opisem przedmiotu zamówienia”.*

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedzią zaproponował preparat, który jest produktem równoważnym. Analizując kwestię dwóch preparatów, pierwotnie opisanego oraz preparatu Bactacid AF, który został zaoferowany przez Odwołującego, w sposób oczywisty wynika, iż parametry preparatu nie są w żaden sposób gorsze, a w niektóre w sposób oczywisty są lepsze, mianowicie:

- preparat Bactacid AF posiada szersze spektrum mikrobójcze do spektrum opisanego, ponieważ inaktywuje wirusa Polio w czasie 2 minut a nie tak jak preparat Mikrozyd AF w czasie 30 minut,
- zawiera również w swoim składzie alkohol etylowy oraz izopropylowy w postaci propanol-2-ol, który to jest alkoholem drugorzędowym mającym jeden izomer podstawnikowy propan- 1-ol. Są to równoważne alkohole.

Odwołujący podkreślił, że alkohol 2-propanol i 1-propanol są to substancję tożsame.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający w każdym z wymienionych powyżej zadań, dopuścił preparaty równoważne. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry oraz parametry te nie są gorsze od założonych w SIWZ. Pomimo powyższego, przy ocenie ofert Zamawiający nie zastosował takiej możliwości, ponieważ zastosował wymagania dokładnie takie same jak w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że równoważny nie oznacza dokładnie taki sam, bowiem takie rozumowanie podważyłoby sens

dopuszczania składania ofert równoważnych i uczyniłoby to postanowienie iluzorycznym.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że opisanie przedmiotu zamówienia w oparciu o cechy charakterystyczne dla jednego z produktów występujących na rynku, przy czym niektóre parametry spełnia tylko ten produkt - narusza art. 29 ust. 2 i 3 Pzp.

W dniu 29 stycznia 2020 r. wykonawca Schulke Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a następnie pismem z dnia 3 lutego 2020 r. wykonawca ten odstąpił od przystąpienia, składając stosowne oświadczenie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W powyższych okolicznościach należało uznać, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego żaden wykonawca nie zgłosił skutecznie przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W dniu 3 lutego 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 3 lutego 2020 r. zawierające oświadczenie Zamawiającego, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający poinformował jednocześnie, że unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1, nr 3 i nr 24 i postanawia powtórzyć czynność badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1, nr 3 i nr 24. Zamawiający zobowiązał się tym samym do dokonania czynności zgodnie z żądaniami przedstawionymi w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: