

Sygn. akt: KIO 1191/21

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez **wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł., ul. Szarych Szeregów 30A, 40-750 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu, ul. Grabiszyńska 105, 53-439 Wrocław**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł., ul. Szarych Szeregów 30A, 40-750 Katowice i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 349 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby, oraz kwotę 3 617 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. na rzecz Dolnośląskiego Centrum Chorób Płuc we

Wrocławiu kwotę 3 617 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 145-356583.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), podczas gdy z przedstawionych oświadczeń Odwołującego w oparciu o oświadczenia producenta podsumowujących raporty z badań akredytowanych laboratoriów wynika jednoznacznie, że preparat spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2, art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp poprzez zmianę, po terminie składania ofert, wymagań odnośnie przedmiotu Zamówienia, poprzez żądanie dokumentów nie wyszczególnionych w SIWZ ( raportów z badań preparatu), poprzez odrzucenie oferty za parametr niewymagany w SIWZ (badanie MRSA), poprzez wymóg „co najmniej 89g/100g etanolu...”;
- 3) art. 30 ust. 2 ustawy Pzp w wyniku nie respektowania zapisów Norm Polskich i Europejskich oraz poprzez odrzucenie oferty mimo udokumentowania spełnienia bójczości przez zaoferowany preparat względem norm polskich i norm europejskich;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wyboru oferty Odwołującego, pomimo że zgodnie z opublikowanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz wymaganymi dokumentami jest ona ofertą najkorzystniejszą spośród ofert prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania;

7) art. 25 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów nie wskazanych w SIWZ.

Odwołujący wnioskował o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, a ponadto o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 PLN;

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zarzut 1

Podstawa odrzucenia: „Z dostarczonych wyników badań mikrobiologicznych w języku polskim nie wynikają czasy działania a jedynie to, że preparat ChemiseptVir+ był badany na testowych mikroorganizmach w czasie 15, 30, 60 i 120 sekund. Zgodnie z dokumentacją z dnia 03.02.2021r. przysłaną przez Producenta Chemi-Pharm, czas działania preparatu wobec testowych mikroorganizmów bakterii jest różny: 15 sekund dla większości testowych mikroorganizmów i 30 sekund dla MRSA, w związku z tym działanie preparatu w czasie 30 sekund dotyczy całej grupy bakterii (zgodnie zresztą z etykietą na opakowaniu produktu). W związku ze zbyt długim czasem działania 30 sekund preparat ChemiseptVir+ nie spełnia potrzeb Zamawiającego w pełnym zakresie inaktywacji bakterii (MRSA) w czasie 15 sekund.”

Odwołujący podał, że przekazał podsumowania wyników badań wykonanych w laboratoriach akredytowanych zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi norma

zbiorcza PNEN 14885 preparatu Chemisept Vir+ sporządzone przez producenta wraz z tłumaczeniem zamawiającemu kilkakrotnie:

- na rozprawie KIO w dniu 3.02.2021 r.
- w wyjaśnieniach z dnia 19.03.2021 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia badań produktu (pkt VIIIa SIWZ). Odwołujący zwrócił też uwagę na postanowienie załącznika asortymentowo cenowego.

Odwołujący stwierdził, że na bezpodstawne wezwanie Zamawiającego z dnia 24.03.2021 r. do dostarczenia niewymaganych dokumentów Odwołujący przedłożył oryginały raportów z wykonanych badań zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi (norma zbiorcza PN-EN 14885) preparatu Chemisept Vir+ wykazując tym samym swoją dobrą wolę.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zwodzi i wprowadza w błąd, gdyż skuteczność bakteriobójcza w czasie 15 sekund w podsumowaniach badań jest jednoznacznie potwierdzona i udowodniona. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wymagał odrębnego badania na MRSA dla oferowanego preparatu. Odwołujący poinformował, że sponsorem badania skuteczności MRSA jest producent, producent określił warunki badania na 30 sekund zgodnie z PNEN 1500, co nie neguje i nie podważa skuteczności bakteriobójczej Chemiseptu Vir+ w czasie 15 sekund. MRSA to szczepy *S. aureus* odporne na metycylinę - odporne na antybiotyki - nie ma to żadnego uzasadnienia i korelacji w zakresie preparatów dezynfekcyjnych co potwierdza literatura naukowa, stanowisko urzędu rejestracji; stanowisko PZH i norma europejska PNEN 14885 w zakresie doboru szczepów referencyjnych do oznaczania bakteriobójczości preparatów dezynfekcyjnych.

Odwołujący stwierdził, że wnioski wyciągane przez Zamawiającego całkowicie mijają się z prawdą. Wnioski są błędne i dowodzą braku profesjonalizmu i rzetelnej fachowej oceny oryginałów badań na podstawie profesjonalnej wiedzy medycznej i mikrobiologicznej.

## Zarzut 2

Podstawa odrzucenia: „Działanie wirusobójcze deklarowane w dokumencie przedłożonym przez Wykonawcę na rozprawie przed KIO w dniu 3.02.2021 r. sporządzonym przez Producenta preparatu (Letter of Confirmation wraz z tłumaczeniem, sporządzonym w tym samym dniu co rozprawa) i dokumencie badań bójczych nadesłanych 29.03.2021 przez oferenta (dokument-„podsumowanie: „właściwości inaktywujące wirusy przez preparat Chemisept Vir+ firmy ChemiPharm AS zgodnie- z normą EN 14476:2013” z dnia 27.10.2014

r.) również jest różne. W ww. dokumencie wskazano czas inaktywacji wirusów na 30 sekund. Z treści nie przetłumaczonych raportów badań mikrobiologicznych przesłanych w dniu 29.03.2021 r. (Test raport L18/0867M.1 z dnia 17.12.2018- dotyczy norowirusów, Test raport L18/0867R.1 z dnia 14.12.2018- dotyczy rotawirusów, Expert opinion nr L18/0867MV.1 Version 01 z dnia 9.01.2019- dotyczy vaccinia virus) wynika z kolei, że czas inaktywacji wirusów wynosi 15. sekund. Wykonawca przysłał dokumenty w dniu 29.03.2021 w języku angielskim, podczas gdy dokumenty powinny być w języku polskim zgodnie z pkt IIIa SIWZ:

„IIIa. Sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

1. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim. 2. Wszystkie dokumenty lub oświadczenia składane przez Wykonawców sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski. 3. W odniesieniu do dokumentów wskazanych przez Wykonawcę i pobranych samodzielnie przez Zamawiającego, Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy przedstawienia tłumaczenia na język polski.”.

Odwołujący wskazał, że czas inaktywacji wirusów oznacza pełną wirusobójczość, norma PNEN 14885 wskazuje konkretne 3 szczepy wirusów, które muszą być w tym samym czasie inaktywowane (NORO, ADENO, POLIO) i preparat utyskuje ten parametr w czasie 30 sekund zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podał, że przekazał podsumowania wyników badań wykonanych w laboratoriach akredytowanych zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi norma zbiorcza PNEN 14885 preparatu Chemisept Vir+ sporządzone przez producenta wraz z tłumaczeniem zamawiającemu kilkakrotnie:

- na rozprawie KIO w dniu 3.02.2021
- w wyjaśnieniach z dnia 19.03.2021

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia badań produktu (pkt VIII a. SIWZ). Odwołujący wskazał, że na bezpodstawne wezwanie Zamawiającego z dnia 24.03.2021 r. na dostarczenie niewymaganych dokumentów Odwołujący przedłożył oryginały raportów z wykonanych badań zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi (norma zbiorcza PN-EN 14885) preparatu Chemisept Vir+ wykazując tym samym swoją dobrą wolę.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zwodzi i wprowadza w błąd, gdyż skuteczność wirusobójcza w przedłożonej dokumentacji potwierdza niezbiecie wymagania Zamawiającego.

- wirusy Vaccinia - wirusy osłonkowe, ROTA, NORO w czasie 15 sekund

- wirusy ADENO i POLIO w czasie 30 sekund

w podsumowaniach badań Chemiseptu VIR+ wirusobójczość jest jednoznacznie potwierdzona i udowodniona. Odwołujący zaznaczył, że wnioski wyciągane przez Zamawiającego całkowicie mijają się z prawdą i przedłożoną dokumentacją produktu w zakresie zarzutu 2.

### Zarzut 3

Podstawa odrzucenia: „Wobec powyższego, przedłożone dokumenty w języku angielskim nie spełniają wymogów SIWZ i ich treść nie jest wiążąca dla Zamawiającego. Zapis w SIWZ zgodny jest z §16 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który stanowi, że „dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy”. Niezależnie od powyższego, dane na etykiecie produktu CHEMISEPT VIR+ przestanego jako próbkę są sprzeczne z ww. dokumentami, gdyż na etykiecie czas inaktywacji norowirusów określony został na 30 sekund.”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przekazał podsumowania wyników badań wykonanych w laboratoriach akredytowanych zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi normą zbiorczą PNEN 14885 preparatu Chemisept Vir+ sporządzone przez producenta wraz z tłumaczeniem zamawiającemu kilkakrotnie:

na rozprawie KIO w dniu 3.02.2021

w wyjaśnieniach z dnia 19.03.2021.

Odwołujący wskazał, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał przedłożenia badań produktu (pkt VIII a. SIWZ). Odwołujący podał, że na bezpodstawne wezwanie Zamawiającego z dnia 24.03.2021 r. na dostarczenie niewymaganych dokumentów Odwołujący przedłożył oryginały raportów z wykonanych badań zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi (norma zbiorcza PN-EN 14885) preparatu Chemisept Vir+ wykazując tym samym swoją dobrą wolę.

Jak zauważył Odwołujący, dane na oryginalnej wielonarodowościowej etykiecie produktu zawierają dane w języku polskim i dotyczą europejskiej normy PN-EN 1500, która narzuca czas 30 sekund dla dezynfekcji higienicznej rąk. Nie zmienia to jednak parametrów bójczych produktu w czasach krótszych niż 30 sekund. Odwołujący stwierdził, że wnioski

wyciągane przez Zamawiającego całkowicie mijają się z prawdą i przedłożoną dokumentacją produktu w zakresie zarzutu 3.

#### Zarzut 4

Podstawa odrzucenia: „... co najmniej 89g/100g etanolu...”

Ponadto, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego produkt winien zawierać co najmniej 89g/100g etanolu, podczas gdy zaoferowany produkt CHEMISEPT VIR+ posiada 85g/100g etanolu zgodnie z etykietą producenta, co również sprzecznie jest z SIWZ. Dane te wynikają także z etykiety na próbce produktu.”.

Odwołujący przywołał wymagania Zamawiającego w zakresie zawartości etanolu oraz w zakresie wykazania równoważności oferowanego produktu. Odwołujący wskazał, że wyjaśnił równoważność co do zawartości alkoholu etylowego w odwołaniu z dnia 30 grudnia 2020 i na rozprawie KIO w dniu 3.02.2021 r. oraz w złożonych wyjaśnieniach. Co za tym idzie, w ocenie Odwołującego, wnioski wyciągane przez Zamawiającego całkowicie mijają się z prawdą i postanowieniami SIWZ w zakresie zarzutu nr 4.

Odwołujący powołał ponadto wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 424/14), w którym Izba uwzględniła odwołanie wykluczonego wykonawcy. Kluczowy okazał się fakt, że w specyfikacji nie znalazły się żadne dodatkowe wymagania dotyczące dokumentów, które powinny być złożone w momencie korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Skład orzekający, odwołując się do rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U, poz. 231), stwierdził, że zamawiający mógł oczekiwać dodatkowych dokumentów. § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia przedstawia katalog dokumentów, których może żądać zamawiający, przy czym nie jest to katalog zamknięty, a więc można też żądać złożenia innych dokumentów. KIO stanęła na stanowisku, że jeśli zamawiający w przetargu nie uznał za stosowne wprowadzanie dodatkowych wymagań do SIWZ, to nie miał też prawa żądać w dalszych etapach postępowania, by wykonawca takie wymagania spełniał.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniach o wartości zamówienia nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartość kwoty 60 000 Euro, zamawiający może a w postępowaniach powyżej tej kwoty jest zobowiązany domagać się od wykonawców odpowiednich dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać



zamawiający od wykonawcy. (Dz. U. z 2004 r. Nr 71 Poz. 644 i 645), potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 25 w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Odwołujący powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2493/14), w którym Izba stwierdziła: „wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania.”.

Odwołujący podkreślił, że z powyższego należy wywieść, że wykonawca nie może ponosić żadnych negatywnych konsekwencji błędów zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie dochował należytej staranności przy sporządzaniu SIWZ, poprzez wprowadzenie niejasnych zapisów, nie może obarczać jakkolwiek winą wykonawcy, który w wyniku błędnej interpretacji tych zapisów, sporządził ofertę sprzeczną, w ocenie zamawiającego, z tymi niejasnymi zapisami.

Odwołujący uznał, że odrzucenie oferty Odwołującego dowodzi, że albo Zamawiający nie rozumie, albo umyślnie dowodzi i zmienia złożone oświadczenie woli Odwołującego dążąc do wykazania niezgodności, które nie istnieją, zatem dąży do wyboru innej oferty konkretnego dostawcy konkretnego znaku handlowego i konkretnego znaku towarowego preferując konkretnych wykonawców.

Ponadto, Odwołujący przywołał następujące okoliczności:

„Za każdym razem opis wskazujący na producenta Ecolab.

Napisany z nazwy Skinmann znak towarowy ECOLAB i dopuszczony hipotetycznie produkt równoważny. Przetargi rozpisywane na 24 miesiące.

2013 rok nr 3810.4.2013JU pak. 5 Złożono 4 oferty-odrzucono 3,

2015 rok nr 3810.107.2015JU pak. 3 Złożono 3 oferty-odrzucono 2,

2017 rok nr 3810.86.2017JU pak. 3 Złożono 2 oferty-odrzucono 1,

2020 rok nr 3810.8.2020JU pak. 3 Złożono 3 oferty-odrzucono 2 bez podania przyczyny.

Za każdym razem wygrywa firma Henry Kruse autoryzowany dystrybutor firmy ECOLAB”.

Odwołujący postawił pytanie skierowane do Zamawiającego, jak Zamawiający może nie rozumieć złożonych dokumentów i certyfikatów producenta, jak może negocjować swoje własne wymagania postawione w SIWZ?

Odwołujący stwierdził, że odnosi wrażenie, iż aktualnie z uwagi na złożone poprzednie odwołanie, treścią działań Zamawiającego nie jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, jak stanowią dokumenty, ale za wszelką cenę udowodnienie, że wykonawca nie spełnia wymagań Zamawiającego – Zamawiający imputuje powyższe wykonawcy poprzez brak staranności w czytaniu dokumentów przekazanych Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego, taki stan rzeczy jest wysoce naganny, gdyż Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie bezstronnie, z zachowaniem interesu publicznego, na jaki to cel pozyskał fundusze publiczne i winien z najwyższą starannością dbać o ich celowe wydatkowanie, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, brak umiejętności lub chęci rzetelnej oceny złożonych dokumentów i szukanie w nich niejasności, gmatwanie ich znaczenia, domniemywanie treści, które nie istnieją, konfabulowanie i zmiana złożonego oświadczenia woli w celu odrzucenia oferty Odwołującego, narusza jednoznacznie artykuły przywołane w odwołaniu, stanowiące treść ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał dokonane czynności i wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Pakiecie 1 jest płyn do dezynfekcji rąk. Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania:

„Płyn do dezynfekcji rąk.

