

Sygn. akt: KIO 3180/20

WYROK
z dnia 16 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Klaromed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 123, 05-070 Sulejówek** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Konecki, ul. Staszica 2, 26-200 Końskie**

przy udziale wykonawcy **Media-Med Sp. z o.o., ul. Promienistych 7, 31-481 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Powiatowi Koneckiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia i dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w Części 1 zamówienia, w tym odrzucenia oferty Media-Med Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
2. Kosztami postępowania obciąża **Powiat Konecki, ul. Staszica 2, 26-200 Końskie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Klaromed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 123, 05-070 Sulejówek** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Powiatu Koneckiego, ul. Staszica 2, 26-200 Końskie** na rzecz **Klaromed Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 123, 05-070 Sulejówek** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Powiat Konecki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Część 1 Zakup urządzenia do dekontaminacji stref i pomieszczeń gazową formą nadtlenu wodoru Część 2 Zakup zestawu diagnostyczno-terapeutycznego do wykonywania i prowadzenia procedury ECMO na potrzeby projektu pn. „Końskie zdrowie – zapobieganie, przeciwdziałanie i zwalczanie COVID-19 w powiecie koneckim”. 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 Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2020 r. pod pozycją 605198-N-2020.

W dniu 2 grudnia 2020 r. wykonawca Klaromed Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media- Med Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Media-Med Sp. z o.o.;
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Media-Med Sp. z o.o.;
3. Dokonanie ponownej oceny ofert pod kątem przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że oferta Media-Med Sp. z o.o., wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pkt 42 i 43 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”).

Odwołujący wyjaśnił, że urządzenie do dekontaminacji służy do usuwania i dezaktywacji substancji szkodliwej. Jak podał Odwołujący, istnieją różne metody i środki służące dekontaminacji. Jednym z nich jest użycie par nadtlenu wodoru — i użycie takiego środka Zamawiający przewidział w OPZ. Odwołujący stwierdził, że objęte przedmiotem zamówienia urządzenie do dekontaminacji powinno zapewniać przeprowadzenie procesu

dekontaminacji przy użyciu par nadtlenu wodoru.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w pkt 43 Zamawiający określił wymóg: „faza dekontaminacji przebiega przy udziale mikrokondensacji — odparowania par nadtlenu wodoru, a proces sterylizacji nie wymaga osuszania pomieszczenia”. Z wymogu Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wymagał aby :

- 1) proces dekontaminacji przebiegał przy udziale mikrokondensacji;
- 2) środkiem służącym do dekontaminacji były pary nadtlenu wodoru - odparowane przez urządzenie;
- 3) proces sterylizacji (dekontaminacji) nie wymagał osuszania pomieszczenia.

Odwołujący stwierdził, że w praktyce (na rynku) dostępne są dwie metody dekontaminacji przy użyciu par nadtlenu wodoru: tzw. „metoda mokra” oraz tzw. „metoda sucha”. Jak wyjaśnił Odwołujący, pierwsza z nich polega na wykorzystaniu zjawiska mikrokondensacji, które jest występującym w naturze zjawiskiem fizycznym, polegającym na tworzeniu mikro warstwy wilgoci na powierzchniach, gdzie występuje różnica temperatur między materiałem a powietrzem je otaczającym. W tym miejscu dochodzi do przekroczenia tzw. „punktu rosy”, czego efektem jest osiadanie cząsteczek wody na powierzchni. „Punkt rosy” to temperatura, w której może rozpocząć się proces skraplania gazu przy ustalonym ciśnieniu. W przypadku pary wodnej w powietrzu jest to temperatura, w której para wodna zawarta w powietrzu osiąga na skutek schładzania stan nasycenia, a poniżej tej temperatury staje się przesycona i skrapla się. W przypadku zatem metody mokrej przy użyciu perhydrołu (nadtlenu wodoru) dochodzi do wprowadzenia do pomieszczenia par nadtlenu wodoru, który uzyskując punkt mikrokondensacji wytwarza cienką warstwę pokrywającą powierzchnię dekontaminowaną. W ten sposób następuje usunięcie i dezaktywacja czynnika szkodliwego.

Metoda sucha natomiast wykorzystuje fazę gazową nadtlenu wodoru. Polega na odparowaniu ciekłego nadtlenu wodoru, w wyniku czego powstaje mieszanina nadtlenu wodoru i pary wodnej. Zasadnicze dla tej metody jest utrzymywanie stężenia nadtlenu wodoru poniżej punktu kondensacji (punktu rosy). W metodzie tej wykluczone jest zatem przekroczenie punktu nasycenia i kluczowe jest niedopuszczenie do zaistnienia zjawiska kondensacji, konieczne jest zatem utrzymywanie stężenia nadtlenu wodoru poniżej punktu rosy.

Jak wskazał Odwołujący, jeśli wprowadzony do pomieszczenia nadtlenek wodoru w postaci gazowej osiągnie punkt nasycenia (punkt rosy) i następnie przekroczy go, to wówczas następuje zjawisko kondensacji (lub mikrokondensacji) czynnika sterylizującego na powierzchniach. Jeżeli zjawisko mikrokondensacji będzie utrzymywane przez cały cykl dekontaminacji, to proces ten będzie określany jako „mokry”. Jeżeli natomiast stężenie

nadtlenku wodoru w pomieszczeniu podczas cyklu dekontaminacji będzie utrzymywane poniżej punktu rosy, a zatem nie osiągnie stanu ciekłego, nie dojdzie do mikrokondensacji - wówczas proces dekontaminacji będzie procesem „suchym”. Na tym polega zasadnicza różnica między tymi dwoma różniącymi się technologicznie procesami - obydwie metody wykorzystują pary nadtlenku wodoru, ale w metodzie mokrej zachodzi mikrokondensacja (wykroplenie oparów nadtlenku wodoru), zaś w metodzie suchej nie dochodzi do mikrokondensacji (brak wykroplenia oparów nadtlenku wodoru).

Odwołujący zauważył, że obydwie metody były przedmiotem analiz naukowych, w których wykazano różnice w przebiegu tychże metod. Na dowód Odwołujący załączył do odwołania artykuły branżowe (dowód nr 1) dotyczące dekontaminacji przy użyciu metody mokrej i suchej, z zaznaczonymi fragmentami, z których, jak stwierdził, bezpośrednio wynika, że w metodzie mokrej zachodzi mikrokondensacja, zaś w metodzie suchej nie zachodzi to zjawisko. Obydwie powyżej opisane metody zostały opatentowane. Metoda mokra została opatentowana przez firmę Bioquell jako technologia HPV (*Hydrogen Peroxide Vapour* - nadtlenek wodoru w fazie gazowej). Natomiast metoda sucha została opracowana i opatentowana przez firmę Steris jako technologia VHP (*Vaporized Hydrogen Peroxide* - odparowany nadtlenek wodoru). Odwołujący podkreślił, że obie metody służą celom dekontaminacji, jednak ich różnica pod względem technologicznym jest zasadnicza.

Na dowód, iż stosowana przez firmę Steris technologia VHP jest metodą suchą, Odwołujący przedłożył kopię patentu tej technologii (dowód nr 2) z zaznaczonym fragmentem, w którym wskazane jest, iż „system dekontaminacji dostosowuje stężenie odparowanego środka odkażającego w odpowiedzi na monitorowane stężenie nasycenia środka odkażającego, zapobiegając kondensacji odparowanego środka odkażającego podczas cyklu odkażania”. A zatem system dekontaminacji w technologii VHP zapobiega procesowi kondensacji, co oznacza, że kondensacja w systemie VHP nie występuje. Odwołujący wskazał, że dowodem na wykorzystywanie przez Steris metody suchej jest również załączona informacja katalogowa urządzenia (dowód nr 3) - mobilnego systemu dekontaminacji Steris VHP Victory, w którym wprost wskazane jest, iż „w procesie wykorzystywana jest postać suchego gazu nadtlenku wodoru [...], która nie kondensuje się na procesowanych powierzchniach”. Odwołujący zauważył, że informacje dotyczące metody działania urządzenia do dekontaminacji Steris zostały zamieszczone także na stronie internetowej firmy Media-Med. Sp. z o.o., tj. <https://media-med.pl/mobilny-system-dekontaminacji-pomieszczen-victory> (jako dowód nr 4 Odwołujący załączył print-screen), gdzie opisując sposób działania urządzenia marki Steris VHP Victory wskazano, że „[...] dostosowuje prędkość uwalniania czynnika sterylizującego do warunków otoczenia. Pozwala to osiągnąć zamierzoną skuteczność dekontaminacji bez konieczności stosowania

