

Sygn. akt: KIO 42/25

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolantka: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2025 roku przez Odwołującego **G.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą H.K. w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego G.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą H.K. w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 546,67 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset czterdzieści sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 546,67 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset czterdzieści sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków.

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:

Sygn. akt: KIO 42/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Dostawy środków antyseptycznych i dezynfekcyjnych.”, Znak sprawy: LAS-168-PN/62-2024.AR (zwane dalej "Postępowaniem").

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa”; „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2024 roku pod nr OJ S 231/2024 27/11/2024.

Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych.

W dniu 3 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę G.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą H.K. w Katowicach (zwanego dalej „Odwołującym”) pd niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał bezpodstawnego odrzucenia jego oferty w zakresie pakietu nr 1, wskutek czego w Postępowaniu zostały naruszone przepisy:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty zgodnej z warunkami zamówienia,
- art. 16 ust. 1 Pzp (prawidłowo pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp 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.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty: firmy MEDIFARM Sp. z o.o.,

3.unieważnienie odrzucenia oferty Higiena-Katowice G.Ł.,

4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, którego oferta była ofertą najkorzystniejszą spełniającą wymogi Zamawiającego. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego

ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu Zamówienia doznał uszczerbku. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno prowadzić do wyboru oferty Higiena-Katowice G.Ł..

Dnia 24 grudnia 2024 roku Odwołujący przeczytał i zapoznał się z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Higiena-Katowice. Zgodnie z treścią pisma, Zamawiający wybrał w zakresie pakietu nr 1 ofertę firmy MEDIFARM Sp. z o.o. (dalej „Medifarm”), jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy, Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując w sposób opisowy i jednoznaczny na konkretne rozwiązanie, tj. konkretny znak towarowy, patent, szczególny proces, dodatkowo przywołując obowiązujące w Polsce normy, w zakresie pozycji 1 2 i 4 pakietu nr 1 tj. opisany został system Sterisol i pasujące jak klucz do zamka produkty systemu Sterisol, których podmiotem odpowiedzialnym i importerem jest jedna firma w Polsce MEDILAB Sp. z o.o.

Zamawiający przepisał z ulotek systemu Sterisol i pasujących do systemu Sterisol konkretnych produktów parametry techniczne jednoznacznie wskazujące na ten system tak by pasowały do tego rozwiązania systemowego, preferując zapisanymi cechami systemu

i produktów do tego systemu to konkretne jedno rozwiązanie.

System Sterisol i produkty do niego dostosowane o zapisanych w OPZ parametrach i zamknięte w specjalnych opatentowanych opakowaniach Sterisol są jedynym takim rozwiązaniem systemowym tj. systemem w opakowaniach jednorazowych zabezpieczonych przez wtórną kontaminacją w trakcie użytkowania o pojemności 700 ml. Tak więc ponad wszelką wątpliwość w pozycjach 1, 2 i 4 pakietu nr 1 z uwagi na powyższe doszło do spełnienia zapisanego w SWZ możliwości zastosowania i zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Istnieją oczywiście dostępne na rynku równoważne rozwiązania, systemy w opakowaniach jednorazowych zabezpieczonych przez wtórną kontaminacją w trakcie użytkowania o pojemności, 500 ml, 750 ml , 1000 ml, 1200 ml / producenci Schulke , Ecolab, ChemiPharm, Tork, Antibac, Medisept, Diversey, Gojo Pural, Goodpoint Chemicals/ systemy spełniające opisane w OPZ wymagania normatywne oraz skuteczności biobójczej będące odpowiednikami opisanego rozwiązania jednak żaden z tych systemów nie jest o pojemności 700 ml.

Zatem zastosowanie tak skonstruowanego opisu szczególnego procesu w pakiecie nr 1 wskazuje bez dyskusji na jedno konkretne rozwiązanie systemowe jednej firmy w Polsce MEDILAB Sp. z o.o. w zakresie pozycji 1, 2 i 4 pakietu nr 1, konkretny znak towarowy Sterisol, a zatem szczególny proces, patenty i produkty do niego dostosowane.

Potwierdzają to złożone oferty Medifarm oraz Bialmed.

Należy podkreślić i zwrócić uwagę na pozycję 1/ Phago'Gel (Sterisol)/ Christeysn/, 2 / AHD

1000/ Lysoform / i 4 / Sterisol Äkta Liquid Soap/ Steriso/ oraz 6 / Dozownik łokciowy Sterisol/ Steriso/ pakietu 1 w nieodrzuconych ofertach Medifarm i Bialmed gdyż w nich jednoznacznie zaoferowano jedynie te same identyczne produkty pochodzące od jednej firmy w Polsce MEDILAB Sp. z o.o. , szczególnie podkreśla to pozycja 6 dozowniki systemu Sterisol niezbędne do dozowania opisanych w OPZ opisowo cechami i parametrami znaków towarowych i patentów Sterisol system.

Ponad wszelką wątpliwość w pozycjach 1 2 i 4 oraz 6 pakietu nr 1 doszło do spełnienia zapisanego w SWZ przypadku możliwości zastosowania i zaoferowania rozwiązania równoważnego zgodnie z SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA punkt 12 Klauzula równoważności podpunkty 1, 2, 3. Gdyż opis przedmiotu zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, Higiena Katowice jako jedyny oferent to uczyniła składając ofertę.

Higiena Katowice złożyła zapytania do postępowania przedkładając i przesyłając ulotki wszystkich produktów które zostały następnie zaoferowane, zatem zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania miał dostęp do materiałów informacyjnych w których zawarte zostały wszystkie wymagania normatywne normy przywołane w odrzuceniu. Należy podkreślić, że zamawiający odpowiadając na pytanie nie wyjaśnił, nie zabronił zaoferowania produktów, o które pytała higiena Katowice i które w następstwie zaoferowała w swojej ofercie. Zamawiający odpisał jedynie cyt. Odpowiedź 15: *Wymagania zgodnie z SWZ.*

Taka odpowiedź zachowuje w mocy wszystkie zapisy SWZ i nie zabrania zaoferowania rozwiązań równoważnych zgodnie z Klauzula równoważności podpunkty 1,2,3. Należy podkreślić, że dane o produktach

biobójczych są publicznie ogólnodostępne na platformie rządowej URPLW MiPB, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Ważnym jest aby podkreślić że pojemność nie jest parametrem bezwzględnym w zakresie równoważności gdyż w przypadku systemów zamkniętych czyli systemów w opakowaniach jednorazowych zabezpieczonych przez wtórną kontaminacją preparatów w trakcie używania, parametr pojemności jest cechą charakterystyczną danego konkretnego systemu znaku towarowego z uwagi na patenty i szczególnie proces wytworzenia, załadunku, działania danego systemu. W tym przypadku OPZ był opisany dokładnie system Sterisol, zatem zaoferowanie systemu równoważnego jest równoznaczne z zaoferowaniem innej zbliżonej pojemności z zachowaniem wszelkich innych istotnych i podstawowych parametrów z opisu przedmiotu zamówienia, a zatem postaci, przeznaczenia, składu, skuteczności biobójczej i spełnianiu stosownych norm. Zgodnie z Klauzulą równoważności podpunkt 1,2,3. Cytuje pkt 3 „równoważny” oznacza produkt biopodobny, przez który rozumie się preparat o tym samym zastosowaniu oraz składzie chemicznym i postaci, jak opisany w załączniku nr 2 do SWZ.

Postać produktu to nie jest waga i pojemność jednostkowa produktu.

Zamawiający otrzymał po udzieleniu odpowiedzi a przed terminem składania ofert dwa pisma od Higieny Katowice / w załączeniu/ w zakresie zwrócenia zamawiającemu uwagi, że postępowanie które ogłosił nie jest prowadzone obiektywnie jest obarczone brakiem równego traktowania różnych rozwiązań dostępnych na rynku i różnych producentów wykonawców.

Odwolujący informował zamawiającego, że preferuje poprzez swoje opisy parametry konkretnego producenta i wręcz umożliwia firmie MEDILAB Sp. z o.o. pośredni lub bezpośredni wpływ na wartość złożonych ofert i wynik postępowania przed złożeniem ofert

i że tym narusza ustawę Pzp oraz narusza art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm). Mimo że zamawiający jest profesjonalistą i zna inne rozwiązania systemów zamkniętych i je stosuje np. system dispenso - bez żadnych uwag co do jakości .

Podkreślić należy że podobne stanowisko mieli również inni wykonawcy zadając podobne pytania 10, 11, 12 do postępowania.

Zamawiający dość specyficznie i przewrotnie prowadzi postępowanie, gdyż z jednej strony jednoznacznie nie neguje możliwości zaoferowania alternatywnych równoważnych rozwiązań Zgodnie z Klauzulą równoważności podpunkt 1,2,3. W trakcie i treści odpowiedzi na pytania niemniej jednak w trakcie oceny ofert korzysta z możliwości odrzucenia ofert równoważnych o wiele tańszych. I nie widzi, nie chce dostrzec mimo otrzymywanych informacji, że prowadzi postępowanie nieobiektywnie z preferencją dla konkretnych wykonawców oferujących konkretne rozwiązania.

Podkreślić należy że zamawiający nigdzie nie zabronił zaoferowania opakowań 1000 ml oraz że opakowanie 1000 ml zawiera w sobie opisana pojemność 700 ml.

Ponad to, de facto zamawiający otrzymuje w stosunku do opakowań 700 ml z uwagi na zaoferowanie 6000 szt. opakowań 1000 ml 30% więcej towaru i biorąc pod uwagę zapisy o możliwości zwiększenia zapotrzebowania jest to korzystne dla zamawiającego i może wygenerować znaczące oszczędności dla zadłużonej jednostki publicznej.

Podkreślić należy, że jeśli zamawiający w odpowiedzi na pytanie 15 wyraził by zgodę na przeliczenia opakowań i zmiany formularza cenowego, dla idealnej porównywalności ofert otrzymał by ofertę od Higieny Katowice o 30% tańszą i mieszczącą się w pierwotnym szacunku zamawiającego, bez konieczności przeznaczania dodatkowych środków na realizację pakietu 1 w celu wyboru oferty Medifarm.

Zamawiający w postępowaniu dopuszczał uzupełnienie oferty i składanie wyjaśnień zgodnie z Pzp. Nie mniej nie skorzystał z tego obowiązku jaki nakłada na niego ustawa Pzp, aby z całą pewnością ustalić że zaoferowany produkt nie odpowiada jego wymaganiom.

Z całego postępowania zamawiającego można wysnuć wniosek, że było to jego zamierzonym działaniem w celu odrzucenia oferty Higieny Katowice.

W formularzu ofertowym Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia, wskazując na konkretne rozwiązanie systemowe – system Sterisol i produkty do niego dopasowane, dostępne wyłącznie od jednego dostawcy w Polsce, MEDILAB Sp. z o.o.

W opisie zamawiający wskazał na konkretne patenty, znaki towarowe i parametry techniczne, przez co jednoznacznie skierował ofertę na produkty tej firmy.

Pojemność preparatu nie jest kluczowym parametrem, jeśli zachowane są inne istotne

cechy systemu (np. skuteczność biobójcza, przeznaczenie, skład). Zaoferowanie systemu o innej pojemności (np. 1000 ml zamiast 700 ml) może być uznane za równoważne, jeśli spełnia wszystkie pozostałe wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ). Zgodnie z klauzulą równoważności, różnice w pojemności mogą być akceptowalne, pod warunkiem, że inne kluczowe parametry są zachowane.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania nie zabronił zaoferowania alternatywnych produktów, nie uzasadnił obiektywnie preferencji dla produktów Sterisol w zakresie pojemności 700 ml a jedynie potwierdził, że rozwiązania muszą być zgodne z wymaganiami SWZ.

Mając na uwadze powyższe oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i spełnia wymagania zamawiającego w każdej pozycji.

Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie.

W dniu 4 stycznia 2025 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 3 stycznia 2025 roku,

od czynności Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2024 roku. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone

w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy

- to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- art. 16 pkt 1) Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Izba za niezasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, która w jego ocenie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień zawartych w warunkach zamówienia, w których Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając

ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznanego odzwierciedlenia w warunkach zamówienia, czy też zmiana wymagań dotyczących ofert po otwarciu ofert, według kryteriów niewynikających z treści warunków zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dalej „SWZ” w załączniku nr 2 do SWZ Formularz cenowy Pakiet 1 Zamawiający ustanowił następujące wymagania:

Lp.1:

*Wodno alkoholowy preparat w postaci żelu o właściwościach tiksotropowych do higienicznej i chirurgicznej dezynfekcji rąk metodą wcierania na bazie etanolu (70%) +/- 5 %
o spektrum działania wobec B, F,Tbc, V (Polio, Adeno, Noro, Vaccinia, Rota) do 30 sekund, chroniący skórę przed wysuszeniem, przebadany zgodnie z obowiązującymi normami (EN 1500 oraz EN 12791), dedykowany do skóry alergicznej
i wrażliwej. Opakowanie 700 ml jednorazowe zabezpieczone przed wtórną kontaminacją preparatu w trakcie używania.*

Lp.2:

*Gotowy do użycia preparat w płynie na bazie etanolu (80%) +/- 5 % z dodatkiem glicerolu
i kwasu mlekowego, bez zawartości innych alkoholi, substancji bakteriostatycznych, pochodnych fenolowych, konserwantów i barwników, przeznaczony do higienicznej
i chirurgicznej dezynfekcji rąk, o spektrum działania B (MRSA), Tbc, Y, V (Polio, Adeno, Noro) do 1 min, przebadany zgodnie z normą EN 1500 w czasie 30 s oraz EN 12791 w czasie 90 s, wykazujący przedłużony efekt działania po chirurgicznej dezynfekcji do 3h. Opakowanie 700 ml jednorazowe zabezpieczone przed wtórną kontaminacją preparatu w trakcie używania.*

Lp. 4:

Mydło w płynie do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk w jednorazowych opakowaniach. Przebadane zgodnie z normą EN 1499. Kosmetyk Opakowanie 700 ml jednorazowe zabezpieczone przed wtórną kontaminacją preparatu w trakcie używania.

Zgodnie z treścią oferty, Odwołujący dla Pakietu 1 zaoferował:

w pozycji 1 - *Chemisept Gel Dispense 1000ml / Chemi Pharm,*

w pozycji 2 - *Chemisept Vir + Dispense 1000-ml / Chemi Pharm,*

w pozycji 4 - *Ecosoft Wash Lotion sensitive Dispense 1000 ml / Chemi Pharm.*

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu 1 (pismo z dnia 23 grudnia 2024 roku), jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w zał. nr 2 do SWZ tj. Formularzu cenowym dla pakietu nr 1 - Zamawiający postawił wymóg, aby w pozycjach zaoferowany preparat był dostarczony

w ilości 6 000 szt. w opakowaniach o pojemności 700 ml w opakowaniach jednorazowych zabezpieczonych przed wtórną kontaminacją preparatu w trakcie używania. Powyższy wymóg został potwierdzony w Informacji nr 1 Wyjaśnienia i modyfikacja treści SWZ z dn. 09.12.2024r. Wykonawca Higiena-Katowice G.Ł. zaoferował 6 000 szt. Preparatu w opakowaniach jednorazowych o pojemności 1000 ml. Jednocześnie Wykonawca w treści formularza oferty zawarł dopisek, iż: Oferta jest sporządzona zgodnie z SWZ i odpowiadami powołując się na rozdział IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA punkt 12 Klauzula równoważności podpunkty 1,2,3. Zamawiający zastosował opis konkretnych rozwiązań jednoznacznie przywołując cechy konkretnych znaków towarowych jednoznacznie te znaki definiując opisowo charakteryzując produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Zastosowane rozwiązania równoważne tj. produkty biopodobne tj. wszystkie zaoferowane produkty są o tym samym zastosowaniu oraz składzie chemicznym i postaci, O czasach

i zakresie działania bójczego nie gorszym od opisanych.

Zamawiający wyjaśnia, iż klauzula równoważności odnosi się do przypadku, w którym w opisie przedmiotu zamówienia zawarto w szczególności znak towarowy, patent, pochodzenie, normę, ocenę techniczną lub system referencji technicznych. W przypadku niniejszego postępowania spośród wszelkich w/w parametrów — w opisie przedmiotu zamówienia - wskazano dla pozycji nr 1 oraz 2 normy: EN 1500 oraz EN 12791 oraz w pozycji nr 4 wskazano normę: EN 1499, a zatem Wykonawca Higiena-Katowice G.Ł. składając ofertę

z powołaniem się na klauzulę równoważności winien był zgodnie z Rozdziałem IV SWZ pkt 12 ppkt 3: (...) wykazać, że

oferowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W ocenie zamawiającego dopisek Wykonawcy na formularzu cenowym w brzmieniu: (...) wszystkie zaoferowane produkty są o tym samym zastosowaniu oraz składzie chemicznym i postaci, o czasach i zakresie działania bójczego nie gorszym od opisanych, wskazuje, iż oferta Wykonawcy Higiena-Katowice G.Ł. nie jest ofertą równoważną lecz ofertą, w której z powołaniem się na klauzulę równoważności Wykonawca zmierza do zaoferowania asortymentu niezgodnego z wymaganiami zamawiającego w zakresie konfekcjonowania preparatu opisanego w pozycjach 1,2 i 4 tj. w opakowaniach 1000 ml.

Zamawiający przypomina, iż jeśli Wykonawca stwierdzi, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia, powinien ustalić, czy faktycznie powodem jest brak jego kompetencji, czy może wadliwość opisu przedmiotu zamówienia tj. niezgodność z wytycznymi ustawy Pzp. Na taki wadliwy opis Wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej w formie zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej.

Z przedmiotowego uprawnienia Wykonawca Higiena-Katowice G.Ł. jednakże nie skorzystał i złożył ofertę, która w zakresie trzech spośród ośmiu pozycji w pakiecie nr 1 jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia,

a dotyczącymi konfekcjonowania preparatu.

Zamawiający wskazuje, iż oferta Wykonawcy jako jedynie częściowo odpowiadająca wymaganiom Zamawiającego podlega odrzuceniu i przypomina, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt 4 SWZ: Zamawiający (...) nie dopuszcza możliwości składania ofert na dowolnie wybrane pozycje w danej części (w danym pakiecie), w poszczególnych częściach (pakietach) musi być wyceniony pełen zakres podany przez Zamawiającego oraz Rozdziałem IV pkt 5 SWZ: Oferty niezawierające pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w danej części (pakiecie) zostaną odrzucone.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego jest w pełni uzasadnione. W treści SWZ Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości w pozycjach 1, 2 i 4 wymagał zaoferowania produktu w opakowaniu o pojemności 700 ml. Zamawiający nie posłużył się określeniem pojemności, poprzez wskazanie np. min. 700 ml, nie mniej niż 700 ml, czy też +/- 700 ml, ale określił wymaganą pojemność wprost, jako: *Opakowanie 700 ml*. Tak określony wymóg nie dawał podstaw do jego interpretacji czy też zakładania tolerancji w zakresie pojemności opakowań.

Niezasadny jest zatem argument Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nigdzie nie zabronił zaoferowania opakowań 1 000 ml, oraz że opakowanie 1 000 ml zawiera

w sobie opisaną pojemność 700 ml. Sposób opisanie przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który nie musi zabronić zaoferowania określonej pojemności, jak sugeruje Odwołujący. Określenie jej poprzez wskazanie wymaganej pojemności jest całkowicie prawidłowe i oznacza, że inna pojemność nie została przez Zamawiającego dopuszczona.

Nie jest również uprawnione odwołanie się do odpowiedzi na pytanie nr 15, zgodnie z którą Zamawiający wskazał: *Wymagania zgodnie z SWZ*.

Okoliczność, że Zamawiający podtrzymał wymagania zawarte w SWZ, w żaden sposób nie dawały Odwołującemu prawa do uznania, że Zamawiający dopuścił produkty

w opakowaniach o innej pojemności niż w SWZ, tj. 1 000 ml. Takie stanowisko Odwołującego jest całkowicie nieuprawnione, nie poparte żadnym postanowieniem wynikającym z warunków zamówienia. Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący nie wnioskował o możliwość przeliczenia przez Zamawiającego wymaganej ilości opakowań o pojemności 700 ml, na ilość opakowań o pojemności 1 000 ml.

Nie znajduje również potwierdzenia w dokumentacji zamówienia stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym: *zgodnie z klauzulą równoważności, różnice w pojemności mogą być akceptowalne, pod warunkiem, że inne kluczowe parametry są zachowane*. Odwołujący powołuje się na nieistniejące postanowienia warunków zamówienia, co samo w sobie zaprzecza zasadności zarzutu, a taka argumentacja nie może podlegać ochronie przez Izbę.

Bez znaczenia jest również argument Odwołującego, że zaoferowany produkt w opakowaniu 1 000 ml jest korzystny dla Zamawiającego. Odwołujący zdaje się zapomnieć, że złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie ofertę należy oceniać pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, a nie subiektywnym stanowiskiem sugerowanym przez Odwołującego, w zakresie tego co jest korzystne lub niekorzystne dla Zamawiającego.

Zamawiający wyraża swoje potrzeby określając je w warunkach zamówienia, i jedynie one stanowią punkt odniesienia do oceny oferty. Jeżeli oferta nie jest zgodna z warunkami zamówienia, to z mocy ustawy podlega odrzuceniu.

Odwołujący zaoferował produkty w opakowaniach o pojemności 1 000 ml (poz. 1, 2 i 4)

a Zamawiający dla produktów w tych pozycjach wymagał opakowań o pojemności 700 ml.

W tym zakresie oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami Zamówienia, a obowiązkiem Zamawiającego było jej odrzucenie na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający nie był również uprawniony do podjęcia czynności wyjaśnienia lub uzupełnienia treści oferty, których zaniechanie zarzucił Odwołujący.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnieniu podlegają wątpliwości, natomiast w analizowanym stanie faktycznym treść oferty Odwołującego w zakresie pojemności oferowanych opakowań była jednoznaczna, nie pozostawiała żadnych wątpliwości, ponieważ Odwołujący zaoferował produkty w opakowaniach 1 000 ml. Tym bardziej niezasadne i nieuprawnione byłoby uzupełnienie oferty, bowiem oferta w tym zakresie była kompletna. Co więcej, na pytanie Izby zadane podczas rozprawy: jaki element treści oferty Zamawiający powinien wyjaśnić, skoro wyraźnie została wskazana objętość opakowania, Odwołujący nie potrafił odpowiedzieć.

W odniesieniu do zaoferowania produktu równoważnego, warto przywołać stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie w którym: *W opisie przedmiotu zamówienia w poz. nr 1,2 i 4 zamawiający nie wskazał znaku towarowego, patentu, pochodzenia, oceny technicznej, systemu referencji technicznych, a w szczególności nie wskazał nazwy firmy producenta: MEDILAB Sp. z o.o. ani marki produktu: Sterisol.*

W przypadku pakietu nr 1 zamawiający posłużył się normą: EN 1500 oraz EN 12791 dla pozycji nr 1 i 2 oraz normą: EN 1499 - dla pozycji nr 4. Normy te są standardem dla produktów z grupy środków dezynfekcyjnych, co potwierdzają informacje zawarte na stronie Urzędu Rejestracji

Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (...). Biorąc pod uwagę fakt, że normy wskazane w formularzu cenowym w pakiecie nr 1, poz. nr 1,2 i 4 spełnia większość, o ile nie wszystkie dostępne na rynku produkty, w tym również produkty oferowane przez Skarżącego, zamawiający, poprzez wskazanie ww. podstawowych norm, nie ograniczył konkurencyjności oraz nie zawęził kręgu wykonawców do jednego produktu czy jednego podmiotu.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający potwierdził, że zaoferowane przez Odwołującego produkty, co do wymaganej normy spełniają wymóg Zamawiającego.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, oferta ta została odrzucona nie za brak wykazania spełnienia kryteriów równoważności, ale za niezgodność

w zakresie pojemności oferowanych opakowań, co do których kryteria równoważności się nie odnoszą.

Sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, że pojemność nie jest parametrem bezwzględnym

w zakresie równoważności.

Skoro zatem pojemność nie jest parametrem ocenianym w kategorii równoważności, to jej ocena następuje w odniesieniu do wymagań wskazanych w warunkach zamówienia w sposób zerojedynkowy. W analizowanym postępowaniu, w zakresie spornych pozycji wymagana pojemność wynosiła 700 ml. Odwołujący zaoferował produkty w opakowaniach 1 000 ml,

co stanowi niezgodność z warunkami zamówienia i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Podnoszony zarzut jest zatem niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu przywołanego wyłącznie w uzasadnieniu odwołania

w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który preferuje system Sterisol (bez wskazania podstawy prawnej naruszenia), to pomijając okoliczność że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, zarzut ten dotyczy treści dokumentów zamówienia. Został zatem podniesiony

z uchybieniem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania w tym zakresie. Zgodnie bowiem z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Dokumenty zamówienia zawierające kwestionowaną treść zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 27 listopada 2024 roku (informacja z protokołu postępowania ZP-PN), a zatem 10 dniowy termin na zastosowanie środków ochrony prawnej upłynął w dniu 9 grudnia 2024 roku. Wobec powyższego zarzut podniesiony w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2025 roku jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Zgodnie z art. 528 pkt 3) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W konsekwencji powyższego, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp 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.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i § 5 pkt 2 lit. a), lit. b) i lit. d) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uznała koszty wskazane w spisie kosztów

złożonych przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie za uzasadnione, bowiem ich poniesienie było wynikiem wniesionego odwołania. W przypadku braku odwołania, koszty te nie zostałyby poniesione. W zakresie kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, Izba za zasadne uznała przyjęcie dwukrotnej wartości biletu kolejowego przedłożonego do spisu kosztów.

Przewodnicząca: