

Sygn. akt: KIO 991/17

WYROK
z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2017 r. przez wykonawcę **P. W.**, **prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C. M. P. W.**, (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych im. Gen. T. Kościuszki**, (...)

przy udziale wykonawcy **G. K.**, **prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. G. K.**, (...), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części I zamówienia i nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych im. Gen. T. Kościuszki, (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C. M. P. W., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych im. Gen. T. Kościuszki, (...)** na rzecz wykonawcy **P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C. M. P. W., (...)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych im. gen. T. Kościuszki z W. (dalej „zamawiający”) na „Zakup środków do utrzymania czystości” wykonawca P. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C. M. P. W., (...) (dalej „odwołujący”) złożył, w zakresie Części nr I, odwołanie wobec:

1. odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo braku przesłanek do dokonania takiej czynności,
2. braku szczegółowego wskazania powodów odrzucenia oferty odwołującego (uzasadnienia faktycznego);

oraz – w związku z powyższymi punktami – wobec zaniechania uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części nr I.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] oraz zażądał:

1. anulowania czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że w piśmie z 12.05.2017 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a w uzasadnieniu zamawiający podał, że złożona przez odwołującego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że przedstawił ofertę zgodnie z wymaganiami zamawiającego – w zakresie Części nr I, w załączniku do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w Części Środki myjąco dezynfekujące na potrzeby kuchni, w poz. 2 pod tabelą zamawiający wymagał, aby: MYDŁO W PŁYNIE ANTYBAKTERYJNE OPAKOWANIE 1 LITR posiadało następujące cechy: „Antybakteryjne mydło w opakowaniu jednostkowym 1 litr, pH-6-6,5, nie może zawierać barwników ani substancji zapachowych, gęstość 1, 00-1,03kg/m³ w temp.20-25C, początkowa tem. wrzenia >3 5 C”.

Oświadczył także, że zaoferował Mydło w płynie antybakteryjne oraz przedstawił zamawiającemu stosowne dokumenty, które potwierdzają wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ.

Wskazał, że oprócz podważania prawidłowości zaoferowanego mydła w płynie,

zamawiający stwierdził, że również płyn dezynfekujący do urządzeń sanitarnych pn. (...) oraz środek myjąco-dezynfekujący do lodówek pn. (...), są niezgodne z treścią SIWZ.

Podał, że w załączniku do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w Części I Środki myjąco-dezynfekujące na potrzeby kuchni, w poz. 4 i 20 pod tabelą zamawiający wymagał aby: „Poz. 4. PŁYN DEZYNFEKUJĄCY DO URZĄDZEŃ SANITARNYCH - Preparat (...) lub równoważny produkt o nie gorszych parametrach przeznaczony jest do mycia wszystkich powierzchni i przedmiotów w sanitariatach odpornych na działanie kwasów. Do mycia umywalk, muszli klozetowych, pisuarów, kabin prysznicowych i armatury łazienkowej. Musi usuwać kamień i rdzę. Skład: 5-15% kwasy nieorganiczne, <5% niejonowe związki powierzchniowo czynne, rozpuszczalniki rozpuszczalne w wodzie, kompozycja zapachowa, barwnik, pH 0,9-1,1 w temp. 20C, gęstość 1,05-1,08 g/cm³, opakowanie jednostkowe 1 litr, dokumentacja - karta charakterystyki produktu;

Poz. 20. ŚRODEK MYJĄCO-DEZYNFEKUJĄCY DO LODÓWEK - Płyn do czyszczenia chłodni, lodówek, witryn chłodniczych (...) lub równoważny produkt o nie gorszych parametrach, opakowanie jednostkowe 0,5 litra ze spryskiwaczem, przeznaczony do użytku • bez potrzeby rozmrażania powierzchni mytych do - 25 °C, do stosowania również do mycia posadzek w chłodniach, pH 10- 10,5, gęstość 1,05-1,10 g/cm³, Skład: <5% anionowe związki powierzchniowo czynne, kompozycja zapachowa, konserwant (mieszanina Metchylchloroisothiazolinone, Methylisothiazolinone, Dimethyl Glykol), CI 42090. Dokumentacja Karta charakterystyki produktu.”

Odwołujący oświadczył, że zaoferował płyn dezynfekujący do urządzeń sanitarnych pn. (...) oraz środek myjąco-dezynfekujący do lodówek pn. (...) oraz przedstawił zamawiającemu stosowne dokumenty w ofercie oraz w wyniku wyjaśnień i uzupełnień, do których wzywał zamawiający.

Podniósł, że zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że w odniesieniu do produktów: 1. Mydło w płynie antybakteryjne, 2. płyn dezynfekujący do urządzeń sanitarnych „(...)” oraz 3. środek myjąco-dezynfekujący do lodówek „(...)”, odwołujący zobowiązany był posiadać dodatkowy dokument, który nie jest wymagany na podstawie obowiązujących przepisów.

Wskazał, że zamawiający oparł swoje uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, powołując się na wytworzoną przez siebie i nie wyartykułowaną definicję produktu biobójczego – w ocenie zamawiającego bowiem: „Mydło w płynie antybakteryjne, (...) i (...) są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze (antybakteryjne), co oznacza, że wchodzą w zakres definicji produktu biobójczego

Uznał, że zamawiający wywodzi z powyższego konieczność posiadania przez

odwołującego dokumentu niewymaganego przepisami powszechnie obowiązującymi, tj. pozwolenia na obrót preparatami biobójczymi, stwierdzając, że „powinny posiadać odpowiednie pozwolenie na wprowadzenie ich do obrotu”.

W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego nie znajduje podstawy prawnej, a podane przez zamawiającego rozumienie pojęcia produktu biobójczego nie jest nigdzie zdefiniowane aktem powszechnie obowiązującym, jak również nie występuje w żadnym miejscu w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że obrót preparatami biobójczymi reguluje ustawa z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1926 z późn. zm.) i zgodnie z art. 19 tej ustawy Prezes Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wydaje pozwolenie na obrót preparatem biobójczym, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki:

- „1) produkt biobójczy zawiera istniejące substancje czynne poddane ocenie lub będące w fazie oceny na mocy rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) nr 1062/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie programu, pracy, którego celem jest systematyczne badanie wszystkich istniejących substancji czynnych zawartych w produktach biobójczych, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 528/2012 (Dz. Urz. UE L 294 z 10.10.2014, str. 1), ale które nie zostały zatwierdzone dla tej grupy produktowej;
- 2) produkt biobójczy jest skuteczny w zwalczaniu organizmu szkodliwego;
- 3) zostały określone zasady bezpieczeństwa przy stosowaniu produktu biobójczego oraz postępowania z odpadami produktu biobójczego i jego opakowaniem”.

W odniesieniu do zaoferowanego antybakteryjnego mydła w płynie, płynu dezynfekującego do urządzeń sanitarnych „(...)” oraz środka myjąco-dezynfekującego do lodówek „(...)”, odwołujący oświadczył, że produkty te nie spełniają łącznie powyższych warunków, co stanowi, iż zaoferowane produkty nie wymagają uzyskania pozwolenia na obrót, ani przedstawiania go zamawiającemu, co zamawiający mógł bez przeszkód sprawdzić, zapoznając się z przedstawionymi przez odwołującego kartami produktu .

Zaznaczył, że produkty pozostałych wykonawców, tj.:

- „Mydło antybakteryjne bezzapachowe (...)” producenta R., które zaoferował wykonawca F. P.-H.-U. J. D.,
- „antybakteryjne mydło w płynie (...) op. 1 litr” producenta S., które zaoferował wykonawca T. G. K., także nie posiadają pozwolenia na obrót preparatami biobójczymi, ani nie zostały wpisane do Wykazu Produktów Biobójczych, zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów, a jednak w stosunku do tych wykonawców zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty.

Dodatkowo, w odniesieniu do płynu dezynfekującego do urządzeń sanitarnych „(...)” oraz środka myjąco-dezynfekującego do lodówek „(...)” stwierdził, że zamawiający dopuszcza się nierównego traktowania wykonawców, dyskryminując odwołującego – zamawiający podał bowiem w załączniku do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w Części I Środki myjąco-dezynfekujące na potrzeby kuchni, w poz. 4 i 20 pod tabelą nazwy konkretnych produktów, tj. w poz. 4 - preparat (...) i w poz. 20 – płyn (...), jednak odwołujący zaoferował produkty równoważne (płyn (...) i środek (...)), co zostało potwierdzone dokumentami przedłożonymi zamawiającemu i jedynie odwołującemu zamawiający zarzucił brak posiadania pozwolenia na obrót preparatami biobójczymi.

Podkreślił, że zarówno produkty zaoferowane przez pozostałych dwóch wykonawców, jak i produkty oferowane przez odwołującego, spełniają te same wymagania zamawiającego, wobec czego niezrozumiałym jest fakt podważania prawidłowości zaoferowanych preparatów przez zamawiającego, tylko w odniesieniu do produktów odwołującego.

Podał, że zaoferowane przez pozostałych wykonawców produkty (...) i (...) są produkowane przez firmę F., do której zwrócił się o potwierdzenie, że produkty (...) i (...) nie są zaliczane do grupy produktów biobójczych i nie podlegają zapisom ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych – w odpowiedzi odwołujący uzyskał następującą informację:

„Informuję że produkty: (...) [..] (...) [...] Nie posiadają zezwoleń na obrót produktem biobójczym. Nigdy o takie w przypadku tych produktów nie występowaliśmy. Produkty te nie posiadają również w swoim opisie na etykietach jak i na naszej stronie internetowej deklaracji mówiących o istnieniu takiej dokumentacji. Produkty te z uwagi na swój skład posiadają oczywiście właściwości dezynfekujące. W przypadku (...) takim składnikiem jest kwas siarkowy oraz kwas fosforowy, w przypadku (...) jest to mieszanina alkoholi syntetycznych w tym alkohol etylowy. Oba produkty posiadają oczywiście aktualne karty charakterystyki i jak najbardziej spełniają swoją rolę.”

Załączył do odwołania kopię korespondencji.

W ocenie odwołującego z powyższego wynika jednoznacznie, że zamawiający dopuszczając wymienione z nazwy powyższe preparaty nie wymagał w ramach poz. 2, 4 i 20 preparatów biobójczych, a jedynie właściwości antybakteryjnych/dezynfekcyjnych tychże preparatów, co do których nie występuje obowiązek posiadania pozwolenia na obrót ani wpisu do Wykazu Produktów Biobójczych.

Odwołujący podkreślił, że w przypadkach gdzie zamawiający określił w SIWZ, iż dany produkt ma posiadać działanie biobójcze odwołujący przedstawił wszystkie wymagane

dokumenty, w tym pozwolenia na obrót preparatami biobójczymi, a preparaty te znajdują się w Wykazie Produktów Biobójczych.

I tak w odniesieniu do produktów wymienionych w załączniku - Opis przedmiotu zamówienia dla Części nr I, w poz. 5, 9 i 10 (str. 22 SIWZ), Zamawiający wymagał:

„Poz. 5. PŁYN DO MYCIA I DEZYNFEKCJI POWIERZ. KUCHNI - Płyn dezynfekujący (...) (...) F. lub równoważny produkt o nie gorszych parametrach, bezalkoholowy, do dezynfekcji powierzchni, urządzeń, a także różnego wyposażenia w obiektach użyteczności publicznej, opakowanie jednostkowe butelka 0,25 l z dozownikiem w komplecie z butelką z rozpryskiwaczem, pH (w 1% roztworu) 6,5 - 7,5, gęstość względna (20C) 0,985 - 0,995 g/cm³, Dokumentacja: Zezwolenie Ministra Zdrowia na obrót produktem biobójczym pozwolenie, Karta charakterystyki;

Poz. 9. PŁYN DO ODKAŻENIA TYPU S. LUB RÓWNOWAŻNY - Preparat do dezynfekcji i mycia powierzchni, podłóg i wyposażenia, biobójczy, bakteriobójczy, prątkobójczy, grzybobójczy, wirusobójczy, opakowanie jednostkowe 1 litr, skuteczny również w obecności zanieczyszczeń organicznych, skuteczny przy niskim stężeniu, stężenie roztworu roboczego 0,25%-0,30%, dozowanie 2,5 ml. płynu na 1 litr wody, krótki czas działania ok.15 minut, pH > 11,5, Dokumentacja Karta charakterystyki produktu;

Poz. 10. PREPARAT DO DEZYNF.W TABL.a\150 - Tabletki chlorowe o działaniu bakteriobójczym, prątkobójczym, wirusobójczym i grzybobójczym, opakowanie jednostkowe 150 tabletek(1,5 g chloru w tabletkach o wadze 3,35g-3,45g), dezynfekcji należy dokonać sporządzając roztwór = 1 tabletki + 3 litry wody dla powierzchni czystych lub 1 tabletki +1,5 litra wody dla zabrudzonych substancjami organicznymi, Dokumentacja Zezwolenie Ministra Zdrowia na obrót produktem biobójczym, Karta charakterystyki produktu. Zawartość kwasu adypinowego 5-15%, zawartość pH (w 1%roztworu) 6,5-6,7, rozpuszczalność w wodzie 100%.”.

Oświadczył, że w odniesieniu do tych produktów zaoferował:

- dla poz. 5. Płyn do mycia i dezynfekcji powierzchni kuchni – produkt pn. (...) (...) F. wraz z dołączonym pozwoleniem na obrót,
- dla poz. 9. Płyn do odkażenia typu surfanios lub równoważny – produkt pn. S. - preparat posiadający pozwolenie na obrót preparatem biobójczym ze względu na wymóg działania biobójczego, wyszczególnionego w SIWZ,
- dla poz. 10. Preparat do dezynfekcji w tabletkach – produkt pn. (...) wraz z pozwoleniem na obrót preparatem biobójczym.

Podał, że zamawiający wymagał, aby „W przypadku zaoferowania produktów równoważnych, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane produkty wymagań określonych w siwz, Zamawiający żąda dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających,

że dostarczane produkty posiadają wymagane prawem atesty i certyfikaty (jeśli takie są wymagane przez Zamawiającego)” (pkt 1.19 str. 5 SIWZ), w związku z czym w przypadkach wyraźnego wskazania przez zamawiającego, że dany preparat winien posiadać działanie biobójcze (wyłącznie poz. 5, 9 i 10), odwołujący przedłożył wszystkie wymagane dokumenty, w tym potwierdzające posiadanie pozwolenia na obrót preparatem biobójczym.

Podkreślił, że w pozycjach dotyczących przedmiotowych produktów (mydła, płynu do sanitariatów i środka do czyszczenia lodówek) zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby oferowany produkt posiadał działanie biobójcze, w związku z tym, taki produkt nie został przez Odwołującego zaoferowany.

Odwołujący stwierdził, że wszystkie zaoferowane przez niego produkty są zgodne z SIWZ i tym samym spełniają wymagania zamawiającego, a zaoferowane mydło antybakteryjne w płynie, płyn dezynfekujący do urządzeń sanitarnych „(...)” oraz środek myjąco-dezynfekujący do lodówek „(...)” nie wymagają uzyskania pozwolenia na obrót preparatami biobójczymi, w związku z czym dokument taki nie został zamawiającemu przedłożony i jednocześnie zamawiający nie miał go prawa wymagać, wobec czego brak było podstaw do dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z interpretacją zamawiającego odnośnie równoważności wymaganych właściwości dezynfekcyjnych czy antybakteryjnych z określeniem „biobójczości” produktów, ponieważ za dezynfekcję, dosłownie oznaczającą odkażanie, uznaje się wszelkie działanie mające na celu zmniejszenia liczby drobnoustrojów w odkażanym obszarze. Efekt tak rozumianej dezynfekcji osiąga się również m.in. w następujących sytuacjach:

1. działania dezynfekcyjne polegające na działaniu zapobiegającym infekcjom poprzez stosowanie środków chemicznych, które tworzą takie środowisko, w którym namnażanie się drobnoustrojów jest zdecydowanie utrudnione, np. mocno kwaśne środowisko lub higienicznie czyste, w którym brakuje pożywki dla odżywiania drobnoustrojów,
2. działanie antybakteryjne to działanie zapobiegające bakteriom poprzez stosowanie środków chemicznych, które tworzą takie środowisko, w którym namnażanie się bakterii jest zdecydowanie utrudnione. Np. mocno kwaśne środowisko lub higienicznie czyste, w którym brakuje pożywki dla odżywiania bakterii.

Z powyższego, w ocenie odwołującego wynika, że preparaty o właściwościach dezynfekujących lub antybakteryjnych mają na celu zapobieżenie (przeciwdziałanie) niekorzystnym czynnikom pozwalającym na tworzenie się warunków do rozwoju szkodliwych

drobnoustrojów, natomiast preparaty biobójcze muszą posiadać ściśle sprecyzowane działanie mające na celu eliminację/zabicie już znajdujących się na danej powierzchni wirusów, bakterii czy grzybów lub tych które dopiero się pojawiają.

Na tej podstawie stwierdził, że niedopuszczalnym jest dokonywanie arbitralnej nadinterpretacji charakteru oferowanych przez odwołującego produktów, tylko po to aby doprowadzić do odrzucenia najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy odwołujący już w wyjaśnieniach z 24.04.2017 r. oświadczył, że „[...] zaoferowane środki nie są produktami biobójczymi, lecz - co w pełni odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ - środkami antybakteryjnymi / dezynfekcyjnymi. Zamawiający nie zawarł wymogu posiadania przez produkty pozwolenia na obrót preparatem biobójczym.”.

Podniósł, że zamawiający nie określił szczegółowo, jakie są faktyczne podstawy odrzucenia oferty odwołującego – z użytego przez zamawiającego stwierdzenia: „Mydło w płynie antybakteryjne, (...) i (...) są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze (antybakteryjne), co oznacza, że wchodzi w zakres definicji produktu biobójczego i powinny posiadać odpowiednie pozwolenie na wprowadzenie ich do obrotu. Wykonawca nie przedstawił dokumentów wskazujących na posiadanie odpowiednich pozwoleń przez ww. produkty.”, nie wynika jednoznacznie co stanowi *clou* rzekomej niezgodności, tj. czy zamawiający za niezgodność z SIWZ uznał:

- nazwę sugerującą działanie i właściwości biobójcze,
- przeznaczenie sugerujące działanie i właściwości biobójcze,
- skład chemiczny sugerujący działanie i właściwości biobójcze,

a jednocześnie zamawiający nie wskazał, która cecha (nazwa, przeznaczenie, skład chemiczny) dotyczy którego konkretnie produktu (mydła, płynu, środka myjąco-dezynfekującego), czym uniemożliwił odwołującemu bardziej szczegółowe odniesienie się do rzekomych niezgodności z treścią SIWZ.

Uzupełnił, że zamawiający nie wskazał także, jakich „odpowiednich pozwoleń” odwołujący nie przedstawił, ani na jakiej podstawie i w jakim celu miałyby odwołujący takowe „odpowiednie pozwolenia” w ogóle posiadać.

Podsumował, że zamawiający naruszył normę art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, która nie mogła zostać odrzucona, a jednocześnie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 22 maja 2017 r., Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 24 maja 2017 r., Stanowiska przystępującego na odwołanie – pismo z dnia 25 maja 2017 r. (omyłkowo podano: „25-06-2017”), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego, tj. jej bezpodstawne odrzucenia oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego została oceniona najwyżej).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- braku szczegółowego wskazania powodów odrzucenia oferty odwołującego (uzasadnienia faktycznego)
- odrzucenia oferty odwołującego, pomimo braku przesłanek do dokonania takiej czynności potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W części I zamówienia pozycje: 2, 4 i 20 środków myjąco dezynfekujących na potrzeby kuchni zamawiający opisał (str. 21, 22 i 23 SIWZ):

- 2: „*Mydło w płynie antybakteryjne opakowanie 1 litr – Antybakteryjne mydło w opakowaniu jednostkowym 1 litr., pH 6-6,5, nie może zawierać barwników ani substancji zapachowych, gęstość 1,00-1,03kg/m³ w temp.20-25C, początkowa tem.*

Wrzenia > 35C”,

- 4: „Płyn dezynfekcyjny do urządzeń sanitarnych – Preparat (...) lub równoważny produkt o nie gorszych parametrach przeznaczony jest do mycia wszystkich powierzchni i przedmiotów w sanitariatach odpornych na działanie kwasów. Do mycia umywalek, muszli klozetowych, pisuarów, kabin prysznicowych i armatury łazienkowej. Musi usuwać kamień i rdzę. Skład: 5-15% kwasy nieorganiczne, 5% niejonowe związki powierzchniowo czynne, rozpuszczalniki rozpuszczalne w wodzie, kompozycja zapachowa, barwnik, pH 0,9-1,1 w temp. 20C, gęstość 1,05-1,08g/m³, opakowanie jednostkowe 1 litr, dokumentacja – karta charakterystyki”
- 20: „Płyn do czyszczenia chłodni, lodówek, witryn chłodniczych (...) lub równoważny produkt o nie gorszych parametrach, opakowanie jednostkowe 0,5 litra ze spryskiwaczem, przeznaczony do użytku bez potrzeby rozmrażania powierzchni mytych do – 25 °C, do stosowania również do mycia posadzek w chłodniach, pH 10-10,5, gęstość 1,05-1,10 g/m³, Skład: ,5% anionowe związki powierzchniowo czynne, kompozycja zapachowa, konserwant (mieszanka (...)), CI 42090. Dokumentacja Karta charakterystyki produktu”.

Zamawiający zażądał:

„W pozycjach opisanych przez Zamawiającego przy pomocy nazw własnych, które mają charakter orientacyjny dla Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych na produkty o właściwościach, co najmniej równych opisany, bądź lepszych. Tym samym dopuszcza się składanie ofert na artykuły o innych nazwach handlowych i innych producentów, aniżeli podane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, jednak o parametrach nie gorszych niż artykuły wymienione w tym opisie i dopuszczone do obrotu przez Państwowy Zakład Higieny.” (Rozdział IV pkt 1.17 SIWZ).

„W przypadku zaoferowania produktów równoważnych, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane produkty wymagań określonych w siwz, Zamawiający żąda dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że dostarczane produkty posiadają wymagane prawem atesty i certyfikaty (jeśli takie są wymagane przez Zamawiającego).” (Rozdział IV pkt 1.19 SIWZ)

„W przypadku artykułów niebezpiecznych lub środków zawierających w swoim składzie substancje niebezpieczne należy dołączyć do oferty kartę charakterystyki, a produkty takie powinny być oznaczone zgodnie z przyjętymi standardami.” (Rozdział IV pkt 1.20 SIWZ)

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i są zgodne z treścią siwz, Zamawiający żąda: - kart charakterystyki produktu, orzeczeń lub innych dokumentów potwierdzających przeznaczenie produktu – dotyczy pozycji

i zakresu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w tym produktów równoważnych.” (Rozdział VIII pkt 3.3. SIWZ)

Odwołujący zaoferował w pozycji 2: mydło antybakteryjne w płynie opakowanie 1 litr ZCHG W, natomiast w pozycjach 4 i 20 odpowiednio: Płyn dezynfekujący do urządzeń sanitarnych C. M. (...) oraz środek myjąco-dezynfekujący do lodówek C. M. (...).

Zamawiający, pismem z dnia 12 maja 2017 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty (w części I zamówienia) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podał następujące uzasadnienie: *„Wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów i wyjaśnień potwierdzających spełnianie wymagań określonych w siwz i zgodność zaoferowanego asortymentu z żądanym. Wykonawca złożył dokumenty i wyjaśnienia, z których wynika, że zaoferowany asortyment nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w siwz. Wymagany przez Zamawiającego asortyment miał posiadać wymagane prawem certyfikaty i atesty, a z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę wynika, że jednak nie dysponuje on takimi certyfikatami. Mydło w płynie antybakteryjne, (...) i (...) są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze (antybakteryjne), co oznacza, że wchodzą w zakres definicji produktu biobójczego i powinny posiadać odpowiednie pozwolenie na wprowadzenie do obrotu. Wykonawca nie przedstawił dokumentów wskazujących na posiadanie odpowiednich pozwoleń przez ww. produkty. W ocenie Zamawiającego oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W przypadku pozycji 2 zamawiający nie wskazał z nazwy (czy w inny sposób) konkretnego produktu, jakiego oczekuje, natomiast w pozycjach: 4 i 20 wskazał konkretne preparaty (F.), dopuszczając jednocześnie składanie ofert na produkty równoważne.

Z postanowień SIWZ referujących do przypadków oferowania produktów równoważnych (Rozdział IV pkt 1.17 i pkt 1.19), wynika obowiązek oferowania produktów dopuszczonych do obrotu przez Państwowy Zakład Higieny (pkt 1.17) oraz złożenia, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane produkty wymagań określonych w SIWZ, wymaganych prawem atestów i certyfikatów, z zastrzeżeniem zamawiającego *„jeśli takie są wymagane przez Zamawiającego”* (pkt 1.19).

Poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie (*„jeśli takie są wymagane przez Zamawiającego”*) należy odnieść do postanowienia SIWZ (Rozdział VIII *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”* pkt 3.3.) zgodnie, z którym: *„W celu potwierdzenia, że oferowane*

dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i są zgodne z treścią siwz, Zamawiający żąda: - kart charakterystyki produktu, orzeczeń lub innych dokumentów potwierdzających przeznaczenie produktu – dotyczy pozycji i zakresu określonego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w tym produktów równoważnych.”

Wymóg ten odnosił się zarówno do produktów równoważnych, jak i pozostałych (bez odwołania się przez zamawiającego do konkretnego produktu).

Oczekiwanie co do złożenia kart charakterystyki nie budzi wątpliwości. Jednak w pozostałym zakresie powyższe wymogi (żądanie „*orzeczeń lub innych dokumentów potwierdzających przeznaczenie produktu*”) należy uznać za nieprecyzyjne.

Ani w treści SIWZ, ani nawet w Odpowiedzi na odwołanie, czy na rozprawie zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do tego, jak rozumie „*orzeczenia lub inne dokumenty potwierdzające przeznaczenie produktu*”. W szczególności nie jest wiadomym, czy intencją zamawiającego, nie wyartykułowaną w sposób jasny w SIWZ, było złożenie przez wykonawców certyfikatów (jakich ?), atestów (jakich ?), czy pozwoleń (jakich ?) – takie tylko ogólne „nazwy” oczekiwanych dokumentów podał zamawiający w piśmie z dnia 12 maja 2017 r.

Zamawiający zakwestionował, co wynika z pisma zamawiającego z dnia 12 maja 2017 r. (te tylko pozycje zostały wskazane) 3 zaoferowane przez odwołującego pozycje asortymentowe, tj.

1. Mydło w płynie antybakteryjne,
2. (...),
3. (...)

z tego powodu, że nie posiadają certyfikatów („*Wymagany przez Zamawiającego asortyment miał posiadać wymagane prawem certyfikaty i atesty, a z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę wynika, że jednak nie dysponuje on takimi certyfikatami*”) oraz „*odpowiednich pozwoleń*” („*Wykonawca nie przedstawił dokumentów wskazujących na posiadanie odpowiednich pozwoleń przez ww. produkty*”), przy czym w przypadku pozwoleń obowiązek ich posiadania miał wynikać z tego, iż „*Mydło w płynie antybakteryjne, (...) i (...) są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze (antybakteryjne)*”

Uwzględniając wskazaną przez zamawiającego podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego, tj. przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp („*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)*”), obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z tegoż przepisu i przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3)

ustawy Pzp („Zamawiający informuje (...) wykonawców o: (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne) było skonfrontowanie treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w celu wykazania konkretnych niezgodności.

W piśmie zamawiającego, informującym o odrzuceniu oferty odwołującego takich konkretnych odniesień zabrakło, ponieważ zamawiający nie podał postanowień SIWZ nakładających na odwołującego obowiązek dysponowania certyfikatami (jakimi konkretnie certyfikatami?), czy pozwoleniami (jakimi konkretnie pozwoleniami?) oraz ich złożenia.

Co więcej, zamawiający obowiązek posiadania „odpowiednich pozwoleń” wywiódł z tego, że zakwestionowane przez niego 3 pozycje asortymentowe „są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze (antybakteryjne)”, nie precyzując w odniesieniu do żadnej z tych pozycji, o który przypadek chodzi, tj. np. dlaczego nazwa (...) (czy pozostałych 2 produktów) sugeruje, że ma się do czynienia z produktem o działaniu i właściwościach biobójczych (co samo w sobie wydaje się kuriozalne).

Podkreślenia nadto wymaga, uwzględniając znaczenie w języku polskim wyrazu „sugerować” (co oznacza: „podsuwać komuś jakąś myśl lub jakiś pomysł”) i użycie przez zamawiającego w odniesieniu do zaoferowanych przez odwołującego produktów sformułowania „są produktami z nazwy, bądź przeznaczenia i składu chemicznego sugerującymi działanie i właściwości biobójcze”, że „owa sugestia”, której zamawiający uległ winna zostać przez zamawiającego poddana dalszej, wnikliwej analizie, czego zamawiający zaniechał.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że w świetle pozbawionych precyzji – tak co do treści SIWZ, jak i treści oferty odwołującego – informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, brak było podstaw do odrzuceniu oferty tego wykonawcy, a zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić istnienia nowych, podnoszonych przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołania, przyczyn odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ nie zostały one wskazane w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., nie mogły zostać objęte odwołaniem, a w konsekwencji nie mogą być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: