Sygn. akt KIO 1593/17

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę: **S. P. Sp. z o.o., Al. (...) ,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **T. Centrum Zdrowia Spółka z o. o, ul. (…),** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:
M. F. W. U. Sp. z o.o., ul. (…)- po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **S. P. Sp. z o.o., Al. (…),**
   2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **S. P. Sp. z o.o., Al. (…),** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od odwołującego: **S. P. Sp. z o.o., Al. (…)** na rzecz zamawiającego: **T. Centrum Zdrowia Spółki z o. o., ul. (…)** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący: ……

2

Sygn. akt: KIO 1593/17

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy środków myjąco - dezynfekcyjnych” (ogłoszenie w BZP nr … z 20.06.2017 r.), w dniu 1 sierpnia 2017 r. zostało wniesione na piśmie odwołanie przez firmę: S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej zwany także „odwołującym”).

Odwołanie wniesiono wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego na część (pakiet) 10 zamówienia, o której odwołujący powziął wiadomość w dniu 27 lipca 2017 r. z zawiadomienia drogą elektroniczną. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w tym samym terminie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ale dotyczy ono odrzucenia oferty odwołującego na część 10 zamówienia, jest zatem dopuszczalne w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2017 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożył w dniu 4 sierpnia 2017 r. po stronie zamawiającego wykonawca: M. F. W. U. Sp. z o.o., ul. (…) w kopii przekazane stronom.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę, którego ofertą wybrano na część 10- M. F. W. U. Sp. z o.o. z siedzibą w B. - do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: T. Centrum Zdrowia Sp. z o. o., że ten wadliwie dokonał wyboru na część 10 oferty przystępującego M. F. W. U. Sp. z o.o., gdyż jednocześnie bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, czym naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933), tj.: art. 7 ustawy, art. 89 ust 1 pkt. 2), art. 91-92.

Podnosząc wadliwie przeprowadzone czynności zamawiającego, tj:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu,
2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji (ocenie),

---

3. wskazania wadliwego wyniku danego postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu

- odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności, zgodnie z żądaniami, tj.:

1) powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie, której nastąpi cofnięcie wyniku postępowania i cofnięcie odrzucenia oferty odwołującego,

2) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego,

3) równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji,

4) wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego w pakiecie nr 10.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powtórzył, że zamawiający odrzucił niesłusznie jego ofertę na część 10 zamówienia oraz ustalił wadliwy wynik danego postępowania.

Odwołujący wyjaśniał, że w powiadomieniu o wyniku postępowania zamawiający podał, że odrzucił ofertą odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, argumentując, że wykonawca nie wskazał zgodności złożonej oferty z zapisami wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - brak skuteczności grzybobójczej w zaoferowanym produkcie D. P.G.

Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem. Utrzymywał, że w SIWZ brak jest tzw. legendy, tj. wymogu w zakresie szczepów - jedyny zapis w zakresie skuteczności jest na str. 3 SIWZ i stanowi: *„Zamawiający w trakcie trwania umowy zastrzega sobie prawo zażądania złożenia kserokopii dokumentów potwierdzających, że preparaty dezynfekujące przeznaczone są do zastosowania w obszarze medycznym, posiadają badania zakończone pozytywnymi wynikami na wymagane spektrum działania, potwierdzone przez akredytowane laboratoria w ramach UE.”*

W opisie przedmiotu zamówienia pakietu nr 10 poz. 1 (tylko tabela) określono spektrum działania preparatu, w następujący sposób:

1. Dezynfekcja rąk. Preparat do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk w formie żelu na bazie alkoholu etylowego, bez dodatków konserwantów, nadtlenku wodoru i chlorhexydyny. Posiadający w składzie środki pielęgnujące i łagodzące podrażnienia. Zarejestrowany jako produkt biobójczy. Zgodność z normami PN EN 1500 i PN EN 12791. Wymagane pompki do 300 opakowań 0,5l.
2. Substancja czynna
3. Stężony

---

4. Spektrum działania: B, F, V (HBV, HCV, HIV, polio, adeno) Tbc
5. Czas ekspozycji - Dezynfekcja higieniczna 30 s, Dezynfekcja chirurgiczna - do 3 min.

W ocenie odwołującego zamawiający w opisie posłużył się ogólnym zapisem dotyczącym skuteczności biobójczej w postaci skrótów literowych, nie precyzując wymogu co do szczepów na podstawie których ma być potwierdzona skuteczność biobójcza (jedynie w przypadku skuteczności wirusobójczej dokonano takiego rozszerzenia).

Skrócony zapis F nie wyjaśnia zatem czy zamawiający wymaga preparatu o skuteczności wobec A.brasiliensis oraz C.albicans czy jedynie C.albicans.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z wymogami opisanymi w normie PN-EN 14885:2015 „Chemiczne środki dezynfekcyjne i antyseptyczne. Zastosowania Norm Europejskich dotyczących chemicznych środków dezynfekcyjnych i antyseptycznych" w pkt. 4.3.2.2 oraz 4.3.2.4 preparaty do higienicznej dezynfekcji rąk metodą wcierania muszą wykazać jako obligatoryjne działanie bakteriobójcze (potwierdzone badaniami fazy 2 etap 1 zgodnie z normą PN-EN 13727 oraz fazy 2 etap 2 zgodnie z normą PN-EN 1500) oraz działanie drożdżakobójcze (zgodnie z normą PN-EN 13624 gdzie organizmem testowym jest C. albicans). Dopuszczone są ponadto dodatkowe wymogi dotyczące skuteczności - działanie prątkobójcze lub tuberkulobójcze zgodnie z PN-EN 14348 oraz działanie wirusobójcze zgodnie z PN-EN 14476. Zwrócił uwagę na istotną informację dotyczącą wymaganego spektrum aktywności biobójczej w stosunku do preparatów do higienicznej dezynfekcji rąk: „aktywność wobec zarodników pleśni nie jest uważana za istotną". Wyjaśniał, iż C.albicans należy do gatunku grzyby, rząd drożdżaki. A.brasiliensis (niepoprawnie nazywany przez zamawiającego A.niger) należy również do gatunku grzyby, rząd Eurotiales.

Dalej odwołujący utrzymywał, że w przypadku preparatów do chirurgicznej dezynfekcji rąk zgodnie z cytowaną wyżej normą PN-EN 14885:2015 pkt. 4.3.2.4 obligatoryjne wymagania dotyczące skuteczności biobójczej preparatu odnoszą się do działania bakteriobójczego potwierdzonego badaniami zgodnymi z PN-EN 13727 oraz PN-EN 12791 oraz działania drożdżakobójczego (C.albicans) potwierdzonego badaniami zgodnie z PN-EN 13624 oraz jako dodatkowe skuteczność prątkobójczą /tuberkulobójczą zgodnie z PN-EN 14348. W tym przypadku zwracał uwagę na informację, iż skuteczność wobec zarodników pleśni oraz wirusów nie jest uważana za istotną, ponieważ celem chirurgicznej dezynfekcji rąk jest inaktywacja flory stałej skóry rąk, która to flora nie zawiera ww. patogenów.

Odwołujący przywoływał przewodnik ECHA (Guidance on the Biocidal Products Regulation Volume II Efficacy - Assessment and Evaluation (Parts B+C) Version 1.0), gdzie zamieszczono podobne wymogi dotyczące wymaganego spektrum.

Odnosząc się do powyższej argumentacji, odwołujący zaznaczał, iż zamawiający- nie określił w postanowieniach SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia, że wymaga posiadania przez preparat grzybobójczości (F) na Aspergilus niger.

Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego jak również zgodnie z zasadą równego traktowania, zapewnia wszystkim wykonawcom rozumienie opisu przedmiotu zamówienia tak samo. (wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016r, sygn. akt. KIO 437/16, Lex nr 2019435).

Jeżeli zamawiający chciał działania środka na spektrum, za który odrzucił ofertę, to w swoich wymaganiach w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości był obowiązany zapisać taki wymóg w SIWZ.

Tym samym twierdzenie zamawiającego, że oferta nie przedstawia produktu odpowiedniego względem zapisów SIWZ, odwołujący uznał za nieuprawnione. Podtrzymał, że oferowany produkt spełnia wszystkie wymagania zapisów SIWZ, wymaganych norm i dopuszczeń określonych prawem UE i polskim.

Odwołujący przywołał tezę z wyroku Sądu Okręgowego sygn. akt. Akt. V Ca 264/04: *„nieprecyzyjne zdefiniowanie wymaganych dokumentów i w konsekwencji konieczność ich doprecyzowywania przez komisję przetargową w trakcie badania ofert jest niedopuszczalne."*

Odwołujący argumentował, że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przy ocenie ofert *„muszą być stosowane procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie. Znaczy to w szczególności,* że *powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom- w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych tak,* żeby *wszyscy oferenci byli ich* świadomi *podczas przygotowania swoich* ofert" - wyrok ETS z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00.

Zaznaczał, że o tym stanowi również szerokie orzecznictwo Izby: Sygn. akt: KIO 643/12, wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r. *„Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując*

oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w

---

postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia."

Sygn. akt: KIO 656/12, wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r. *„(...) zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również w treści załączników do niej nie przekazał jednoznacznego komunikatu o formie dokonywanej oceny ofert, pod kątem ich zgodności z s.i.w.z., bazując w większości na oświadczeniach wykonawców (np. oświadczenie o spełnieniu przez jednostkę centralną „urządzenia" wymagania wydajnościowego mierzonego w programie testującym (...). Jeżeli zatem zamawiający,* żądając *spełnienia wymaganej funkcjonalności nie sprecyzował, w jaki sposób ta ocena będzie dokonywana, to nie może następnie obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego zaniechania. Odwołujący odpowiadając na tak sformułowane* żądania, *zinterpretował je w sposób prawidłowy i bez znaczenia pozostaje w tym zakresie odmienna interpretacja zamawiającego, która nie została uszczegółowiona na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przedstawiona została dopiero na etapie rozprawy. W powyższym zakresie rozstrzygającą pozostaje treść s.i.w.z. i załączników do niej, która nie budzi* żadnych *wątpliwości, co do sposobu jej rozumienia."*

Sygn. akt: KIO 1295/12, wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r. *„Oznacza to,* że *w niniejszym stanie faktycznym sporny dokument (kosztorys ofertowy) niewątpliwie nie był wymagany. Zamawiający nie zawarł bowiem w treści SIWZ jednoznacznych postanowień dotyczących obowiązku jego złożenia wraz z ofertą. Tym samym odrzucenie oferty wykonawcy, który tego rzekomego obowiązku nie wypełnił jest nieuprawnione."*

Sygn. akt: KIO 2810/11, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w*

---

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z

konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz."

Sygn. akt: KIO 473/12, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2012 r. *„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter niezgodności merytorycznej, dotyczącej zaoferowanego* świadczenia. *Niezgodność formalna nie wpływa na treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości,* że *oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane* świadczenie *nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów."*

Sygn. akt: KIO 1803/11, wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. *„Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp zaś stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3."

Sygn. akt: KIO 2154/11, wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została jasno i czytelnie wyrażona."*

Sygn. akt: KIO 2219/11, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. *„Samo odwołanie się do oczywistości danego wymogu, o ile równocześnie nie wynika on jednoznacznie z treści SIWZ, nie może być uznane za wystarczającą przesłankę uznania Oferty za niezgodną z treścią SIWZ."*

Sygn. akt: KIO 2259/11, wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r. *„W ten sposób, choć Zamawiający stara się w odpowiedzi na odwołanie stworzyć wrażenie, iż swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na solidnych i licznych podstawach faktycznych, w istocie za całą tą argumentacją kryją się wyłącznie informacje pozyskane ze stron internetowych. Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony można uznać pogląd, iż ocenę zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. należy dokonywać na podstawie dokumentów składających się na ofertę z uwzględnieniem ewentualnych wyjaśnień."*

Sygn. akt: KIO 2350/11, wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. *„Podkreślić należy,* że *ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią siwz w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania w siwz określonych wymagań oznacza,* że *zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji."*

Sygn. akt: KIO 2348/11, KIO 2352/11, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r. *„Izba nie stwierdziła, aby w tym zakresie można było mówić o sprzeczności oferty X z treścią SIWZ. Przede wszystkim zauważyć należy,* że *Zamawiający nie wskazał w* żadnym *wymogu SIWZ na konieczność wskazania w formularzu cenowym konkretnego modelu oferowanego*

urządzenia."

Tym samym, w przekonaniu odwołującego, odrzucenie jego oferty z postępowania jest bezzasadne.

9

W zakresie zarzutu oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert.

Odwołujący wywodził, że skoro jego oferta, zgodnie z przedstawionym stanem faktycznym i dokonaną oceną prawną - jest ważna i podlega punktacji (ocenie ofert) - to spowodowałoby to inny wynik postępowania - wskazujący tę ofertę jako najkorzystniejszą w pakiecie nr 10.

W zakresie zarzutu wskazania wadliwego wyniku danego postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący powtórzył, że zgodnie z tezami pkt. 1-2, to jego oferta w pakiecie nr 10 jako ważna - jest najkorzystniejsza i winna być wybrana do realizacji zamówienia.

W przekonaniu odwołującego wskazane wyżej czynności zamawiającego naruszyły jego interes, przez to, że zamawiający w toku postępowania zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył wskazane przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co uchybia zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników postępowania mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z wymogami zamawiającego. Powyższe narusza dobre imię odwołującego i naraża Go na utratę sporych korzyści.

Odwołujący podkreślił, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 1 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG mówi: Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych. Odwołujący wywodził, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

10

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2017 r. oraz do protokołu rozprawy przedstawił następujące stanowisko.

Wobec zarzutu, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dla pakietu 10 posłużył się ogólnym zapisem dotyczącym skuteczności biobójczej w postaci skrótu literowego „F" oraz nie wyjaśnił, czy wymaga preparatu o potwierdzonej skuteczności wobec grzybów - Aspergillus brasiliensis oraz drożdzopodobnych Candida albicans, czy jedynie Candida albicans. Nadto, że zamawiający nie podał w SIWZ, że wymaga skuteczności wobec (F) na Aspergillus brasiliensis (inaczej Aspergillus niger).

Odwołujący nie zaprzeczył, że jego produkt nie ma działania grzybobójczego, gdyż posiada jedynie skuteczność drożdzakobójczą.

Zamawiający podnosił, że posłużył się powszechnie stosowanym skrótem literowym „F", gdyby był zainteresowany konkretnym szczepem grzybów - to by go wskazał. Tak też dokonano w przypadku oznaczenia skuteczności wirusobójczej zamawianego preparatu. Brak takiego wskazania przy literze „F" oznacza, że zamawiający oczekiwał potwierdzonego działania na A. brasilensis oraz C. albicans (F= fungicide = grzybobójczy). Zamawiający ma

zwiększoną liczbę pacjentów o obniżonej odporności, stąd wymaganie w tym zakresie było konieczne. Odwołujący nie zaprzeczył, że takiego działania jego preparat D. P. G.nie posiada. Preparat do mycia rąk z zastosowaniem w jednostkach szpitalnych powinien posiadać badania i skuteczność wobec grzybów i drożdzakopodobnych oraz kropidlaków, jak wynika z przywołanej przez odwołującego normy EN 13624.

Zamawiający argumentował, że przytoczone przez odwołującego orzecznictwo Izby nie ma zastosowania w konkretnym stanie faktycznym niniejszej sprawy, bowiem wymagania w SIWZ zostały podane w sposób kompletny, jednoznaczny i zrozumiały, a problem polega na tym, że odwołujący nie dostosował swojej oferty do tych wymagań. Polemika co do zakresu wymagań, jakie zamawiający winien określić w SIWZ, dotyczy ukształtowania treści SIWZ i nie może odnieść skutku w zakresie wniosków odwołania, odnoszonych do oceny treści oferty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej między zamawiającym a odwołującym, z powiadomienia o wyniku postępowania. Izba dopuściła dowód zgłoszony przez przystępującego na rozprawie - ze wskazań normy PN-EN 14885.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia - na część 10 - obejmuje preparaty do dezynfekcji rąk, mycia rąk, pielęgnacji rąk.

W opisie przedmiotu zamówienia pakietu nr 10 poz. 1 - tabela określono spektrum, w następujący sposób:

1.Dezynfekcja rąk. Preparat do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk w formie żelu na bazie alkoholu etylowego, bez dodatków konserwantów, nadtlenku wodoru i chlorhexydyny. Posiadający w składzie środki pielęgnujące i łagodzące podrażnienia. Zarejestrowany jako produkt biobójczy. Zgodność z normami PN EN 1500 i PN EN 12791. Wymagane pompki do 300 opakowań 0,5l.

Parametry techniczno - użytkowe.

1. Substancja czynna -
2. Stężenie użytkowe - stężony
3. Spektrum działania: B, F, V (HBV, HCV, HIV, polio, adeno) Tbc
4. Czas ekspozycji - Dezynfekcja higieniczna 30 s, Dezynfekcja chirurgiczna - do 3 min.

W SIWZ rozdział III Opis przedmiotu zamówienia zamieszczono zapisy:

3. Zamawiający jednocześnie żąda, aby zaoferowany przedmiot zamówienia posiadał ważne i aktualne:

- deklaracje zgodności CE na przedmiot zamówienia. Deklaracja zgodności musi zawierać stwierdzenie, że proponowany asortyment jest wykonany zgodnie z Dyrektywą UE nr 93/42 z 14.06.1993 - powiadomienie lub zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych - w przypadku wyrobów medycznych zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 Nr 107, poz. 679 ze zm.)
- pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego wydanego przez Ministra Zdrowia - w przypadku produktu leczniczego, zgodnie z Ustawą z dnia 06.09.2001r. Prawo Farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. Nr 45 poz. 271 ze zm.)
- pozwolenie na obrót produktem biobójczym oraz wpis do rejestru środków biobójczych - w przypadku produktów biobójczych, zgodnie z ustawą z dn. 13.09.2002 r. o produktach biobójczych (Dz. U. z 2015, poz. 242)

- zgłoszenie do krajowego systemu informowania o kosmetykach - w przypadku kosmetyków, zgodnie z ustawą z dnia 30.03.2001r. o kosmetykach (Dz. U. z 2013, poz.

475),
4. Zamawiający wymaga dostarczenia aktualnej karty charakterystyki substancji niebezpiecznej oferowanych preparatów wydanych przez producenta lub dystrybutora oferowanego przedmiotu zamówienia - o ile dotyczy - przy pierwszej dostawie oraz dostarczenie uaktualnionej karty charakterystyki po dokonanych zmianach, zachowując daty ważności kart.
5. Zamawiający w trakcie trwania umowy zastrzega sobie prawo zażądania złożenia kserokopii dokumentów potwierdzających, że preparaty dezynfekujące przeznaczone są do zastosowania w obszarze medycznym, posiadają badania zakończone pozytywnymi wynikami na wymagane spektrum działania, potwierdzone przez akredytowane laboratoria w ramach UE.
Rozdział XI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów.
4. W celu potwierdzenia warunku spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający żąda:
a) deklaracji zgodności CE na przedmiot zamówienia. Deklaracja zgodności musi zawierać stwierdzenie, że proponowany asortyment jest wykonany zgodnie z Dyrektywą UE nr 93/42 z 14.06.1993, ze wskazaniem, której pozycji w pakiecie dotyczy
b) powiadomienia lub zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych - w przypadku wyrobów medycznych zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 Nr 107, poz. 679 ze zmian.), ze wskazaniem, której pozycji i pakietu dotyczy
c) pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego wydanego przez Ministra Zdrowia - w przypadku produktu leczniczego, zgodnie z Ustawą z dnia 06.09.2001r. Prawo Farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. Nr 45 poz. 271 ze zmian.), ze wskazaniem, której pozycji i pakietu dotyczy
d) pozwolenia na obrót produktem biobójczym oraz wpis do rejestru środków biobójczych - w przypadku produktów biobójczych, zgodnie z ustawą z dn. 13.09.2002 r. o produktach biobójczych (Dz. U. z 2015, poz. 242), ze wskazaniem, której pozycji i pakietu dotyczy
e) zgłoszenia do krajowego systemu informowania o kosmetykach - w przypadku kosmetyków, zgodnie z ustawą z dnia 30.03.2001r. o kosmetykach (Dz. U. z 2013, poz. 475), ze wskazaniem, której pozycji i pakietu dotyczy.
Rozdział XVI SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty.

---

4. Do oferty powinny być załączone wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane odpowiednimi postanowieniami rozdziału XI.
Termin składania ofert na 05.07.2017 r.
Rozdział XIX Opis kryteriów oceny ofert
Cena -100%
W Formularzu oferty zał. nr 1 wykonawca składał oświadczenie: Oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z formularzem cenowym - przedmiotem zamówienia, w cenie: (…)
2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, akceptujemy je i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty.
Wzór umowy zał. Nr 4 do SIWZ.
Przedmiot umowy § 1
1. Wykonawca zobowiązuje się do sprzedaży i dostawy środków myjąco - dezynfekcyjnych (pakiet nr...) (zwanymi dalej Przedmiotem umowy) według jakości, specyfikacji, ilościach oraz cenie określonych w załączniku do niniejszej umowy stanowiącym jej integralną część.
2. Wykonawca oświadcza i zapewnia, że Przedmiot umowy spełnia parametry i funkcje użytkowe oraz warunki zgodności z normami CE.
3. Wykonawca gwarantuje, że Przedmiot umowy będzie należytej jakości, wolny od wad fizycznych i prawnych oraz będzie posiadał wymagane atesty i dopuszczenia do obrotu.
Na część 10 oferty złożyli:
- odwołujący S. P. Sp. z o.o. - cena - 39 123,00 zł
- przystępujący M. F. W.-U. Sp. z o.o. - cena - 62 275,53 zł.
- wykonawca M. J. A. z siedzibą w Ł. - oferta sklasyfikowana na trzeciej pozycji.
W formularzu cenowym - przedmiocie zamówienia odwołujący zaoferował preparat: D. P.G., co wynika również z załączonych do oferty dokumentów oraz materiałów - folderów i

wyjaśnień z dnia 14.07.2017 r. i z dnia 20.07.2017 r.
Odwołujący załączył w dokumentach oferty: decyzję Prezesa U. R. P. L., W. M. i P. B. z dnia 27.03.2012 r. zezwalającą na obrót preparatem D. P. G.
Zamawiający wzywał odwołującego w dniu 11.07.2017 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy zaoferowany preparat w pakiecie 10 poz. 1 D. P. G. jest preparatem bez dodatków konserwantów, posiadający w składzie środki

