

WYROK
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 r. przez wykonawcę **Biachem Sp. z o.o. z siedziba w Sowlanach** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **SCHULKE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 11721/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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 - Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywne dostawy preparatów dezynfekcyjnych do Apteki Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00018037/01 w dniu 16 marca 2021r.

W dniu 19 kwietnia 2021r. Odwołujący - Biachem Sp. z o.o. z siedzibą w Sowlanach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, który wskazuje na konkretny produkt — niezasadniony potrzebami Zamawiającego, a co za tym idzie w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia;
- 3) art. 99 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez umożliwienie złożenia ofert równoważnych ale zaniechanie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w sposób opisany w odwołaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zamieszczenie zmodyfikowanej treści SWZ na stronie internetowej oraz przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - 1) ulotek informacyjnych oraz kart technicznych preparatów: Mikrozyd AF Liquid, Mikrozyd Sensitive Liquid, Mikrozyd AF Wipes, Mikrozyd Sensitive Wipes na fakt: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia; opisanie przedmiotu zamówienia pod konkretne preparaty firmy Schulke Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
 - 2) odwołania z 22 marca 2021, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikiem nr 3 do odwołania na fakt: braku wprowadzenia kryteriów równoważności; opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wyniku modyfikacji formularza asortymentowo-cenowego dokonanej w dniu 13 kwietnia 2021r. opisał przedmiot zamówienia, który wskazuje na konkretny preparat. Takie działanie Zamawiającego nie znajduje merytorycznego uzasadnienia z punktu widzenia funkcji jakiej ma służyć będący przedmiotem zamówienia preparat. Co za tym idzie Zamawiający ponownie opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, czym naruszył przepis art. 99 ust. 4 Pzp

Odwołujący odnosząc się do wymogów wskazanych w pakiecie 1 poz. 1 wskazał, że obecnie Zamawiający opisał produkt: „Gotowy do użycia alkoholowy preparat przeznaczony do dezynfekcji powierzchni oraz wyrobów medycznych. Skład: max. 60% mieszaniny alkoholi. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, Prątkobójczo (M, terrae, M. avium) warunki brudne zgodnie z EN 14348, F (Candida albicans, Aspergillus niger) warunki brudne zgodnie z EN 13624, V warunki brudne (BVDV, vaccinia, Rota, Noro, Adeno) - czas działania całości do 2 minut. Możliwość użycia do poliwęglanów (raport z badań materiałowych do przedłożenia przy pierwszej dostawie). Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach neonatologicznych i noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie 1 litr”.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził zapis, aby preparat zawierał maksymalnie do 60% mieszaniny alkoholi. Powyższy zapis nie tylko prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji ale jest również niezgodny z zaleceniami instytucji zajmujących się walką z pandemią Covid-19, zarówno polskich (PZH, GIS) jak i międzynarodowych (WHO, CDC). Zalecane stężenie alkoholu w produktach do dezynfekcji powinno być na poziomie 60-80%, ponieważ alkohol w mniejszym niż 60% stężeniu nie ma skutecznego działania z uwagi na dużą hydrofilowość. A zatem wprowadzenie maksymalnej zawartości alkoholu na poziomie minimalnej zalecanej w środkach do dezynfekcji jest niezasadne i bardzo szkodliwe. Dodatkowo Zamawiający wymaga aby preparat wykazywał działanie w warunkach brudnych zgodnie z normą EN 13624 wobec szczepu Aspergillus Niger. Nie można tracić z pola widzenia, że od 2013 szczepem referencyjnym w normie EN 13624 jest szczep Aspergillus Brasiliensis a nie szczep Aspergillus Niger. W związku z czym, wymóg aby preparat posiadał potwierdzoną skuteczność wobec zawartego w opisie przedmiotu zamówienia szczepu Aspergillus Niger jest wbrew obowiązującym normom. Żaden nowy preparat, który został wprowadzony do obrotu po 2013 nie może mieć wykonanego badania na ten szczep, ponieważ norma EN13624:2008 jest normą wycofaną z obiegu. Ważnym faktem jest również brak możliwości porównania normy wycofanej z normą obowiązującą, bowiem nie da się bezpośrednio przełożyć potwierdzonej skuteczności wobec szczepu Niger zgodnie z normą z 2008 na skuteczność wobec szczepu Brasiliensis wykonanego zgodnie z normą EN13624:2013.

Powyższe wynika ze zmian w metodologii i parametrach laboratoryjnych przeprowadzanego testu aktualnie obowiązującej normy. Oczekiwanie aby wykonawcy dostarczali badania zgodnie z najnowszymi normami a odstępianie od tego u innego wykonawcy prowadzi do nierównego traktowania podmiotów występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wymagania odnośnie spektrum mikrobójczego, zawarte w zmodyfikowanym opisie, wobec bakterii, grzybów i prątków zostały zapisane w oparciu o wskazania norm europejskich. Z kolei najważniejszy parametr w obliczu panującej pandemii czyli zgodność działania wobec wirusów, nie jest opisana wskazaniem normy EN14476. Jest to bardzo niespotykana sytuacja i uprawdopodobnia ograniczenie o konkurencji. W obecnym czasie na zgodność środków dezynfekcyjnych z właśnie tą normą zwraca się szczególną uwagę. Robi to zarówno Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Państwowy Zakład Higieny, Ministerstwo Zdrowia oraz Główny Inspektor Sanitarny. W Pzp również jest obowiązek używania w opisach przedmiotu zamówienia norm polskich lub zharmonizowanych norm europejskich, czego Zamawiający nie uwzględnił w opisie. Cały zespół wymaganych parametrów, które zostały użyte w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje na preparat o nazwie Mikrozyd AF Liquid.

Odwołujący wniósł o modyfikację opisu w Pakiecie 1 poz. 1 poprzez nadanie mu następującej treści: „Gotowy do użycia alkoholowy preparat przeznaczony do dezynfekcji powierzchni oraz wyrobów medycznych. na bazie mieszaniny alkoholi. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615. Y warunki brudne zgodnie z EN 16615. Prątkobójczo (M. terrae. M. avium) warunki brudne zgodnie z EN 14348. F (Candida albicans, Aspergillus Brasiliensis) zgodnie z EN 13624. V warunki brudne zgodnie z EN14476 (BVDV, vaccinia, Rota, Noro, Adeno) - czas działania całości do 2 minut. Możliwość użycia do poliwęglanów (raport z badań materiałowych do przedłożenia przy pierwszej dostawie). Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach neonatologicznych i noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie 1 litr.”.

Odnosząc się do pozycji 3 pakiet 1 w którym Zamawiający opisał, że wymaga: „ Preparatu w pianie do mycia i dezynfekcji sprzętu (w tym głowic USG - potwierdzenie dowolnego producenta głowic USG do przedłożenia przy pierwszej dostawie) i powierzchni wrażliwych na działanie alkoholi. Skład: na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych, bez zawartości alkoholi i aldehydów. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, V warunki brudne (BVDV, vaccinia, polyoma) - całość do 1 minuty. Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie 1 litr.”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał na preparat firmy Przystępującego - Schulke sp. z o.o. o nazwie handlowej Mikrozyd Sensitive Liquid, bowiem w opisie wskazał cechy charakterystyczne wskazanego preparatu. Takie czynności Zamawiającego uprawdopodobniają ograniczenie konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dalszym ciągu wymaga preparatu na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych, bagatelizując zawartą w licznych publikacjach ogólnodostępną wiedzę (również dostępną w Internecie) o dużym problemie nabywania odporności przez niektóre drobnoustroje na te składniki aktywne. Aby przeciwdziałać powyższemu producenci dodają do preparatów substancję aktywną z innej grupy chemicznej, przeważnie z grupy amin. Wykluczenie preparatów o takim składzie jest bezpodstawne i uprawdopodobnia ograniczenie konkurencji. Tak jak w pozycji 1, również w tej pozycji Zamawiający dokonuje opisu działania wobec bakterii i drożdży wskazując normę EN 16615, natomiast w działaniu wirusobójczym pomija w sposób świadomy zgodność działania z normą EN14476. Dodatkowo jako jeden z wymaganych wirusów, został opisany wirus polyoma, który to nie jest zaliczany do szczepów referencyjnych w normach i nie stanowi żadnego problemu epidemicznego. Zakażenia poliomawirusami są szeroko rozpowszechnione u ludzi i zwierząt, ale zakażenia pierwotne mają zwykle przebieg bezobjawowy. Szacuje się, że ponad 80% populacji osób dorosłych ma wykrywalne przeciwciała przeciwko poliomawirusom. Tylko niemieckie laboratoria mikrobiologiczne wykonują testy preparatów dezynfekcyjnych wobec szczepu odzwierzęcego Polyoma SV40 i są to testy nienormatywne. W opinii Odwołującego, w dobie pandemii Zamawiający powinien skupić się na działaniu mikrobójczym wobec wirusów, które mogą powodować problemy epidemiczne, chociażby właśnie wirus Covid-19. Jednakże Zamawiający swoje potrzeby określa na podstawie danych zawartych w dokumentach informacyjnych jednej z firm. Aby dostosować opis pod dany preparat, Zamawiający zrezygnował z wymogu aby preparat wykazywał skuteczność wobec prątków (co jest wydaje się większym problemem niż wirus polyoma SV40). Takie działanie, według Odwołującego - jest wbrew logice i nie może zostać uznane jako uzasadniona potrzeba Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikację opisu w Pakiecie 1 poz. 3 poprzez nadanie mu następującej treści: „Preparat w pianie do mycia i dezynfekcji sprzętu (w tym głowic USG - potwierdzenie dowolnego producenta głowic USG do przedłożenia przy pierwszej dostawie) i powierzchni wrażliwych na działanie alkoholi. Skład: na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych lub czwartorzędowych związków i amin, bez zawartości alkoholi i aldehydów. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, V warunki brudne zgodnie z norma EN14476 (BVDV. vaccinia) - całość do 1 minuty. Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie 1.”.

W zakresie opisu produktów w pozycjach 5 i 6 pakietu 1, które brzmią: „Preparat w formie chusteczek do mycia i dezynfekcji sprzętu (w tym głowic USG - potwierdzenie dowolnego producenta głowic USG do przedłożenia przy pierwszej dostawie) i powierzchni wrażliwych na działanie alkoholi. Skład: na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych, bez zawartości alkoholi i aldehydów. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, V warunki brudne (BVDV - vaccinia, polyoma) całość do 1 minuty. Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie tuba min. 200 sztuk. Wymiar chusteczki min. 20x20 cm.”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ponownie zmodyfikował opis zamówienia, który wskazuje na preparat Przystępującego o nazwie handlowej Mikrozid Sensitive Wipes. Ponownie Zamawiający użył cech charakterystycznych wskazanego preparatu. Tym samym Zamawiający ograniczył możliwość złożenia ofert przez innych wykonawców. Zamawiający w dalszym ciągu wymaga preparatu na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych, bagatelizując zawartą w licznych publikacjach ogólnodostępną wiedzę (również dostępną w Internecie) o dużym problemie nabywania odporności przez niektóre drobnoustroje na te składniki aktywne. Aby temu przeciwdziałać producenci dodają do preparatów substancję aktywną z innej grupy chemicznej, przeważnie z grupy amin (dodocylamine). Zamawiający, jako profesjonalny użytkownik, posiada taką wiedzę dlatego w pakiecie 2 poz. 1, gdzie odpisywał preparat do dezynfekcji powierzchni, wręcz wymaga środka na bazie dodocylaminy i QAV. Wykluczenie preparatów o takim składzie w Pakiecie 1 jest bezpodstawne i znacząco ogranicza konkurencję. Tak jak w w/w pozycjach, również w tej pozycji Zamawiający dokonuje opisu działania wobec bakterii i drożdży wskazując normę EN 16615, natomiast w działaniu wirusobójczym pomija w sposób świadomy zgodność działania z normą EN14476. Dodatkowo jako jeden z wymaganych wirusów, został opisany wirus polyoma, który to nie jest zaliczany do szczepów referencyjnych w normach i nie stanowi żadnego problemu epidemicznego. Zakażenia poliomawirusami są szeroko rozpowszechnione u ludzi i zwierząt, ale zakażenia pierwotne mają zwykle przebieg bezobjawowy. Szacuje się, że- ponad 80% populacji osób dorosłych ma wykrywalne przeciwciała przeciwko poliomawirusom. Tylko niemieckie laboratoria mikrobiologiczne wykonują testy preparatów dezynfekcyjnych wobec szczepu odzwierzęcego Polyoma SV40 i tutaj należy podkreślić, że są to testy nienormatywne. W dobie pandemii Zamawiający powinien skupić się na działaniu mikrobójczym wobec wirusów, które mogą powodować problemy epidemiczne, chociażby właśnie wirus Covid-19. Jednakże Zamawiający swoje potrzeby określa na podstawie danych zawartych w dokumentach informacyjnych jednej z firm. Aby dostosować opis pod dany preparat, Zamawiający zrezygnował z wymogu aby

preparat wykazywał skuteczność wobec prątków (co jest wydaje się większym problemem niż wirus polyoma SV40). Takie działanie jest wbrew logice i nie może zostać uznane jako uzasadniona potrzeba Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o modyfikację opisu poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Preparat w formie chusteczek do mycia i dezynfekcji sprzętu (w tym głowic USG - potwierdzenie dowolnego producenta głowic USG do przedłożenia przy pierwszej dostawie) i powierzchni wrażliwych na działanie alkoholi. Skład: na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych lub czwartorzędowych związków i amin bez zawartości alkoholi i aldehydów. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, V warunki brudne zgodnie z EN 14476 (BVDV - vaccinia) - całość do 1 minuty. Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie tuba min. 200 sztuk. Wymiar chusteczki min. 20x20 cm.

Odwołujący zakwestionował także opis przedmiotu zamówienia zawarty w pozycjach nr 7 i 8 pakietu 1: „Gotowe do użycia chusteczki przeznaczone do dezynfekcji powierzchni oraz wyrobów medycznych odpornych na działanie alkoholu, skład: max. 60% mieszaniny alkoholi. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615, Y warunki brudne zgodnie z EN 16615, Prątkobójczo (M. terrae, M. avium) warunki brudne zgodnie z EN 14348. F (Candida albicans. Aspergillus niger) warunki brudne zgodnie z EN 13624, V warunki brudne (BVDV, vaccini, Rota, Noro, Adeno) - czas działania całości do 2 minut. Możliwość użycia do poliwęglanów (raport z badań materiałowych do przedłożenia przy pierwszej dostawie). Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach neonatologicznych i noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie tuba min. 150 sztuk. Wymiar chusteczki min. 14x18 cm.”.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wprowadził zapis, aby preparat zawierał maksymalnie do 60% mieszaniny alkoholi. Powyższy zapis nie tylko prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji ale jest również niezgodny z zaleceniami instytucji zajmujących się walką z pandemią Covid-19, zarówno polskich (PZH, GIS) jak i międzynarodowych (WHO, CDC). Zalecane stężenie alkoholu w produktach do dezynfekcji powinno być na poziomie 60-80%, ponieważ alkohol w mniejszym niż 60% stężeniu nie ma skutecznego działania z uwagi na dużą hydrofilowość. A zatem wprowadzenie maksymalnej zawartości alkoholu na poziomie minimalnej zalecanej w środkach do dezynfekcji jest absurdalne i bardzo szkodliwe. Dodatkowo – jak wskazał Odwołujący - Zamawiający wymaga aby preparat wykazywał działanie w warunkach brudnych zgodnie z normą EN 13624 wobec szczepu Aspergillus Niger. Nie można tracić z pola widzenia, że od 2013 szczepem referencyjnym w normie EN 13624 jest szczep Aspergillus Brasiliensis a nie szczep Aspergillus Niger. W

związku z czym, wymógł aby preparat posiadał potwierdzoną skuteczność wobec zawartego w opisie przedmiotu zamówienia szczepu *Aspergillus Niger* jest niedorzeczne i wbrew obowiązującym normom. Żaden nowy preparat, który został wprowadzony do obrotu po 2013 nie może mieć wykonanego badania na ten szczep, ponieważ norma EN13624:2008 jest normą wycofaną z obiegu. Ważnym faktem jest również brak możliwości porównania normy wycofanej z normą obowiązującą, bowiem nie da się bezpośrednio przełożyć potwierdzonej skuteczności wobec szczepu *Niger* zgodnie z normą z 2008 na skuteczność wobec szczepu *Brasiliensis* wykonanego zgodnie z normą EN13624:2013. Powyższe wynika ze zmian w metodologii i parametrach laboratoryjnych przeprowadzanego testu aktualnie obowiązującej normy. Oczekiwanie aby wykonawcy dostarczali badania zgodnie z najnowszymi normami a odstąpienie od tego u innego wykonawcy prowadzi do nierównego traktowania podmiotów występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wymagania odnośnie spektrum mikrobójczego, zawarte w zmodyfikowanym opisie, wobec bakterii, grzybów i prątków zostały zapisane w oparciu o wskazania norm europejskich. Z kolei najważniejszy parametr w obliczu panującej pandemii czyli zgodność działania wobec wirusów, nie jest opisana wskazaniem normy EN14476. Jest to bardzo niespotykana sytuacja i uprawdopodobnia ograniczenie konkurencji. W obecnym czasie na zgodność środków dezynfekcyjnych z właśnie tą normą zwraca się szczególną uwagę. Robi to zarówno Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Państwowy Zakład Higieny, Ministerstwo Zdrowia oraz Główny Inspektor Sanitarny. W ustawie PZP również jest obowiązek używania w opisach przedmiotu zamówienia norm polskich lub zharmonizowanych norm europejskich, czego Zamawiający nie uwzględnił w opisie. Cały zespół wymaganych parametrów, które zostały użyte w opisie przedmiotu zamówienia wskazują na preparat o nazwie Mikrozyd AF Wipes.

Odwołujący wniósł o następującą modyfikację poz. 7 i 8 pakietu 1: „Gotowe do użycia chusteczki przeznaczone do dezynfekcji powierzchni oraz wyrobów medycznych odpornych na działanie alkoholu, na bazie mieszaniny alkoholi. Spektrum działania: B warunki brudne zgodnie z EN 16615. Y warunki brudne zgodnie z EN 16615. Prątkobójczo (*M. terrae*, *M. avium*) warunki brudne zgodnie z EN 14348. F (*Candida albicans*, *Aspergillus Brasiliensis*) zgodnie z EN 13624, V warunki brudne zgodnie z EN 14476 (BVDV, vaccini, Rota, Noro, Adeno) - czas działania całości do 2 minut. Możliwość użycia do poliwęglanów (raport z badań materiałowych do przedłożenia przy pierwszej dostawie). Posiada dopuszczenie producenta do stosowania w oddziałach neonatologicznych i noworodkowych. Wyrób medyczny. Gotowy do użycia. Opakowanie tuba min. 150 sztuk. Wymiar chusteczki min. 14x18 cm. Analogicznie jak wyżej, w odniesieniu do wkładu.”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający modyfikując opis przedmiotu zamówienia, w związku z wniesionym pierwszym odwołaniem, stworzył pozory dopuszczenia większej ilości wykonawców. Jednakże od kilku lat tylko produkty firmy Przystępującego wygrywają w tego typu postępowaniach Zamawiającego. Ponadto zauważył, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp obecnie art. 99 ust. 4 nPzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Reasumując, Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia ograniczył, bez uzasadnionej potrzeby krąg wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp wskazał, że Zamawiający w części 1 ust. 7 SWZ dopuścił rozwiązanie równoważne ale nie wskazał żadnych kryteriów równoważności, na podstawie których należy dokonać oceny, czy dane rozwiązanie spełnia parametry wymagane przez Zamawiającego. Natomiast dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Brak takiego określenia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowane przez nich produkty spełniają wymagania Zamawiającego - w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych preparatów do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego - co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Zaś z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych oczekiwań równoważności przez Zamawiającego, powoduje brak możliwości oceny i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Dla wykonawcy, który chce zaoferować rozwiązanie równoważne do wzorcowego, opisanego w przedmiocie zamówienia, a nie zadba o własny interes i nie będzie zabiegał o klarowne określenie wymagań równoważności, powoduje to istotną trudność, a często wręcz brak możliwości, udowodnienia zamawiającemu, że jego oferta spełnia cechy równoważne do przedmiotów wymaganych przez jednostkę zamawiającą. Brak określenia kryteriów równoważności, poprzez brak wskazania w dokumentacji postępowania jakie cechy i parametry w odniesieniu do konkretnego rozwiązania będą decydowały o równoważności stanowi istotną wadę SWZ,

a zarazem naruszenie art. 99 ust. 6 Pzp (vide: wyrok Krajowej [zby Odwoławczej z 8 listopada 2019 w sprawie o sygn. akt KIO 225/19).

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 517 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. art. 516 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na brak precyzyjnych czynności Zamawiającego, które miałyby być związane z konkretnymi zarzutami poprzez co zarzut w całości ma charakter blankietowy. Przystępujący wskazał, że Odwołujący ograniczył się jedynie do blankietowego wskazania zarzutów, bowiem wskazał jedynie rodzaj czynności, jednakże nie powiązał ich, z żadnym zadaniem częściowym ani również z żadną okolicznością faktyczną. Co więcej analiza uzasadnienia również nie pozwala na ustalenie konkretnych czynności, którym Odwołujący przypisuje ograniczenie konkurencji, a w konsekwencji również tego ograniczenia ani nawet możliwości takiego ograniczenia nie uprawdopodobnia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał ziszczenie się przesłanki wniesienia odwołania, o której stanowi art. 505 ust. 1 Pzp, jaką jest interes w uzyskaniu zamówienia i ryzyko poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. art. 517 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. art. 516 ust. 1 pkt 7 i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba oddaliła zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym 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.

Izba odnosząc się do poszczególnych wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia zakwestionowanych w pakiecie nr 1 przez Odwołującego, zważyła:

- wymóg aby preparat maksymalnie zawierał 60% mieszaniny alkoholi – w ocenie Izby Zamawiający wykazał, że wskazane w opisie przedmiotu zamówienia stężenie mieszaniny alkoholi na poziomie max 60% jest właściwe i konieczne dla osiągnięcia założonego przez niego celu, tj. dezynfekcji powierzchni medycznych oraz narzędzi medycznych i sprzętu medycznego. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że produkty zawierające w swoim składzie wyższe stężeniu alkoholu mają niekorzystne działanie na powierzchnie i sprzęt bowiem przyczyniają się do ich zniszczeniu. Ponadto wyjaśnił, że produkty o stężeniu wnioskowanym przez Odwołującego na poziomie 60-80% są stosowane do dezynfekcji skóry i rąk, gdy wymagane jest szybka dezynfekcja (kilka sekund). Natomiast produkty stosowane do powierzchni mają czas działania do 1 minuty, a to czas odpowiedni, aby produkt o takim stężeniu zadziałał prawidłowo. Odwołujący wskazywał także, że powyższy zapis „prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji” jednak powyższe nie zostało poparte jakimkolwiek uzasadnieniem czy też dowodem potwierdzającym, że na rynku dostępny jest np. tylko jeden produkt, tj. produkt Przystępującego posiadający takie stężenie alkoholu. Nie wykazał, że inne dostępne produkty takiego stężenia (do max. 60%) nie posiadają. Co więcej sam Zamawiający wskazywał, że oprócz produktu Mikrozyd AF (Przystępującego) także produkt Meliseptol New Formula (producenta Braun) spełnia powyższe wymaganie. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu w celu podważenia powyższego stanowiska Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że powyższy wymóg prowadzi do ograniczenia konkurencji.

- wymóg dotyczący: F (*Candida albicans*, *Aspergillus niger*) warunki brudne zgodnie z EN 13624 – podkreślić należy, że Zamawiający na rozprawie wskazał, że norma EN 13624 wobec szczepu *Aspergillus Niger* to ta sama norma co EN 13624 wobec szczepu *Aspergillus Brasiliensis*. Wyjaśnił, że jedna nazwa jest desygnatem drugiej i nie można uznać, że są to dwie różne normy. Skoro więc – jak wskazał Zamawiający – niezależnie od szczepu referencyjnego norma EN 13624 jest jedną i tą samą normą, to zaoferowanie produktu z powyższą normą tj. EN13624 wobec szczepu *Aspergillus Brasiliensis* będzie zgodne z powyższym wymogiem.

- Izba uznała, że brak wskazania normy europejskiej w odniesieniu do wirusów w żaden sposób nie może zostać uznany za ograniczający konkurencję. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że powyższe w żaden sposób nie ogranicza konkurencji umożliwiając wykonawcom zaoferowanie produktów posiadających działanie mikrobójcze wobec wirusów. Jak bowiem wskazywał Zamawiający, na rynku jest niewiele produktów posiadających normę EN 14476 i aby nie zawęzić konkurencji nie wprowadził powyższego wymogu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób brak podania normy w tym

zakresie uprawdopodobnienia ograniczenie konkurencji. Nie wykazał, że na rynku tylko produkt Przystępującego takiej normy nie posiada, a to ewentualnie mogłoby uzasadniać podniesiony zarzut, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony pod konkretny produkt, tj. produkt Przystępującego.

- brak wprowadzenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu, aby produkty bezalkoholowe na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych zawierały dodatkową substancję aktywną z innej grupy chemicznej – Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób brak wprowadzenia powyższego wymogu wpływa na ograniczenie konkurencji. Podkreślić należy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i decyduje - wobec określenia własnych potrzeb - co jest przedmiotem prowadzonego postępowania. W ocenie Izby Zamawiający wykazał zasadność i cel żądania określonych produktów o konkretnym składzie, co jest uzasadnione jego oczekiwaniami i potrzebami. Wskazywał, że na rynku istnieje szereg produktów opartych na bazie mieszaniny czwartorzędowych związków amoniowych, bowiem są to podstawowe związki w produktach do dezynfekcji nie posiadających w swoim składzie alkoholu. Odwołujący powyższego twierdzenia nie zdołał podważyć. Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego, że Zamawiający „bagatelizuje zawartą w licznych publikacjach ogólnodostępną wiedzę (również dostępną w Internecie) o dużym problemie nabywania odporności przez niektóre drobnoustroje na te składniki aktywne” jest niewystarczające do uznania zasadności zarzutu. Podkreślić bowiem należy, że istotne w świetle art. 99 ust. 4 Pzp jest uprawdopodobnienie, że Zamawiający dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia prowadzonym postępowaniem mógł utrudniać uczciwą konkurencję, a nie subiektywne przekonanie Odwołującego o właściwym, lepszym z praktycznego punktu widzenia działaniu produktu.

- wymaganie działania mikrobójczego na poliomawirusy - Zamawiający powyższy wymóg uzasadnił tym, że jako szpital musi zapewnić bezpieczeństwo kobiet przebywających na oddziałach szpitalnych, a poliomawirusy mają powinowactwo do wirusa HPV. Wymaganie powyższe ma więc zapewnić większe bezpieczeństwo pacjentom. Odwołujący powyższego stanowiska w żaden sposób nie podważył.

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia naruszył przepis art. 99 ust. 4 Pzp. Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący przedłożonymi przez siebie dowodami wykazał jedynie, że produkty Przystępującego spełniają wymogi SWZ. Natomiast nie zdołał wykazać, że są to jedyne produkty te wymogi spełniające, a na rynku nie ma innych, które odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia w obecnym brzmieniu. Podkreślić należy, że Zamawiający na rozprawie wskazał, że w każdej z zakwestionowanych pozycji istnieją co

najmniej dwa produkty, które odpowiadają OPZ. Odwołujący zakwestionował powyższe, jednak na tę okoliczność nie przedłożył żadnego dowodu, w konsekwencji czego Izba stanowisko Odwołującego uznała za nieudowodnione. Wskazać należy, że Odwołujący mógł przedłożyć karty katalogowe/ulotki produktów innych producentów przeznaczonych do dezynfekcji oddziałów szpitalnych, aby wykazać, że sporządzony OPZ dopuszcza tylko i wyłącznie Przystępującego. Takiego dowodu jednak w postępowaniu zabrakło. Co istotne w żadnym miejscu odwołania nie wskazano także, że sporządzony OPZ uniemożliwia samemu Odwołującemu złożenie oferty, na tą okoliczność również nie przedłożono żadnego dowodu.

Ponadto, Izba stwierdziła, że istotne w niniejszej sprawie jest to, że Zamawiający określił swoje wymagania według własnych potrzeb do czego jest uprawniony. Jeśli powyższe zapisy (dotyczące opisu przedmiotu zamówienia) nie naruszają zasady uczciwej konkurencji - co w tym postępowaniu odwoławczym nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione - Zamawiający uprawniony jest do określenia swoich wymagań według własnego uznania. Owszem opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji co wynika z przepisu art. 99 ust. 4 Pzp jednak stwierdzić należy, iż nie jest tak, iż Zamawiający w każdym przypadku ma otrzymać dokładnie to co wskazuje wykonawca, gdyż Zamawiający jako dysponent postępowania decyduje wobec prowadzonego postępowania co ma być przedmiotem zamówienia - z zastrzeżeniem oczywiście, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Odwołujący formułując zarzuty odwołania zdawał się narzucać Zamawiającemu produkty, które w jego opinii wykonawcy lepsze, właściwsze, czy też bardziej skuteczne wobec celu jaki ma osiągnąć Zamawiający. Jako przykład można wskazać żądanie wprowadzenia zmiany w opisie przedmiotu zamówienia środków mających działanie mikrobójcze wobec wirusa Covid-19. W świetle Pzp, istotne jest jednak uprawdopodobnienie ograniczenia konkurencji - nie zaś wskazanie na lepsze, skuteczniejsze działanie oferowanego produktu. Zatem - wobec nieuprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji oraz wobec uzasadnienia przez Zamawiającego swoich potrzeb i oczekiwań Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do opisanie przedmiotu zamówienia we wskazany przez siebie sposób, ponieważ jako podmiot profesjonalnie świadczący usługi medyczne, zna doskonale wszelkie zagrożenia epidemiczne występujące w prowadzonym przez niego szpitalu i sporządzając opis dąży do zakupu produktów zapewniających bezpieczeństwo zarówno personelu jak i pacjentów.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym 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.

Izba ustaliła, że w punkcie 7 części I SWZ Zamawiający wskazał, że: „Ilekcroć w treści SWZ, przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenie, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę lub przy użyciu norm, ocen technicznych specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne zgodnie z kryteriami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia w celu oceny równoważności lub postanowieniami art. 101 u.p.z.p.”.

Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, że w żadnym miejscu SWZ nie wskazał on na elementy opisu, które obligowały by go do ustalenia kryteriów równoważności. Co istotne takich postanowień SWZ nie wskazał również sam Odwołujący. W konsekwencji skoro, w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że ziszcili się przesłanki obligujące Zamawiającego do ustalenia kryteriów równoważności, to zarzut Odwołującego jako niezasadny podlegał oddaleniu.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania i orzekła o jego oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....