Typu Skinman soft protect lub równoważny.

Preparat przeznaczony do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk, zawierający 89g/100g etanolu, Myristyl Alcohol, butanone oraz substancje pielęgnujące: witaminę E, glicerynę, pantenol. Higieniczna dezynfekcja rąk w czasie 20s, chirurgiczna dezynfekcja rąk w czasie 90s, o spectrum działania: bakteriobójczy, drożdżakobójczy, Rota, Noro w czasie 15s, Prątkobójczy 20 sek; Adeno, Polio w czasie 30 sek. Produkt biobójczy. Opakowanie 1l.” (Formularz asortymentowo – cenowy – sprawa BZP.3810.48.202.JU – załącznik nr 1 do oferty).

Zamawiający dopuścił oferowanie produktów równoważnych:

„Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych (inny niż podany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia) pod warunkiem, iż oferowany przedmiot zamówienia będzie o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych. W takim przypadku, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać iż oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego.”.

Odwołujący zaoferował w ww. Pakiecie produkt Chemisept Vir+ 1L producenta ChemiPharm.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego w ramach Pakietu 1 jako nie spełniającą wymogów SIWZ. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający argumentował jak następuje.

„Z dostarczonych wyników badań mikrobiologicznych w języku polskim nie wynikają czasy działania a jedynie to, że preparat ChemiseptVir+ był badany na testowych mikroorganizmach w czasie 15, 30, 60 i 120 sekund. Zgodnie z dokumentacją z dnia 03.02.2021r. przyslaną przez Producenta Chemi-Pharm, czas działania preparatu wobec testowych mikroorganizmów bakterii jest różny: 15 sekund dla większości testowych mikroorganizmów i 30 sekund dla MRSA, w związku z tym działanie preparatu w czasie 30 sekund dotyczy całej grupy bakterii (zgodnie zresztą z etykietą na opakowaniu produktu).

W związku ze zbyt długim czasem działania 30 sekund preparat ChemiseptVir+ nie spełnia potrzeb Zamawiającego w pełnym zakresie inaktywacji bakterii (MRSA) w czasie 15 sekund.

Działanie wirusobójcze deklarowane w dokumencie przedłożonym przez Wykonawcę na rozprawie przed KIO w dniu 3.02.2021 r. sporządzonym przez Producenta preparatu (Letter of Confirmation wraz z tłumaczeniem, sporządzonym w tym samym dniu co rozprawa) i dokumencie badań bójczych nadesłanych 29.03.2021 przez oferenta (dokument- „podsumowanie: „właściwości inaktywujące wirusy przez preparat Chemisept Vir+ firmy ChemiPharm AS zgodnie- z normą EN 14476:2013” z dnia 27.10.2014 r.) również jest różne. W ww. dokumencie wskazano czas inaktywacji wirusów na 30 sekund. Z treści nie przetłumaczonych raportów badań mikrobiologicznych przesłanych w dniu 29.03.2021 r. (Test raport L18/0867M.1 z dnia 17.12.2018- dotyczy norowirusów, Test raport L18/0867R.1 z dnia 14.12.2018- dotyczy rotawirusów, Expert opinion nr L18/0867MV.1 Version 01 z dnia 9.01.2019- dotyczy vaccinia virus) wynika z kolei, że czas inaktywacji wirusów wynosi 15 sekund. Wykonawca przysłał dokumenty w dniu 29.03.2021 w języku angielskim, podczas gdy dokumenty powinny być w języku polskim zgodnie z pkt IIIa SIWZ:

„IIIa. Sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Postępowanie prowadzone jest w języku polskim. 2. Wszystkie dokumenty lub oświadczenia składane przez Wykonawców sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski. 3. W odniesieniu do dokumentów wskazanych przez Wykonawcę i pobranych samodzielnie przez Zamawiającego, Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy przedstawienia tłumaczenia na język polski.”

Wobec powyższego, przedłożone dokumenty w języku angielskim nie spełniają wymogów SIWZ i ich treść nie jest wiążąca dla Zamawiającego. Zapis w SIWZ zgodny jest z §16 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który stanowi, że „dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy”. Niezależnie od powyższego, dane na etykiecie produktu CHEMISEPT VIR+ przestanego jako próbkę są sprzeczne z ww. dokumentami, gdyż na etykiecie czas inaktywacji norowirusów określony został na 30 sekund.

Ponadto, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego produkt winien zawierać co najmniej 89g/100g etanolu, podczas gdy zaferowany produkt CHEMISEPT VIR+ posiada 85g/100g etanolu zgodnie z etykietą producenta, co również sprzecznie jest z SIWZ. Dane te wynikają także z etykiety na próbce produktu.”.

Rozpoznając przedmiotowy spór Izba miała na uwadze, że ciężar wykazania, że oferowany produkt w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Co również istotne, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, a także pochodzenie środków, z których finansowane są zamówienia publiczne, postępowania te są postępowaniami wysoce sformalizowanymi.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisując przedmiot zamówienia dopuścił rozwiązania równoważne opisywanym określając, że wykonawca oferujący taki produkt zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, że oferowany przedmiot zamówienia jest o takich samych lub lepszych parametrach jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych, jak przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego. Co za tym idzie, na Odwołującym oferującym produkt równoważny spoczywał obowiązek wykazania już w ofercie, że zaferowany przez Odwołującego produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący powinien był zadbać o to, aby składając ofertę na produkt równoważny dowieść Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że produkt ten posiada takie same lub lepsze parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe, jak produkt opisany w SIWZ. Zamawiający nie jest zobowiązany do poszukiwania tego rodzaju informacji. Odwołujący zobowiązany był wykazać należyłą staranność w dowodzeniu. Powyższe znajduje oparcie w przepisie art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub

roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Wskazać należy ponadto, że Izba rozpoznając przedmiotowy spór zobowiązana jest do oceny prawidłowości czynności dokonanej przez Zamawiającego. Wobec tego, ocenie przez Izbę mogą podlegać dokumenty, które były w posiadaniu Zamawiającego w chwili podejmowania spornej czynności, i na podstawie których Zamawiający owej czynności dokonywał. Z uwagi na powyższe, Izba nie mogła oprzeć rozstrzygnięcia na dokumentach złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, jako że nie były one podstawą skarżonej czynności.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowany przez Odwołującego produkt w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że Chemisept Vir+ zaoferowany przez Odwołującego zawiera 85g/100g etanolu, podczas gdy wymogiem Zamawiającego było, aby przedmiot zamówienia zawierał 89g/100g etanolu. Odwołujący stał na stanowisku, że mniejsza ilość alkoholu przy zachowaniu wymaganej bójczości preparatu jest parametrem lepszym z uwagi na wyższe bezpieczeństwo dla skóry. Zamawiający z kolei wyraził przekonanie, że wyższe stężenie etanolu zwiększa skuteczność preparatu, zaś bezpieczeństwo skóry, z uwagi na sytuację epidemiczną, ma drugorzędne znaczenie. Izba uznała, że Odwołujący, zobowiązany do wykazania równoważności „w sposób nie budzący żadnej wątpliwości Zamawiającego”, nie podołał temu obowiązkowi. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego na pytanie Grupa 13 z dnia 10 września 2020 r. potwierdza stanowisko Zamawiającego. Odwołujący nie wypełnił także obowiązku wykazania Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że czas inaktywacji MRSA wynosi 15 s. Przeczą temu informacje podane choćby na etykiecie produktu oraz w oświadczeniu producenta Chemi-Pharm AS z dnia 3 lutego 2021 r. Co za tym idzie, Odwołujący nie wykazał spełniania wymagania: „bakteriobójczy (...) w czasie 15 s”. Nie znalazł potwierdzenia zarzut Odwołującego, że inaktywacja MRSA stanowiła parametr niewymagany w SIWZ – MRSA jest bakterią, która zgodnie z wymaganiem „bakteriobójczy (...) w czasie 15 s” powinna być inaktywowana w tym czasie. Odwołujący nie potwierdził także spełniania przez oferowany produkt wymogu: „Noro w czasie 15 s”. Czas inaktywacji wirusa podany w poszczególnych dokumentach złożonych przez Odwołującego różni się (List potwierdzający producenta z dnia 3 lutego 2021 r., Podsumowanie: właściwości inaktywujące wirusy przez preparat Chemisept Vir+ firmy ChemiPharm AS zgodnie z normą EN 14476:2013, etykieta produktu), co nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia spełniania przez oferowany produkt przedmiotowego wymagania. Izba zgodziła się przy tym z Zamawiającym, że brak jest możliwości wzięcia pod uwagę przy ocenie ofert dokumentów przedłożonych w języku obcym – w pkt IIIa SIWZ Zamawiający jasno sformułował wymaganie składania dokumentów

w języku polskim. Wszystkie dokumenty lub oświadczenia składane przez wykonawców sporządzone w języku obcym miały być składane wraz z tłumaczeniem na język polski. W konsekwencji, Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez nie respektowanie zapisów Norm Polskich i Europejskich. Zarówno postawione w SIWZ wymagania, jak i ocena parametrów produktu zaoferowanego przez Odwołującego, są zgodne z normami przywołanymi przez Odwołującego. Podkreślić należy, że to wykonawca składający ofertę na produkt równoważny zobowiązany jest wykazać spełnianie przez oferowany produkt parametrów istotnych dla Zamawiającego. Wykonawca nie powinien obciążać zamawiającego poszukiwaniem informacji o produkcie, czy też dochodzeniem, które z informacji przekazanych przez wykonawcę są prawidłowe. Rolą wykonawcy jest złożenie kompleksowej oferty, której treść nie budzi wątpliwości zamawiającego.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że kryteria równoważności nie zostały opisane przez Zamawiającego w sposób prawidłowy. Z uwagi na przedmiot zamówienia oraz cel, jakiemu ma służyć, wymogi co do równoważności opisane przez Zamawiającego nie powinny budzić wątpliwości. Izba zważyła także, że kryteria równoważności nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego na właściwym etapie postępowania.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez czynność wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego. Poszczególne dokumenty, do złożenia których został wezwany Odwołujący, nie zostały wskazane w SIWZ, jednak z uwagi na wątpliwości, jakie powziął Zamawiający co do parametrów, jakimi charakteryzuje się Chemisept Vir+, Zamawiający uprawniony był do badania spełniania wymogów opisanych w SIWZ. Co więcej, jak wskazano powyżej, to Odwołujący powinien był, bez wezwania Zamawiającego, przedstawić już z ofertą wszelkie dowody potwierdzające parametry oferowanego produktu.

Nie potwierdził się także zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na parametr niewymagany w SIWZ, tj. „co najmniej 89g/100g etanolu”. Istotnie, w piśmie z dnia 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający użył sformułowania „zgodnie z wymaganiami Zamawiającego produkt winien zawierać co najmniej 89g/100g etanolu”. Powyższe jednak wynika z tego, że w ocenie Zamawiającego, wyższa zawartość etanolu stanowi o większej skuteczności produktu, co w żaden sposób nie zmienia treści wymagania.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a) oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby w łącznej wysokości 4 349 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w łącznej kwocie 3 617 zł.

**Przewodniczący:** .....