pielęgnujące i łagodzące podrażnienia? Z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, aby zaoferowany przedmiot zamówienia spełniał nasze wymagania, czyli był zgodny z opisem SIWZ.
Odwołujący w dniu 14.07.2017 r. złożył wyjaśnienia, że zaoferowany w pakiecie 10 poz. 1 D. P. G. jest preparatem na bazie alkoholi, bez dodatków konserwantów, posiadający w składzie środki pielęgnujące i łagodzące podrażnienia.
Kolejnym pismem z dnia 19.07.2017 r. zamawiający wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i udokumentowania w postaci ulotek, folderów, kart katalogowych, że D. P. G. (poz. 1) jest preparatem bez dodatków konserwantów, posiadający w składzie środki pielęgnujące i łagodzące podrażnienia (…).
Odwołujący w dniu 20.07.2017 r. złożył ponownie wyjaśnienia oraz ulotki informacyjne dotyczące produktów zaoferowanych w pakiecie 10 poz. 1 i 4 oraz dokument dopuszczający do obrotu i kartę charakterystyki produktu D. P. G.
Z karty charakterystyki produktu D. P. G. wynika, że:
- wyrób został przetestowany zgodnie z normami europejskimi EN 1500 i EN 12791
- jest alkoholowym produktem do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk zawiera substancje czynne: etanol i bifenyl
- D. P. G. posiada właściwości bakteriobójcze (w tym: Tbc, MRSA) drożdżakobójcze i działanie wirusobójcze wobec wirusów Vaccinia, HBV, HIV, HCV, H1N1, polio, rota, noro.
W decyzji Prezesa Ur. R. P. L., W. M. i P. B. z dnia 27.03.2012 r. na obrót, która była przedłużana w kolejnych latach podano:
1. Nazwa produktu: D. P. G.
Rodzaj, postać użytkowa produktu i jego przeznaczenie: Kat. 1, gr. 1 według rozporządzenia Min. Zdrowia z 17.01.2003 r w sprawie kategorii i grup produktów biobójczych (Dz. U. 16, poz. 150)
żel przeznaczony do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk, w szczególności w zakładach opieki zdrowotnej (…) o właściwości bakteriobójcze (w tym: Tbc, MRSA) drożdżakobójcze i działanie wirusobójcze wobec wirusów Vaccinia, HBV, HIV, HCV. Następnie dodano MNV, Pollowirus i Rotawirus.
2. Przedłożone przez odwołującego dokumenty:
- karta charakterystyki produktu: D. P. G.z dnia 15.12.2014 r. w sposób ogólny podaje zastosowanie jako przeznaczony do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk.
- karta charakterystyki produktu D. P. G.(bez daty) - wskazówki dotyczące stosowania podaje: skuteczność mikrobiologiczna:
- Acinetobacter Baumanie

- Burkholderia cepacia
- Enteroccocus feacalis
- Escherhia coli
- Klebasilla pneumonie
- MRSA
- Pseudomonas aerugiosa
- Serratia marcescens
- Staphyloccocus areus
- Streptoccocus pneumonie
- Streptoccocus pyogenes
- drożdzakobójczo

W powiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 27 lipca 2017 r. zamawiający podał, że dla pakietu 10 wybrał ofertę przystępującego M. F. W. U.Sp. z o.o. z siedzibą w B. Poinformował

jednocześnie, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W uzasadnieniu czynności zamawiający podał: *„W ofercie nr 6 w załączniku nr 2 (formularzu cenowym - przedmiocie zamówienia) dotyczącym Pakietu nr 10 poz. 1 wymagano preparatu o spektrum działania „B, F, V (HBV, HCV, HIV, polio, adeno) Tbc". Zaoferowano zgodnie z formularzem cenowym - przedmiotem zamówienia oraz załączonymi do oferty materiałami oraz folderami i wyjaśnieniami z dnia 14.07.2017 r. i 20.07.2017 r. preparat: D. P. G., który w zakresie grzybobójczości (F) nie posiada potwierdzonego działania na Aspergilus Niger, a jedynie działanie drożdzakobójcze, czyli nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ."*
Na wniosek przystępującego Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z wyciągu z normy PN-EN 14885 z 2015 r., która według przystępującego ma charakter ogólny w stosunku do norm wymienionych przez zamawiającego w SIWZ i podaje wyjaśnienie oznaczenia kryjącego się pod symbolem literowym „F". Tabela 1b (obszar medyczny - warunki badania i wymagania normatywnej metody badania, które muszą być zachowane w przy deklarowanej skuteczności grzybobójczej) lub bójczej na grzyby drożdżopodobne produktów, higieniczne mycie rąk i dezynfekcja rąk metodą wcierania.
Norma EN 136242, 1 Candida albicans ATCC 10231 i Aspergillus brasiliensis ATCC 16404 (działanie grzybobójcze) lub Candida albicans ATCC 10231 (działanie bójcze na grzyby drożdżopodobne).
Działanie grzybobójcze

Zdolność produktu lub substancji aktywnej do redukowania w określonych warunkach liczby zdolnych do życia komórek grzybów drożdżopodobnych i zarodników grzybów pleśniowych odpowiednich organizmów testowych
Działanie bójcze na grzyby drożdżopodobne
Zdolność produktu lub substancji aktywnej do redukowania w określonych warunkach liczby zdolnych do życia komórek grzybów drożdżopodobnych odpowiednich organizmów testowych.
Izba postanowiła dopuścić ten dowód w zakresie definicji wyżej przytoczonej w normie wobec oznaczenia „F" (fungicide) i zakresu badań dla określenia spektrum działania w odniesieniu: (obszar medyczny - warunki badania i wymagania normatywnej metody badania które muszą być zachowane przy deklarowanej skuteczności grzybobójczej).
Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

W oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe i ustalony stan faktyczny sprawy, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że zamawiający w SIWZ w Opisie przedmiotu zamówienia posłużył się powszechnie stosowanymi skrótami literowymi charakteryzując tym samym oczekiwane spektrum działania zamawianego preparatu do dezynfekcji higienicznej i chirurgicznej rak oznaczenie „F" odnosi się do pełnej grzybobójczości w odniesieniu do candidia albicans (grzybów drożdzopodobnych, jak i zarodników pleśni Aspergillus brasiliensis (A. niger), co wynika z opisu norm: PN-EN 14885 z 2015 r., EN 13624, przywoływanych także przez odwołującego.

Załączone do oferty odwołującego dokumenty oraz złożone na wezwanie zamawiającego potwierdzają, że w zakresie spektrum oddziaływania preparat Desderman Pure Gel, w odniesieniu do grzybobójczości („F") nie posiada potwierdzonego działania na Aspergillus brasiliensis (A. niger), a jedynie działanie drożdzakobójcze, czyli nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający wymagał zgodność z normami PN EN 1500 i PN EN 12791, nie wymienił normy PN-EN 14885:2015 w zakresie dotyczącym skuteczności biobójczej preparatu, jednakże norma ta została przywołana przez odwołującego i zawiera odniesienia do innych norm, obowiązujących w tym obszarze.

Zamawiający w formularzu cenowym - przedmiocie zamówienia wymienił grupę patogenów „F", a pod tym oznaczeniem kryją się również grzyby (zarodniki grzybów pleśniowych). Niezasadna jest więc próba ograniczania przez odwołującego wykazywania, że wystarczającym jest, że zaoferowany przez niego preparat działa drożdżakobójczo (Candida albicans).

Bez znaczenia pozostawało, że zamawiający- nie określił wprost w postanowieniach SIWZ - Opisie przedmiotu zamówienia, że wymaga posiadania przez preparat grzybobójczości („F") na Aspergillus brasiliensis (Aspergillus niger), skoro pod oznaczeniem „F" mieści się ten patogen, tj. Aspergillus brasiliensis inaczej zwany Aspergillus niger.

Izba uznała, że odwołujący tym samym przyznał brak oddziaływania oferowanego preparatu na Aspergillus brasiliensis (Aspergillus Niger), gdyż nie przeczył, że oferowany preparat nie ma takiego działania, co usprawiedliwiał brakiem sprecyzowania wymagań w tym zakresie.

Norma europejska PN-EN 14885:2015 definiuje spektrum działania drożdżakobójczego i grzybobójczego. Skrócony opis w SIWZ - „F" odsyła wykonawcę do zapisów normy, która mówi, iż „F" oznacza GRZYBOBÓJCZY czyli skuteczny wobec szczepów C. albicans i A. brasiliensis. Jeżeli preparat działa bójczo jedynie na C. albicans uzyskuje wówczas potwierdzenie działania DROŻDŻAKOBÓJCZEGO.

W przypadku spektrum działania preparatów do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk zamawiający określił wyraźnie, że oczekuje działania grzybobójczego, a nie jedynie drożdżakobójczego, była to cecha jasno przez zamawiającego opisana w SIWZ.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia używał skrótów literowych w tym „F" powszechnie stosowanych, obowiązujących i jednoznacznych, gdyż wykonawcy wytwarzający lub dystrybuujący profesjonalne preparaty do dezynfekcji w obszarze medycznym, mający dostęp do wiedzy na temat treści norm europejskich - są w stanie jednoznacznie zrozumieć opis „F" - fungicide - grzybobójczy czyli cyt. za normą bójczy
wobec C. albicans i A. brasiliensis (lub A. niger). Izba miała na uwadze, że przedmiotowe zamówienie dotyczy obrotu profesjonalnego, a zatem wykonawca ubiegający się o to zamówienie, winien umieć odczytać powszechnie stosowane w tej dziedzinie symbole - użyte przez zamawiającego w SIWZ, charakteryzujące zamawiany produkt, które należało w tej sytuacji uznać za jednoznaczne.

Odwołujący wykonawca, będąc wzywany do wyjaśnień treści swojej oferty w odniesieniu do braku składników konserwujących w oferowanym preparacie - nawet dodatkowo złożonymi dokumentami - charakterystykami produktu - nie wykazał jego zgodności z zapisami wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie

spektrum działania. Nie miało znaczenia, że wezwanie dotyczyło wykazania braku konserwantów. Karta charakterystyki produktu, jest bowiem taka sama, i wobec okoliczności przyznanych, że specyfik D. P. G. ma jedynie działanie drożdzakobócze, wzywanie odwołującego do ponownego przedstawienia karty charakterystyki lub do składania dodatkowych wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp - byłoby bezprzedmiotowe. Zarzut naruszenia art. art. 87 ust. 1 Pzp lub art. 26 ust. 3 Pzp nie był podnoszony w odwołaniu.

Jeśli odwołujący, jako wykonawca miał trudności z interpretacją zapisów dokonanych przez zamawiającego przysługiwało mu prawo do zadawania pytań i doprecyzowania opisanych oczekiwań zamawiającego lub skorzystania ze środków ochrony prawnej wobec niejednoznaczności i braków postanowień SIWZ. W obecnym stanie prawnym z mocy art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, również w zamówieniach podprogowych w przysługuje wykonawcy odwołanie na opis przedmiotu zamówienia. Zarzuty względem niedoprecyzowania postanowień SIWZ w tym zakresie Izba uznała za spóźnione i nie podlegające rozpatrzeniu na podstawie odpowiednio stosowanego art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona w dacie publikacji ogłoszenia, tj. 20 czerwca 2017 r. Odwołujący z ww. uprawnienia w terminie ustawowym nie skorzystał. Zadawane przez wykonawców pytania do postanowień SIWZ nie dotyczyły rozpatrywanych kwestii. Odwołujący w formularzu oferty złożył oświadczenie, że materiały przetargowe są pełne i umożliwiają przygotowanie oferty.

Zamawiający jest uprawniony, aby nabyć produkt zgodny z jego uzasadnionymi potrzebami, opisany prawidłowo w SIWZ. Tym bardziej, że zastosowanie danego preparatu przez personel w celach higienicznych lub w ramach przygotowania do zabiegów chirurgicznych nie może stwarzać dla pacjentów ryzyka zakażeń szpitalnych patogenami grzybicznymi A. brasiliensis, nazywanych też (A. niger).

Nie miało znaczenia, że zamawiający zastrzegł możliwość żądania na etapie realizacji umowy sprawozdań z badań na zgodność z normami. Przepisy ustawy Pzp, nakazują zamawiającemu dokonać oceny treści oferty (zobowiązania wykonawcy do spełnienia oznaczonego świadczenia), pod względem jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ. Stosownie do wskazań wyroku KIO z dnia 20 marca 2017 roku (KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17): *„norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się zaś do merytorycznych wymagań zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy*

---

oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego."

Spektrum działania preparatu D. P. G .określa karta charakterystyki producenta oraz decyzje Prezesa U. R. P. L., W. M. i P. B. zezwalające na obrót tym produktem, które nie potwierdzają działania w zakresie grzybów, ale jedynie drożdzakobójcze. Nakazywanie dodatkowego wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów było zbędne, gdyż sporne kwestie zostały dostatecznie wyjaśnione w postępowaniu przetargowym i przyznane przez odwołującego w treści odwołania, z powołaniem się na okoliczność, iż zamawiający w SIWZ nie wyszczególnił detalicznie wszystkich nazw grzybów, na które preparat ma działać, poprzestając na określeniu symbolu „F" - oznaczającego grzybobójczy.

Zgodnie z treścią normy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem, iż przed dokonaniem powyższej czynności zobowiązany jest do poprawy w ofercie omyłek, które polegają na niezgodności oferty z SIWZ pod warunkiem, iż omyłki te (a przede wszystkim ich poprawa) nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przepis powyższy koresponduje z normą art. 82 ust 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność w ofercie odwołującego ma charakter zasadniczy nie poddający się poprawie w żadnym z dopuszczonych w ustawie Pzp trybów, gdyż wymagałaby zmiany oferty, tj. oferowanego preparatu, na taki, który obejmowałby również oddziaływanie grzybobójcze, czego przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala po upływie terminu składania ofert.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności stawianych zarzutów naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż oferta odwołującego, jako niezgodna merytorycznie z treścią SIWZ, podlegała odrzuceniu, a jej konwalidacja w trybach dopuszczonych w ustawie Pzp była niemożliwa,

2) art. 91-92 ustawy Pzp, skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, zamawiający był uprawniony dokonać wyboru oferty przystępującego na część 10 zamówienia.

W przypadku, gdy nie doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, nie można mówić o naruszeniu zasad art. 7 ust. 1 Pzp rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tj. równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu między nimi reguł uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00zł, z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……..……..……