

WYROK

Warszawa, dnia 20 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, „SOLCOM-BAYARD” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Wielospecjalistyczny im. dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego NAPRZÓD HOSPITAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD MARKETING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty uczestnika postępowania NAPRZÓD HOSPITAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD MARKETING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA

AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, „SOLCOM-BAYARD” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

- 2.2. zasądza od zamawiającego Szpitala Wielospecjalistycznego im. dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, „SOLCOM-BAYARD” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Szpital Wielospecjalistyczny im. dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Usługa kompleksowego utrzymania porządku, czystości i dezynfekcji, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych przy pacjencie w pomieszczeniach Szpitala Wielospecjalistycznego im. dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu ”, nr referencyjny: D-44/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa progom unijnym lub przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2023 r. pod numerem: 00718707-2023.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CLAR SYSTEM SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu, CLAR SERWIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, „SOLCOM-BAYARD” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (dalej: „Odwołujący”) w dniu 1 lutego 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp a mianowicie zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Service Sp. z o.o. czego skutkiem było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Service Sp. z o.o. (zwane dalej łącznie: „Konsorcjum Naprzód”) z uwagi na fakt, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wykonawcy Naprzód;

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zestawienie zaoferowanych przez wykonawcę Naprzód - w przedmiotowym wykazie – środków z merytorycznymi wymaganiami w tym zakresie opisanymi przez instytucję zamawiającą w dokumentach zamówienia uprawnia wniosek, że wymagania Zamawiającego w tym zakresie nie zostały spełnione.

Zaoferowane przez wykonawcę Naprzód w wykazie środków preparaty nie spełniają następujących wymagań instytucji zamawiającej określonych w SWZ wobec preparatów dezynfekcyjnych (załącznik nr 10 do SWZ, punkt II „Środki dezynfekcyjne i higieniczne, które wykonawca zobowiązany jest stosować.”):

- 1) preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych sprzętu medycznego na bazie glukoprotaminy (bez aldehydów i czwartorzędowych związków amoniowych). Spektrum działania: B,F, Tbc, V maksymalny czas działania 15 min.
- 2) preparat myjąco-dezynfekujący na bazie nadwęglanu sodu, TAED. Preparat przeznaczony do powierzchni zmywalnych, sprzętu medycznego oraz powierzchni mających kontakt z żywnością. Spektrum działania B, F , V, Tbc, Clostridium difficile. Maksymalny czas działania 15 min.
- 3) preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni na bazie aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu. Roztwór roboczy aktywny do 30 h. Możliwość stosowania w kontakcie z żywnością, możliwość użycia do inkubatorów. Spektrum działania: B, F, V, Tbc – 15 min.

Inaczej tę rzecz ujmując, środki wskazane przez wykonawcę Naprzód nie spełniają tychże wymagań instytucji zamawiającej określonych w dokumentacji zamówienia.

Środki myjąco-dezynfekcyjne i dezynfekcyjne zaproponowane przez firmę Naprzód obejmują następujące 7 preparatów, wymienionych w pozycji 1-7 dokumentu „Wykaz środków”: Incidin Plus; Incidin Active; Desam Spray; Perform; Medicarine; Virusolve+GDU; Actichlor Plus.

Odnosnie wymogu 1) – (preparat na bazie glukoprotaminy), stwierdzić należy iż żaden z zaproponowanych przez firmę Naprzód preparatów nie spełnia w całości wymagań zamawiającego. Jedynym preparatem na bazie glukoprotaminy, zaproponowanym przez Naprzód jest Incidin Plus. Nie spełnia on wymagania Zamawiającego pod kątem spektrum działania na Tbc (prątki gruźlicy). Tymczasem odpowiednie spektrum działania środków jest bardzo istotne dla zapewnienia odpowiedniej ochrony przed rozprzestrzenianiem się zakażeń.

Odnosnie wymogu 2) – (preparat na bazie nadwęglanu sodu, TAED), stwierdzić

należy iż żaden z zaproponowanych przez firmę Naprzód preparatów nie jest na bazie nadwęglanu sodu, TAED (Tetraacetyloetylenodiamina).

Odnośnie wymogu 3) – (preparat na bazie aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu) Żaden z zaproponowanych przez firmę Naprzód preparatów nie spełnia w całości wymagań zamawiającego. Tylko jeden z zaproponowanych przez firmę Naprzód preparatów (Perform) jest na bazie aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu. (Roztwór roboczy aktywny do 30 h. Możliwość użycia do inkubatorów. Spektrum działania: B, F, V, Tbc – 15 min.) Jednak wbrew wymaganiom Zamawiającego preparat ten nie może być stosowany w kontakcie z żywnością.

Odwołujący przytoczył treść art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz art. 7 pkt 29) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wykaz środków, z uwagi na swoją treść i charakter stanowi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 7 pkt 20) ustawy Pzp oraz art. 7 pkt 29) ustawy Pzp.

W taki też sposób – jako przedmiotowy środek dowodowy - wykaz środków w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowany, zarówno przez zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu. W odpowiedzi na pytanie nr 23 i 48 z dnia 14.12.2023 r., w których wykonawcy formułujący swoje wątpliwości do SWZ wskazywali, że taki dokument jak wykaz środków stanowi de iure przedmiotowy środek dowodowy i powinien być złożony wraz z ofertą, Zamawiający potwierdził, że taki dokument jak wykaz środków ma być złożony przez wykonawcę wraz ofertą (co jest właściwe przedmiotowym, a nie podmiotowym środkiem dowodowym). Wykonawca Naprzód nie złożył jednak wykazu środków wraz ofertą, wobec czego instytucja zamawiająca wezwała go – gdyż przewidziała taką możliwość w SWZ (por. str. 11 pkt 3 in fine SWZ) - do uzupełniania brakującego przedmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu środków. Wykonawca Naprzód pismem z dnia 22.12.2023 r. „Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych” sanował swoje uchybienie i dostarczył Zamawiającemu wykaz środków. Jak się okazało, po odtajnieniu tego wykazu w dniu 22.01.2024 r., wykonawca Naprzód uzupełnił na wezwanie Zamawiającego wykaz środków wadliwy pod kątem merytorycznym. Środki wskazane przez wykonawcę Naprzód w wykazie środków, jak już wskazano powyżej, nie spełniają bowiem wszystkich wymagań Zamawiającego.

Z uwagi natomiast na fakt, że zgodnie z art. 107 ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają poprawieniu, oferta wykonawcy Naprzód powinna ulec odrzuceniu.

W złożonej pismem z 12 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Pkt 1

Zaproponowany przez firmę „Naprzód” preparat Incidin Plus na bazie glukoprotaminy spełnia wymagania Zamawiającego, ponieważ ulotka dotycząca preparatu informuje, że przy zastosowaniu 3% stężenia preparatu w czasie 15 minut ma on działanie bakteriobójcze, grzybobójcze, wirusobójcze oraz na Tbc (prątki gruźlicy). Odwołujący w swojej ofercie, którą przedłożył zaproponował również Incidin Plus o stężeniu 2%, które to stężenie nie zabezpiecza działania przeciw prątkom gruźlicy. Zamawiający nie określił stężenia preparatu, które miałyby być stosowane, więc jedna i druga firma zaproponowała właściwy preparat.

Pkt 2

Zaproponowany przez firmę Naprzód preparat Incidin Active wg informacji przedstawionej przez producenta zawiera w swoim składzie nadwęglan sodu oraz Tetraacetyloetylenodiaminę (TAED).

Pkt 3

Zaproponowany przez firmę „Naprzód” preparat – Perform spełnia wymagania Zamawiającego. Według ulotki producenta jest to preparat na bazie aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu. Roztwór aktywny do 30 h. Spektrum działania: bakteriobójczy, grzybobójczy, wirusobójczy i prątkobójczy w czasie 15 min. Może być stosowany na oddziałach szpitalnych dla wcześniaków (np. inkubatory). Może być również stosowany do wycisków stomatologicznych.

Zamawiającemu nie chodziło o użycie tego preparatu w Kuchni Centralnej, do bezpośredniego kontaktu z żywnością podczas procesu produkcji.

Według Rozporządzenia (UE) nr 528/2012 w sprawie produktów biobójczych poza kuchnią nie ma wymogu rejestracji preparatu w grupie PT4 (dziedzina żywności i pasz). Według planu higieny zamawiającego omawiany preparat miałby zastosowanie do dezynfekcji m. in: łóżek, pokrowców na materace, stołów operacyjnych, stolików do instrumentarium.

Produkty służące do dezynfekcji powierzchni znajdujących się w pobliżu pacjentów na salach szpitalnych należą do grupy PT2 produktów biobójczych. Perform jest produktem należącym do grupy PT2.

Wymaganiem Zamawiającego była możliwość zastosowania preparatu do dezynfekcji powierzchni mających kontakt z żywnością, a nie formalne dopuszczenie.

Odwołujący się również zaproponował do stosowania wyżej wymieniony preparat.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NAPRZÓD HOSPITAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD MARKETING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 13 lutego 2024 r. ustosunkowali się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NAPRZÓD HOSPITAL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD MARKETING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi, NAPRZÓD SERVICE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. korespondencję e-mail z przedstawicielem producenta środków Schulke Polska Sp. z o.o.; ulotkę produktu Incidin Plus; ulotkę produktu Incidin Active; ulotkę produktu Desam Spray; ulotkę produktu Perform; ulotkę produktu Medicarine; ulotkę produktu Virusolve+GDU; ulotkę produktu Actichlor Plus oraz na rozprawie, mianowicie: decyzję Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 5 października 2019 r. dot. preparatu Incidin Activ; oświadczenie brygadzystki z 12 lutego 2024 r.

2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, mianowicie: ulotkę informacyjną firmy ECOLAB dot. preparatu Incidin Plus; ulotkę informacyjną firmy ECOLAB dot. preparatu Incidin Active oraz informację od producenta preparatu z dnia 5 lutego 2024 r.; ulotkę informacyjną firmy Schulke & Mayr GmbH dot. preparatu Perform
3. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, mianowicie: ulotkę informacyjną firmy ECOLAB dot. preparatu Incidin Plus; ulotkę informacyjną firmy ECOLAB dot. preparatu Incidin Active oraz informację od producenta preparatu z dnia 5 lutego 2024 r.; ulotkę informacyjną firmy Schulke & Mayr GmbH dot. preparatu Perform

Izba pominęła dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego na rozprawie, mianowicie: decyzję Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 17 sierpnia 2018 r. dot. preparatu desam effect+ wraz z ulotką informacyjną wskazanego preparatu; wydruk wiadomości e-mail z dnia 30 stycznia 2024 r. dot. preparatu desam effect+; wyjaśnienia i uwagi Odwołującego jako nie mających znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do pisma Uczestnika postępowania z dnia 16 lutego 2024 r. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 535 ustawy Pzp *Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przewodnicząca zamknęła rozprawę 15 lutego 2024 r. o godz. 11:57. Pismo Uczestnika postępowania wpłynęło do akt sprawy po zamknięciu rozprawy i wobec braku decyzji Izby o otwarciu zamkniętej rozprawy, stanowisko i dowody Uczestnika postępowania musiały zostać *a limine* pominięte w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usługi kompleksowego utrzymania porządku, czystości i dezynfekcji, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych przy pacjencie w pomieszczeniach Szpitala.

Zamawiający w załączniku nr 10 do SWZ, punkt II „Środki dezynfekcyjne i higieniczne, które wykonawca zobowiązany jest stosować” wskazał wymagania odnośnie preparatów, m.in.:

- 1) preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych sprzętu medycznego na bazie glukoprotaminy (bez aldehydów i czwartorzędowych związków amoniowych). Spektrum działania: B,F, Tbc, V maksymalny czas działania 15 min.
- 2) preparat myjąco-dezynfekujący na bazie nadwęglanu sodu, TAED. Preparat przeznaczony do powierzchni zmywalnych, sprzętu medycznego oraz powierzchni mających kontakt z żywnością. Spektrum działania B, F , V, Tbc, Clostridium difficile. Maksymalny czas działania 15 min.

- 3) preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni na bazie aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu. Roztwór roboczy aktywny do 30 h. Możliwość stosowania w kontakcie z żywnością, możliwość użycia do inkubatorów. Spektrum działania: B, F, V, Tbc – 15 min.

Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 23 oraz pyt. 43 wskazał, że wymaga, aby następujące dokumenty zostały złożone wraz z ofertą: plan higieny szpitala zawierający obowiązkowo harmonogram pracy opisujący dokładnie wszystkie czynności; organizacja pracy w poszczególnych strefach i jednostkach organizacyjnych szpitala; szczegółowe procedury i instrukcje sprzątania i dezynfekcji; zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli, zgodny z procedurami obowiązującymi u Zamawiającego wynikającymi z Akredytacji oraz systemu zarządzania jakością ISO; wykaz urządzeń i sprzętu będących w posiadaniu Wykonawcy niezbędnych do wykonania usług będących przedmiotem zamówienia; wykaz wszystkich środków dezynfekujących, myjąco-dezynfekujących, myjących, czyszczących, które będą stosowane podczas realizacji usługi.

Pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych:

1. plan higieny szpitala zawierający obowiązkowo harmonogram pracy opisujący dokładnie wszystkie czynności
2. organizacja pracy w poszczególnych strefach i jednostkach organizacyjnych szpitala
3. szczegółowe procedury i instrukcje sprzątania i dezynfekcji
4. zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli, zgodny z procedurami obowiązującymi u Zamawiającego wynikającymi z Akredytacji oraz systemu zarządzania jakością ISO
5. wykaz urządzeń i sprzętu będących w posiadaniu Wykonawcy niezbędnych do wykonania usług będących przedmiotem zamówienia
6. wykaz wszystkich środków dezynfekujących, myjąco-dezynfekujących, myjących, czyszczących, które będą stosowane podczas realizacji usługi.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 22 grudnia 2023 r. uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu. Przy czym dokumenty te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący w dniu 18 stycznia 2024 r. wniósł dowołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając m.in. naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że wykaz wszystkich środków dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekujących, myjących, czyszczących, które będą stosowane podczas realizacji usługi na rzecz Zamawiającego (wykaz środków) złożony

przez Wykonawcę Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy (...).

Zamawiający pismem z dnia 22 stycznia 2024 r., w odpowiedzi na ww. odwołanie, oświadczył, że za zgodą konsorcjum Naprzód odtajnia wykaz środków. Wykaz środków zawiera następujące preparaty:

WYKAZ ŚRODKÓW

L.P.	NAZWA
1.	Incidin Plus
2.	Incidin Active
3.	Desam Spray
4.	Perform
5.	Medicarine
6.	Virusolve + GDU
7.	Actichlor Plus
8.	Doven SK 22E
9.	Neodisher SBK
10.	Glass Cleaner
11.	Sanet BR 75
12.	Tawip Vitoclean
13.	Sanet Zitrotan
14.	Tanet SR 15
15.	Karpex
16.	Retex
17.	Shampoo
18.	Sidolux Expert do mycia paneli
19.	Cleanlux
20.	Sidolux Expert do mycia drewna
21.	Redur
22.	Liberio
23.	Polyspray
24.	Longlife Hospital
25.	Longlife Conductan
26.	Linax Complete
27.	Mediclean 320 WC
28.	Mr Pol
29.	Romikol
30.	Softline
31.	Manisoft
32.	Mediclean 230 Wood
33.	Mediclean 240 Steel
34.	Skoncentrowany odświeżacz powietrza na bazie olejków eterycznych MEGA - CHERRY
35.	Merida elektryczny odświeżacz powietrza

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, Odwołującego oraz Uczestnika postępowania gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Tytułem wstępu, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Izba uznała argumentację Odwołującego za zasadną w części.

Odnosząc się do wskazanych w odwołaniu preparatów:

1) preparat o nazwie handlowej Perform – rację ma Odwołujący, że wskazany preparat nie może być stosowany w kontakcie z żywnością. Potwierdza to zarówno treść wiadomości e-mail z producentem preparatu firmą Schulke Sp. z o.o., jak również to, że preparat ten jest wyrobem medycznym, a nie produktem biobójczym czy też produktem na pograniczu - o podwójnej rejestracji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami preparatem do mycia i dezynfekcji powierzchni mających kontakt z żywności mogą być wyłącznie produkty biobójcze. Co istotne, Zamawiający i Uczestnik postępowania powyższego nie negowali. Twierdzenia Zamawiającego, że *nie chodziło o użycie tego preparatu w Kuchni centralnej, do bezpośredniego kontaktu z żywnością podczas produkcji* nie zasługuje na aprobatę. Tak samo jak twierdzenie odnośnie preparatów służących do dezynfekcji powierzchni znajdujących się *w pobliżu pacjentów* – przecież Zamawiający wprost wymagał preparatu do mycia i dezynfekcji powierzchni, który to może być stosowany w kontakcie z żywnością, a nie do dezynfekcji powierzchni w pobliżu pacjentów. Skoro Zamawiający nie chciał preparatu do powierzchni mających kontakt z żywnością, to nie powinien tego w dokumentach zamówienia wymagać.

Na uwzględnienie nie zasługują również twierdzenia, że wymaganiem Zamawiającego była możliwość zastosowania preparatu do dezynfekcji powierzchni mających kontakt z żywnością, a nie formalnie dopuszczonym – po pierwsze, z odpowiedzi na pytania powyższe nie wynika. Po drugie Izba nie rozumie, jak preparat który nie jest produktem biobójczym czyli formalnie dopuszczonym do użycia na powierzchniach mających kontakt z żywnością może jednak mieć zastosowanie do dezynfekcji takich powierzchni. W oparciu o jakie przepisy Zamawiający rozdziela możliwość stosowania od formalnego dopuszczenia - tego Izba nie wie. Abstrahując nawet od przepisów prawa - Zamawiający ani też Uczestnik postępowania nie przedstawili żadnego dowodu na potwierdzenie, że co prawda Perform nie jest formalnie dopuszczony do stosowania na powierzchniach mających kontakt z żywnością ale jednak jest możliwość zastosowania tego preparatu na takich powierzchniach.

2) preparat o nazwie handlowej Incidin Plus – twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Wskazany preparat wykazuje skuteczność mikrobójczą wobec prątków gruźlicy w stężeniu 3%. Uczestnik postępowania nie wskazał w swojej ofercie, że oferuje wskazany preparat w stężeniu 2%.

3) preparat o nazwie handlowej Incidin Active – preparat zaoferowany przez Uczestnika postępowania jest na bazie nadwęglanu sodu, TEAD, a tylko tego dotyczył zarzut.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz

wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu zarzutów na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotyczyłoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez Odwołującego na rozprawie nowy zarzut dotyczący braku możliwości zastosowania ww. preparatu do powierzchni mających kontakt z żywnością, jako zarzut, który nie był zawarty w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: