

Sygn. akt: KIO 962/22

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2022 roku przez Wykonawcę **PPH TESS M. i S. M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PPH TESS M. i S. M. Sp. k. w zakresie części 1 zamówienia oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia z uwzględnieniem oferty złożonej przez Wykonawcę PPH TESS M. i S. M. Sp. k.;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania Odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego PPH TESS M. i S. M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego PPH TESS M. i S. M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1291,19 zł (słownie: tysiąc dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych

- 19/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego PPH TESS M. i S. M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu na rzecz Odwołującego PPH TESS M. i S. M. Sp. k. kwotę 12 391,19 zł (słownie: dwanaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt jeden złotych 19/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego PPH TESS M. i S.M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 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

Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu (dalej: „Zamawiający” oraz „Szpital”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji mające za przedmiot Zakup i dostawę środków czystości i higieny oraz sprzętu do higienizacji (Nr sprawy: ZP/36/2022) (dalej: *Postępowanie*”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 11 lutego 2022 roku pod numerem: 2022/BZP 00054194.

W dniu 31 marca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania.

W dniu 5 kwietnia 2022 r. Wykonawca PPH TESS M. i S.M. Sp. k. z siedzibą w Stargardzie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu polegających na wyborze oferty Wykonawcy Chemitech Sp. z o.o., odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zaniechaniu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędny wybór oferty (w zakresie części nr 1) Wykonawcy Chemitech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy ofertę najkorzystniejszą stanowi oferta złożona przez Odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (w zakresie części nr 1);
3. art. 274 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego jako Wykonawcy, którego oferta powinna zostać najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych (w zakresie części nr 1);
4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza (w zakresie części nr 1).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w

całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Chemitech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (w zakresie części nr 1);
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (w zakresie części nr 1);
3. wezwania Odwołującego jako Wykonawcy, którego oferta powinna zostać najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
4. wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 8 marca 2022 r. oraz w dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących produktów wskazanych w punkcie 4 i 6 formularza ofertowego. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego. W dniu 31 marca 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia – oferty złożonej przez Wykonawcę Chemitech Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ww. działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najwyżej ocenioną – zajmującą pierwsze miejsce w rankingu ofert w zakresie części nr 1. Ponadto oferta ta spełnia wszystkie wymagania SWZ, dlatego Zamawiający nie powinien wybierać oferty złożonej przez Wykonawcę Chemitech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał także, że cena lub koszt oferty złożonej przez Wykonawcę Chemitech przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył zasadę efektywności uregulowaną w art. 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał na brzmienie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, zmieniające i uchylające dyrektywy 67/548/EWG i 1999/45/WE oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1907/2006. Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego stanowiskiem Zamawiającego, *dostawca substancji lub mieszaniny dostarcza odbiorcy substancji lub mieszaniny kartę*

charakterystyki sporządzoną zgodnie z zał. II w przypadku gdy substancja spełnia kryteria kwalifikacji jako stwarzająca zagrożenie zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1272/2008 (propan-1-ol poz. 603-003-00-0) bez względu na udział procentowy w mieszaninie.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest błędne a zaoferowany produkt i załączone karty charakterystyki są zgodne z SWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem I Wymagania w zakresie klasyfikacji i oznakowania substancji i mieszanin stwarzających zagrożenie do rozporządzenia (WE) nr 1272/2008 (podobnie WE 1907/2006) przepisy wbrew twierdzeniom Zamawiającego określają procentowy udział, tj. wartości graniczne w mieszaninie, które powodują konieczność zamieszczenia informacji o zawartości toksycznej substancji w sekcji 8 pkt 8 karty charakterystyki. Odwołujący w treści odwołania zamieścił wyciąg z ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia udziału procentowego w mieszaninie, od którego aktywuje się obowiązek informacyjny w karcie. Klasa zagrożeń: toksyczność ostra – kategoria 1-3. Podstawowe wartości graniczne, jakie należy uwzględnić: 0,1%. Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 1.1.2.2.1. Załącznika I, *wartości graniczne wskazują, kiedy obecność substancji należy wziąć pod uwagę do celów klasyfikacji substancji lub mieszaniny zawierającej daną substancję niebezpieczną, czy to jako zidentyfikowane zanieczyszczenie, dodatek, czy też jako samoistny składnik (zob. art. 11).*

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana substancja nie przekracza wartości granicznej – 0,1%. Substancja ta służy jedynie upłynnieniu gliceryny i obniżeniu lepkości. Odwołujący podniósł, że nie był zobowiązany do wykazania w pkt 8 karty wartości najwyższego dopuszczalnego stężenia dla substancji propan-1-ol.

Następnie Odwołujący powołując się na Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, wskazał: *Zgodnie z definicją ustawową (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp) poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten odnosi się zatem do merytorycznego aspektu oferty (treści zobowiązania) i co istotne odrzucenie nie odnosi się do dokumentu, w którym pewne rozwiązania mają być ujęte.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SWZ określił poziom substancji propan-1-ol do 10% nie podając dolnej granicy ani nie określając, czy ma być substancją czynną w produkcji. Dlatego też Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez niego poziom mniejszy niż 0,1% spełnia zapis SWZ, natomiast złożone karty charakterystyki są prawidłowe i zgodne z wymogami SWZ. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że brak udzielenia odpowiedzi na wezwanie o udzielenie wyjaśnień w zakresie różnic występujących w treści złożonej przez

niego karty charakterystyki oraz karty charakterystyki tego samego produktu oferowanego innym podmiotom wynika z faktu, że Odwołujący nie dostarczał produktu Biosfol fast hand action do wskazanej przez Zamawiającego jednostki i nie był przedmiotem postępowania dla 31 WOG-u. Tym samym w ocenie Odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie były zbędne dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił, że ewentualne różnice jakie mogły pojawiać się w kartach charakterystyk w ostatnim czasie związane były z faktem, że Odwołujący dysponował kilkoma pozwoleniami tymczasowymi dla oferowanego asortymentu.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta znalazła się na pierwszym miejscu w rankingu ofert w zakresie części nr 1 i powinien zdobyć 100 pkt w kryterium cena. Wobec tego Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 4 *petitum* odwołania Odwołujący zaznaczył, że wobec zaistniałego stanu faktycznego i prawnego wykazanego w powyższej części argumentacji, Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W części argumentacyjnej Zamawiający wskazał, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie nr 1 odwołania Zamawiający wskazał, że „(...) wybór najkorzystniejszej oferty następuje spośród ofert złożonych w postępowaniu, spełniających wymagania zamawiającego, a także niepodlegających odrzuceniu z innych względów (vide: komentarz do art. 239; M. Jaworska, D. Grześków iak-Stojek, J.Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych*, 2020, Legalis). Zatem tylko z takiej bazy ofert zamawiający musi wybrać ofertę najkorzystniejszą, aby móc zrealizować cel postępowania, tj. udzielić zamówienia. Wyboru tego dokonuje się w oparciu o kryteria oceny ofert, stosując wybrane przez zamawiającego sposoby oceny ofert w oparciu o te kryteria, a następnie, adekwatnie do wagi przypisanej przez zamawiającego poszczególnym kryteriom, ustala się, która z ofert przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu do kryteriów jakościowych.

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia, oferty złożyło dwóch Wykonawców, tj. Odwołujący i spółka Chemitech Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, najkorzystniejszą ofertą stała się oferta przywołanej spółki Chemitech. Tym samym chybiony

jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegający na błędnym wyborze oferty spółki Chemitech Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji oferta Odwołującego nie podlegała ocenie, bowiem została odrzucona. Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego opisano w pkt 2 odpowiedzi.”

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2. odwołania Zamawiający wskazał, że „(...) Zamawiający w SWZ określił szczegółowe wymagania jakie muszą zostać spełnione w odniesieniu do oferowanych środków czystości i higieny. W zakresie części 1 Zamawiający wymagał, aby oferowane produkty spełniały wymagania określone w załączniku nr 2 do SWZ - formularz cenowym. Nadto Zamawiający wymagał, aby Wykonawca do oferty dołączył:

1. opisy oferowanych środków chemicznych (w tym określone cechy fizykochemiczne, dozowanie, zastosowanie i sposób użycia);

2. karty charakterystyki substancji niebezpiecznej lub preparatu niebezpiecznego. Zestawienie środków chemicznych, dla których należy dostarczyć karty charakterystyki określa Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE.

3. dla poz. nr 1 „Formularza cenowego” stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru umowy, zaświadczenie producenta o biodegradacji związków powierzchniowo czynnych.

4. dla poz. nr 1, 2 „Formularza cenowego” stanowiącego załącznik nr 1, należy złożyć certyfikaty:

system zarządzania jakością ISO 9001;

system zarządzania środowiskowego ISO 14001: dotyczy producenta przedmiotu zamówienia.

(...)

W odniesieniu do zaproponowanych przez Odwołującego w części 1 w LP 4 i 6 produktów, tj. *BIOSOL FAST HAND ACTION* oraz *PROFI PLUS*, na podstawie przesłanych dokumentów Zamawiający powziął wątpliwość co do spełniania przez te produkty wymagań określonych w SWZ. Wskazać należy, że zamawiający wymagał by wymieniony w LP 4 płyn do dezynfekcji rąk był środkiem na bazie etanolu pow. 50% oraz propan-1-ol do 10% niezawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z norowirusami) opakowanie 0,75 l, natomiast w LP 6 środek myjący był przeznaczony do mycia podłóg, blatów i ścian we wszystkich

obszarach przetwórstwa żywności, skutecznie usuwał tłuszcze zwierzęce, białka i inne zabrudzenia, nadawał się do mycia manualnego oraz użycia w maszynach szorujących zawierający kumenosulfonian sodu 1-10%, D-glukozyd heksylu 1-10% oraz etoksylogonowe alkohole tłuszczowe 1-10%, opakowanie 10 l.

(...)

Przedstawione przez Odwołującego dokumenty w odniesieniu do wyżej wymienionych asortymentów w sposób jednoznaczny nie wskazywały, że zaproponowane produkty spełniają wymagania SWZ. Szczególne wątpliwości Zamawiającego budził skład chemiczny zaproponowanych produktów, w szczególności wymagany udział *propan- 1-ol* w mieszaninie. W związku z tym, Zamawiający, dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i prawidłowego zbadania wszystkich ofert, w dniu 8 marca 2022 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w następujących kwestiach:

1. czy zaproponowany produkt w pozycji nr 4 formularza cenowego o nazwie: *BIOSOL FAST HAND ACTION* spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, Zamawiający w tej pozycji wymagał Płyn do dezynfekcji rąk- środek na bazie etanolu pow 50% oraz propan -1-ol do 10% nie zawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z (norowirusami), opakowanie 0,75 l;
2. czy zaproponowany produkt w pozycji nr 6 formularza cenowego o nazwie: *PROFI PLUS* do mycia podłóg i innych powierzchni spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, Zamawiający w tej pozycji wymagał środek myjący - przeznaczony do mycia podłóg, blatów i ścian we wszystkich obszarach przetwórstwa żywności, skutecznie usuwa tłuszcze zwierzęce, białka i inne zabrudzenia, nadający się do mycia manualnego oraz użycia w maszynach szorujących, zawierający kumenosulfonian sodu 1-10%, D-glukozyd heksylu 1-10% oraz etoksylogonowe alkohole tłuszczowe 1-10%, opakowanie 10l.

