

Sygn. akt: KIO 2018/22

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę:

W. W. - Firma Handlowo-Usługowa ARKAN W. W. w Gdańsku (ul. Sianowska 1), ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego:

Politechnika Gdańska w Gdańsku (ul. G. Narutowicza 11/12) na sukcesywną dostawę środków chemii gospodarczej dla jednostek organizacyjnych Politechniki Gdańskiej, przy udziale wykonawcy:

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "PORTAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Ul. Strzelców Karpackich 6A/15), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego W. W. - Firma Handlowo-Usługowa ARKAN W. W. w Gdańsku, w całości i:
 - 2.1. 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 poniesione przez odwołującego koszty opłat od pełnomocnictw 34 zł oraz wydatki pełnomocnika potwierdzone rachunkami: 400 zł tytułem kosztów noclegu, 463 zł tytułem dojazdów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., 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:

Sygn. akt KIO 2018/22

UZASADNIENIE

Politechnika Gdańska (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Sukcesywną dostawę środków chemii gospodarczej dla jednostek organizacyjnych Politechniki Gdańskiej” (nr postępowania: ZP/156/055/D/22; Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 9 czerwca 2022 r.) (zwane również: „Postępowaniem”).

Pismem z dnia 27 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "PORTAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

W dniu 1 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy W. W. - Firma Handlowo-Usługowa ARKAN W. W. w Gdańsku (dalej również: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) na niezgodne z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) (dalej: „Ustawa”) czynności Zamawiającego.

W dniu 3 sierpnia 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "PORTAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej również: „Przystępujący”). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust.1 pkt. 5 Ustawy poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego mimo niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w pozycji 17 formularza rzeczowo-cenowego.
2. art. 16 ust. 1 Ustawy poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak rzetelnego prowadzenia postępowania z dochowaniem należytej staranności w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w trakcie badania i oceny ofert, przez wybranie oferty Przystępującego, która nie spełnia wymogów postawionych w SWZ przez Zamawiającego w zakresie poz. 17 zgodnie z ROZDZIAŁEM III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 2 i 3 , oraz załącznikiem nr 3 do SWZ - formularz rzeczowo-cenowy w skrócie również FRzC.
3. art. 107 ust.2 Ustawy poprzez brak wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego – TRESCI ETYKIETY I DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ ZEZWALAJACEJ NA OBRÓT PRODUKTEM BIOBÓJCZYM NA TERENIE RP, TJ. pozwolenia Ministra Zdrowia na obrót preparatem i nie poddaniu go weryfikacji w zakresie poz. 17 zgodnie z

ROZDZIAŁEM III SWZ -Opis przedmiotu zamówienia punkt 2 i 3 , oraz załącznikiem Zał. nr 3 do SWZ - formularz rzeczowo-cenowy w skrócie FRzC.

Odwołujący wnosił o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Przystępującego, ponowne zbadanie ofert.

Odwołujący podkreślał, że:

1. zgodnie z SWZ, Rozdział III opis przedmiotu zamówienia FRzC: „szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do niniejszej SWZ wraz z wymaganiami **odnośnie opakowań, etykiet i kart charakterystyki**”
2. zgodnie z SWZ , Rozdział VIII „1. Zamawiający wymaga, by wykonawca złożył **wraz ofertą** przedmiotowe środki dowodowe. - Kartę charakterystyki skoncentrowanego płynu / żelu czyszczącego – dezynfekującego (pozycja 17 w formularzu rzeczowo – cenowym)”
3. zgodnie z załącznikiem nr 3 do załącznika nr 3 do SWZ- formularz rzeczowo – cenowy: pozycja 17: ”skoncentrowany płyn / żel czyszczący dezynfekujący – (...) **do dezynfekcji powierzchni w szpitalach i innych zakładach opieki zdrowotnej, zabija bakterie, wirusy, grzyby, spory, ma właściwości działanie wirusobójcze oraz sporobójcze** (...) W składzie występuje podchloryn sodu lub chloran (I) sodu , roztwór zawierający aktywny Cl. **Zawartość aktywnego chloru min. 4,28g/100g**, wartość pH13, **produkt musi posiadać pozwolenie ministra Zdrowia na obrót preparatem biobójczym**, pojemność nie mniejsza niż 750 ml”

Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył ofertę, której przedmiotem w zakresie pozycji 17 załącznika był płyn WC HIT, dla którego Przystępujący złożył jako przedmiotowy środek dowodowy: kartę charakterystyki oraz pismo producenta. Dalej Odwołujący przywołał kartę charakterystyki WC HIT (sekcja 1. Identyfikacja mieszaniny i identyfikacja przedsiębiorstwa sporządzoną zgodnie z rozporządzeniem WE nr 1907/2006 (REACH) oraz rozporządzenia Komisji (UE) 2015/830 , data sporządzenia 19 grudnia 2016, data aktualizacji 19 grudnia 2016 r., która wskazuje, że środek ten przeznaczony jest do:” mycia, dezynfekcji i wybielania urządzeń sanitarnych, studzienek spustowych oraz do mycia i dezynfekcji dużych powierzchni zmywalnych jak podłogi, ściany w szpitalach i innych placówkach opieki zdrowotnej. Stosowany również do wybielania tkanin.” oraz dane dostawcy karty charakterystyki jako DCC CHEMIA ul. Husarska 17 w Toruniu).

W ocenie Odwołującego wskazuje to, że wolą Przystępującego było zaoferowanie produktu WC HIT, którego producentem jest DCC CHEMIA.

Ponad to Odwołujący wskazał, że WC HIT jest produktem biobójczym posiadającym wydaną ważną decyzję nr 3441/08 pozwolenie na obrót produktem biobójczym wydaną przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej: URPL), która była przedmiotowym środkiem dowodowym, jakiego

wymagał Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ.

Odwołujący wskazał, że nieodłącznym elementem decyzji 3441/08 z dnia 25 kwietnia 2008 roku jest załącznik w postaci etykiety produktu, oraz że zgodność oferowanego produktu w zakresie składu i skuteczności biobójczej zawarta w załączniku nr 3 do SWZ i zgodnie z rozdziałem III pkt. 2 SWZ może być weryfikowane jedynie na podstawie decyzji 3441/08 z dnia 25 kwietnia 2008 r. i etykiety będącej doń załącznikiem.

Odwołujący wskazał, że wykaz decyzji o dopuszczeniu do obrotu na terenie RP prowadzony przez URPL, dostępny na stronie internetowej bip.urlp.gov.pl, informuje o:

1. właściwościach biobójczych produktów a w zakresie produktu WC HIT wskazuje, że posiada on właściwości bakteriobójcze i grzybobójcze podczas gdy Zamawiający wymagał szerszego spektrum działania (bakteriobójcze, grzybobójcze, sporobójcze i wirusobójcze). Zatem nie spełnia wymagań SWZ.
2. zawartości substancji czynnej preparatu a w zakresie WC HIT wskazuje, że zawartość aktywnego chloru uwalnianego przez podchloryn sodu to 4/100g +/- 10%, czyli aktywny chlor mieści się w granicach 3,6-4,4g/100g, podczas gdy Zamawiający w formularzu rzeczowo – cenowym określił minimalną wartość na poziomie 4,28g/100g i nie przewidział tutaj tolerancji. Zatem nie spełnia wymagań SWZ.

Według Odwołującego wyłącznie decyzja o dopuszczeniu do obrotu wraz z treścią rejestru / wykazu prowadzonego przez URPL jest ważną i nadrzędną informacją o produkcie biobójczym a załącznik doń stanowi informację w szczególności o przeznaczeniu, zakresie skuteczności biobójczej oraz składzie. Zamawiający pomimo wymogu posiadania ww. oraz pomimo dostępności wykazu tych decyzji zignorował ten wykaz i zawarte w nim informacje oraz nie wezwał Przystępującego do złożenia decyzji oraz nie odrzucił oferty pomimo, że produkt nie ma działania wirusobójczego i sporobójczego oraz nie posiada wymaganej ilości substancji czynnej min. 4,28g/100g..

Odwołujący przedłożył:

1. korespondencję (email) Wykonawcy z URLP z prośbą o udostępnienie decyzji dla produktu oferowanego przez Przystępującego - WC HIT pozwolenie 3441/04 i produktu oferowanego przez Wykonawcę - Domestos pozwolenie 4678/11
2. odpowiedź URPL na ww. zapytanie z 16 sierpnia 2022 z informacją o między innymi o tym, że „ badania skuteczności produktu biobójczego stanowią dokumenty przedłożone w toku postępowania w przedmiocie wydania pozwolenia na obrót. Dostęp do dokumentacji rejestracyjnej produktu biobójczego

ograniczony natomiast został dyspozycją przepisu art. 30 ustawy o produktach biobójczych. (...) W składzie produktu biobójczego płyn zagęszczony WC HIT (pozwolenie 3441/08) znajduje się substancja czynna podchloryn sodu/chloran(I) sodu, CAS- 7681-52-9, w grupie 2, która zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji UE 2017/1273 z dnia 14 lipca 2017 r. została zatwierdzona jako istniejąca substancja czynna stosowana w produktach biobójczych należących do grup produktowych 1,2,3,4 i 5. W związku z powyższym w przypadku pozwolenia nr 3441/08 z dnia 25 .04.208 r. zastosowanie znajduje art. 36 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych”

3. decyzja dla WC HIT 3441/08 z 25 kwietnia 2008 z załącznikiem - etykietą
4. decyzja dla WC HIT z 11 maja 2010 3441/08 – zmiana – przedłużenie terminu
5. decyzja dla WC HBIT z 18 kwietnia 2014 3441/08 – zmiana - przedłużenie terminu
6. decyzja dla WC HIT z 14 listopada 2016 3441/08 – zmiana – przedłużenie terminu
7. pisma Odwołującego z dnia 29 lipca 2022r. skierowane do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego (PPIS/ sanepid) w Toruniu oraz do Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego (WPIS/ sanepid) w Bydgoszczy zawierającego prośbę o wyjaśnienie m.in. jakie jest spektrum biobójcze WC HIT, czy preparaty zawierające różną ilość substancji czynnej mają to samo spektrum biobójcze, jaka jest zawartość substancji czynnej w WC HIT, czy produkt decyzja 0902/04 i produkt WC HIT mają tożsamy zakres działania biobójczego, czy produkt z wykazu URPL może posiadać inną zawartość substancji czynnej niż wskazana w decyzji i czy zmiana składu wymaga zmiany decyzji, produkt w którym zmieniono skład może być wprowadzany do obrotu bez zmiany decyzji
8. pismo z 9 sierpnia 2022 r. PPIS w Toruniu do URLP przekazujące zapytanie Odwołującego z dnia 29 lipca 2022 r.

9. wyjaśnienie Przystępującego z dnia 22 lipca 2022 r. kierowane do Zamawiającego, wskazujące między innymi, że WC HIT „ma właściwości wirusobójcze i sporobójcze (...) jest produktem biobójczym i zgodnie ze statusem substancji czynnej (działanie biobójczej) został zarejestrowany w kategorii (4 kategorii) : „środki dezynfekujące” grupa produktowa nr 2. (...) W obecnym stanie prawnym, nie ma nigdzie wyartykułowanych wymagań odnośnie tej informacji , nie ma wskazań co do jej szczegółowości . W związku z czym , w różnych pozycjach wykazu URLPWMIPB ujęta jest ta sama substancja czynna, o tych samych numerach CAS i UE (podchloryn sodowy, zwany również chloranem (I) sodu lub solą kwasu podchlorawego o numerze CAS 7681-52-9 oraz o numerze WE 231-668-3), ale opis postaci użytkowej różni się, bowiem jest : albo okrojony albo bardziej szczegółowy (np. pozycje 253, 263, 266, 268, 269, 277, 278, 285, 294, 295, ...) – w większości ograniczony jest do kreślenia : „do dezynfekcji”. Dezynfekcja to postępowanie mające na celu niszczenie drobnoustrojów i ich przetrwalników> Przetwalnik Inaczej „spora”, inaczej „cysta”, inaczej „zarodnik” to forma spoczynkowa bakterii. (...) WC HIT jest preparatem z aktywnym chlorem, który uwalnia się z podchlorynu. Preparaty zawierające aktywny chlor stanowią grupę związków mogących zniszczyć szerokie spektrum mikroorganizmów, w tym bakterie wraz z formami przetrwalnikowymi, grzyby łącznie z zarodnikami .(Aspergillus Niger), wirusy lipofilne i hydrofilne (polio, HAV). Jako jeden z nielicznych związków chemicznych podchloryn sodu wykazuje działanie niszczące względem prionów. Aktywność związków zawierających aktywny chlor jest uzależniona od ilości uwolnionego chloru, ale spektrum działania aktywnego chloru pozostaje ten sam, mogą tylko powstać różnice w szybkości działania. To aktywny chlor uwalniany z podchlorynu (...) jest generatorem właściwości wirusobójczych i sporobójczych zaferowanego produktu WC HIT”
10. odpowiedź kierowana do Pani K. D. (pełnomocnik Odwołującego) od PWIS w Bydgoszcy z dnia 2 sierpnia 2022

r wskazująca m.in., że „zgodnie z zapisami zamieszczonymi w Wykazie Produktów Biobójczych przedmiotowy produkt (WC HIT) ma działanie bakteriobójcze i grzybobójcze; przeznaczony jest do dezynfekcji i mycia pomieszczeń, powierzchni zmywalnych, toalet, muszli klozetowych, studzienek spustowych itp. Na podstawie ww. informacji bardziej szczegółowe określenie spektrum działania produktu nie jest możliwe. Niewykluczone jest, że produkty biobójcze zawierające tę samą substancję czynną, a różniące się stężeniami posiadają tożsame właściwości. Producent produktu biobójczego jest zobowiązany potwierdzić deklarowaną skuteczność produktu stosownymi badaniami laboratoryjnymi; takie sprawozdanie określa i tym samym poświadcza spektrum działania danego produktu. Zgodnie z informacjami udostępnianymi przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Wykazie Produktów Biobójczych podchloryn sodu w produkcie Płyn zagęszczony WC HIT występuje w ilości 40g/1000g +- 10%. Karta charakterystyki przedmiotowego produktu nie zaprzecza tym danym, wskazując zawartość podchlorynu w mieszaninie w stężeniu mniej niż 5 %. Ponadto producent w piśmie z dnia 8 lipca 2022 r. informując o zawartości substancji czynnej w ilości 4,3g/100g potwierdza zgodność składu wprowadzanego do obrotu produktu biobójczego z warunkami uzyskanego pozwolenia. W odpowiedzi na dwa ostatnie Pani pytania wyjaśniam, że zgodnie z prawodawstwem dotyczącym produktów biobójczych, produkt na jaki zostało wydane pozwolenie musi spełniać warunki tego pozwolenia (także w zakresie składu ilościowego substancji czynnej). Jeżeli skład danego produktu biobójczego ulega zmianie, podmiot odpowiedzialny jest zobowiązany złożyć nowy wniosek o pozwolenie na obrót”.

11. odpowiedź kierowana do Pani K. D. (pełnomocnik Odwołującego) od PPIS w Toruniu z dnia 9 sierpnia 2022 r. wskazująca m.in., że w dniu 3 i 5 sierpnia 2022 r. przeprowadził u Przystępującego interwencyjną kontrolę w zakresie wprowadzania WC HIT do obrotu, i w jej toku ustalono

w szczególności, że zgodnie z oświadczeniem reprezentanta Przystępującego WC HIT jest preparatem myjąco – dezynfekcyjnym na bazie podchlorynu sodu produkowanego przez BRENTAG sp. z o.o., że badania preparatu były przeprowadzone zgodnie z przepisami przez koncesjonowane laboratorium i przekazane do URPL, które dokonało rejestracji i wydało pozwolenie 3441/08; podchloryn sodu jest substancją przeznaczoną do produkcji środków o właściwościach bakteriobójczych, wirusobójczych, grzybobójczych, sporobójczych. Potwierdzone pozwoleniem nr 0902/04; zawartość podchlorynu sodu w WC HIT dla Przystępującego wynosi 4,3g/100g; w pozwoleniu określono zawartość 4g/100g +-10% czyli podane 4,3g/100g mieści się w zakresie podanym w pozwoleniu; produkt WC HIT ma zawartość zgodną z pozwoleniem, produkt WC HIT nie wymaga nowego pozwolenia na dopuszczenie i rejestrację produktu biobójczego; PWIS stwierdził również, że wątpliwości mogą być wyjaśnione przez URPL

Odwołujący złożył również na rozprawie nie podpisane zestawienie kosztów na kwotę 4542,50 zł wraz z załącznikami, na którą składać się miały kwoty:

3600 zastępstwo procesowe (adnotacja wysłane emailem),

400 zł na usługi hotelowe pełnomocnika (złożona faktura 9/8/2022 z 18 sierpnia 2022r.

177 zł usługi transportowe pełnomocnika: 2X bilet Katowice Warszawa (złożona faktura eic/2022/1246008 z 17 sierpnia 2022 r.),

169 zł usługi transportowe pełnomocnika: 1x bilet Warszawa – Gdańsk (złożony bilet ic na 18 sierpnia 2022 r.),

68 zł usługa transportowa pełnomocnika: 1x bilet Warszawa – Katowice (adnotacja wysłane z emaila - przesłana email faktura z dnia 18 sierpnia 2022 r. na kwotę 68 zł eic1/2022/1249900)

50 zł usługa transportowa pełnomocnika: taksówka (złożony paragon fiskalny z 17 sierpnia 2022 r.),

45,50 zł usługa transportowa pełnomocnika: taksówka (adnotacja wysłane email).

34 zł opłata za pełnomocnictwo (złożone potwierdzenia przelewów z 17 sierpnia 2022r.),

Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania. Jako uzasadnienie wskazał w szczególności, że: w Postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego i Przystępującego; zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych punkt 2 i 3 oraz załącznikiem zał. Nr 3 do SWZ formularz rzeczowo – cenowy Zamawiający żądał od wykonawców wyłącznie etykiet/Kart Charakterystyki Produktów, które powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane produkty parametry wyspecyfikowane w kolumnie 3 w załączniku nr 3 do SWZ (a więc między innymi ilości substancji czynnej oraz spektrum działania), które to dokumenty zostały złożone przez obu oferentów; w toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że ww karty nie potwierdzały w sposób jednoznaczny, że zaoferowane produkty posiadają substancję czynną min 4,28g/100g (dla produktu Wykonawcy – Domestos - karta wskazywała „podchloryn sodu $\leq 3 - < 5\%$ ” a dla produktu Przystępującego - WC HIT – karta wskazywała „podchloryn sodu $< 5\%$ ”); stąd Zamawiający wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie pismami z dnia 7 lipca 2022 r. jako, że żądane i złożone przedmiotowe środki dowodowe nie zawierają jednoznacznej informacji o zawartości aktywnego chloru i zażądał wskazania przez oferentów jaka jest zawartość w gramach /100g aktywnego chloru (podchlorynu sodu) w składzie oferowanego produktu; odpowiedzi przez Wykonawcę i Przystępującego zostały złożone w wyznaczonym na to terminie; Wykonawca pismem z 12 lipca 2022 r. wskazał, że oferowany produkt – Domestos – posiada aktywny chlor uwalniany przez podchloryn sodu o zaw. 4,28g/100g, na dowód czego przedłożył wydruk z rejestru URPL potwierdzający skład; Przystępujący pismem z dnia 11 lipca 2022 r. wskazał, że oferowany produkt – WC HIT – posiada ilość aktywnego chloru 4,3g/100g, na dowód czego załączył oświadczenie producenta DCC Chemia; w ocenie Zamawiającego było to wystarczające dla wykazania zgodności obu oferowanych produktów z SWZ; w związku ze złożonym przez Wykonawcę w dniu 18 lipca wnioskiem o odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej z SWZ wobec niewłaściwego spektrum działania Zamawiający zwrócił się do Przystępującego pismem z dnia 21 lipca 2022 r. o wyjaśnienie spektrum działania produktu tj. tego czy posiada właściwości wirusobójcze oraz sporobójcze wobec faktu, że karta charakterystyki ani treść wykazu URPL nie zawierają tej informacji; Przystępujący złożył w tym zakresie wyjaśnienia pismem z dnia 22 lipca 2022 r.. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Przystępującego, poparte oświadczeniem producenta były wiarygodne i spójne z treścią karty charakterystyki produktu oraz treścią wykazu URPL, Zamawiający nie mógł się domagać innego środka przedmiotowego dowodowego poza kartą charakterystyki, bowiem nie przewidział tego w SWZ, wpis do wykazu URPL produktu nie jest dowodem wykazującym skonkretyzowaną wartość substancji czynnej w danym produkcie oraz skonkretyzowanego spektrum działania danego produktu a wyjaśnienia i oświadczenie producenta są w tym zakresie zgodne z treścią wpisu – wykazem URPL, ewentualne wątpliwości, co do zakresu środków

dowodowych składne mogły być na etapie odwołania od treści ogłoszenia i SWZ, czego nie uczyniono, produkt Przystępującego jest zgodny z opisem a Odwołujący nie wykazał, by było inaczej. Zamawiający złożył dokumentację postępowania.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący podniósł, że odpowiedź Zamawiającego jest nieadekwatna do istoty sporu w zakresie, w jakim odwołuje się danych innych produktów lub producentów niż dotyczące WC HIT oferowanego przez Przystępującego. Jeszcze raz podkreślił, że w jego ocenie URPL jako jedyny organ upoważniony do rejestracji substancji – produktu biobójczego zgodnie z ustawą o produktach biobójczych -rejestrując dopuszcza dany produkt do obrotu wydając stosowną decyzję a żadna z decyzji i decyzji zmieniających nr 3441/08 dotycząca WC HIT nie wskazuje, że oferowany przez Przystępującego produkt spełnia kwestionowane parametry.

Przystępujący na rozprawie wskazał dodatkowo, że SWZ wymagał jako przedmiotowego środka dowodowego wyłącznie karty charakterystyki produktu, którą Przystępujący złożył, zaś posiadanie decyzji o dopuszczeniu do obrotu (rejestracja w wykazie URPL) stanowiło jedynie jedną z cech jaką posiadać miał produkt i WC HIT spełnia tę cechę. Wskazał, że decyzja o wpisie do rejestru nr 3441/08 pochodzi z 2008 roku i wydana została na gruncie ustawy z 2002 roku oraz, że zakres danych w wykazie oraz treść etykiety zmieniły się w związku ze zmianą przepisów. Podniósł, że już w decyzji 3441/08 z 2008 roku, zgodnie z wymogami prawa, wskazany został dostawca substancji czynnej (podchloryn sodu/chloran1 sodu) czyli Brenntag Polska sp. z o.o. i to ta właśnie firma posiada pozwolenie o nr 0902/04, do którego Przystępujący referował w pismach i to to pozwolenie wskazuje, jakie jest dokładne przeznaczenie substancji czynnej czyli np. wirusobójcze, sporobójcze, bakteriobójcze i grzybobójcze, a więc zgodne z SWZ.

Wskazał, że na podstawie ustawy o produktach biobójczych z 2002 roku często wpisywany do rejestru/ wykazu był po prostu termin dezynfekcja dla określenia działania odkarzającego o szerokim spektrum działania: bio, wiruso, sporo i grzybobójczym, i tak jest też w odniesieniu do produktu WC HIT. Z oświadczenia producenta wynika, że produkt zawiera 4,3g/100g i brak jest podstaw do podważania prawdziwości tego oświadczenia. Zaznaczył, że zarówno Domestos (oferowany przez Odwołującego) jak i WC HIT (oferowany przez Przystępującego) są produktami bardzo podobnymi i mają tę samą substancję czynną.

Przystępujący złożył aktualną etykietę WC HIT, co do zasady zgodną z art. 33 ust. 3 ustawy o produktach biobójczych, wskazującą między innymi na przeznaczenie „płyn czyszczący – dezynfekujący” z przeznaczeniem między innymi do wykorzystania „w

szpitalach i innych placówkach opieki zdrowotnej”, skład: „pochloryn sodu <5%” „preparat biobójczy – numer pozwolenia Ministra Zdrowia 3441/08” .

W ostatecznie w trakcie rozprawy Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony a także oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania sprowadzających się do nieprawidłowego w ocenie Odwołującego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że oferowany przez niego produkt jest niezgodny w zakresie kwestionowanych parametrów (minimalnej ilości substancji czynnej oraz spektrum działania) z SWZ (co poprzedzone winno być wezwaniem Przystępującego do złożenia decyzji – wykazu/rejestru URLP – jako przedmiotowego środka dowodowego i jedyne dowodu dla wykazania zgodności kwestionowanych parametrów z SWZ) i w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie i oddaliła odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy.

Zgodnie z art. 16 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Zgodnie z art. 107 Ustawy: 1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo

złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze zachowania Zamawiającego, z jakimi Odwołujący wiąże zgłoszone zarzuty, dla uwzględnienia odwołania koniecznym byłoby w szczególności wykazanie, że:

- decyzja o dopuszczeniu do obrotu oraz etykieta/ karta charakterystyki produktu (tutaj decyzja URPL nr 3441/08) / treść wykazu URPL (tutaj dla środka dezynfekującego WC HIT) stanowiła przedmiotowy środek dowodowy wymagany przez Zamawiającego w SWZ tutaj
- decyzja URPL nr 3441/08/ treść wykazu URPL oraz złożona karta charakterystyki produktu jest jedynym dowodem na wykazanie ilości środka czynnego w produkcie biobójczym WC HIT tutaj minimum 4,28 g prodchloranu /100g produktu oraz wymaganego spektrum działania tutaj działanie odkarzające w tym również wirusobójcze i sporobójcze wymaganych przez Zamawiającego w poz. 17 załącznika nr 3 do SWZ (formularz rzeczowo-cenowy) zgodnie z ROZDZIAŁEM III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 2 i 3 („Szczegółowy opis i zakres zamówienia stanowi załącznik nr 3 do niniejszego SWZ”, „Oferta musi być jednoznaczna i kompleksowa, tj. obejmować cały przedmiot zamówienia. Oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać wymogi Zamawiającego”
- złożone przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzają wymaganych przez Zamawiającego a kwestionowanych przez Odwołującego cech.

Odwołanie nie sprostало wykazaniu, że Zamawiający podjął opisane odwołaniem czynności z naruszeniem przepisów.

Izba ustaliła, że;

1. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ (formularz rzeczowo – cenowy) pozycja 17 Zamawiający oczekiwał od wykonawców: produktu GCG0015 w postaci skoncentrowanego płynu / żelu czyszczącego – dezynfekujący:

- skoncentrowany płyn do czyszczenia i dezynfekcji urządzeń i pomieszczeń sanitarnych oraz do dezynfekcji powierzchni w szpitalach innych zakładach opieki zdrowotnej,
- zabija bakterie, wirusy, grzyby, spory,
- ma właściwości działanie wirusobójcze oraz sporobójcze,
- zapobiega osadzaniu się kamienia, - ma właściwości wybielające, - wybiela już obecny kamień w toalecie,
- czyści zanieczyszczenia organiczne,
- przylega do powierzchni czyszczonej,
- w składzie występuje podchloryn sodu lub chloran (I) sodu, roztwór zawierający aktywny

Cl. Zawartość aktywnego chloru min. 4,28g/100g.

- produkt musi posiadać pozwolenie Ministra Zdrowia na obrót preparatem bakteriobójczym,

- pojemność nie mniejsza niż 750 ml

2. Zgodnie z rozdziałem VIII SWZ Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych „pkt.

1 Zamawiający wymaga, by wykonawca złożył wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe: (...) „Kartę charakterystyki skoncentrowanego płynu/ żelu czyszczącego – dezynfekującego (pozycja 17 w formularzu rzeczowo - cenowym)” (...) 3. Niezłożenie wraz z ofertą kart charakterystyki oraz certyfikatów Ecolab, o których mowa w pkt. 1 powyżej będzie skutkowało odrzuceniem oferty”.

Tym samym Zamawiający w odniesieniu do produktu opisanego w pozycji 17 formularza rzeczowo cenowego nie przewidział, żadnego innego poza Kartą charakterystyki produktu przedmiotowego środka dowodowego, dalej:

3. Przystępujący w pozycji 17 formularza rzeczowo – cenowego zaoferował WC HIT.

4. Przystępujący złożył wraz z ofertą wymaganą Kartę charakterystyki produktu tutaj WC HIT

5. Wobec wątpliwości co do treści Karty charakterystyki produktu Zamawiający wystąpił do Przystępującego na podstawie art. 223 Ustawy z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie minimalnej ilości substancji czynnej – podchloranu sodu.

6. Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych w wyznaczonym terminie wskazał, że zawartość substancji czynnej odpowiada wymaganej przez Zamawiającego min. 4,28g/100g jako, że wynosi 4,3g/100g, na dowód czego przedłożył potwierdzające tę okoliczność oświadczenie producenta WC HIT.

W tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego oraz oświadczenie producenta jest zgodne z treścią Karty Charakterystyki Produktu oraz dodatkowo treścią wykazu URPL, decyzji 3441/08 przewidujących zawartość substancji czynnej na poziomie 4g/100g +-10% lub <5%.

Jednocześnie przedstawione przez Odwołującego dokumenty (poza stanowiskiem Wykonawcy), w szczególności w postaci pism PPIS w Toruniu z 9 sierpnia 2022r., PWIS w Bydgoszczy z 2 sierpnia 2022r., URPL z 16 sierpnia 2022 r., Decyzji 3441/08 wraz z załącznikiem i zmianami oraz treść etykiety złożonej przez Przystępującego na rozprawie , nie zaprzeczają powyższym ustaleniom ani oświadczeniom Przystępującego.

Dalej Izba ustaliła, że:

7. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego pismem z 18 lipca 2022 r. o odrzucenie oferty Przystępującego również ze względu na brak wykazania działania wirusobójczego i sporobójczego WC HIT.

8. Pismem z 21 lipca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 223 Ustawy wezwał Przystępującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie spektrum działania WC HIT.

9. Pismem z 22 lipca 2022 r. Przystępujący wyjaśnił, że WC HIT ma właściwości sporobójcze

i wirusobójcze, wskazując, że „WC HIT jest produktem biobójczym i zgodnie ze statusem substancji czynnej(działanie biobójcze) został zarejestrowany w kategorii (4 kategorii) : „ środki dezynfekujące” grupa produktowa nr 2. Wykaz produktów biobójczych zawiera między innymi informacje takie jak: „ postać użytkowa produktu biobójczego i jego przeznaczenia” (zgodnie z przepisami). W obecnym stanie prawnym, nie ma nigdzie wyartykułowanych wymagań odnośnie tej informacji, nie ma wskazań co do jej szczegółowości. W związku z czym, w różnych pozycjach wykazu URPLWMIPB ujęta jest ta sama substancja czynna, o tych samych numerach CAS i UE (podchloryn sodowy, zwany również chloranem (I) sodu lub solą sodową kwasu podchlorawego o numerze CAS 7681-52-9 oraz o numerze WE 231-668-3) ale opis postaci użytkowej różni się, bowiem jest: albo okrojony albo bardziej szczegółowy (np.; pozycje 253,263,266,268,269,277,278,282,285,294,295) – w większości ograniczony jest do określenia : „do dezynfekcji”. Dezynfekcja to postępowanie mające na celu niszczenie drobnoustrojów i ich przetrwalników. Przetwalnik inaczej „spora”, inaczej „cysta”, inaczej „zarodnik” to forma spoczynkowa bakterii. Przykładowo, w pozycji wykazu, nr 207 – nr pozwolenia 0902/04 z dnia 19.04.2004 substancją czynną jest : podchloryn sodu, WE: 231-668-3, CAS: 7681-52-9 [zaw. 168,42 g/kg; roztwór zawierający do 160 g/kg aktywnego chloru]. W kolumnie „Postać użytkowa produktu biobójczego i jego przeznaczenie” wykazu jest informacja : „produkt w postaci cieczy o działaniu dezynfekującym, bakteriobójczym, grzybobójczym, zarodnikobójczym, wirusobójczym przeznaczony do stosowania spożywczego, przemysłowego, medycznego, domowego i zbiorowego” . Taka sama substancja czynna jest składnikiem płynu WC HIT – podchloryn sodu o numerze CAS 7681-52-9 i o numerze WE 231-668-3. Zarodnikobójczy to inaczej sporobójczy. WC HIT jest preparatem z aktywnym chlorem, który uwalnia się z podchlorynu sodu. Preparaty zawierające aktywny chlorstanowią grupę związków mogących zniszczyć szerokie spektrum mikroorganizmów, w tym bakterie wraz z formami przetrwalnikowymi, grzyby łącznie z zarodnikami (*Aspergillus niger*), wirusy lipofilne i hydrofilne (polio, HAV). Jako jeden z nielicznych związków chemicznych podchloryn sodu wykazuje działanie niszczące względem prionów. Aktywność związków zawierających aktywny chlor jest uzależniona od ilości uwolnionego chloru, ale spektrum działania aktywnego chloru pozostaje ten sam , mogą tylko powstać różnice w szybkości działania. To aktywny chlor uwalniany z podchlorynu sodu (WE: 231-668-3, CAS: 7681-52-9) jest generatorem właściwości wirusobójczych i sporobójczych zaoferowanego produktu WC HIT. „, co stanowi o zgodności produktu z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SWZ.

W tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego są zgodne z treścią Karty Charakterystyki Produktu oraz dodatkowo treścią wykazu URPL, decyzji 3441/08 wskazujących, że produkt posiada daną substancję czynną, jest produktem biobójczym o

właściwościach dezynfekujących i znajdują oparcie w zapisach ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (D.U. z 2018 p. 122 t.j.) w szczególności art. 7, art. 33 oraz art. 36.

Jednocześnie przedstawione przez Odwołującego dokumenty (poza stanowiskiem Wykonawcy), w szczególności w postaci pism PPIS w Toruniu z 9 sierpnia 2022r., PWIS w Bydgoszczy z 2 sierpnia 2022r., URPL z 16 sierpnia 2022 r., Decyzji 3441/08 wraz z załącznikiem i zmianami oraz treść etykiety złożonej przez Przystępującego na rozprawie, nie zaprzeczają powyższym ustaleniom ani oświadczeniom Przystępującego.

W odniesieniu do zarzutów odwołania w ocenie Izby nie wykazano naruszenia przepisów Ustawy. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, z którym można było powiązać sformułowany w odwołaniu zarzut.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 Ustawy, z uwzględnieniem w zakresie spisu kosztów oraz rachunków art. 508 Ustawy, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia 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