osuszacza powietrza, eliminując jednocześnie ryzyko kondensacji czynnika na powierzchniach”. Oznacza to wprost, jak stwierdził Odwołujący, że urządzenie marki Steris nie działa przy użyciu metody mokrej, która polega właśnie na kondensacji czynnika (nadtlenku wodoru) na powierzchniach, w przeciwieństwie do metody suchej. Odwołujący podał, że technologia mokra przyjęta i opatentowana przez firmę Bioquell jest wykorzystywana w produkowanych przez tą firmę urządzeniach, których dystrybutorem jest Kendrolab. Ta technologia polega na kondensacji nadtlenku wodoru (HPV).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający określił w pkt 43 OPZ wymóg, iż „faza dekontaminacji przebiega przy udziale mikrokondensacji - odparowania par nadtlenku wodoru, a proces sterylizacji nie wymaga osuszania pomieszczenia”. Z powyższej analizy Odwołujący wywiódł, że wymóg Zamawiającego określa, że Zamawiający wymaga zastosowania metody mokrej, która została opatentowana jako technologia HPV przez firmę Bioquell. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania technologii metody suchej, opatentowanej jako VHP przez Steris, gdyż w technologii tej z założenia wykluczony jest udział mikrokondensacji.

Jak zauważył Odwołujący, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, który w pkt 11 OPZ wymagał złożenia „listy kontrolnej czynności wykonywanych w czasie przeglądów”, firma Media-Med Sp. z o.o. załączyła do swojej oferty Załącznik nr 5 pn. „Lista wykonywanych czynności podczas przeglądu VHP* VICTORY — mobilny system dekontaminacji pomieszczeń”. Z dokumentu tego wynika, w ocenie Odwołującego, że wykonawca Media-Med Sp. z o.o. oferuje urządzenie firmy Steris w technologii VHP (urządzenie Seris VHP Victory), która jest niedopuszczalna w świetle określonego przez Zamawiającego w pkt 43 OPZ wymogu. Odwołujący zaznaczył, że załącznik ten jest integralną częścią oferty Media-Med Sp. z o.o., wobec tego nie jest możliwe dokonanie zmiany urządzenia ofertowanego przez tego wykonawcę, czy też technologii, jaką zaoferował. Zdaniem Odwołującego, braku zgodności z OPZ co do metody dekontaminacji nie konwalidują również dokumenty (firmowe materiały i informacje z parametrami technicznymi), których Zamawiający wymagał do złożenia najpóźniej w dniu podpisania umowy. W opinii Odwołującego, dokumenty te mogłyby potwierdzić co najwyżej, że Media-Med Sp. z o.o. zamierza w rzeczywistości dostarczyć urządzenie stosujące technologię niezgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący podał, że Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2020 r. wezwał Media-Med Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, „na czym będzie polegała opisana w pkt 43 opisu przedmiotu zamówienia faza dekontaminacji, która ma przebiegać przy udziale mikrokondensacji — odparowania par nadtlenku wodoru, a proces sterylizacji nie wymaga osuszania pomieszczenia”. Zamawiający zwrócił się przy tym o załączenie firmowych

materiałów informacyjnych z zaznaczeniem fragmentów opisujących wskazany proces w pkt 43.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi Media-Med Sp. z o.o. potwierdziła, iż zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenie VHP VICTORY firmy Steris wykorzystuje opatentowaną technologię Steris VHP. Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach wskazano, że technologia ta polega na podgrzaniu nadtlenu wodoru w postaci ciekłej, odparowaniu go, wygenerowaniu do postaci gazowej i następnie, jak wyjaśniła Media-Med Sp. z o.o., „prędkość iniekcji nadtlenu wodoru jest dostosowywana do monitorowanych warunków otoczenia [...], aby można było osiągnąć maksymalne stężenie postaci gazowej nadtlenu wodoru, nie przekraczając punktu rosy” - co oznacza nie dopuszczenie do mikrokondensacji. Odwołujący zaznaczył, że w efekcie przekroczenia punktu rosy dochodzi do zjawiska mikrokondensacji, które jest charakterystyczne i kluczowe dla metody mokrej HPV, w przeciwieństwie do metody suchej VHP. Odwołujący ponownie zauważył, że jeżeli w procesie dekontaminacji nie dojdzie do przekroczenia punktu rosy, to tym samym nie dojdzie do mikrokondensacji. Nie zajdzie zatem proces wymagany przez Zamawiającego w pkt 43 OPZ, aby „faza dekontaminacji przebiega przy udziale mikrokondensacji”. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, Media-Med Sp. z o.o. potwierdziła, że metoda sucha VHP, którą oferuje, nie dopuszcza mikrokondensacji, która była wymagana przez Zamawiającego.