(...)

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia okazały się lakoniczne, niewystarczające, niejasne oraz nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca ograniczył się zasadniczo do potwierdzenia, że produkty spełniają wymagania określone w SWZ oraz ponownego przesłania kart charakterystyki produktów.

(...)

Mając na względzie fakt, iż Zamawiający nie uzyskał w pełni przekonujących wyjaśnień treści oferty w dniu 22 marca 2022 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia uzupełnienia wyjaśnień i dokumentów w następujących kwestiach:

1. w poz. 4 formularza cenowego, Zamawiający wymagał produktu zwalczającego norowirusy. W zaoferowanym przez Wykonawcę produkcie BIOSOL FAST HAND ACTION widnieje informacja o zwalczaniu koronawirusów, dlatego też Zamawiający wezwał do przedłożenia dokumentu potwierdzającego zwalczanie również norowirusów. Ponadto Zamawiający wezwał o wyjaśnienie, dlaczego karta charakterystyki oferowanego przez Wykonawcę produktu różni się składem względem tego samego produktu oferowanego w postępowaniu przetargowym z lipca 2021 r. w 31 WOG oraz umieszczonego na stronie www.efektbhp.pl, zakładka HIGIENA I CZYSTOŚĆ (w karcie złożonej do 26 WOG produkt zawiera wymagany propan-1-ol, natomiast w tej samej wersji karty opublikowanej w sieci nie zawarto propan-1-ol). Dodatkowo, w związku z upływającym terminem ważności pozwolenia na udostępnienie przedmiotowego produktu w dniu 21.04.2022 r., Zamawiający wezwał o przesłanie pozwolenia dopuszczającego produkt *BIOSOL FAST HAND ACTION* po wskazanym terminie, ponieważ Zamawiający zamierza używać produktu po wskazanym terminie ważności pozwolenia.

2. w pozycji 6 formularza cenowego, Zamawiający wymagał produktu zawierającego etoksylované alkohole tłuszczowe, natomiast w zaoferowanym przez Wykonawcę produkcie nie ma informacji o takim składniku.

(...)

Wykonawca w dniu 24 marca 2022 r. przesłał wyjaśnienia, które nadal nie były wyczerpujące i nie przekonały Zamawiającego. Stanowiły w głównej mierze prezentację wykładu z chemii nie zaś wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania. Zaś ocena treści wyjaśnień wymaga zaawansowanej wiedzy chemicznej i biegłego orientowania się w tematyce przez Zamawiającego, de facto wiedzy na poziomie profesjonalnym, jaki posiada podmiot zawodowo trudniący się produkcją preparatów chemicznych i ich dystrybucją. Nadto, zaproponowany przez Odwołującego produkt, jak wynika z dołączonej karty charakterystyki przeznaczony jest do mycia ręcznego. Natomiast Zamawiający wymagał aby produkt nadawał się również do użycia w maszynach szorujących.

W zakresie wyjaśnień do produktu *BIOSOL FAST HAND ACTION* Wykonawca wyjaśnił, że posiada aktualne pozwolenie tymczasowe 4381/TP/2021 z dnia 31.05.2021 r. ważne 180 dni od dnia 20.10.2021 r. i jest na ukończeniu procedury narodowej, która zostanie zakończona najpóźniej do dnia wygaśnięcia pozwolenia tymczasowego, dlatego nie jest w stanie na dzień składania wyjaśnień przedstawić kolejnego pozwolenia, ponieważ jest w oczekiwaniu na podpisanie. Nadto podkreślić należy, że część istotnych pytań Zamawiający nie uzyskał w ogóle odpowiedzi, w szczególności w zakresie wyjaśnienia różnic w składzie proponowanego produktu ujętego w kartach charakterystyki odnoszących się do tego samego produktu.

(...)

Zamawiający, po przeanalizowaniu zebranych w sprawie materiałów, w szczególności przesłanych przez Wykonawcę dokumentów i wyjaśnień uznał, że oferta Wykonawcy TESS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Podnieść należy, że zgodnie z postanowieniami art. 31 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowania ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zwanej dalej „rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006”, dostawca substancji lub mieszaniny dostarcza odbiorcy substancji lub mieszaniny kartę charakterystyki sporządzoną zgodnie z załącznikiem II w przypadku, gdy substancja spełnia kryteria klasyfikacji jako stwarzająca zagrożenie zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, zmieniające i uchylające dyrektywy 67/548/EWG i 1999/45/WE oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1907/2006. W świetle powołanego rozporządzenia (WE) nr 1272/2008, w załączniku nr VI w tabeli nr 3, propan-1-ol został wymieniony jako nr indeksowy 603-003-00-0 oznaczony kodem H318 „Powoduje poważne uszkodzenie” oczu. Podnieść należy, że zgodnie z postanowieniami pkt 8. 1. załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 informacje o kontroli narażenia i środkach ochrony podaje się w sekcji 8 karty charakterystyki w odniesieniu do substancji lub każdej substancji w mieszaninie, jeżeli są dostępne, wymienione krajowe dopuszczalne wartości aktualnie stosowane w państwie członkowskim, w którym dostarczana jest karta charakterystyki, wraz z podstawą prawną dla każdej z nich. Wymieniając dopuszczalne wartości narażenia zawodowego stosuje się tożsamość chemiczną określoną w sekcji 3 karty. Wskazać należy, że w karcie charakterystyki produktu *BIOSOL FAST HAND ACTION* w sekcji 3 Wykonawca wskazał, że *propan-1-ol* w mieszaninie będzie w stężeniu <5%. Jednakże w sekcji 8 karty brak informacji o kontroli narażenia i środkach ochrony w odniesieniu do tej substancji wchodzącej w skład mieszaniny. Ponadto, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006, w karcie charakterystyki podaje się parametry dotyczące kontroli w odniesieniu do substancji lub każdej substancji w mieszaninie jeżeli są dostępne krajowe dopuszczalne wartości aktualnie stosowane w państwie członkowskim, w którym dostarczana jest karta charakterystyki wraz z podstawą dla każdej z nich. Zaznaczyć należy, że w rozporządzeniu Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy (Dz. U. poz. 1286, z późn. zm.) w załączniku nr 1 substancja chemiczna *propan-1-ol* została wykazana jako czynnik szkodliwy dla zdrowia w środowisku pracy, w związku z czym powinna zostać umieszczona w karcie charakterystyki produktu biobójczego.”

Następnie Zamawiający wskazał, że „(...) nie bez znaczenia pozostają również

postanowienia pkt 1 3.3.3.3.I. załącznika nr 1 do rozporządzenia (WE) nr 1272/2008, w myśl których aby wykorzystać wszystkie dostępne dane do celów klasyfikacji właściwości mieszanin powodujących poważne uszkodzenie oczu/działanie drażniące na oczy, przyjęto następujące założenie i stosuje się je w stosownych przypadkach w podejściu wielopoziomowym: *istotne składniki* mieszaniny to te składniki, które występują w stężeniu > 1 % (m/m dla substancji stałych, ciekłych, pyłów, mgieł i par oraz v/v dla gazów), o ile nie istnieją przesłanki (np. w przypadku składników działających żrąco na skórę), by sądzić, że składnik obecny w stężeniu < 1 % może nadal być istotny z punktu widzenia klasyfikacji mieszaniny pod względem możliwości spowodowania poważnego uszkodzenia oczu lub działania drażniącego na oczy.

Odwołujący w złożonej karcie charakterystyki dotyczącej produktu *BIOSOL FAST HAND ACTION* nie zamieścił informacji o kontroli narażenia i środkach ochrony w odniesieniu substancji *propan-1-ol* w sekcji 8. pkt 8. który został wyspecyfikowany w sekcji 3 w stężeniu <5%.

Oceniając zaproponowany przez Odwołującego produkt pod względem spełniania przez niego wymagań określonych w SWZ, nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że w obrocie funkcjonują karty charakterystyki dotyczące tego samego produktu BIOSOL FAST HAND ACTION opatrzone tą samą datą opracowania prezentujące różny skład chemiczny proponowanej mieszaniny, (vide: karty przesłane Zamawiającemu i karta ze strony www.efektbhp.pl. zakładka HIGIENA I CZYSTOŚĆ). (...)."

Zamawiający podniósł także, że z uwagi na „(...) konieczność zachowania tożsamości chemicznej mieszaniny w umieszczaniu informacjach o kontroli narażenia i środkach ochrony w odniesieniu do substancji składają się na mieszaninę - w stosunku do których procent stężenia w mieszaninie jest irrelevantny - a także wymogi określone rozporządzeniem (WE) nr 1272/2008, uprawniona jest teza, że karta charakterystyki winna być opracowana zgodnie z postanowieniami załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/ bez względu na udział procentowy substancji w mieszaninie.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na poważne wątpliwości co do spełniania przez proponowane produkty wymagań określonych w SWZ. Dołączone karty charakterystyki produktów jednoznacznie nie wyjaśniały czy proponowany produkt spełnia wymagania SWZ co do składu proponowanego produktu, w szczególności brak informacji o zakresie dopuszczalnych stężeń w środowisku pracy substancji składających się na mieszaninę. Wskazać należy, że brak stosownych informacji w zakresie ich wpływu na szkodliwość środowiska pracy może narazić Zamawiającego na poniesienie ewentualnych wydatków związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą. Dodatkowo nieudzielenie wyjaśnień lub ich lakoniczność, a także występowanie w obrocie kart charakterystyki oznaczonych tą samą

data opracowania oraz wersją odnoszących się do tego samego produktu nie rozwiewały wątpliwości Zamawiającego, a wręcz przeciwnie upewniały go w przekonaniu, że zaproponowane produkty nie spełniają wymogów określonych w SWZ. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami określonymi w SWZ. (...)"

Następnie Zamawiający podkreślił, że funkcjonujące w obrocie karty charakterystyki są opatrzone tą samą datą opracowania i dotyczą identycznego produktu, jednak różnią się prezentowanym w sekcji nr 3 składem chemicznym tego produktu. Zamawiający podniósł, że funkcjonujące w obiegu karty charakterystyki dotyczących tego samego produktu budzą zastrzeżenia co do ich rzetelności i Zamawiający nie miał możliwości jednoznacznie i bez wątpliwa stwierdzić, że złożony dokument potwierdza, że produkt zaoferowany przez Odwołującego odpowiada wymogom określonym w SWZ.

Następnie Zamawiający, odnosząc się do twierdzeń zawartych w odwołaniu wskazał, że „(...) załącznik nr I do rozporządzenia (WE) nr 1272/2006, do którego odsyła załącznik nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 w zakresie wypełniania i ujmowania w sekcji 3 karty charakterystyki składników mieszaniny (pkt 3.2 załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006), określają wartości graniczne wskazując ich stężenie (procentowy udział w mieszaninie), ale odnoszą się one do opracowania jak już wskazano sekcji 3 karty charakterystyki nie zaś do opracowania sekcji 8 w tym pkt 8 tej sekcji. Po drugie wskazują one jedynie podstawowe wartości ujęte w tabeli 1.1 załącznika nr I rozporządzenia (WE) nr 1272/2008, co Odwołujący uznał za jedyną podstawę wykazywania substancji w mieszaninie. Jednakże postanowienia powołanego pkt wskazują na szereg szczegółowych rozwiązań determinujących wskazywanie substancji wchodzących w skład mieszanin i ich stosownych stężeń w tych mieszaninach (vide: pkt 3.2.1 załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006). Odwołujący zdaje się nie zauważać, że obowiązek wskazywania substancji w związku z osiągnięciem granicznego stężenia w mieszaninie (procentowego udziału) dotyczy tylko sekcji 3 karty charakterystyki. *A contrario* w przypadku, gdy substancja nie osiąga wskazanych granicznych stężeń w mieszaninie nie musi być w tej sekcji wymieniana. Jednakże wymienienie substancji w sekcji 3 karty charakterystyki, implikuje konieczność wskazania jej w sekcji 8 pkt 8 karty charakterystyki (vide pkt 8.1.1 załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 1907/2006) w zakresie dopuszczalnych stężeń w środowisku pracy. Podkreślenia wymaga, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że umieszczanie informacji w tej sekcji nie jest determinowane udziałem procentowym, tj. wartością graniczną w mieszaninie. Co należy podkreślić prawodawca unijny wymaga, aby wymieniając dopuszczalne wartości narażenia zawodowego stosować tożsamość chemiczną określoną w sekcji 3. Tym samym wykazanie substancji wchodzącej w skład mieszaniny (sekcja 3) w karcie charakterystyki implikuje konieczność, przy zachowaniu tożsamości chemicznej,

wskazania jej dopuszczalnej wartości narażenia zdrowotnego, czego Odwołujący nie zrobił i nie wykazał w sposób logiczny i jednoznaczny w trakcie prowadzonego postępowania. Nadto nie można zgodzić się również z tezą, że skoro w proponowanym przez Odwołującego produkcie *propan-1-ol* nie przekracza wartości granicznej, tj. 0,1%, a substancja ta, jak twierdzi Odwołujący, służy jedynie upłynnieniu gliceryny w produkcie pomagając obniżyć jej lepkość, to Odwołujący nie był zobowiązany, zgodnie z obowiązującym prawem, do wykazania w pkt 8 karty wartości NDS dla substancji *propan-1-ol*. Jak wykazano wyżej, procentowa wartość stężenia substancji w mieszaninie determinuje obowiązek jej wykazania w sekcji 3 karty charakterystyki nie zaś w sekcji 8. W sekcji tej określa się obowiązujące dopuszczalne wartości narażenia zawodowego i konieczne środki zarządzania ryzykiem. Wymieniając dopuszczalne wartości narażenia zawodowego stosuje się tożsamość chemiczną określoną w sekcji 3 karty. W ocenie Zamawiającego, powyższa argumentacja Odwołującego o braku obowiązku wykazywania w sekcji 8 substancji wykazanej w sekcji 3 karty, jest nielogiczna. Przyjmując bowiem, założenie Odwołującego, że o konieczności uwidaczniania w składzie mieszaniny substancji, o której mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1272/2006 decydują jedynie jej graniczne wartości wskazane w Tabeli 1.1 załącznika II do rozporządzenia (WE) nr 1272/2006, a w proponowanej przez Odwołującego mieszaninie *propan-1-ol* stanowi mniej niż 0.1%, tym samym Odwołujący nie powinien w ogóle wykazywać w mieszaninie substancji *propan-1-ol*. Nie wskazując tej substancji w sekcji 3 nie byłby zobowiązany do wskazania informacji w odniesieniu do tej substancji w sekcji 8. Natomiast jak wynika z przesłanej karty charakterystyki Odwołujący dotyczącej produktu BIOSOL FAST HAND ACTION w sekcji 3 w składzie tej mieszaniny udział substancji *propan-1-ol* wynosi <5%. Zatem wykazanie substancji *propan-1-ol* - powodującej poważne uszkodzenie oczu - w składzie mieszaniny BIOSOL FAST HAND ACTION nakładało na Odwołującego obowiązek opisanie w sekcji 8. W takiej sytuacji zastanawiające jest co obligowało Odwołującego do wykazania tej substancji w składzie mieszaniny ujętej w sekcji 3 karty, jeżeli nie przepisy prawa, jak twierdzi odwołujący. Analiza powyższego może prowadzić do konstatacji, że Odwołujący w zależności od potrzeb Zamawiających ustala treść sekcji 3 karty charakterystyki nie korygując innych treści tej karty. Mając powyższe na uwadze zaproponowany przez Odwołującego produkt nie odpowiada treści SWZ i dokumentów zamówienia, natomiast Odwołujący w toku postępowania nie wykazał i nie potwierdził, że produkty te spełniają wymagania określone w SWZ. (...)"

W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że w jego ocenie produkty zaproponowane przez Odwołującego nie spełniały warunków przedmiotowych określonych w SWZ oraz Odwołujący w toku postępowania nie potwierdził spełniania tych warunków i nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień i dowodów wskazujących, że proponowane produkty są zgodne z treścią SWZ.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 4. odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu i nie podlegała ocenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czyli istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z punktem 4. tabeli Formularza cenowego na zakup i dostawę środków czystości i higieny część nr 1 – Załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający wymagał zaoferowania następująco wyspecyfikowanego produktu: płyn do dezynfekcji rąk – środek na bazie atanolu powyżej 50% oraz propan-1-ol do 10% niezawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z norowirusami), opakowanie 0,75 l.

Jednocześnie w punkcie 1 umieszczonym pod tabelą Zamawiający wskazał, że oferowane produkty muszą spełniać wymagania zawarte w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy.

Zamawiający wskazał w treści formularza cenowego katalog dokumentów, które wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty. Wśród dokumentów, które należało dołączyć do oferty Zamawiający wskazał m.in. karty charakterystyki substancji niebezpiecznej lub preparatu niebezpiecznego. Zestawienie środków chemicznych, dla których należy dostarczyć karty charakterystyki określa Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające Rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE.

Odwołujący złożył ofertę, w której w punkcie 4. tabeli Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ w rubryce „nazwa asortymentu” wskazał: środek na bazie etanolu powyżej 50% oraz propan-1-ol do 10% niezawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z norowirusami), opakowanie 0,75 l.

Jednocześnie Odwołujący załączył do złożonej oferty kartę charakterystyki odpowiadającą ww. produktowi – wystawioną na produkt Biosol Fast Hand Action. W sekcji nr 3 „Skład/Informacje o składnikach” wystawca karty charakterystyki wskazał następujące składniki niebezpieczne:

Identyfikator substancji	Stężenie [% w/w]	Klasyfikacja [wg 1272/2008 CLP]
Etanol (alkohol etylowy) CAS: 64-17-5 WE: 200-578-6 Indeksowy: 03-002-00-5 Rejestracji: 01-2119457610-43-XXXX	70-80	Flam. Liq. 2, H225 Eye Irrit. H319
Propan-1-ol CAS: 71-23-8 WE: 200-746-9 Indeksowy: 600-003-00-0 Rejestracji: 01-2119486761-29-0000	<5%	Flam. Liq. 2 Eye Dam. 1 STOT SE 3 H225 H318 H336

W sekcji nr 8 „Kontrola narażenia/Środki ochrony indywidualnej” podmiot wystawiający kartę charakterystyki wskazał m.in. następujące dane:

Dla substancji zawartych w produkcie ustalono poniższe wartości dopuszczalnych stężeń w środowisku pracy (rozp. MPiPS z dnia 12 czerwca 2018 r. Dz. U. z 2018 poz. 1286):

Nazwa i nr CAS czynnika szkodliwego dla zdrowia	Najwyższe dopuszczalne stężenie (w mg/m ³) w zależności od czasu narażenia w ciągu zmiany roboczej		
	NDS	NDSch	NDSP

Etanol [64-17-5]	1900	---	---
Glicerol – frakcja wdychalna [56-81-5]	10	---	---
Nadtlenek wodoru [7722-84-1]	0,4	---	---

Pismem z dnia 8 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści wezwania Zamawiający żądał wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

1. czy zaproponowany produkt w pozycji nr 4 formularza cenowego o nazwie: Biosol fast hand action spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, Zamawiający w tej pozycji wymagał: Płyn do dezynfekcji rąk – na bazie atanolu pow. 50% oraz propan-1-ol do 10% niezawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z norowirusami), opakowanie 0,75 l.

Wezwany Odwołujący pismem z dnia 10 marca 2022 r. w odniesieniu do ww. kwestii wskazał, co następuje: „Produkt zaoferowany przez nas w pozycji 4 formularza cenowego o nazwie Biosol fast hand action 750 ml jest produktem przeznaczonym do dezynfekcji rąk o działaniu bakteriobójczym, grzybobójczym, drożdżakobójczym oraz wirusobójczym (w tym norowirusy); został on przebadany pod względem skuteczności bójczej i dlatego spełnia wymagania zapisane w SWZ. W załączeniu karta charakterystyki potwierdzająca wymagany skład chemiczny produktu.”

Pismem z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego ponownie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści wezwania Zamawiający wskazał m.in.:

„Ponadto Zamawiający wzywa o wyjaśnienie, dlaczego karta charakterystyki oferowanego przez Państwa produktu różni się składem względem tego samego produktu oferowanego w postępowaniu przetargowym z lipca 2021 r. w 31 WOG oraz umieszczonego na stronie www.efektbhp.pl (w karcie złożonej do 26 WOG produkt zawiera wymagany propan-1-ol, natomiast w tej samej wersji karty opublikowanej w sieci nie zawarto propan-1-ol). (...)”

Odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie pismem z dnia 24 marca 2022 r. wskazując m.in., że „(...) zaproponowane przez nas produkty w ofercie spełniają wymagania zapisane przez Zamawiającego w SWZ. (...) Produkt BIOSOL FAST HAND ACTION jest produktem przebadanym i o potwierdzonej skuteczności bakteriobójczej, grzybobójczej,

drożdżakobójczej, prątkobójczej, wirusobójczej pełnej, tzn. wobec wirusów osłonkowych i bezosłonkowych zarówno w obszarze żywnościowym, jak i medycznym. (...)"

W dalszej treści złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał, co następuje.

„Odnosząc się do karty charakterystyki preparatu to musi zawierać ona wykaz substancji niebezpiecznych w produkcji. Substancje mają określone progi procentowe, które pozwalają na określenie poziomu zagrożenia i na podstawie ich wielkości dopiero są umieszczane i klasyfikowane w karcie charakterystyki. Jednakże w karcie można wykazywać inne substancje, które znajdują się w produkcji a ich udział procentowy jest niewielki w stosunku do całości i tak naprawdę wspomagają proces działania wiodącej substancji czynnej i tak jest w tym przypadku. Zarówno na pozwoleniu jak i w rejestrze produktów biobójczych umieszcza się tylko substancje czynne odpowiadające za potwierdzoną skuteczność bójczą, natomiast substancje wspomagające ich działanie nie są istotne dla meritum sprawy. W naszym produkcie jest kilka substancji pomocniczych dzięki, którym został osiągnięty bardzo szeroki zakres bójczości produktu w krótkim czasie działania tj. 30 sekund. Preparaty to mieszaniny różnych substancji, których istotna jest skuteczność wynikowa produktu. Zamawiający wymagał w SIWZ: „płynu do dezynfekcji rąk na bazie etanolu pow. 50% oraz propan -1-ol do 10% nie zawierający substancji zapachowych ani barwników, działających bakteriobójczo, drożdżakobójczo oraz wirusobójczo łącznie z norowirusami...” I taki produkt zaoferowaliśmy. Nasz produkt nie tylko spełnia wymagania SIWZ, ale jeszcze dodatkowo przewyższa spektrum działania określone przez Zamawiającego, czyli jest lepszy. Produkt posiada badania w zakresie higienicznej dezynfekcji rąk jak i chirurgicznej, czyli nadaje się również do stosowania w obszarze medycznym. Dodatkowo produkt został przebadany dermatologicznie, co potwierdza bezpieczeństwo stosowania produktu.”

Pismem z dnia 31 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W treści pisma Zamawiający zawarł informację, z której wynikało, że oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał następującą argumentację.

„W dniu 08.03.2022 r. Zamawiający wystąpił z wezwaniem do wyjaśnień treści oferty w związku z wątpliwościami dotyczącymi zaoferowanych przez Wykonawcę produktów. Wezwano do złożenia wyjaśnień i złożenia dokumentów w następujących kwestiach:

1. czy zaproponowany produkt w pozycji nr 4 formularza cenowego o nazwie: Biosol fast hand action spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, Zamawiający w tej pozycji wymagał Płyn do dezynfekcji rąk- środek na bazie atanolu pow 50% oraz propan -l-ol do 10% nie zawierający substancji zapachowych ani barwników, działający bakteriobójczo,

drożdżakobójczo oraz wirusobójczo (łącznie z (norowirusami), opakowanie 0,75 l.

2. czy zaproponowany produkt w pozycji nr 6 formularza cenowego o nazwie: Profi Plus do mycia podłóg i innych powierzchni spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, Zamawiający w tej pozycji wymagał środek myjący - przeznaczony do mycia podłóg, blatów i ścian we wszystkich obszarach przetwórstwa żywności, skutecznie usuwa tłuszcze zwierzęce, białka i inne zabrudzenia, nadający się do mycia manualnego oraz użycia w maszynach szorujących, zawierający kumenosulfonian sodu 1-10%, D-glukozyd heksylu 1-10% oraz etoksylogonowe alkohole tłuszczowe 1-10%, opakowanie 10l.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia okazały się niewystarczające, niejasne oraz niezgodne ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i w związku z wątpliwościami Zamawiającego dnia 22.03.2022 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.) wezwano Wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień i dokumentów w następujących kwestiach:

1. w poz. 4 Formularza Cenowego Zamawiający wymagał produktu zwalczającego norowirusy. W zaoferowanym przez Wykonawcę produkcie Biosol fast hand action widnieje informacja o zwalczaniu koronawirusów, dlatego też Zamawiający wezwał do przedłożenia dokumentu potwierdzającego zwalczanie również norowirusów.

Ponadto Zamawiający wezwał o wyjaśnienie, dlaczego karta charakterystyki oferowanego przez Państwa produktu różni się składem względem tego samego produktu oferowanego w postępowaniu przetargowym z lipca 2021 r. w 31 WOG oraz umieszczonego na stronie www.efektbhp.pl (w karcie złożonej do 26 WOG produkt zawiera wymagany propan-I-ol, natomiast w tej samej wersji karty opublikowanej w sieci nie zawarto propan-I-ol). Dodatkowo, w związku z upływającym terminem ważności pozwolenia na udostępnienie przedmiotowego produktu w dniu 21.04.2022 r., wezwaliśmy o przesłanie pozwolenia dopuszczającego produkt Biosol fast hand action po wskazanym terminie, ponieważ Zamawiający zamierza używać produktu po wskazanym terminie ważności pozwolenia.

2. w pozycji 6 Formularza Cenowego Zamawiający wymagał produktu zawierającego etoksylogonowane alkohole tłuszczowe, natomiast w zaoferowanym przez Wykonawcę produkcie nie ma informacji o takim składniku. Wezwaliśmy do złożenia stosownych wyjaśnień oraz dokumentów.

Komisja Przetargowa uzgodniła, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ, zgodnie z art. 31 ust. 1 Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowania ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, dostawca substancji lub mieszaniny dostarcza odbiorcy substancji lub mieszaniny kartę charakterystyki sporządzoną zgodnie z załącznikiem II w

przypadku, gdy substancja spełnia kryteria klasyfikacji jako stwarzająca zagrożenie zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1272/2008 (propan-1-ol poz. 603-003-00-0) bez względu na udział procentowy w mieszaninie. Ponadto, w nawiązaniu do ww. rozporządzenia, w karcie charakterystyki należy odnieść się do krajowej dokumentacji związanej z metodami określenia substancji niebezpiecznych, gdzie w Rozporządzeniu Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 12 czerwca 2018 r. zał. nr 1 substancja chemiczna *propan-1-ol* została wykazana jako czynnik szkodliwy dla zdrowia w środowisku pracy, w związku z czym powinna zostać umieszczona w karcie charakterystyki produktu biobójczego.

P.P.H. TESS Tess M. i S. M. Sp. z o.o. ul. Gen. Okulickiego 3, 73-102 Stargard w złożonej karcie charakterystyki nie zamieścił informacji o zawartości substancji propan-1-ol w sekcji 8. pkt 8. Ponadto, w wezwaniu z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał o wyjaśnienie dlaczego karta charakterystyki oferowanego produktu BIOSOL FAST HAND ACTION różni się względem karty charakterystyki tego samego produktu oferowanego innym podmiotom w zakresie deklarowanej zawartości substancji propan-1-ol, na które nie otrzymał w wyjaśnieniu odpowiedzi.”

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym zgodnie z poglądem doktryny „(...) Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. (...) Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. (...)”, (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Jako przykłady okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, doktryna wskazuje zdarzenia, które mogą dotyczyć „(...) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymaga-

ny przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi (...)" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 4 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wskazał, że żąda zaoferowania produktu na bazie propan-1-olu do 10%. Tym samym Zamawiający nie określił dolnej granicy wymaganego stężenia.

W złożonej ofercie Odwołujący zawarł wskazanie, z którego wynikało, że oferuje produkt zgodny z produktem wyspecyfikowanym przez Zamawiającego w treści Formularza cenowego – załącznik nr 2 do SWZ (punkt 4. tabeli). Jednocześnie Odwołujący złożył odpowiadającą temu produktowi kartę charakterystyki opracowaną przez niego dla produktu o nazwie Biosol Fast Hand Action. W sekcji nr 3 złożonej karty Odwołujący wskazał, że w skład produktu wchodzi składnik propan-1-ol w stężeniu < 5%. W sekcji nr 8 karty charakterystyki Odwołujący nie uwzględnił ww. składnika.

W treści odwołania Odwołujący wyjaśnił, że stężenie substancji o nazwie propan-1-ol w kwestionowanym produkcie – Biosol Fast Hand Action – nie przekracza wartości 0,1 %.

Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z brzmieniem załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia nr 1272/2008 wartość graniczna substancji propan-1-ol, od której uzależniony jest obowiązek uwzględniania jej w sekcji nr 8 karty charakterystyki wynosi 0,1%. Zatem nie miał obowiązku uwzględniania i wykazywania substancji propan-1-ol w sekcji nr 8 opracowanej karty charakterystyki. Jednocześnie w toku rozprawy Odwołujący podniósł, że składnik o nazwie propan-1-ol został uwidoczniiony w karcie charakterystyki w sekcji nr 3 jedynie w celu informacyjnym, przy czym nieumyślnie podano zawyżoną wartość stężenia na poziomie <5%, podczas gdy faktyczna jej zawartość to stężenie na poziomie < 0,1%.

W tym miejscu należy zauważyć, że złożona przez Odwołującego karta charakterystyki w jej pierwotnym brzmieniu potwierdza, że Odwołujący oferuje produkt o parametrach zgodnych z tymi, które zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego – w zakresie substancji propan-1-ol o stężeniu do 10%.

Izba wzięła także pod uwagę, że wyjaśnienia Odwołującego złożone na okoliczność wyjaśnienia kwestii braku uwzględnienia składnika propan-1-ol w sekcji nr 8 opracowanej karty charakterystyki, w których Odwołujący doprecyzował, że rzeczywista zawartość składnika propan-1-ol w oferowanym produkcie Biosol Fast Hand Action osiąga stężenie < 0,1%,

nie przeczą uznaniu, że zaofertowany przez Odwołującego produkt zawiera składnik propan-1-ol w stężeniu wymaganym przez Zamawiającego, tzn. do 10%. Jednocześnie należy wskazać, że pierwotnie wskazana w sekcji nr 3 karty charakterystyki wartość stężenia składnika propan-1-ol na poziomie <5% nie stoi w sprzeczności z późniejszymi wyjaśnieniami Odwołującego, który wskazał, że rzeczywista wartość stężenia substancji propan-1-ol osiąga wartość <0,1%.

Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy niezamieszczenie przez Odwołującego informacji dotyczących składnika propan-1-ol w sekcji 8 złożonej karty charakterystyki – co zostało wskazane jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty – nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając to na uwadze Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że oferuje produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w treści SWZ w kwestionowanym zakresie i tym samym nie potwierdziły się podstawy faktyczne odrzucenia jego oferty wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31 marca 2022 r.

W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy irrelevantna i zbędna dla jej rozstrzygnięcia jest okoliczność istnienia alternatywnej karty charakterystyki dla produktu Biosol Fast Hand Action, w której nie uwzględniono składnika propan-1-ol. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego karta ta została złożona w innym postępowaniu i nie zawierała w sekcji nr 3 składnika propan-1-ol, ponieważ nie był on tam wymagany.

W odniesieniu do zarzutów wskazanych w punkcie 1, 3 i 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędny wybór oferty złożonej przez Wykonawcę Chemitech Sp. z o.o. podczas gdy ofertę najkorzystniejszą stanowi oferta złożona przez Odwołującego, zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty Odwołującego, Izba uznała, że dla tych zarzutów nie została wskazana odrębna podstawa faktyczna i mają one charakter wynikowy w stosunku do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia. Wobec powyższego aktualne pozostaje stanowisko Izby wyrażone w odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie oznaczonym numerem 2 odwołania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PPH TESS M. i S. M. Sp. k. w zakresie części

1 zamówienia oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia z uwzględnieniem oferty złożonej przez Wykonawcę PPH TESS M. i S.M. Sp. k.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: