

WYROK

Warszawa, dnia 09 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Marketing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, przy ul. Traktorowej 126 (91-204 Łódź), Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, przy ul. Traktorowej 126 lok. 202, (91-204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowieckie Centrum Stomatologii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Nowy Żjazd 1 (00-301 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Arkuszowej 39 (01-934 Warszawa), EVER Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Arkuszowej 39 (01-934 Warszawa), EVERTEAM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Arkuszowej 39, (01-934 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Marketing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Marketing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego Mazowieckiego Centrum Stomatologii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Stomatologii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, pn.. „*Wykonywanie usług sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach „Mazowieckiego Centrum Stomatologii” Sp. z o.o. w Warszawie*”, o numer referencyjnym: ZP/02/24, dalej zwane: „postępowaniem”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwane: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2024, numer publikacji ogłoszenia: 92126-2024 pn.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Marketing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Łodzi (dalej zwani: „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru ofert wykonawcy Ever Medical Care spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EVERTEAM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej zwani: „wykonawcą”) w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji gdy istniały przesłanki do stwierdzenia, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwany: „SWZ”), a to z uwagi na:
 - a) wskazanie przez wykonawcę w załączonym do oferty wykazie zaoferował jako jedyny środek do rąk Velodes Soap (w pozycji 2 tabeli), które nie posiada właściwości antybakteryjnych, w sytuacji gdy zamawiający w części V (Pozostały asortyment w kosztach wykonawcy) Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej zwany: „OPZ”) stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, wskazał na konieczność uwzględnienia w kosztach wykonawcy w złożonej ofercie mydła antybakteryjnego w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk (białe lub bezbarwne), które nie powinno wywoływać podrażnień skóry rąk.
2. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia określonymi w SWZ.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;
3. dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
4. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. W konsekwencji, w wypadku uwzględnienia żądań odwołania, i w rezultacie ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy, to oferta odwołującego będzie podlegała wyborowi jako oferta najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 1 odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z treścią części V OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w części zatytułowanej „POZOSTAŁY ASORTYMENT W KOSZTACH WYKONAWCY”, uregulował, iż jednym z wyżej wymienionych asortymentów ma być „mydło antybakteryjne w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk (białe lub bezbarwne) - nie powinno wywoływać podrażnień skóry rąk”.

Dalej odwołujący powołał się na w ust. 16.13 lit. e SWZ, gdzie zamawiający wskazał jako przedmiotowy środek dowodowy wykaz środków dezynfekcyjnych używanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem nazwy handlowej preparatu – tj. załącznik nr 7 do SWZ (daje również zwany: „załącznik nr 7”). Załącznik ten, zamawiający w odpowiedzi na pytanie numer 13 z dnia 12 marca 2024 r. zmodyfikował w ten sposób, że: „Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą zał. nr 7 do SWZ – Wykaz środków chemicznych i dezynfekcyjnych używanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem producenta, nazwy handlowej preparatu oraz jego przeznaczenia”.

Odwołujący podkreślił również iż poza powyższym, Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 3 i 4 z dnia 12 marca 2024 r. według jego twierdzeń, potwierdził wymóg zapewnienia przez potencjalnego wykonawcę mydła antybakteryjnego, gdzie wskazał: „Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia mydła antybakteryjnego w płynie. (...)” oraz „Mydło płynne antybakteryjne zapewnia Wykonawca. (...)”.

Odwołujący ponadto zauważył, iż wykonawca w załączonym do oferty „Wykazie środków chemicznych i dezynfekcyjnych używanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem producenta, nazwy handlowej preparatu oraz jego przeznaczenia.” - stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, w sekcji tabelki o nazwie „Mycie i dezynfekcja, dezynfekcja” – wskazał mydło do rąk nie będące mydłem antybakteryjnym (l.p. 3). Zamawiający jak sam wskazał w OPZ, oczekiwał mydła antybakteryjnego w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk. Odwołujący wskazywał, iż z karty preparatu Medisept Velodes Soap, jego zastosowanie jest następujące: „Velodes Soap to emulsja do mycia rąk przed chirurgiczną i po higienicznej dezynfekcji rąk.

Odwołujący dalej stwierdził, że wskazany przez wykonawcę środek nie spełnia wymogów postawionych w treści SWZ przez zamawiającego. Wykonawca wskazał środek do pielęgnacji dłoni, który nie ma wymaganych przez Zamawiającego właściwości antybakteryjnych. W konsekwencji, według twierdzeń odwołującego wywieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu wobec jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia odwołania wskazywał na zdefiniowanie w art. 7 pkt 29 Pzp warunki zamówienia w art. 7 pkt 29 Pzp. oraz zdefiniowane w art. 7 pkt 20 Pzp przedmiotowe środki dowodowe. Podkreślił, że ta ostatnia jest spójna z rozwijającą tę myśl treścią art. 106 ust. 1 Pzp. W granicach pojęcia warunków zamówienia mieści się zatem niezgodność przedłożonych przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych z opisem przedmiotu zamówienia lub wymogami jego realizacji, co powoduje konsekwencje wskazane w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Następnie odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie swojej argumentacji.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, iż ten zarzut ma charakter wynikowy, będący logicznym następstwem pierwszego postawionego zarzutu. Skoro, jak odwołujący wykazał, iż oferta wykonawców podlegała odrzuceniu, to w konsekwencji nieprawidłowa jest czynność wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Dokonanie takiej czynności w stosunku do oferty, która w ogóle nie podlegała ocenie, lecz powinna zostać wyeliminowana na etapie jej badania, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, wedle argumentacji dowodzącego. Dalej podkreśla on, iż nie do pogodzenia z tymi zasadami jest niedokładna kontrola oferty wykonawcy (bądź jej brak) pod kątem jej zgodności z wyraźnie wyartykułowanymi potrzebami zamawiającego. Dowolność przy wyborze oferty powoduje, że wykonawcy nie są w stanie ze sobą skutecznie konkurować względem zdolności do należytego wykonania zamówienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 kwietnia 2024 r.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ever Medical Care spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EVER Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EVERTEAM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako „przystępujący”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego przystępującego oraz dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach „Mazowieckiego Centrum Stomatologii” Sp. z o.o. w Warszawie”.

Zamawiający w punkcie 9 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w tym m.in. w punkcie 9.3 wskazał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki przedmiotowe określone poniżej, dotyczące produktów używanych do wykonywania usługi:

- wykonawca spełnia warunek jeżeli będzie używał do realizacji zamówienia środków chemicznych i dezynfekcyjnych, które muszą posiadać:

a. dla wyrobów medycznych - certyfikat CE, deklaracja zgodności lub wpis do rejestru wyrobów medycznych w zależności od klasyfikacji określonej w ustawie o wyrobach medycznych,

b. dla preparatów rejestrowanych jako produkty biobójcze - pozwolenie na wprowadzenie do obrotu lub wpis do rejestru produktów biobójczych,

- w przypadku środków myjących, czyszczących, konserwujących posiadających w swym składzie substancje

niebezpieczne muszą one posiadać kartę charakterystyki,

- wymaga się, aby środki dezynfekcyjne nie uszkadzały dezynfekowanych powierzchni.”

Następnie w punkcie 16 SWZ w Opisie sposobu przygotowania oferty zamawiający zawarł ppunkt 16.13, w którym zostało wskazane jakie dokumenty wykonawca zobowiązany jest załączyć, które stanowić będą ofertę. W lit e) tegoż ppunktu zostały przywołane: „Przedmiotowe środki dowodowe:

- wykaz środków dezynfekcyjnych używanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem nazwy handlowej preparatu – Załącznik nr 7 do SWZ
- karty charakterystyki produktów używanych do dezynfekcji; Dokumenty dostarczone w formie elektronicznej kopii oświadczenia potwierdzonej za zgodność z oryginałem, za pośrednictwem miniPortalu lub poczty elektronicznej.
- dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych wyrobów medycznych do wymagań określonych w: ustawie z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych - certyfikat CE, deklaracja zgodności lub wpis do rejestru wyrobów medycznych w zależności od klasyfikacji określonej w ustawie o wyrobach medycznych.
- decyzję na dopuszczenie do obrotu rynkowego produktu biobójczego w odniesieniu do środków zakwalifikowanych jako produkty biobójcze – zgodnie z ustawą z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych.”

W dalszej kolejności wskazano, w tymże ppunkcie, iż: „przypadku wątpliwości co do tego czy zaproponowane przez Wykonawcę produkty do wykonywania usługi spełniają wymagania określone w pkt 9.3, Zamawiający może wezwać do dostarczenia próbek produktów używanych do dezynfekcji. – dostarczone do siedziby Zamawiającego III p. Sekretariat pok. 321.

1. Jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, zgodnie z art. 107 ust.2 Ustawy.

2. Zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 4 Ustawy, może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (w tym próbek).”

Ponadto Izba ustaliła, iż w OPZ w części V, zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„POZOSTAŁY ASORTYMENT W KOSZTACH WYKONAWCY:

- Worki foliowe na odpady (medyczne, bytowe) w kodzie kolorystycznym:
- 35l, 60l, 120l, 160l czarne - odpady komunalne / około 150 pojemników (koszy)
- LD 60l, LD 120l czerwone - odpady medyczne / około 60 pojemników (koszy)
- mydło antybakteryjne w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk (białe lub bezbarwne) - nie powinno wywoływać podrażnień skóry rąk. Wykonawca jest zobowiązany oznaczyć każdy dozownik samoprzylepną, odporną na zmywanie, nalepką z nazwą uzupełnionego mydła. Wykonawca deklarując inny rodzaj mydła niż stosowany zobowiązany jest na własny koszt wymienić dozowniki na mydło.
- Środki myjące, czyszczące, dezynfekcyjne niezbędne do utrzymania czystości muszą wyłącznie w opakowania oryginalnych.
- Szczotki do czyszczenia muszli klozetowych w celu ewentualnej wymiany – (wymiana w razie potrzeby).
- Sprzęt do sprzątania i dezynfekcji.
- Ręczniki jednorazowego użytku ZZ - dwuwarstwowe, nie pyłące, białe do stosowania w ochronie zdrowia, około 120 dozowników oraz 10 dozowników innego typu (Zamawiający dopuszcza stosowanie innych ręczników dobrej jakości po akceptacji Zamawiającego).
- Wykonawca deklarując inny rodzaj ręczników niż obecnie używane, zobowiązany jest na własny koszt wymienić podajniki na ręczniki.
- Papier toaletowy biały dwuwarstwowy, dostosowany wielkością do podajników zamontowanych na terenie zakładu (Zamawiający dopuszcza stosowanie innych materiałów dobrej jakości po akceptacji zamawiającego). Wykonawca deklarując inny rodzaj ręczników niż obecnie używane u Zamawiającego, zobowiązany jest na własny koszt wymienić podajniki na ręczniki.
- Ściereczki w kodzie kolorystycznym.
- Preparat do mebli biurowych typu „Pronto” lub równoważny (...)

i

„WYMAGANIA JAKOŚCIOWE UŻYWANYCH ŚRODKÓW

- W podmiocie leczniczym wszelkie preparaty dezynfekcyjne muszą być zarejestrowane i dopuszczone do obrotu na podstawie:
- przepisów ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (Dz.U. 2015 poz. 1926) oraz Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 stycznia 2003r. w sprawie kategorii i grup produktów biobójczych według ich przeznaczenia (Dz. U. Nr16 poz.150)

- przepisów ustawy z dnia 07 kwietnia 2022 roku o wyrobach medycznych i Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 roku w sprawie klasyfikacji wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 215 poz. 1416) w odniesieniu do środków dezynfekcyjnych stanowiących wyposażenie wyrobu medycznego
- Wymaga się, aby środki dezynfekcyjne nie uszkadzały dezynfekowanych powierzchni.
- Zamawiający nie podaje średniego zużycia środków myjących i dezynfekcyjnych.
- Do środków dezynfekcyjnych muszą być dołączone karty charakterystyki preparatu, instrukcje dozowania."

W odpowiedzi na pytanie nr 13 do treści SWZ:

Zamawiający w dniu 12 marca 2024 r. udzielił następującej odpowiedzi:

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty, odwołującego i przystępującego. Zamawiający w dniu 04 kwietnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej ofert, za którą uznał ofertę przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ramach ogólnych rozważań, Izba przywołując przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, którego naruszenie zarzucono, pragnie wskazać, że odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentacji zamówienia, istniejącej na dzień upływu terminu składania ofert. Zamawiający, aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić szczegółową analizę, w której dokonana porównania złożonej oferty oraz określonych warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w OPZ precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia jest wówczas, gdy treść złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartym w SWZ. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (por. wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. (tak wyrok z dnia 13 lutego 2024 r., sygn. akt: KIO 199/24).

Następnie w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp: "Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Warto w tym miejscu również podkreślić, iż treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Izba po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania, w zakresie pkt 9.3 SWZ, w którym zostało wskazane jakie dokumenty wykonawca zobowiązany jest załączyć, które będą stanowić ofertę, lit e) tegoż punktu, gdzie zostały przywołane przedmiotowe środki dowodowe i treść załącznik nr 7 – Wykaz środków chemicznych i dezynfekcyjnych używanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem producenta, nazwy handlowej preparatu oraz jego przeznaczenia, stoi na stanowisku, iż przedmiotowy załącznik ma określać środki chemiczne i dezynfekcyjne, co do których zamawiający podał szczególne wymagania jakościowe wskazane w OPZ. Zamawiający wskazał wyraźnie, co ma zawierać w swojej treści załącznik nr 7. W wyniku udzielonych odpowiedzi w dniu 12 marca 2024 r. zamawiający potwierdził, iż wymaga złożenia z ofertą załącznika nr 7 - Wykaz środków chemicznych i dezynfekcyjnych używanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia z podaniem nazwy handlowej preparatu oraz jego przeznaczenia.

Następnie w przypadku środków myjących, czyszczących, konserwujących posiadających w swym składzie substancje niebezpieczne, zamawiający wymagał, że muszą one posiadać kartę charakterystyki. Tym samym można wywieść, iż w przypadku środków myjących, czyszczących, konserwujących nie posiadających w swym składzie substancji niebezpiecznych karty charakterystyki nie są wymagane.

Izba doszła do przekonania, że odwołujący sugerując się treścią załącznika nr 7 i wymagań zamawiającego w zapewnieniu przez wykonawcę, który będzie realizował umowę o zamówienie publiczne, mydła antybakteryjnego w płynie

do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk wyciągnął zbyt daleko idące wnioski. Odwołujący pominął wymagania zamawiającego wskazane w SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, tym samym argumentacja odwołującego na poparcie swoich twierdzeń została zbudowana w oparciu o to, iż zamawiający wskazał w OPZ w części „Pozostały Asortyment w Kosztach Wykonawcy”, że wymaga on: „*mydło antybakteryjne w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk (białe lub bezbarwne) - nie powinno wywoływać podrażnień skóry rąk*”, tym samym mydło antybakteryjne powinno się znaleźć w załączniku nr 7.

Podkreślenia wymaga, iż załącznik nr 7 ma zawierać właśnie te środki, co do których zostały określone wymogi jakościowe, ale nie wszystkie używane przez wykonawcę podczas wykonywania usługi sprzątania i utrzymania czystości. Tym samym argumentacja odwołującego w zakresie, że przystępujący wykazał w załączniku nr 7 mydło do rąk niebędące mydłem antybakteryjnym jest chybiona. Nie można czytać treści wymagań załącznika nr 7 w oderwaniu od pozostałych wymagań wskazanych z SWZ, czy OPZ. Próżno szukać w odpowiedzi zamawiającego, że wykaz ma zawierać wszystkie środki użyte do realizacji umowy, tym bardziej że wykonawca właśnie zadał pytanie czy jako przedmiotowy środek dowodowy należy załączyć załącznik nr 7 – wykaz wszystkich środków dezynfekcyjnych, myjąco-dezynfekcyjnych, myjących, czyszczących, konserwujących itp. niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, gdyby tak było, że załącznik nr 7 ma zawierać wszystkie środki jakich wykonawca będzie używała do realizacji umowy, przeczyłoby to postawionym warunkom jakościowym wskazanym w SWZ.

Tak więc, czy mydło zaoferowane przez przystępującego jest środkiem dezynfekującym i czy powinno się ono znaleźć w załączniku nr 7 należy odnieść wyłącznie do wymagań SWZ. Należałoby na tak postawione pytanie udzielić odpowiedzi, iż nie, ponieważ nie posiada bowiem dopuszczenia na podstawie ustawy z dnia 9 października 2015 o środkach biobójczych (Dz.U. 2015. poz. 1926) ani na podstawie ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1938). Nie może być zatem uznane za środek dezynfekcyjny w rozumieniu SWZ.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający taką możliwość przewidział w przedmiotowym postępowaniu, jednakże przystępującego nie wezwał do wyjaśnień. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”. Zatem zamawiający na zasadzie uprawnienia nie zaś obowiązku wzywa wykonawców do stosownych wyjaśnień wówczas, gdy powożmie w danym zakresie wątpliwości. Również zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty przystępującego, którą uznał za złożoną zgodnie z warunkami zamówienia ustanowionymi w dokumentacji zamówienia. Tym samym zarzut odwołującego iż oferta przystępującego podlega odrzuceniu ze względu na fakt, iż w wykazie zawarł on mydło do rąk nie będące mydłem antybakteryjnym nie mógł zostać uwzględniony.

Izba ponadto zwraca uwagę na to, iż argumentacja przedstawiona przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania w zakresie posiadania antybakteryjności mydła zaoferowane przez przystępującego przedstawione bardzo obszernie na rozprawie, nie mają rozstrzygającego znaczenia, a wręcz cecha ta jest irrelevantna wobec powyższych rozważań. Tym samym Izba uznała za nieprzydatny dowód złożony przez odwołującego w postaci korespondencji z przedstawicielem producenta środka Medisept Velodes Soap na okoliczność potwierdzenia, że mydło zaoferowane przez przystępującego nie jest antybakteryjne.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła także powiązany z oddalonym zarzutem nr 1 zarzut nr 2 naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p. dotyczący wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru ofert przystępującego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: