

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę S. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ARAMIS” S. Z. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MAXMED” Zakład Usługowo-Handlowy M. M., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do elementu oferty: pasta do butów.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 497 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na

posiedzenie i rozprawę;

- 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 497 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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

Zamawiający Skarb Państwa - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa środków higieny dla DZSW/Pracowników 2 WOG”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00117052/01.

I. W dniu 4 kwietnia 2023 r. wykonawca S. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ARAMIS” S. Z. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętej przez zamawiającego w ww. postępowaniu polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAXMED” Zakład Usługowo-Handlowy M. M. (dalej jako „wykonawca Maxmed”), która to oferta była niezgodna z warunkami Specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego środków higieny i pielęgnacji, albowiem zaoferowana przez wykonawcę Maxmed pasta BHP do mycia rąk oraz krem do rąk nie spełniały warunku równoważności dotyczącego oczekiwanego poziomu jakości, a zaoferowana przez tego wykonawcę pasta do butów nie odpowiadała oczekiwanej przez zamawiającego gramaturze określonej w SWZ;
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, w szczególności w związku z nierównym traktowaniem wykonawców biorących udział w postępowaniu, wyrażającym się w bezkrytycznym przyjęciu oferty wykonawcy Maxmed oraz przedstawionych przez tego wykonawcę dowodów, a także pominięciem stanowiska odwołującego wraz z przedstawionymi przez niego dowodami na okoliczność braku zgodności oferty wykonawcy Maxmed z treścią SWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Maxmed jako najkorzystniejszej, oraz
- ponowienia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący podniósł m.in.:

Zamawiający w SWZ określił m.in., że:

- *przedmiotem dostawy w zadaniu 1 i 2 są środki do utrzymania higieny i pielęgnacji osobistej. W celu uniknięcia u osób stosujących środki podrażnień, wysypek, alergii zamawiający oczekuje dostawy środków dobrej jakości. Zamawiający podaje przykłady produktów lub typów środków, przy zaznaczeniu, że wykonawca może dostarczyć środki równoważne, tj. o jakości nie gorszej od oczekiwanych przez Zamawiającego,*
- *Zamawiający odrzuci ofertę, jeśli zaoferowany produkt nie spełni podstawowych, minimalnych wymagań - dotyczy jakości i pojemności produktu (pkt 1 i 3 Załącznika nr: 1A i 1B do SWZ).*

Zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania w zakresie jakości oferowanych produktów w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w tabeli dotyczącej Zadania 2, stanowiącej części Załącznika nr: 1A i 1B do SWZ, wskazując m.in., że:

- a) *pasta/ żel BHP do mycia rąk - żel do zabrudzonych rąk, zawiera ścierniwa, posiada w składzie glicerynę oraz ma pozytywną ocenę badań dermatologicznych, nie zawiera parabenów. Posiada pozytywny wynik badań dermatologicznych, zawartość 500 g. Preferowany produkt Żel BHP do mycia rąk Aramis/ BHP Pollena Ostrzeszów lub produkt równoważny o nie gorszych parametrach niż sugerowany,*
- b) *krem ochronny do rąk 50 ml przeznaczony do codziennego stosowania o przyjemnym zapachu. Receptura kremu wzbogacona naturalnymi ekstraktami m.in. witaminami lub witaminami A i/lub E. Zawierający składniki odżywcze i nawilżające skórę. Posiadający pozytywny wynik badań dermatologicznych. Preferowany produkt Dr. Martin, DermoFuture, Na zdrowie lub produkt równoważny o nie gorszych parametrach niż sugerowany,*
- c) *pasta do obuwia czarna - Pojemność opakowania 40 ml.*

Wykonawca Maxmed zaoferował m.in. dostawę:

- a) *pasty BHP do mycia rąk firmy P.W. KAMAL A. K. (producent), zawierającej w swoim składzie piasek - mimo, że zgodnie z SWZ pasta/ żel BHP do mycia rąk miała/ miał zawierać rodzaj lekkiego ścierniwa poliuretanów - takie oczekiwania, co do jakości oferowanego produktu, wyznacza skład preferowanego przez zamawiającego produktu - żelu BHP do mycia rąk Aramis/ BHP Pollena Ostrzeszów (preferowane produkty nie zawierają piasku SILICA),*
- b) *kremu do rąk GA-SPIN, zawierającego parabeny, przy jednoczesnym braku składników odżywczych na bazie naturalnego ekstraktu - mimo, że zgodnie z SWZ krem do rąk nie miał zawierać parabenów - takie oczekiwania, co do jakości oferowanego produktu,*

wyznacza skład preferowanego przez zamawiającego produktu - kremu do rąk Dr. Martin, DermoFuture, Na zdrowie,

- c) pasty do butów, o gramaturze 40 g - mimo, że zgodnie z SWZ zamawiający oczekiwał pasty w wymiarze 40 ml.

Ad. pkt a)

Niezgodność pasty BHP do mycia rąk, oferowanej przez wykonawcę Maxmed, z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ, jest istotna m.in. ze względu na skutki używania pasty o wysokim stopniu gęstości i negatywne oddziaływanie na urządzenia sanitarne i kanalizację (zatykanie instalacji kanalizacyjnej). Odwołujący zwrócił uwagę, że gęstość bezwzględna zaoferowanej przez wykonawcę Maxmed pasty do mycia rąk (zawierającej piasek) wynosi od 1,6-1,8 g/cm³. Jest to istotna różnica w porównaniu z pastami do mycia rąk (zawierającej ścierniwa poliuretanów), których gęstość bezwzględna wynosi poniżej 0,98 g/cm³, a zatem zbliżona do gęstości wody (w temperaturze 20 st. C.), która wynosi 0,997 g/cm³. Zaoferowanie przez wykonawcę Maxmed produktu niższej jakości znalazło swoje odzwierciedlenie w niższej cenie zaoferowanej przez tego wykonawcę.

Ad. pkt b)

Niezgodność kremu do rąk (zawierającego parabeny i alergeny), oferowanego przez wykonawcę Maxmed, z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ, powoduje ryzyko dla zdrowia osób, stosujących kremy tego typu. Jednocześnie krem GA-SPIN nie zawiera bogatych w składniki odżywcze i witaminy olei naturalnych oraz wosku pszczelego analogicznie jak w przypadku produktów preferowanych przez zamawiającego.

Ad. pkt c)

Niezgodność pasty do butów, oferowanej przez wykonawcę Maxmed, z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ, przy uwzględnieniu różnicy w gramaturze, nie wymaga dodatkowego uzasadnienia.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do elementu oferty: pasta do butów.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 kwietnia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł m.in.:

W zakresie pasty BHP - twierdzenia odwołującego co do lekkiego ścierniwa poliuretanów i rozważania nt. piasku w rurach kanalizacyjnych zamawiający uznał za niezgodne

z rzeczywistym stanem rzeczy, gdyż minimalne wymagania co do oferowanego produktu to oczekiwanie: „*żel do zabrudzonych rąk, zawiera ścierniwa, posiada w składzie glicerynę oraz ma pozytywną ocenę badań dermatologicznych, nie zawiera parabenów*”. Zestawienie karty charakterystyki produktu z treścią OPZ prowadzić musi do wniosku, że argumentacja odwołującego jest chybiona.

Zdaniem zamawiającego analogiczna sytuacja ma się z argumentacją odwołującego dotyczącą kremu do rąk (nie mający oparcia w OPZ zakaz posiadania przez krem parabenów). Zgodnie z kartą charakterystyki wybrany produkt spełnia minimalne wymagania określone w OPZ.

Zdaniem zamawiającego, opisał on przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny. Podał sugerowane produkty w celu uniknięcia uzyskania produktów z niskiej półki, jednocześnie dał wykonawcom możliwość zaoferowania produktów równoważnych, o parametrach nie gorszych od sugerowanych.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MAXMED” Zakład Usługowo-Handlowy M. M..

Wykonawca Maxmed wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania. Nie przedstawił merytorycznego stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do elementu oferty: pasta do butów – postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Spór dotyczył oceny oferty wykonawcy Maxmed w zakresie elementów przedmiotu zamówienia: pasta/żel BHP do mycia rąk oraz krem ochronny do rąk 50 ml – w kontekście sformułowanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, zawierającego odesłanie do produktów równoważnych.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw,

usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Jak wynika z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp warunkiem sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w tym przepisie jest podanie przez zamawiającego kryteriów równoważności. Jak np. wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r. (KIO 414/22): *„Przepis art. 99 ust. 6 PrZamPubl przesądza wprost o obowiązku zamawiającego polegający na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Zatem samo dopuszczenie równoważności nie jest wystarczające, konieczne jest również określenie parametrów lub zakresu tej równoważności. Podkreślić należy, że równoważność nie polega na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego. Istota rozwiązania równoważnego sprowadza się do zaoferowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Z powyższego wynika więc, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie, które elementy materiałów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i opisane w sposób wskazany w treści art. 99 ust. 5 PrZamPubl, uznaje za najistotniejsze.”* Wymaga podkreślenia, że opis kryteriów równoważności powinien być jasny i jednoznaczny. Zamawiający powinien jednoznacznie określić, co stanowi kryterium równoważności. Wątpliwości w tym zakresie należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Należy wskazać, że w odniesieniu do elementu przedmiotu zamówienia pasta/żel BHP do mycia rąk zamawiający nie wskazał jako kryterium równoważności ścierniwa spełniającego określoną funkcjonalność, taką jaką spełnia ścierniwo poliuretanów. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wprost określił wymaganą cechę ww. produktu, tj. że pasta/żel BHP

do mycia rąk ma zawierać ścierniwa – bez podania rodzaju tego ścierniwa. Zgodnie z przywołanym w odwołaniu postanowieniem SWZ: *„Zamawiający odrzuci ofertę, jeśli zaoferowany produkt nie spełni podstawowych, minimalnych wymagań - dotyczy jakości i pojemności produktu”*. Nawet jeżeliby uznać, że wskazanie na ścierniwa jako składnik ww. produktu stanowi opis kryterium równoważności (czego skład orzekający Izby nie podziela), to i tak okoliczność „wyższości” jakościowej ścierniwa poliuretanów nad piaskiem nie została przez odwołującego udowodniona. Zgodnie z przywołanym w odwołaniu postanowieniem SWZ: *„Zamawiający podaje przykłady produktów lub typów środków, przy zaznaczeniu, że wykonawca może dostarczyć środki równoważne, tj. o jakości nie gorszej od oczekiwanych przez Zamawiającego”*. Odwołujący podniósł, że ścierniwa poliuretanów stanowią lepszy pod względem jakości składnik pasty/żelu BHP do mycia rąk niż piasek, ale na potwierdzenie tej okoliczności nie przedstawił żadnych dowodów. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że okoliczność, że oferowana przez wykonawcę Maxmed pasta BHP do mycia rąk nie zawiera ścierniwa poliuretanów, nie stanowi niezgodności z warunkami zamówienia.

Z kolei w przypadku elementu przedmiotu zamówienia krem ochronny do rąk 50 ml zamawiający nie wskazał jako kryterium równoważności (jak również jako wymagana cecha produktu), że produkt ten nie ma zawierać parabenów. Formułowanie kryteriów równoważności w oparciu o skład produktów podanych jako przykładowe należy uznać za niedopuszczalne. Należy stosować wyłącznie te kryteria równoważności, które zostały podane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast odnosząc się do zarzutu, że zaoferowany przez wykonawcę Maxmed krem do rąk GA-SPIN nie zawiera składników odżywczych na bazie naturalnego ekstraktu (nie zawiera bogatych w składniki odżywcze i witaminy olei naturalnych oraz wosku pszczelego), należy zauważyć, że takie wymaganie nie zostało sformułowane w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał, aby receptura kremu wzbogacona była naturalnymi ekstraktami m.in. prowitaminami lub witaminami A i/lub E oraz, jako odrębne wymaganie, aby krem zawierał składniki odżywcze i nawilżające skórę. Postawiony w ww. zakresie zarzut odnosił się zatem do wymagania, które nie było zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, aby zaoferowany przez wykonawcę Maxmed krem do rąk był niezgodny z warunkami zamówienia.

W związku z przedstawioną powyżej argumentacją dowody złożone przez odwołującego na rozprawie Izba uznała za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Rozstrzygając zarzuty odwołania Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego sprawy dokumentację postępowania przekazaną przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: