**Sygn. akt: KIO 2659/23**

**WYROK**
**z dnia 25 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Adriana Urbanik**
**Protokolant:Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 11 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Sueno Cosmetics sp. z o. o. z siedzibą w Lipkowie, Sueno sp. z o.o. z siedzibą w Lipkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ARAMIS S.Z. z siedzibą w Olsztynie jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ARAMIS S.Z. z siedzibą w Olsztynie, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centralny Zarząd Służby Więziennej w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę
   **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Sueno Cosmetics sp. z o. o. z siedzibą w Lipkowie, Sueno sp. z o.o. z siedzibą w Lipkowie** tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego **Centralnego Zarządu Służby Więziennej** (ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa) na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Sueno Cosmetics sp. z o. o. z siedzibą w Lipkowie, Sueno sp. z o.o. z siedzibą w Lipkowie** (ul. Józefa Paschalisa Jakubowicza 81, 05-080 Lipków) kwotę
   **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą kwotę uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:……**

**Sygn. akt: KIO 2659/23**

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

Zamawiający – **Centralny Zarząd Służby Więziennej** Biuro Kwatermistrzowsko-Inwestycyjne (ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości wyższej niż progi unijne o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", pn. „Pasta do zębów i krem do golenia", numer referencyjny: 14/23/TK – część I, dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.07.2023 r. pod numerem 2023/S 134-428942.

Dnia 11.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:
**Sueno Cosmetics sp. z o. o.** (ul. Józefa Paschalisa Jakubowicza 81, 05-080 Lipków) **Sueno sp. z o.o.** (ul. Józefa Paschalisa Jakubowicza 81, 05-080 Lipków), zwani dalej także „Odwołującym", od: 1) wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „ARAMIS" S.Z.
Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „ARAMIS" S.Z. (dalej: „ARAMIS"), która jest niezgodna warunkami zamówienia ponieważ zaoferowana pasta do zębów nie spełnia warunków rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych.
Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości
i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienie czynności wyboru oferty;
2) odrzucenie oferty ARAMIS;
3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał: Zamawiający prowadził postępowanie
na dostawę pasty do zębów i kremu do golenia. Odwołanie dot. części I, to jest dostawy pasty
do zębów. Zgodnie z postanowieniami pkt 3 tiret drugi Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający wymagał, aby oferowana pasta do zębów spełniała wymogi produktu kosmetycznego, o którym mowa m.in. w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych (dalej: „Rozporządzenie"). Zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia, produkty kosmetyczne mogą zawierać substancje podlegające ograniczeniom, przy spełnieniu określonych warunków wskazanych
w Załączniku III do Rozporządzenia. W art. 19 ust. 1 lit. d) Rozporządzenia, wskazano natomiast, że produkt kosmetyczny może być udostępniony na rynku wyłącznie jeżeli
na pojemnikach lub opakowaniach zewnętrznych znajdują się nieusuwalne, łatwe
do odczytania i widoczne informacje m.in. co do szczególnych środków ostrożności, których należy przestrzegać podczas stosowania, a co najmniej te wymienione w załącznikach III-VI. Zgodnie z pkt 31, Załącznika III do Rozporządzenia, w przypadku zastosowania w paście substancji Fluorek sodu (Sodium fluoride), producent ma obowiązek zamieścić na etykiecie stosowne ostrzeżenie o treści „Zawiera fluorek sodu". Pasta do zębów Livia oferowana przez ARAMIS zawiera w swoim składzie Fluorek sodu (Sodium Fluoride). Jest to widoczne
w składzie nadrukowanym na etykiecie, a także w recepturze znajdującej się w złożonym Raporcie Bezpieczeństwa Produktu Kosmetycznego (Sefety Assessment). Dodatkowo wskazać należy, że w pkt 7 Raportu, w tabeli dot. Sodium Fluoride znajduje się informacja „Wymieniony na liście substancji dozwolonych do stosowania z ograniczeniami". Odwołujący przedłożył w załączeniu „Weryfikację etykiety produktu" wykonaną przez dr S.D., zajmującą się oceną bezpieczeństwa kosmetyków w odniesieniu do zaoferowanej pasty.
Jak wynika z przedłożonej opinii, w celu wypełnienia obowiązków wskazanych
w Rozporządzeniu w zakresie prawidłowości etykiety, koniecznym jest dodanie ostrzeżenia „Zawiera fluorek sodu". Wskazał, że na złożonych przez ARAMIS próbkach oferowanej pasty do zębów brak jest ostrzeżenia „Zawiera fluorek sodu". Co za tym idzie produkt ten nie spełnia wymogów produktu kosmetycznego, o których mowa w Rozporządzeniu, a w konsekwencji uznać należy, że wykonawca ten zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V ust. 1 pkt 2 SWZ, Wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w postaci: „2) Dziesięć próbek (tubek) oferowanej pasty do zębów (część I), która stanowi część oferty. Zamawiający informuje, że przedmiotowy środek dowodowy służy do oceny parametrów określonych
w opisie kryteriów oceny ofert. Próbki nie podlegają uzupełnieniu więc ich nie złożenie będzie skutkować odrzuceniem oferty. Próbki dostarczone w ramach postępowania muszą być zgodne z przedmiotem zamówienia, dostarczanym w wyniku udzielenia niniejszego zamówienia publicznego."; a dalej w ust. 3 Rozdziału V SWZ: „3. Zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Zamawiający nie wezwie Wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia ww. przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta będzie podlegała odrzuceniu albo będą zachodzić przesłanki unieważnienia postępowania. W takim przypadku, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy.". Próbki pasty do zębów oferowanej przez ARAMIS, jako niespełniające wymogów produktu kosmetycznego o których mowa w Rozporządzeniu są niezgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia. W świetle przytoczonych wyżej zapisów SWZ złożone próbki nie mogą podlegać poprawie/uzupełnieniu. W związku z tym oferta ARAMIS winna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 12.09.2023 r. (za pośrednictwem strony prowadzonego postępowania oraz drogą e-mail) wezwał wraz kopią odwołania, uczestnika postępowania
do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.09.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za

pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „ARAMIS" S.Z., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
nie załączając do przystąpienia żadnych załączników, w szczególności dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „ARAMIS" S.Z. z powodu braków formalnych, to jest niezałączenia
do zgłoszenia do postępowania odwoławczego dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, który to wymóg wynika wprost z art. 525 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

W dniu 19.09.2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, w której wniósł
o oddalenie w całości odwołania dotyczącego podniesionych przez odwołującego zarzutów, tj.: „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowe „ARAMIS" S.Z (dalej: „ARAMIS"), która jest niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ zaoferowana pasta do zębów nie spełnia warunków Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych.". W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał: W toku badania i oceny złożonych ofert, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.08.2023 r. na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca ARAMIS przedłożył przedmiotowy środek dowodowy w postaci raportu bezpieczeństwa, potwierdzający, że zaoferowana pasta do zębów spełnia określone przez zamawiającego wymagania. W ocenie Zamawiającego, zarzut dotyczący braku na etykiecie produktu adnotacji „Zawiera fluorek sodu" jest bezzasadny, ponieważ na etykiecie znajduje się informacja
o zawartości tego składnika pod nazwą zgodną z Międzynarodowym Nazewnictwem Składników Kosmetyków (ang. International Nomenclature of Cosmetic Ingredients, INCI)
tj. „Sodium Fluoride". Ponadto zgodnie z informacją zawartą na opakowaniu pasta ta przeznaczona jest dla osób dorosłych co w pełni odpowiada potrzebom zamawiającego (pasta przeznaczona jest dla osób pozbawionych wolności), a procentowa zawartość fluorku sodu
w oferowanej przez wykonawcę ARAMIS paście do zębów jest znikoma i wynosi 0,001%
co odpowiada koncentracji 10-ciu ppm (liczba cząstek w sumie 1 miliona cząstek),
co wykonawca potwierdza również w swoim przystąpieniu do postępowania odwoławczego
po stronie zamawiającego. Dla porównania - zawartość fluorku sodu w pastach do zębów
dla dorosłych czy pastach familijnych, które można kupić w każdym sklepie, mieści się
w przedziale od 1000 do 1500 ppm. W związku z powyższym, wykonawca nie musiał umieszczać na etykiecie oferowanego przedmiotu zamówienia dodatkowych ostrzeżeń, określonych w pkt 31 załącznika nr III do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. Uwzględniając powyższe fakty, Zamawiający nie widział przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ARAMIS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, określone w pkt XVIII SWZ, tj.: 1. Kryterium nr 1 - Ceny brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia - waga kryterium - 60%, 2. Kryterium nr 2 - Jakość oferowanego przedmiotu zamówienia - waga kryterium - 40% w tym: 1) jednorodność masy pasty do zębów (nie rozdzielająca się masa, pozbawiona grudek, dająca się wycisnąć z tuby przy niewielkimnacisku palcami) - od 0 do 20 pkt; 2) intensywność zapachu - od 0 do 10 pkt; 3) intensywność pienienia od 0 do 10 pkt, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 22.09.2023 r. odpowiednio podczas posiedzenia i rozprawy w szczególności:

1)Odwołujący złożył dowody:
a)Weryfikację oznakowania nr Z-11069,
b)Zapytanie do Głównego Inspektoratu Sanitarnego z dnia 20.09.2023 r.,
c)Odpowiedź Głównego Inspektoratu Sanitarnego z dnia 21.09.2023 r.
- na potwierdzenie, że przedmiot zamówienia pasta do zębów zaoferowana przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ARAMIS S.Z.nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1223/2009 dotyczącym produktów kosmetycznych i złożył wniosek kosztowy do kwoty 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz fakturę;
2)Zamawiający złożył wniosek kosztowy oraz rachunek na kwot 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył,**

**co następuje.**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym
w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki, określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w odwołaniu,
a także przedstawione przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 22.09.2023 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy,
że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „ARAMIS" S.Z. (dalej „ARAMIS"), która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaoferowana pasta do zębów nie spełnia warunków rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:
W Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt IV „Opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający wskazał: „Opis przedmiotu zamówienia określa Załącznik nr 1 do umowy.". W załączniku nr 1 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia" w pkt 3 Zamawiający wymagał: „Pasta musi spełniać wymogi produktu kosmetycznego, o którym mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r.
o produktach kosmetycznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2227); rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych;". Ponadto w pkt V ust. 1 pkt 1 i 2 SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe – składane
wraz z ofertą" Zamawiający wskazał: „1. W celu potwierdzenia, że oferowana pasta do zębów (część I), spełnia określone przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający wymaga, złożenia wraz z ofertą, następujących środków dowodowych:
1) Raport bezpieczeństwa, oferowanej pasty do zębów (część I), produktu kosmetycznego,
o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 dotyczącego produktów kosmetycznych. (…)
2) Dziesięć próbek (tubek) oferowanej pasty do zębów (część I), która stanowi część oferty. Zamawiający informuje, że przedmiotowy środek dowodowy służy do oceny parametrów określonych w opisie kryteriów oceny ofert. Próbki nie ulegają uzupełnieniu więc ich nie złożenie będzie skutkować odrzuceniem oferty. Próbki dostarczone w ramach postępowania muszą być zgodne z przedmiotem zamówienia, dostarczanym w wyniku udzielenia niniejszego zamówienia publicznego.". Dalej w pkt V ust. 3 SWZ Zamawiający podał: „Zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Zamawiający nie wezwie Wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia
ww. przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, będą zachodzić przesłanki unieważnienia postępowania. W takim przypadku, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy.". W pkt XVIII SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert." w ust. 2 Zamawiający wskazał: „2. Kryterium nr 2 – Jakość oferowanego przedmiotu zamówienia – waga kryterium – 40%. Każdy z członków komisji przetargowej dokona indywidualnej oceny oferowanego przedmiotu zamówienia kierując się następującymi właściwościami: 1) jednorodność masy pasty do zębów / kremu do golenia (nie rozdzielająca się masa, pozbawioną grudek, dająca się wycisnąć z tuby przy niewielkim nacisku palcami) – od 0 do 20 pkt; 2) intensywność zapachu – od 0 do 10 pkt; 3) intensywność pienienia od 0
do 10 pkt. Liczba punktów przyznanych w kryterium równa będzie średniej z punktów przyznanych przez wszystkich członków komisji przetargowej, którzy dokonają oceny!!! Estetyka i walory wizualne opakowania nie będą podlegać

ocenie. UWAGA: Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta nie będzie podlegała odrzuceniu i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o ww. kryteria.”.

Pismem z dnia 01.09.2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w szczególności dla części 1 (pasta do zębów) – w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, tj. cena, jednorodność masy pasty do zębów, intensywność zapachu wybrano ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „ARAMIS” S.Z., Olsztyn. 1) Cena: 2 719 618,38 zł (60,00 pkt.) 2) Jednorodność masy pasty do zębów (14,60 pkt.) 3) Intensywność zapachu (3,80 pkt.) 4) Intensywność pienienia (7,40 pkt.) 5) Razem: 85,180 pkt.

Spór dotyczył tego, czy konieczne było oznaczenie próbek pasty do zębów (opakowań pasty do zębów) zdaniem: „Zawiera fluorek sodu”. Zdaniem Odwołującego skoro próbki pasty do zębów wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „ARAMIS” S.Z., dalej także „ARAMIS”, nie miały takiego oznaczenia, to tym samym próbk pasty do zębów nie spełniała wymagań Zamawiającego, określonych w SWZ, co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczącego produktów kosmetycznych, zwanego dalej także „rozporządzeniem (WE) nr 1223/2009”. Zamawiający z kolei twierdził

w szczególności, że oznaczenie „Zawiera fluorek sodu” nie było konieczne na opakowaniu próbek pasty do zębów z uwagi na wskazanie fluorku sodu w wykazie składników produktu,

a nadto, że oferowana pasta do zębów spełnia wymagania rozporządzenia (WE)

nr 1223/2009, co wynika z Raportu bezpieczeństwa produktu kosmetycznego, utworzonego 17.03.2023 r., dla wprowadzającego do obrotu: PPHU „Aramis”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w przypadku zastosowania w paście substancji Fluorek sodu (Sodium fluoride), producent ma obowiązek zamieścić na etykiecie stosowne ostrzeżenie o treści „Zawiera fluorek sodu”, co wynika wprost z rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 – nr porządkowy 31 w tabeli załącznika nr III do tego rozporządzenia w związku z art. 19 ust. 1 lit. d i g tego rozporządzenia.

Odnośnie zarzutu odwołania Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne w zakresie odwołania,

i w szczególności podnosi jak niżej. Pasta do zębów Livia oferowana przez ARAMIS,

co potwierdził Zamawiający, zawiera w swoim składzie Fluorek sodu (Sodium Fluoride).

Jest to widoczne, jak wskazał Odwołujący w odwołaniu, a czemu nie zaprzeczył Zamawiający,

w składzie nadrukowanym na etykiecie, a także w recepturze znajdującej się

w złożonym Raporcie Bezpieczeństwa Produktu Kosmetycznego (Sefety Assessment).

W pkt 7 Raportu, w tabeli dot. Sodium Fluoride znajduje się informacja „Wymieniony na liście substancji dozwolonych do stosowania z ograniczeniami”. Odwołujący przedłożył w załączeniu do odwołania „Weryfikację etykiety produktu”, wykonaną przez dr S.D., zajmującą się oceną bezpieczeństwa kosmetyków w odniesieniu do zaoferowanej pasty,

z której wynika w oparciu o rozporządzenie (WE) nr 1223/2009 w szczególności,

że na etykiecie produktu LIVIA Pasta do zębów dla dorosłych należy na etykiecie należy dodać ostrzeżenie „Zawiera fluorek sodu”. Na posiedzeniu w dniu 22.09.2023 r. Odwołujący złożył kolejne dowody, potwierdzające powyższe (Weryfikację oznakowania nr Z-11069, Zapytanie do Głównego Inspektoratu Sanitarnego z dnia 20.09.2023 r., Odpowiedź Głównego Inspektoratu Sanitarnego z dnia 21.09.2023 r.). Na złożonych przez ARAMIS próbkach oferowanej pasty do zębów brak jest ostrzeżenia „Zawiera fluorek sodu”. Co za tym idzie produkt ten nie spełnia wymogów produktu kosmetycznego, o których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1223/2009, a w konsekwencji uznać należy, że wykonawca ten zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zgodnie z postanowieniami pkt V ust. 1 pkt 2 SWZ. Próbki pasty do zębów oferowanej przez ARAMIS, jako niespełniające wymogów produktu kosmetycznego o których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1223/2009 są niezgodne z SWZ - Opisem Przedmiotu Zamówienia. W świetle przytoczonych wyżej zapisów SWZ złożone próbki nie mogą podlegać poprawie czy uzupełnieniu (pkt V ust. 3 SWZ). W związku z tym w ocenie Izby oferta ARAMIS winna podlegać odrzuceniu.

Na podstawie:

1) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczącego produktów kosmetycznych:
   a) art. 19 ust. 1 lit d i g: „1. Bez uszczerbku dla innych przepisów niniejszego artykułu, na rynku udostępniane są wyłącznie produkty kosmetyczne, na których pojemnikach i opakowaniach zewnętrznych znajdują się następujące, nieusuwalne, łatwe

do odczytania i widoczne informacje: d) szczególne środki ostrożności, których należy przestrzegać podczas stosowania, a co najmniej te wymienione

w załącznikach III-VI oraz wszelkie inne informacje dotyczące środków ostrożności wymaganych dla produktów kosmetycznych do stosowania profesjonalnego;

g) wykaz składników. Informacje te mogą być podane tylko na opakowaniu zewnętrznym. Wykaz poprzedzony jest określeniem „ingredients”.”,

b)w załączniku nr III „Wykaz substancji, które mogą być zawarte wproduktach kosmetycznych wyłącznie z zastrzeżeniem określonych ograniczeń”, w tabeli, numer porządkowy 31, w kolumnie „Określenie substancji” „Nazwa chemiczna/INN” wskazano: „Fluorek sodu”, w kolumnie „Ograniczenia” „Maksymalne stężenie

w preparacie gotowym do użycia” wskazano: „0,15 % (jako F).

W mieszaninie z innymi związkami fluoru dozwolonymi zgodnie z niniejszym załącznikiem, całkowite stężenie F nie może przekraczać 0,15 %”, w kolumnie „Warunki i ostrzeżenia na opakowaniach” wskazano: „Zawiera fluorek sodu”

i tam poniżej: „W przypadku past do zębów zawierających 0,1–0,15 % fluoru, jeżeli nie ma oznakowania wskazującego, że pasta nie jest przeznaczona dla dzieci

(np. „tylko dla dorosłych”), obowiązkowe jest następujące oznakowanie: „U dzieci poniżej sześciu lat stosować ilość pasty wielkości ziarnka grochu pod kontrolą dorosłych, aby zminimalizować ryzyko połknięcia. Przy przyjmowaniu fluoru z innych źródeł należy skonsultować się ze stomatologiem lub lekarzem”;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby rozporządzenie (WE) 1223/2009 wymaga niezależnie
od wyspecyfikowania w składzie produktu składnika fluorku sodu (art. 19 ust. 1 lit. g rozporządzenia (WE) 1223/2009) również zawarcia ostrzeżenia na opakowaniu: „Zawiera fluorek sodu” - co do substancji możliwej do zastosowania (fluorku sodu) pod warunkiem jej ograniczenia (jak wynika z treści postanowień pod nr porządkowym 31 w tabeli w załączniku nr III do rozporządzenia (WE) 1223/2009 w związku z art. 19 ust. 1 lit. d i g rozporządzenia (WE) 1223/2009). W rozporządzeniu (WE) nr 1223/2009 bowiem wyspecyfikowano enumeratywnie wymaganie nieusuwalnych, łatwych do odczytania i widocznych informacji, które winny znajdować się na pojemnikach i opakowaniach zewnętrznych - w tym w art. 19 ust. 1 pod lit. d: szczególne środki ostrożności, których należy przestrzegać podczas stosowania, a co najmniej te wymienione w szczególności w załączniku III, i w art. 19 ust. 1 pod lit. g: wykaz składników. Rozporządzenie wymaga zatem podania obu tych informacji. Nie może zatem producent, jak chciałby tego Zamawiający, poprzestać na wskazaniu jedynie składnika podlegającego ograniczeniu (fluorku sodu) w składzie produktu, a zaniechać ostrzeżenia o nim w postaci zdania: „Zawiera fluorek sodu”. Jak zauważa Izba, potwierdza powyższe również wskazanie w rozporządzeniu pod motywem (49): ”(49) SCCS zidentyfikował pewną liczbę substancji, które mogą powodować reakcje alergiczne, a zatem konieczne będzie ograniczenie ich stosowania lub określenie pewnych warunków ich dotyczących. W celu zapewnienia, aby konsumenci byli o tym właściwie poinformowani, należy uwzględnić te substancje w wykazie składników, a konsumentom należy zwrócić uwagę
na obecność tych składników. Informacje takie powinny ułatwić diagnozę alergii kontaktowych u konsumentów i umożliwić im unikanie stosowania produktów kosmetycznych, które są dla nich nieodpowiednie. W przypadku substancji, które mogą powodować uczulenie u znacznej części społeczeństwa, należy rozważyć inne środki ograniczające, takie jak zakaz
i ograniczenie stężenia.”.
Izba zauważa także, że rozporządzenie (WE) 1223/2009 nakazuje zawarcie ostrzeżenia „Zawiera fluorek sodu” niezależnie od tego czy substancja podlegająca ograniczeniu jest stosowana w produkcie kosmetycznym (tu paście do zębów) w ilościach śladowych. Przeciwnie, rozporządzenie wymaga zawarcia ostrzeżenia o substancji podlegającej ograniczeniu, gdy substancja taka jest obecna w produkcie w ilości do określonego w tym rozporządzeniu maksymalnego stężenia w preparacie gotowym do użycia (do 0,15%). Tak też jest w przypadku zaoferowanej pasty do zębów – niesporne między stronami jest, że fluorek sodu znajduje się w zaoferowanej paście do zębów, a zatem ostrzeżenie o nim powinno znaleźć się na opakowaniu pasty. W ocenie Izby zatem Raport bezpieczeństwa produktu kosmetycznego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wobec kategorycznej treści rozporządzenia co do wymogu ostrzeżenia „Zawiera fluorek sodu” na produkcie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Należy ponownie, jak wyżej, podkreślić, że wymóg ostrzeżenia na opakowaniu pasty
do zębów: „Zawiera fluorek sodu” wynika w ocenie Izby wprost z treści rozporządzenia (WE) 1223/2009, zaś fakt

wymogu w SWZ zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia
z rozporządzeniem (WE) 1223/2009 oraz fakt braku zawarcia takiego ostrzeżenia
na oferowanych próbkach pasty do zębów w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „ARAMIS" S.Z. (dalej: „ARAMIS")
nie był sporny między stronami.
Odwołujący w ocenie Izby udowodnił, że najkorzystniejsza oferta wybrana w postępowaniu przez Zamawiającego nie spełnia wymogów SWZ w przedmiocie zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z rozporządzeniem (WE) 1223/2009, nie ma bowiem wymaganego tym rozporządzeniem ostrzeżenia na opakowaniu pasty do zębów: „Zawiera fluorek sodu" (stanowisko Odwołującego potwierdzają także, choć są drugorzędne w stosunku
do decydującej w niniejszej sprawie danej treści rozporządzenia (WE) 1223/2009 i jedynie
z nim zgodne co do wymogu ostrzeżenia, złożone przez Odwołującego dowody do odwołania - „Weryfikacja etykiety produktu" wykonana przez dr S.D., stanowiąca załącznik do odwołania i złożona przy wniesieniu odwołania, oraz dowody przedstawione przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 22.09.2023 r. (przywołane wyżej), potwierdzające wskazane okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie odwołania i wywodzące z treści rozporządzenia (WE) 1223/2009 obowiązek zawarcia ostrzeżenia na opakowaniu pasty do zębów: „Zawiera fluorek sodu"). Zatem Zamawiający powinien był ofertę ARAMIS odrzucić. Jak wymagał Zamawiający w SWZ próbki dostarczone w ramach postępowania muszą być zgodne z przedmiotem zamówienia, dostarczanym w wyniku udzielenia niniejszego zamówienia publicznego (pkt V ust. 1 pkt 2 SWZ). Próbki pasty do zębów, a zatem pasta
do zębów oferowana przez ARAMIS nie spełnia wymogów produktu kosmetycznego, o których mowa w rozporządzeniu (WE) 1223/2009, jest niezgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia (pkt IV SWZ i pkt 3 załącznika nr 1 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia"). W świetle przytoczonych wyżej zapisów SWZ złożone próbki nie mogą podlegać poprawie/uzupełnieniu (pkt V ust. 3 SWZ. W związku z powyższym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „ARAMIS" S.Z. (dalej: „ARAMIS"), która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaoferowana pasta do zębów nie spełnia warunków rozporządzenia (WE) 1223/2009, co doprowadziło do jej wyboru jako najkorzystniejszej. Uwzględniając odwołanie, Izba zauważa, że choć jest związana zarzutami na gruncie art. 555 ustawy Pzp, to nie jest związana żądaniem odwołania. Nakazała zatem Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ARAMIS S.Z. z siedzibą
w Olsztynie jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ARAMIS S.Z. z siedzibą w Olsztynie
i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z ugruntowanym
w orzecznictwie stanowiskiem, Izba nie nakazuje wyboru konkretnej najkorzystniejszej oferty, w tym przypadku oferty Odwołującego, a nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - tak też uczyniła w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy
ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania
oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. ). Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi Zamawiający. Izba zasądza
od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu
od odwołania, to jest koszty wynagrodzenia pełnomocnika we wnioskowanej wysokości
3 600 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:……**