Dodatkowo, jak podniósł Odwołujący, Media-Med Sp. z o.o. załączyła do wyjaśnień dokument pn. „Dekontaminacja pomieszczeń w Technologii Steris^R VHP^R”. Odwołujący zauważył, że już w pierwszym akapicie tego dokumentu wskazane jest, że „sucha postać nadtlenu wodoru ogranicza w znacznym stopniu ryzyko kondensacji H₂O₂, w miejscach poddawanych dekontaminacji”. Media-Med Sp. z o.o. przedłożyła również dokument pn. „Mobilny System Dekontaminacji VHP^R VICTORY”, w którym w „Opisie cyklu” wskazane jest, że „Urządzenie do biodekontaminacji VICTORY pracuje w zastosowaniu technologii VHP^R firmy Steris^R. W procesie wykorzystywana jest postać suchego gazu nadtlenu wodoru o szerokim spektrum biobójczym, która nie kondensuje się na procesowanych powierzchniach”.

Zdaniem Odwołującego, w wyniku udzielonych przez Media-Med Sp. z o.o. wyjaśnień tym bardziej stało się jasne, urządzenie w jakiej metodzie pracujące Media-Med Sp. z o.o. oferuje i na czym polega technologia zaoferowana przez tego wykonawcę. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia przedłożone przez Media-Med Sp. z o.o. potwierdziły trafność analizy przedstawionej powyżej.

W ocenie Odwołującego, udzielając wyjaśnień Media-Med Sp. z o.o. manipulowała pojęciami nie wskazując wprost, iż w metodzie VHP nie zachodzi mikrokondensacja, o której

mowa w pkt 43 OPZ. Wykonawca posłużył się sformułowaniem „nie przekraczając punktu rosy”, które jest równoznaczne z brakiem zjawiska mikrokondensacji. Przyjmując, że Media-Med Sp. z o.o. jest profesjonalną firmą i zna technologię urządzeń przez siebie dystrybuowanych, należy sądzić, zdaniem Odwołującego, że manipulacja ta była celowym zamierzeniem, ukierunkowanym na udzielenie wymijającej odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie. Odwołujący podkreślił, że jeśli Media-Med Sp. z o.o. miałyby udzielić bezpośredniej odpowiedzi, a przy tym zgodnej z prawdą, to musiałyby wskazać, że faza dekontaminacji w metodzie VHP nie przebiega przy udziale mikrokondensacji, co oznaczałoby wprost przyznanie, że urządzenie przez tego wykonawcę ofertowane jest niezgodne z OPZ.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie dokonał należytej analizy stanu faktycznego, w szczególności dokumentów i wyjaśnień mu przedłożonych. Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego badania i oceny ofert i do wyboru tylko i wyłącznie tej, która zgodna jest przyjętym opisem przedmiotu zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, brak rzetelności po stronie Zamawiającego niweczy sens postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zauważył, że ustawodawca wyposażył Zamawiającego w odpowiednie środki służące do badania ofert, takie jak wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po to, aby rzetelnie badać oferty złożone w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający wzywa na podstawie ww. przepisu wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, to powinien przeanalizować następnie przedłożone mu wyjaśnienia i dokumenty. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający bezkrytycznie przyjął jakąkolwiek odpowiedź wykonawcy Media-Med. Sp. z o.o. nie poddając jej należytej analizie. Tym samym, w opinii Odwołującego, Zamawiający zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy, który oferuje urządzenie niezgodne z wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że oferta złożona przez Media-Med Sp. z o.o. jest również niezgodna z pkt 43 OPZ w zakresie wymogu: „proces sterylizacji nie wymaga osuszania pomieszczenia”. Odwołujący podał, że zgodnie z tym wymogiem, Zamawiający oczekuje, że pomieszczenie nie będzie osuszane przez urządzenie, ani nie będzie konieczności osuszania ręcznego, czego nie spełnia technologia Steris.

Odwołujący podniósł, że oferta Media-Med Sp. z o.o. jest niezgodna również z pkt 42 OPZ, w którym wskazano, że procesy gazowania i przewietrzania wykonywane są w minimum dwóch niezależnych obiegach powietrza. Zdaniem Odwołującego, ze złożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika potwierdzenie spełniania tego wymogu.

W przekonaniu Odwołującego, oferta Media-Med. Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Media-Med. Sp. z o.o.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. 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 zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Na wstępie należy zauważyć, że ani z treści Załącznika nr 1 do SIWZ, ani z pozostałej treści Specyfikacji nie wynika, aby wymóg ujęty w poz. 43 Załącznika nr 1 do SIWZ miał być wymogiem minimalnym, granicznym. Przeciwnie, został on sformułowany w sposób jednoznaczny i bezwzględny – Zamawiający wymagał, aby faza dekontaminacji przebiegała przy udziale mikrokondensacji – odparowania par nadtlenu wodoru, a proces sterylizacji nie wymagał osuszania pomieszczenia.

Izba miała na względzie, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zdefiniował pojęcia „mikrokondensacji”, jednak nie jest to pojęcie, którego znaczenia wykonawcy nie byli w stanie odczytać. Pojęcie to nie pozostawia także dużego pola do interpretacji. Jak wskazuje Słownik języka Polskiego, „kondensacja” to przemiana gazu w ciecz lub ciało stałe (Słownik Języka Polskiego PWN, www.sjp.pwn.pl/slowniki/kondensacja.html), proces przechodzenia pary wodnej w ciecz lub ciało stałe (Wielki słownik języka polskiego, www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=18520&id_znaczenia=5028139&l=13&ind=0). Z kolei „mikro” to pierwszy człon wyrazów złożonych wskazujący na bardzo małe rozmiary lub bardzo małą skalę tego, co jest nazwane drugim członem (Słownik Języka Polskiego PWN, www.sjp.pwn.pl/sjp/mikro;2483270).

W przedmiotowej sprawie Izba miała na uwadze, że Odwołujący podjął inicjatywę dowodową składając artykuły branżowe oraz kopię patentu technologii VHP. W publikacjach załączonych do odwołania pt. „Dekontaminacja pomieszczeń i wyposażenia medycznego z użyciem metod dezynfekcji fumigacyjnych. Przegląd piśmiennictwa” autorstwa P. Tarka, „Zastosowanie metody „suchej” i „mokrej” z wykorzystaniem gazowej formy nadtlenu wodoru w dekontaminacji pomieszczeń laboratoryjnych”, A. Skorupski, M. Reichert, G. Sikorski, „Metody dekontaminacji powierzchni z użyciem nadtlenu wodoru”, E. Kutrowska, R. Grabicki wyjaśniono na czym polegają technologie wykorzystywane przez producentów urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego i Media-Med Sp. z o.o. Ich treść potwierdza informacje przedstawione w treści odwołania oraz wskazuje jednoznacznie, że w technologii VHP nie dochodzi do kondensacji/mikrokondensacji czynnika sterylizującego na powierzchniach dekontaminowanego obszaru.

Powyższe potwierdza treść patentu nr US 7,919,059 B2 , na podstawie którego metoda oferowana przez Media-Med Sp. z o.o. została wprowadzona, gdzie stwierdza się, że „System odkażania dostosowuje stężenie odparowanego środka odkażającego w odpowiedzi na monitorowane stężenie nasycenia środka odkażającego, zapobiegając w ten sposób kondensacji odparowanego środka odkażającego podczas cyklu odkażania”. Podobnie, w informacji producenta dotyczącej Mobilnego Systemu Dekontaminacji VHP VICTORY w opisie cyklu zostało wskazane, że „W procesie wykorzystywana jest postać suchego gazu nadtlenu wodoru o szerokim spektrum biobójczym, która nie kondensuje na procesowanych powierzchniach.”. Potwierdzeniem powyższego jest także treść wyjaśnień złożonych przez Media-Med Sp. z o.o. w dniu 23 listopada 2020 r., w który wykonawca podał, że nie dochodzi do przekroczenia punktu rosy.

Izba zważyła również, że spór, jaki toczy się przed Izbą, ma charakter kontradyktoryjny. Mimo to Zamawiający oraz Media-Med Sp. z o.o. nie przedstawili dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ograniczyli się jedynie do zaprzeczenia stanowisku Odwołującego. Jedynym środkiem dowodowym, jaki złożyła Media-Med Sp. z o.o. był patent nr EP 0 774 263 B1, na podstawie którego została wprowadzona metoda oferowana przez Odwołującego, jednak dokument ten nie mógł stać się podstawą orzeczenia, jako że Media-Med Sp. z o.o. nie postawiła tezy dowodowej, a ponadto, technologia zaoferowana przez Odwołującego nie jest przedmiotem postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Media-Med Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie pkt 43 OPZ, potwierdził się. W konsekwencji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznaniu nie podlegał zarzut dotyczący niezgodności oferty Media-Med Sp. z o.o. z treścią SIWZ w zakresie poz. 42 OPZ, jako że został on wycofany przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 11 100 zł.

Przewodniczący: