

Sygn. akt: KIO 1503/23

WYROK
z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawcę

SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawcy SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1503/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w pkt 2 i 3 zarzutów odwołania i nakazuje zamawiającemu **Szpitalowi Specjalistycznemu im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** unieważnić czynność wyboru oferty **SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, odrzucić ofertę **SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** i unieważnić postępowanie w części dotyczącej pakietu nr 50,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie (pkt 1 zarzutów odwołania),
3. kosztami postępowania obciąża stosunkowo co do poszczególnych zarzutów, odwołującego **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach**, wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** na rzecz wykonawcy **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice)** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy) obejmującą kwotę wpisu od odwołania;
 - 3.3. zasądza od wykonawcy **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (ul. Graniczna 32B, 44-178 Przyszowice)** na rzecz wykonawcy **SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź)** kwotę **1.200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1 odwołania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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 1503/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostarczanie wyrobów medycznych wg. 64 pakietów” (numer postępowania: 40/ZP/2023), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.02.2023 r. pod nr Dz.U./S 028-080964 przez Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Dnia 29.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca: **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach**, zwana dalej także „Odwołującym”, od czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na

odrzuconiu oferty w zakresie pakietu 50, czym Zamawiający naruszył: 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia; 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skamex sp. z o. o., która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu; 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu: 1) uwzględnienia odwołania w całości; 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Skamex sp. z o. o.; 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał: Postępowanie dotyczy dostarczania wyrobów medycznych według 64 pakietów. Odwołanie odnosi się do Pakietu nr 50. W dniu 18.05.2023 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp twierząc, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, iż „Zamawiający wymagał, aby zaoferowana w poz. 1 szczoteczka posiadała otwór centralny i otwory dodatkowe, a Wykonawca zaoferował szczoteczke z tylko dwoma otworami. Zamawiający w poz. 2 wymagał szczoteczki z trzema otworami ssącymi podczas gdy Wykonawca zaproponował produkt z dwoma otworami ssącymi. Zamawiający wymagał, aby w zestawie z gąbką znajdowała się saszetka z płynem 0,05% roztworem chlorku cetylpirydyny, natomiast Wykonawca zaproponował gąbkę w zestawie z saszetką z roztworem chlorheksydyny. Zamawiający wymagał, aby produkt zarejestrowany był jako wyrób medyczny klasy IIa, natomiast zaoferowany przez Wykonawcę wyrób zarejestrowany jest jako zestaw zabiegowy”.

W zakresie pakietu 50 Zamawiający dokonał opisu przedmiotu, w następujący sposób: „Pozycja 1: Szczoteczka jednorazowa do higieny jamy ustnej, bezlateksowa, z odsysaniem, kompatybilna z łącznikiem prostym posiadającym zastawkę manualną do regulacji procesu odsysania. Szczoteczka musi posiadać otwór centralny i otwory dodatkowe zabezpieczające przed przyssaniem śluzówki oraz gąbkę na górnej powierzchni. Pakowana pojedynczo. Dopuszcza się szczoteczke wysyoną środkiem do higieny jamy ustnej. Pozycja 2: Zestaw do całodobowej toalety jamy ustnej (3 procedury ponumerowane w kolejności użycia): Szczoteczka do zębów z odsysaniem, z 3 otworami ssącymi i zastawką do regulacji siły ssania oraz gąbką na górnej powierzchni, z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,12% roztworem chlorheksydyny - 2 szt. Gąbka pokryta dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z zastawką do regulacji siły ssania oraz zagiętą końcówką, z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,05% roztworem chlorku cetylpirydyny oraz saszetką z preparatem nawilżającym na bazie wody, z cetylpirydyną i witaminą E - 1szt. Opakowanie pełniące jednocześnie funkcję zamkniętego zbiornika do przygotowania. Zamawiający wymaga aby produkt był zarejestrowany jako wyrób medyczny klasy IIa.”. Jednocześnie zgodnie z punktem: XXII. INFORMACJI DODATKOWE SWZ, Zamawiający wskazał możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do produktów wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia, to jest: „Gdziekolwiek w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane

są normy lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególnie proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.”. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał na szczególnie proces, charakteryzujący zastosowanie przedmiotu zamówienia, to jest higiena jamy ustnej (pozycja 1), całodobowa toaleta jamy ustnej (pozycja 2). Ponadto część elementów opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na pochodzenie produktu od jednego producenta, to jest produkty firmy Sage, co zgodnie z zapisem Zamawiającego w części XXII SWZ uprawnia wykonawców do złożenia rozwiązań równoważnych. Odwołujący potwierdził, iż równoważność zaoferowanych produktów została należycie wykazana w złożonej ofercie. Odwołujący dołączył do oferty uzasadnienie równoważności (dowód nr 1), gdzie szczegółowo odniósł się do zaproponowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, wykazując tym samym, że zaoferowany produkt spełnia wymogi Zamawiającego, a przede wszystkim zapewnia ten sam proces, to jest dokładna higiena jamy ustnej w przypadku pozycji 1 i całodobowa toaleta jamy ustnej w przypadku pozycji 2, jak wskazano w SWZ. W uzasadnieniu równoważności Odwołujący odniósł się między innymi do parametrów takich jak: otwory ssące w szczoteczce, roztwór płynu do płukania jamy ustnej, rejestracja wyrobu medycznego. Ponadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalone są poglądy w zakresie istoty równoważności, gdzie sama Izba wskazuje, że rozwiązanie równoważne nie musi być identyczne z rozwiązaniem opisanym w przedmiocie zamówienia. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 2638/18, z dnia 10.01.2019 r.: „rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym.

Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na Wykonawcach obowiązek zaofiarowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym.", czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 2644/13, z dnia 20.12.2013 r.: „Równoważność to rozwiązania funkcjonalne, które nie są tożsame z opisem przedmiot zamówienia, ale które powodują,

że Zamawiający uzyska urządzenie w pełni odpowiadające jego potrzebom i celowi zamówienia”. Zatem jeśli Zamawiający dopuścił możliwość zaofiarowania produktów równoważnych, oczywistym jest fakt, iż nie oznacza to konieczności zaofiarowania produktów charakteryzujących się parametrami 1:1 z wyrobami określonymi w SWZ. Ponadto Odwołujący zaznaczył, iż w dniu 23.02.2023 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem w zakresie między innymi do pakietu 50, to jest: „Pakiet 50 poz. 1. Czy Zamawiający dopuści szczoteczkę kompatybilną z łącznikiem prostym, posiadającą zastawkę manualną do regulacji procesu odsysania oraz dwa otwory do odsysania (jeden po stronie z włosiem, drugi na górze szczoteczki)?” Odpowiedź (z dnia 06.03.2023 r.): „Zgodnie z SWZ”. „Pakiet 50 poz. 2.

Czy Zamawiający dopuści równoważny Zestaw do całodobowej toalety jamy ustnej (3 procedury z opisem wskazującym kolejność użycia): • Szczoteczka do zębów z odsysaniem, z 2 otworami ssącymi i zastawką do regulacji siły ssania oraz gąbką na górnej powierzchni, z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,12% roztworem chlorheksydyny, saszetką z żelem nawilżającym jamę ustną na bazie wodnej z cetylopirydyną i aloesem oraz aplikatorem gąbkowym, • Gąbka pokryta dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z zastawką do regu zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,12% roztworem chlorheksydyny, saszetką z żelem nawilżającym jamę ustną na bazie wodnej z cetylopirydyną i aloesem oraz aplikatorem gąbkowym, • Opakowanie ze specjalnymi wytłoczeniami, pełniące funkcję zbiornika, pozwalające na przygotowanie roztworu roboczego po otwarciu opakowania, • Elementy wchodzące w skład zestawu, które są podłączane do ssaka, zarejestrowane jako wyrób medyczny klasy IIa?” Odpowiedź (z dnia 06.03.2023 r.): „Zgodnie z SWZ”. W ocenie Odwołującego jak również w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 505/20) Zamawiający oświadczając „Zgodnie z SWZ”, nie udzielił odpowiedzi na te pytania. Oświadczenie takie nie stanowi rzeczywistego wyjaśnienia, gdyż odsyła jedynie do SWZ. W związku z czym Wykonawca złożył ofertę zgodnie z zapisami SWZ powołując się na rozwiązanie równoważne, w tym na szczególnie proces i pochodzenie produktu na co wskazują elementy w opisie przedmiotu zamówienia charakteryzujące produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

W pozycji 1 na opis konkretnego produktu wskazuje zapis : „szczoteczka musi posiadać otwór centralny i otwory dodatkowe (w rozumieniu minimum 3 otwory)”, a taką szczoteczką dysponuje wyłącznie firma Skamex oferująca produkty producenta Sage. W pozycji 2 charakterystyczny dla produktu firmy Sage jest zapis: „szczoteczka z 3 otworami ssącymi, gąbka z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,05% roztworem chlorku cetylopirydyny”. Zgodnie z załączonym do oferty uzasadnieniem równoważności wykonawca Sinmed

Sp. z o.o. wyjaśnił, iż otwory umieszczone na główce szczoteczki mają za zadanie odsysać wydzielinę oraz płyn podczas wykonywania toalety jamy ustnej. Ilość otworów ssących

w żaden sposób nie wpływa na właściwości użytkowe produktu. Istotne jest rozmieszczenie otworów oraz ich wielkość. Najistotniejszy jest otwór od strony włosia, ponieważ za jego pomocą jest aplikowany płyn do płukania jamy ustnej oraz wykonywane szczotkowanie. Większość płynu będzie więc odessana za pomocą tego otworu. W oferowanym przez Odwołującego produkcie łączna powierzchnia otworów odsysających jest większa od produktu firmy Sage (pomimo posiadania mniejszej liczby otworów). Zaofiarowana szczoteczka posiada 2 otwory odsysające, które w pełni pozwalają na skuteczne odsysanie wydzieliny i płynów podczas toalety jamy ustnej, a jednocześnie zabezpieczają przed przysysaniem śluzówki.

W przypadku zastosowanego roztworu w zaofiarowanych zestawach wykonawca wyjaśnił następująco, iż płyn do płukania jamy ustnej zawierający 0,12% roztworu chlorheksydyny jest powszechnym i skutecznym płynem, jakiego używa się w procedurze toalety jamy ustnej, czego dowodzą liczne opracowania naukowe i badania kliniczne. Zamawiający jako podmiot profesjonalny niewątpliwie powinien bazować na aktualnych wytycznych i zalecaniach towarzystw naukowych analizujących dostępne badania oraz doniesienia naukowe. Na ich podstawie są tworzone wytyczne działań i procedur dla konkretnych działań. I tak w obszarze toalety jamy ustnej w Polsce są dostępne 2 rekomendacje i zalecenia: ZALECENIE

W SPRAWIE WYTYCZNYCH PIELĘGNACJI JAMY USTNEJ U PACJENTÓW DOROSŁYCH. WYDANIE 2018 przez Polskie Towarzystwo Pielęgniarek Anestezjologicznych i Intensywnej Opieki, Strategia zapobiegania lekooporności w oddziałach intensywnej terapii. Rekomendacje profilaktyki zakażeń w oddziałach intensywnej terapii” wydanych przez Narodowy Program Ochrony Antybiotyków. Zgodnie z nimi:

„Chlorheksydyna (CHG) jest najlepiej poznanym preparatem do toalety jamy ustnej. Badania nad skutecznością CHG w dezynfekcji jamy ustnej oraz w usuwaniu płytki nazębnej wykazały jej wyższość nad innymi preparatami, przy czym należy dodać, że większość badań porównawczych dotyczy stężeń chlorheksydyny. Efektywność chlorheksydyny w obniżeniu częstości występowania VAP jest bezsporna. Niezbędne jest mechaniczne usunięcie nalotu z dziąseł z wykorzystaniem szczoteczki i płukanki dezynfekcyjnej przez pełne dwie minuty. Technika szczotkowania zębów zgodna z wytycznymi towarzystw stomatologicznych powinna opierać się na ruchach wymiatających lub obrotowych, rozpoczynając od linii dziąseł.” „Środkami zalecanymi

u pacjentów hospitalizowanych na oddziale intensywnej terapii są preparaty zawierające chlorheksydynę lub oktenidynę.” „Brak jest badań potwierdzających skuteczność innych środków antyseptycznych stosowanych jako profilaktyka respiratorowego zapalenia płuc”. Sugerowane jest zatem stosowanie jedynie preparatów z chlorheksydyną, gdyż jako jedyna wykazuje w powtarzających się i wiarygodnych badaniach skuteczność w usuwaniu płytki nazębnej, a tym samym obniżenia częstotliwości występowania VAP. Mając na uwadze powyższe, Sinmed Sp. z o.o. złożyła ofertę zgodnie z SWZ powołując się na zapis dotyczący rozwiązań równoważnych i dołożyła wszelkich starań, aby tą równoważność uzasadnić. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający odrzucając ofertę Sinmed Sp. z o.o. w żaden sposób nie odniósł się do uzasadnienia zaoferowanego produktu równoważnego. W odrzuceniu Zamawiający wskazał również, iż odrzuca ofertę Sinmed Sp. z o.o., gdyż Zamawiający wymagał, aby produkt zarejestrowany był jako wyrób medyczny klasy IIa, natomiast zaoferowany przez wykonawcę wyrób zarejestrowany jest jako zestaw zabiegowy. Powyższe również zostało wyjaśnione w uzasadnieniu równoważności w następujący sposób: Zestaw

do toalety jamy ustnej jest zarejestrowany zgodnie z wszelkimi wytycznymi, to jest jako zestaw zabiegowy, który zawiera elementy służące do podłączenia do źródła ssania (szczoteczka z odsysaniem, gąbka rz odsysaniem) zarejestrowane jako wyroby medyczne klasy IIa, zgodnie z ich przeznaczeniem. Elementy w zestawie, które zgodnie z prawem mogą być zarejestrowane jako wyroby medyczne klasy IIa, są tak zarejestrowane co dowodzą również załączone do oferty dokumenty dopuszczające. Natomiast niemożliwością jest rejestracja pozostałych elementów w tym płynów jako produkty klasy IIa, gdyż nie spełniają definicji i wymogów wyrobu medycznego, a produktu kosmetycznego. Podobnie wygląda rejestracja produktu zaoferowanego przez Skamex Sp. z o.o., co potwierdza dołączony do oferty certyfikat produktu producenta Sage (dowód nr 2). W tym miejscu Zamawiający naruszył

art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż oferta Skamex Sp. z o.o. została wybrana, a jednocześnie oferta Sinmed Sp. z o.o. została odrzucona, pomimo takiej samej rejestracji zaoferowanych produktów. Istotnym jest również wskazanie, iż Zamawiający dokonał zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w dniu 14.04.2023 r. ogłosił wynik między innymi dla pakietu 50 dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Sinmed Sp. z o.o. Oznacza to, iż podczas badania i oceny oferty uznał, iż złożona oferta jest zgodna z wymogami Zamawiającego, po czym 21.04.2023 r. unieważnił czynność wyboru w wyżej wymienionym pakiecie, za przyczynę podając jedynie, iż „w wyniku powzięcia informacji o dokonaniu błędnej oceny ofert w zakresie niniejszego postępowania Zamawiający powtórzy czynność badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 50”. Od dnia 21.04.2023 r. do dnia 18.05.2023 r., to jest dnia powtórnego wyniku, Zamawiający nie wezwał Sinmed Sp. z o.o. do żadnych wyjaśnień złożonej oferty, jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości co do zaproponowanego rozwiązania równoważnego. Nie jest znana przyczyna unieważnienia czynności wyboru oferty Sinmed Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający dysponował próbką proponowanego produktu i miał możliwość dokładnego zbadania asortymentu, a wynik z dnia 14.04.2023 r. wskazuje, że produkt został pozytywnie oceniony przez użytkownika. Zatem niezrozumiałe jest dalsze postępowanie Zamawiającego. Zważywszy na powyższe jak i dołączone do oferty uzasadnienie Odwołującego do zaproponowanego rozwiązania równoważnego, należy stwierdzić, iż złożona oferta Sinmed Sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu nr 50.

Do odwołania Odwołujący załączył dowody: uzasadnienie – produkty równoważne i certyfikat deklaracji zgodności.

Zamawiający w dniu 29.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego, na stronie internetowej Zamawiającego i mailowo) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca: SKAMEX Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej również „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego: wykonawcy SKAMEX Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi.

W dniu 07.06.2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający. W związku z podniesionymi zarzutami, Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uwzględnił w całości odwołanie Odwołującego.

W dniu 07.06.2023 r. Przystępujący złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność i bezpodstawność jego zarzutów. Wskazał, iż podstawy i powody odrzucenia oferty Sinmed Sp. z o.o. podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 maja 2023 r. stanowiącym informację o odrzuceniu oferty są właściwie bezsporne co do faktów w nim przytoczonych, natomiast ich kwalifikacja prawna jako przypadku niezgodności oferowanego przedmiotu dostawy z opisem przedmiotu zamówienia sankcjonowanego przez art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest oczywista, a stosowanie w rozpatrywanym przypadku instytucji równoważności postulowane przez Odwołującego jest błędne i nieuprawnione. Zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Ponadto, zgodnie z ust. 6 tego przepisu, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. W pierwszej kolejności należy podkreślić i podnieść, że zastosowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest klasycznym opisem technicznym, wskazującym na konstrukcję zamawianych szczoteczek i skład zestawów do higieny jamy ustnej, które Zamawiający chce zakupić i wymaga ich dostawy. W żadnym razie Zamawiający nie użył w swoim opisie i nie odwołał się do znaków towarowych, patentów, szczególnych procesów, źródeł lub pochodzenia, przypisanych do konkretnego produktu, i które obliowałyby go do dopuszczenia w rozpatrywanym zakresie produktów równoważnych oraz określenia kryteriów równoważności. Kwestia znaków towarowych i patentów nie wymaga w tym przypadku żadnego dodatkowego komentarza. Natomiast w zakresie pozostałych, generalnie zakazanych przepisem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp sposobów opisu przedmiotu zamówienia, a tylko wyjątkowo dopuszczonych w przepisie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, należy podnieść, co następuje. Odwołujący zdaje się mieszać proces jakim jest całodobowa higiena jamy ustnej, która jest po prostu celem jaki będzie realizowany przy pomocy zakupionych zestawów, ze szczególnym procesem wytwarzania czy działania danego urządzenia/asortymentu, który jest wykorzystywany w opisach przedmiotów zamówień i jest właściwy tylko konkretnym produktom, przez co ogranicza konkurencję i z tego względu jest rozpoznawany i adresowany przez dyspozycję art. 99 ust. 5 i 6 Pzp, aby takim ograniczeniu przeciwdziałać. Odwołujący nie wyjaśnia w treści odwołania w jaki sposób fakt, że zamawiany produkt ma służyć do procesu całodobowej toalety jamy ustnej ma wskazywać na konkretny produkt. Odwołujący nie wykazuje również, a nawet nie wyjaśnia, gdzie w odnośnym opisie przedmiotu zamówienia dla obu pozycji pakietu 50, wskazano na kraj, region lub inne źródło czy miejsce pochodzenia zamawianego produktu. Wymagana ilość otworów ssących lub skład chemiczny płynu do płukania jamy ustnej nie są źródłem lub pochodzeniem produktu, ale stanowią – jak już wskazano – normalny, powszechnie stosowanych w zamówieniach publicznych, precyzyjny, techniczno-parametrowy opis przedmiotu zamówienia, który nie tylko nie wymaga, a nawet wyklucza rozpatrywanie równoważności. Dla przykładu, wskazany w opisie przedmiotu zamówienia chlorek cetylpirydyny jest powszechnie znaną i stosowaną substancją chemiczną, która tylko na zasadzie logicznej ekwiwokacji i przesunięcia kategoryjnego może zostać określona jako źródło lub pochodzenie produktu. Substancja ta może zostać zastosowana przez każdego producenta/podmiot zestawiający zestawy do higieny jamy ustnej i nie jest przypisana tylko do jednego produktu. Natomiast bez uprzedniego określenia i podania kryteriów równoważności – czego w odniesieniu do pakietu nr 50 Zamawiający nie uczynił – zidentyfikowanie i zdefiniowanie substancji równoważnej jest po prostu niemożliwe ze względu na zbyt wielkie spektrum okoliczności i aspektów związanych z porównaniem dwóch związków chemicznych, które powinny być rozpatrzone, a odnoszących się nie tylko do składu, celu i skuteczności działania, ale również zasad stosowania, sposobu działania i aplikowania, skutków ubocznych... etc. Przy czym należy podkreślić, iż Zamawiający nie miał w tym przypadku, to jest w odniesieniu do opisu pakietu nr 50, potrzeby stosowania instytucji przewidzianych w art. 99 ust. 5 i 6 Pzp – opisał przedmiot zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób za pomocą parametrów technicznych/chemicznych. Natomiast w przypadku, jeśli – według Sinmed Sp. z o.o. – tego typu opis przedmiotu zamówienia, np. przez wymaganie konkretnej substancji chemicznej, nadmiernie ogranicza konkurencję uniemożliwiając mu zaafierowanie jego produktów, co nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a Zamawiający mógł i powinien ograniczyć się w tym zakresie np. jedynie do opisu

funkcjonalnego lub zastosowany opis techniczny zmienić dopuszczając produkty o innej konstrukcji i składzie chemicznym – to Odwołujący mógł i powinien kwestionować adekwatne postanowienia SWZ w stosownym terminie. Powyższe bardzo celnie objaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 21.09.2022 r., sygn. akt KIO 2347/22, odnosząc się do analogicznych zarzutów i argumentacji odwołującego, który usiłował wywodzić, iż oferuje produkty równoważne w stosunku do precyzyjnego technicznego opisu przedmiotu zamówienia, skoro opis ten ogranicza możliwość dostawy do tylko jednego produktu: „Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że zarówno

z uzasadnienia zarzutu przedstawionego w odwołaniu, jak i stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wynika, iż Odwołujący nie kwestionował, że oferowane przez niego pompy nie spełniają wszystkich parametrów technicznych, o których mowa w pkt V.3 SWZ. Odwołujący podnosił, że Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego nie uwzględnił, że pompy przez niego oferowane są co najmniej równoważne do pomp opisanych poprzez wskazanie parametrów technicznych, a nawet lepsze, efektywniejsze pod względem funkcjonalnym i użytkowym. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie określił zakresów równoważności do czego był zobowiązany. Ponadto, w ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż poza ofertą Wykonawcy SIGMA POMPY PL brak jest na rynku pomp, które w pełni spełniłyby parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń złożył dowody, w tym oferty innych firm, a także opinię w zakresie równoważności. Odnosząc się

do powyższej argumentacji podkreślić należy, że na obecnym etapie postępowania po otwarciu ofert, twierdzenia Odwołującego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia są spóźnione. Odwołujący był uprawniony kwestionować warunki zamówienia,

ich niekonkurencyjność, czy też brak wskazania kryteriów równoważności na etapie ogłoszonego postępowania, w tym w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący tego nie uczynił, a więc składając ofertę powinien zastosować się do wymagań opisanych w SWZ. Uprawnienia do złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami pkt V 3. niewątpliwie nie można wywodzić, jak argumentował Odwołujący, z treści odpowiedzi na pytanie zadane

w postępowaniu w dniu 16 sierpnia 2022 r. Zamawiający wyjaśnił bowiem jednoznacznie,

że "określił warunki techniczne przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Warunków Zamówienia.", a więc do tych wymagań powinien się zastosować oferent.". Podobnie

w rozpatrywanym przypadku, Odwołujący zamiast zaoferować produkt spełniający precyzyjnie i jasno opisane wymagania Zamawiającego, co do ilości otworów odsysających lub składu chemicznego, usiłuje zaoferować i zmusić Zamawiającego do zakupu produktu innego, rzekomo równoważnego według wymyślonych przez Odwołującego kryteriów równoważności. Ponadto, podobnie jak w stanie faktycznym sprawy KIO 2347/22, Odwołujący również usiłuje się odwoływać się do odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ (z dnia 6 marca 2023 r.), w których w odpowiedzi na pytania o dopuszczenie opisanych w nich rozwiązań (innych niż opisane w SWZ), Zamawiający pozostawił SWZ w niezmięnionej postaci. Przy czym rzeczony pytania nie były wcale pytaniami o wyjaśnienie czy o doprecyzowanie postanowień SWZ

w rozumieniu art. 135 ust. 1 Pzp, na które Zamawiający byłby zobligowany odpowiedzieć,

ale wnioskiem o zmianę jasnej treści SWZ (rozszerzenie charakterystyk dopuszczalnych produktów). Na tak sformułowane wnioski Zamawiający odpowiedział w sposób jasny

– w kontekście przyjętej na rynku zamówień publicznych konwencji odpowiedź „Zgodnie z SWZ” oznacza, iż pozostawił opis swoich wymagań bez zmian i odmówił modyfikacji SWZ

w tym zakresie. Natomiast Sinmed Sp. z o.o., zamiast wnieść odwołanie na postanowienia SWZ, skoro je kwestionuje jako ograniczające konkurencję do tylko jednego produktu, zupełnie bezpodstawne usiłuje zaoferować produkty inne, rzekomo równoważne. W związku z opisaną powyżej bezprzedmiotowością rozpatrywania kwestii równoważności produktów, które są w sposób oczywisty niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, Przystępujący jedynie z ostrożności procesowej poniżej odniesie się do materialnej oceny równoważności oferowanych przez Sinmed szczoteczek i zestawów. Odwołujący usiłuje sprowadzić równoważność oferowanych produktów do kwestii generalnej możliwości realizacji tego samego celu profilaktyczno-higienicznego i dokonywania wystarczających procedur czyszczenia jamy ustnej nieprzytomnych pacjentów. Zupełnie natomiast pomija okoliczność, że czynności te mają wiele wymiarów i aspektów, związanych np. ze skutecznością, szybkością, dokładnością, a nawet wygodą prowadzonego odsysania, którym jedno rozwiązania konstrukcyjne odpowiada lepiej, a inne gorzej. Właśnie w przypadku otworów ssących istotna jest nie tylko wielkość otworów i przepływ płynów, ale również ich ilość. Ilość otworów w szczoteczce z odsysaniem wpływa bezpośrednio na szybkość i dokładność usuwania płynu z jamy ustnej po przeprowadzonym szczotkowaniu, co jest kluczowe, gdyż płyn ten zawiera liczne bakterie uwolnione z biofilmu nazębnego w trakcie szczotkowania. Przestrzenie jamy ustnej ograniczone z jednej strony zębami, a z drugiej powierzchnią wewnętrzną warg dolnej i górnej oraz języka stanowią skomplikowany trójwymiarowy układ pokryty relatywnie luźną błoną śluzową, która

łatwo może przysnąć się i zatykać nawet dwa otwory. Zwiększenie liczby otworów zapobiega zablokowaniu wszystkich dostępnych faktycznie i funkcjonujących w danym momencie i miejscu otworów. Ponadto dwa otwory zbierają płyny z powierzchni ograniczonej w porównaniu do trzech otworów, gdyż oczywiste jest, że nie mogą odsysać z 3 płaszczyzn jednocześnie. Stąd obecność 3 otworów (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego) gwarantuje większą skuteczność odsysania. Pozostawienie w jamie ustnej płynu bez odessania, zawierającego liczne bakterie, stanowiłoby dodatkowe zagrożenie dla pacjenta. Reasumując, należy jeszcze raz podkreślić, iż w przypadku, gdy Odwołujący nie zgadzał się z wymaganiem dotyczącym ilości otworów ssących sformułowanym przez Zamawiającego w poz. 1 i 2 pakietu nr 50, winien to wymaganie zakwestionować w stosownym terminie w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej, a nie wykazywać obecnie, że „2 = 3”. Skoro Zamawiający oczekiwał i wymagał określonej ilości otworów ssących, a wymaganie tego typu nie zostało we właściwym czasie zakwestionowane, to SWZ stała się prawem w tym zakresie pomiędzy stronami a Zamawiający jest obecnie uprawniony, a nawet zobligowany, aby tylko taki produkt przyjąć i zakupić, jaki opisał w SWZ. Jeszcze bardziej ewidentną jawi się kwestia braku równoważności chloroku cetylpirydyny i chlorheksydyny. Umyka uwadze Odwołującego, iż w ramach opisu przedmiotu zamówienia dla poz. 2 w pakiecie nr 50 Zamawiający jak najbardziej wymagał obu tych substancji, i obie te substancje będą stosowane w trakcie wykonywanych przez personel medyczny Szpitala procedur higienicznych, ale w nieco innym kontekście aplikacyjnym – jedna w trakcie szczotkowania (bez następczego nawilżania), a druga gąbkowania (z nawilżaniem). Zamawiający zupełnie świadomie dywersyfikuje więc substancje odkażające, które będzie kolejno stosował, a dopuszczenie stosowania tej samej substancji (jak postuluje Odwołujący) będzie negatywnie wpływać na bezpieczeństwo i zdrowie pacjentów. Po pierwsze pomimo tego samego celu i generalnej skuteczności działania obie substancje nieco różnią się spektrum działania – daje do dodatkowe bezpieczeństwo pacjentów przez niejako szersze odkażanie jamy ustnej. Po drugie Odwołujący postuluje dopuszczenie możliwość zaferowania roztworu chlorheksydyny w połączeniu z preparatem nawilżającym. Tymczasem badania wskazują na niekorzystną reakcję pomiędzy chlorheksydyną stosowaną powszechnie jako środek antyseptyczny, a preparatami do nawilżania ust i jamy ustnej, które to połączenie w rezultacie prowadzi do obniżenia biobójczej aktywności chlorheksydyny. Popularny składnik żelowych preparatów nawilżających i lubrykantów, który inhibuje aktywność chlorheksydyny to karbomer. Aktywność chlorheksydyny pod wpływem działania karbomeru drastycznie spada (aktywność wobec *Serratia marcescens* $\log_{10} = 3,73 \pm 0,86$ dla chlorheksydyny, $\log_{10} = -0,20 \pm 0,32$ w próbie zawierającej karbomer wykazuje spadek aktywności poniżej próby kontrolnej). Z kolei popularny stabilizator wyrobów kosmetycznych – EDTA w reakcji z chlorheksydyną tworzy sole o różowym zabarwieniu, tym samym obniża jej dostępność i inhibuje działania biobójcze preparatu. Wobec powyższego połączenie roztworu chlorheksydyny z substancjami nawilżającymi (jak proponuje Odwołujący) zawierającymi takie substancję jak karbomer czy EDTA może powodować znaczne obniżenie biobójczej aktywności chlorheksydyny i w rezultacie może prowadzić do wzrostu liczby zakażeń, kosztów leczenia oraz śmiertelności pacjentów. Reasumując stosowanie chlorheksydyny ma największy sens bez następczego nawilżania jamy ustnej. Środek ten ma długie działanie i jego skuteczność jest rozłożona w czasie, a jego zmywanie czy rozcieńczanie na powłokach jamy ustnej, które byłoby dokonywane przez środek nawilżający, skuteczność tą by obniżyło. Natomiast chlorek cetylpirydyny ma natychmiastowe działanie biobójcze, którego nie niweczą nakładane następnie substancje nawilżające. W tym kontekście nie można więc mówić o równoważności dwóch produktów odkażających, które charakteryzują się inną zasadą i sposobem działania, tym bardziej, iż Zamawiający zamierza stosować oba te preparaty i chce zamówić zestawy wyposażone w oba preparaty. Ponadto o ich nierównoważności świadczą różnice w spektrum skutków ubocznych powstających w związku z ekspozycją na te substancje – chlorheksydyna może wywoływać szereg reakcji alergicznych w przeciwieństwie do chloroku cetylpirydyny.

W opisanym powyżej kontekście nie sposób uznać równoważności oferty Sinmed Sp. z o.o. do opisu przedmiotu zamówienia zastosowanego przez Zamawiającego.

W dniu 12.06.2023 r. Zamawiający złożył Izbie mailowo uzupełniająco do dokumentacji zamówienia oświadczenia Wykonawców (Odwołującego oraz Przystępującego) o przedłużeniu terminu związania ofertą i wadium.

W dniu 13.06.2023 r. Odwołujący złożył Izbie mailowo uzupełnienie dokumentów odwołania, a także pismo procesowe Odwołującego, w którym odniósł się do treści stanowiska Przystępującego w odpowiedzi na odwołanie i wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Przystępującego. Dalej w uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający na

żadnym etapie

nie podważył interpretacji zapisu równoważności przez Odwołującego, a uwzględnienie odwołania w całości przez Zamawiającego w dniu 07.06.2023 r. dowodzi, iż oferta Wykonawcy i zaproponowane rozwiązanie równoważne jest zgodnie z warunkami zamówienia. Zamawiający w rozdziale: XXII. INFORMACJE DODATKOWE opisał instytucję równoważności w następujący sposób: „Gdziekolwiek w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane są normy lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.” Każdy zapis SWZ jest wiążący i upoważnia Wykonawców do zastosowania treści dokumentu. Jednocześnie nie doprecyzował w żaden sposób parametrów granicznych/minimalnych, które dany wyrób powinien spełniać. Odwołujący zwrócił się zatem do Zamawiającego z prośbą

o doprecyzowanie czy uznane oferowane przez Odwołującego produkty za równoważne

do opisanych w SWZ (pytanie 92, 93). Zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi na to pytanie odsyłając Odwołującego do zapisów SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny charakteryzuje produkty jednego producenta, tj. firmy Sage. Na dowód powyższego w załączeniu przesyłamy materiały marketingowe firmy Sage z innych postępowań przetargowych (Załącznik 1). Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 1322/23. W związku z tym wymogi odnośnie produktów do toalety jamy ustnej w zakresie pakietu 50 należy potraktować jako źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, a także należy przyjąć, że nie ma innego produktu posiadającego takie same cechy jak produkt firmy Sage. Zwrócił uwagę, iż analogiczna sytuacja została oceniona przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 11 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2772/21): „Jednakże decydujące znaczenie dla oceny zasadności czynności zamawiającego miały także postanowienie zawarte w rozdziale XX ust. 1 SWZ oraz pośrednio odpowiedzi na pytania 2 i 15 udzielone w dniu 13 września 2021 r. Jeśli chodzi o treść postanowienia określonego w rozdziale XX ust. 1 SWZ Izba zwróciła uwagę, że zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne także w zakresie źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę. W tym kontekście skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący wykazał przez dowody złożone na posiedzeniu niejawnym, iż dopuszczenie rozwiązania równoważnego w zakresie źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę odnosiło się do wymogu dotyczącego dwustronnie zakręcanej próbkówki ekstrakcyjnej.” „Zamawiający w odpowiedzi na ww. pytania wskazał Zgodnie z zapisami SWZ lub Zgodnie z SWZ, przez co de facto nie udzielił na nie odpowiedzi. Skoro zamawiający, wobec konkretnych pytań, które nasunęły się wykonawcom po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, w odpowiedzi odsyła wyłącznie do treści tej dokumentacji, to należy przyjąć, że wykonawcy mogli pozostawać w przeświadczeniu, że sposób sporządzenia przez nich oferty był prawidłowy tj. zgodny z SWZ. Z podobnego założenia mógł wyjść także odwołujący.” Udowadniając równoważność wskazał,

iż Odwołujący na etapie składania ofert udowodnił równoważność swoich produktów względem pierwotnego opisu SWZ składając uzasadnienie równoważności. Pod pojęciem rozwiązanie równoważne nie należy rozumieć produktu o identycznej specyfikacji jak stanowi opis przedmiotu zamówienia, a takie rozwiązanie, które umożliwi Zamawiającemu prawidłowe wykonanie procesu, do którego produkt jest przeznaczony, w tym przypadku higiena

i całodobowa toaleta jamy ustnej. Rozwiązania równoważne mogą różnić się od siebie pod różnym aspektem, np. metodą produkcji, konstrukcją samego produktu, procesem wytwarzania, materiałem bądź sposobem działania. Istotny jest efekt, który Zamawiający otrzyma podczas użycia zaproponowanego produktu. W zaproponowanym przez Wykonawcę

Sinmed Sp. z o.o. rozwiązaniu sama konstrukcja i sposób działania produktu, nie różni się

w znaczący sposób od produktu opisanego przez Zamawiającego. W efekcie Zamawiający użytkując produkt firmy Sinmed Sp. z o.o. otrzyma ten sam efekt co przy zastosowaniu produktu producenta Sage. Pragniemy zaznaczyć, iż ocena zastosowanych rozwiązań równoważnych należy do Zamawiającego. Zamawiający uznając powyższe odwołanie w całości uznał oferowany wyrób za równoważny i spełniający jego oczekiwania. W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione i Odwołujący wniósł o uwzględnienie go w całości. Do pisma Odwołujący załączył materiały marketingowe firmy Sage.

W dniu 13.06.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron (stawił się jedynie Przystępujący) Przystępujący ustnie do protokołu złożył sprzeciw na uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego w zakresie składu chemicznego i budowy szczoteczki, natomiast nie złożył sprzeciwu w zakresie sposobu rejestracji produktu.

Na rozprawie w dniu 13.06.2023 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie

z wyłączeniem zarzutu dotyczącego rejestracji produktu i złożył dowody na potwierdzenie twierdzeń zawartych w stanowisku z dnia 07.06.2023 r.: Zalecenie PTPAiO w sprawie wytycznych pielęgnacji jamy ustnej u pacjentów

dorosłych, wydanie 2018; Charakterystykę produktu leczniczego, Tłumaczenie fragmentu badania dotyczącego CHG z EDTA; Publikację Chlorheksydyna – mechanizm działania i zastosowanie w stomatologii, M. Łukomska-Szymańska, Jerzy Solkołowski, Barbara Łapińska, J Stoma 2017, 4: 405-417; opis saszetki z zestawu zaproponowanego przez Odwołującego w ofercie dotyczący chlorheksydyny ze wskazaniem na EDTA.

Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie z 07.06.2023 r.

W szczególności to, że Odwołujący mógł na etapie przed złożeniem oferty podważyć opis przedmiotu zamówienia, natomiast obecnie nie może w odwołaniu wskazywać na możliwość złożenia oferty równoważnej skoro opis przedmiotu zamówienia nie dopuszcza złożenia oferty równoważnej w zakresie ilości i rozstawu otworów szczoteczki oraz substancji chlorheksydyny i cetylpirydyny. Zamawiający wymagał obu substancji. Odwołujący nie odniósł się do pisma Przystępującego w zakresie, w jakim wskazał na wymaganie dwóch substancji w OPZ, a proponował jedynie jedną substancję w ofercie. Odwołujący miał możliwość zaoferowania obu substancji, co wynika z karty katalogowej załączonej do oferty na str. 4 i 6. Zamawiający nie określił kryteriów równoważności. Oczywiście jest, że celem stosowania zestawów jest profilaktyka w uniknięciu odrespiratorowego zapalenia płuc. Dowód - Zalecenia w sprawie wytycznych pielęgnacji jamy ustnej u pacjentów dorosłych wydanie 2018; na str. 16 zaleceń wskazano te odnośnie chlorheksydyny i innych substancji, zatem zalecenia nie ograniczają się do rekomendacji stosowania jedynie chlorheksydyny. Dowód - charakterystyka produktu leczniczego potwierdza działania niepożądane preparatu zawierającego chlorheksydynę. Jego zdaniem wymaganie Zamawiającego co do uwzględnienia w ofercie dwóch substancji uzasadnione było ich ryzykiem wystąpienia działań niepożądanych, przy czym substancja o nazwie chlorheksydyna ma większe ryzyko wystąpienia działań niepożądanych. Substancje te stosuje się naprzemiennie podczas opieki nad pacjentem. Stosowanie jedynie chlorheksydyny nie jest korzystne z punktu widzenia pacjenta ze względu na te działania niepożądane. Stosowanie żelu po użyciu chlorheksydyny jak proponuje Odwołujący w ofercie niweczy skuteczność działania chlorheksydyny, ponieważ zostaje ona rozcieńczona. Różnica jest taka w stosowaniu tych substancji, że chlorheksydyna działa długo i nie powinna być rozcieńczona żelem nawilżającym, natomiast chlorek cetylpirydyny działa szybko i można zastosować żel nawilżający w celu nawilżenia wysuszonych ust pacjenta. Dowód - opis saszetki z zestawu zaproponowanego przez Odwołującego w ofercie dotyczący chlorheksydyny ze wskazaniem na EDTA oraz tłumaczenie fragmentu badania potwierdzają zmniejszenie skuteczności dezynfekcji w wyniku zastosowania żelu nawilżającego po chlorheksydynie. Wskazał, że nie można zatem uznawać za równoważne stosowanie jednej substancji zamiast drugiej. Produkty stanowiące zestawy zaproponowane przez Odwołującego nie są równoważne wymaganym zestawom przez Zamawiającego w OPZ. Również na potwierdzenie powyższego złożył dowód - publikację o chlorheksydynie zakładu stomatologii ogólnej z 2017. Stosowanie dwóch substancji jest istotne również ze względu na oporność bakterii.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, utrzymanie odrzucenia oferty Odwołującego i zasądzenie kosztów w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika. Złożył fakturę kosztową na kwotę 3 600 zł.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalili i zważyli, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalili, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części,

gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania

po stronie Zamawiającego zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w zakresie wyżej wymienionych zarzutów w zakresie składu chemicznego i budowy szczoteczki, z wyłączeniem dotyczącym sposobu rejestracji produktu (wymóg rejestracji wyrobu medycznego klasy IIa

w pakiecie 50). Odwołujący nie wycofał odwołania, więc Izba obowiązana była rozpoznać odwołanie. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i rozprawie w dniu 13.06.2023 r. stawili się jedynie Przystępujący, nie stawili się Zamawiający

i Odwołujący. Dodać należy, że zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Zauważyć należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 07.12.2016 r., sygn. akt: 2214/16).

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 złożone jako załączniki do odwołania, uzupełnienia odwołania, jak również pozostałe dokumenty złożone w dniu 13.06.2023 r. na rozprawie przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma uczestnika postępowania – Przystępującego, uzupełnienia odwołania oraz stanowisko i oświadczenia Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skamex sp. z o. o., która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu;
- 3)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył tego, czy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący mógł zaferować równoważne rozwiązania na podstawie SWZ

i art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, w szczególności o ile przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (w części zamówienia, dotyczącej oferowanego pakietu nr 50 poz. 1 i 2 - zamiast szczoteczki z 3 otworami Odwołujący zaproponował w ofercie szczoteczkę z 2, za to większymi otworami, a także zamiast substancji chlorheksydyna – zaproponował w ofercie substancję - chlorek cetylpirydyny). Poza sporem natomiast pozostała kwestia, że w obu ofertach i Odwołującego i Przystępującego zaproponowano produkty kosmetyczne, które nie spełniają definicji i wymogów wyrobu medycznego i nie są rejestrowane jako wyroby medyczne klasy IIa (Zamawiający w OPZ na str. 21 – pakiet nr 50 poz. 1 i 2 wymagał odpowiedniej rejestracji produktu).

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne w zakresie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Sinmed Sp. z o.o., wyboru oferty Skamex Sp. z o. o.,

przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z danymi zasadami, określonymi w ustawie Pzp, w szczególności podnosi jak niżej.

Zamawiający, jak wynika z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego, w SWZ, na stronie 21 Załącznika nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, w tabeli pod poz. 1 opisał przedmiot zamówienia: „Szczoteczka jednorazowa do higieny jamy ustnej, bezlateksowa, z odsysaniem, kompatybilna z łącznikiem prostym posiadającym zastawkę manualną do regulacji procesu odsysania. Szczoteczka musi posiadać otwór centralny i otwory dodatkowe zabezpieczające przed przyssaniem śluzówki oraz gąbkę na górnej powierzchni. Pakowana pojedynczo. Dopuszcza się szczoteczkę wysyconą środkiem do higieny jamy ustnej.”, zaś pod poz. 2 opisał przedmiot zamówienia: „Zestaw do całodobowej toalety jamy ustnej (3 procedury ponumerowane w kolejności użycia): Szczoteczka do zębów z odsysaniem, z 3 otworami ssącymi i zastawką do regulacji siły ssania oraz gąbką na górnej powierzchni, z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,12% roztworem chlorheksydyny - 2 szt. Gąbka pokryta dwuwęglanem sodu z odsysaniem, z zastawką do regulacji siły ssania oraz zagiętą końcówką, z zapakowaną saszetką zawierającą płyn z 0,05% roztworem chlorku cetylpirydyny oraz saszetką z

preparatem nawilżającym na bazie wody, z cetylpirydyną i witaminą E - 1szt. Opakowanie pełniące jednocześnie funkcję zamkniętego zbiornika do przygotowania. Zamawiający wymaga aby produkt był zarejestrowany jako wyrób medyczny klasy IIa.". Przy oznaczeniu pakietu nr 50 Zamawiający dodał przypis, że wymaga dostarczenia próbki wyrobu medycznego, celem potwierdzenia zgodności z SWZ - pozycja nr 1 i nr 2.

Dalej w SWZ Zamawiający wskazał w pkt XXII. 1. Informacje dodatkowe: „Gdziekolwiek

w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane są normy lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.”.

Na podstawie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny", zaś dalej na podstawie ust. 6 jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

W wyroku z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 504/21, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia kiedy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wystąpi instytucja równoważności: „O równoważności jest mowa jedynie w zakresie użytych znaków towarowych (patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę) albo norm polskich i europejskich (europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych), nie zaś wymaganych parametrów technicznych, wydajności, funkcjonalności itd., którymi posługuje się Zamawiający (określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie używając powyższych znaków towarowych itd. oraz norm polskich i europejskich itd. - i które muszą być w ofercie dotrzymane.”.

W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej cz. 5 z dnia 18 maja 2023 r. (co wynika z dokumentacji zamówienia przekazanej przez Zamawiającego) Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty Skamex Sp. z o.o. jako jedynej oferty złożonej w ramach przedmiotowego pakietu, niepodlegającej odrzuceniu. W wyniku określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert: cena 100%, niniejsza oferta uzyskała maksymalną liczbę punktów, to jest 100 pkt. Dalej Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę w zakresie pakietu 50 wykonawcy Sinmed Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – Zamawiający wymagał, aby zaoficerowana w poz. 1 szczoteczka posiadała otwór centralny i otwory dodatkowe, a Wykonawca zaoficerował szczoteczki z tylko dwoma otworami; Zamawiający w poz. 2 wymagał szczoteczki z trzema otworami ssącymi podczas gdy wykonawca zaproponował produkt z dwoma otworami ssącymi; Zamawiający wymagał, aby w zestawie z gąbką znajdowała się saszetka z płynem 0,05% roztworem chlorku cetylpirydyny, natomiast wykonawca zaproponował gąbkę w zestawie z saszetką z roztworem chlorheksydydy; Zamawiający wymagał, aby produkt zarejestrowany był jako wyrób medyczny klasy IIa, natomiast zaoficerowany przez wykonawcę wyrób zarejestrowany jest jako zestaw zabiegowy.

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.

Odnosząc się do zarzutu 1 odwołania:

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia określa SWZ. Z literalnego brzmienia powyżej przywołanych postanowień SWZ, opisujących przedmiot zamówienia

w pakiecie 50 poz. 1 i 2 wynika w ocenie Izby, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych w zakresie pakietu 50, bowiem sformułował tam opis techniczny i chemiczny przedmiotu zamówienia - Izba podziela stanowisko zaprezentowane w tym zakresie przez Przystępującego, poparte stosownymi dowodami, również w zakresie zasadności wymagania określonych substancji. Nie ma w tym opisie znaków towarowych itd. oraz norm polskich i europejskich itd. oraz towarzyszących mu wyrazów „lub równoważne”, co powodowałoby, iż konkretne produkty byłyby wskazane przykładowo. Zamawiający w SWZ nie wskazał również kryteriów równoważności, które wymagane są na podstawie art. 99 ust. 6 ustawy Pzp.

Jak wynika wprost z odwołania sam Odwołujący miał wątpliwość co do dopuszczenia ofert równoważnych w danym zakresie zarówno przed zapytaniem Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, jak i po lakonicznym wyjaśnieniu Zamawiającego. W przypadku, gdy Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości tak sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, to powinien był złożyć odwołanie na treść SWZ w odpowiednim terminie, czego jednak nie uczynił. Nietrafiona w ocenie Izby była argumentacja Odwołującego, że skoro część elementów opisu

przedmiotu zamówienia wskazuje na pochodzenie produktu od jednego producenta, to jest produkty Sage, co zgodnie z zapisem Zamawiającego w części XXII SWZ uprawnia wykonawców do złożenia rozwiązań równoważnych, to Odwołujący zgodnie z SWZ potwierdził, iż równoważność zaoferowanych produktów została należycie wykazana w złożonej ofercie. Należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w OPZ nie wskazał pochodzenia zamawianego produktu. To Odwołujący dopowiedział sobie pochodzenie tego produktu od Sage. W konsekwencji powyższego nie miało znaczenia wykazanie, że produkt zaoferowany przez Odwołującego jest równoważny produktowi wymaganemu w SWZ. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, iż zaproponował produkt o parametrach technicznych innych niż wymagane w OPZ – z 2 zamiast 3 otworami w szczoteczce, a także z uwzględnieniem innej niż wymagana substancji (chlorheksydynę zamiast cetylpirydyne). Odwołujący w ocenie Izby nie poddał udowodnieniu w zakresie zarzutu 1, że Zamawiający niezgodnie z obowiązującymi przepisami odrzucił ofertę Sinmed Sp. z o.o. W ocenie Izby Odwołujący składając ofertę niespełniającą warunków, określonych w SWZ, nie mógł złożyć oferty na produkt równoważny, skoro Zamawiający takiego nie dopuścił w SWZ, a Odwołujący nie skorzystał ze środka ochrony prawnej celem odpowiedniego zaskarżenia treści SWZ. Ponadto, co w istocie przyznał sam Odwołujący, oferta Odwołującego nie spełniła warunków zamówienia w zakresie rejestracji produktu,

a z tego również powodu Zamawiający odrzucił ofertę Sinmed Sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał, że zaproponowany w ofercie produkt całościowo (w pakiecie nr 50 pod poz. 1 i 2) spełnia warunki zamówienia w zakresie rejestracji produktu jako wyrób medyczny klasy IIa, za to wskazał, że jedynie szczoteczka z odsysaniem i gąbka z odsysaniem są zarejestrowane jako wyrób medyczny klasy IIa i niemożliwa jest rejestracja pewnych elementów w zaoferowanym zestawie zabiegowym, w szczególności płynów, gdyż nie spełniają one definicji i wymogów wyrobu medycznego, a produktu kosmetycznego. Wskazał, że podobnie jest w przypadku rejestracji produktu zaoferowanego przez Skamex Sp. z o.o., co potwierdza załączony do oferty certyfikat produktu producenta Sage (dowód 2 do odwołania). Również w odniesieniu do wymogu Zamawiającego co do rejestracji produktu Odwołujący nie skorzystał ze środka ochrony prawnej celem odpowiedniego zaskarżenia treści SWZ i w konsekwencji powinien był złożyć ofertę zgodną z odpowiednimi postanowieniami SWZ. Z tych względów zarzut 1 został uznany przez Izbę za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania:

Na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skamex sp. z o. o., która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, bowiem nie spełniła warunków zamówienia w zakresie rejestracji produktu (pakiet nr 50). Sam Przystępujący nie wniósł sprzeciwu na uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym sposobu rejestracji produktu i nie zaprzeczył w toku postępowania odwoławczego twierdzeniom Odwołującego w odwołaniu co do tego, że również w ofercie Skamex Sp. z o.o. zaproponowany produkt całościowo nie spełnia warunków zamówienia w zakresie rejestracji produktu (pakiet nr 50) - produkt zaoferowany przez Przystępującego składa się zarówno z wyrobów medycznych klasy IIa, jak i elementów niespełniających definicji i wymogów wyrobu medycznego, a produktu kosmetycznego, co potwierdza załączony do oferty certyfikat produktu producenta Sage (dowód 2 do odwołania). Na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy Pzp, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. Zamawiający, a także Przystępujący nie wypowiedzieli się co do twierdzeń Odwołującego w zakresie dotyczącym rejestracji produktu. Zatem Izba uznała fakt niespełniania również przez ofertę Skamex Sp. z o.o. warunku zamówienia w zakresie rejestracji produktu (w rozumieniu całościowym wszystkich elementów, zaproponowanych w poz. 1 i poz. 2 w pakiecie nr 50) za przyznany. Z tych względów zarzut 2 został uznany przez Izbę za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu 3 odwołania:

Na podstawie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odnosząc się w pierwszej kolejności

do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wyborem oferty Przystępującego pomimo tego, że podobnie jak oferta Odwołującego

w ocenie Izby nie spełniała warunku rejestracji produktu, określonego w OPZ na str. 21 – pakiet nr 50. Odwołujący wskazał, że niemożliwa jest rejestracja pewnych elementów produktu,

w szczególności płynów, gdyż nie spełniają one definicji i wymogów wyrobu medycznego,

a produktu kosmetycznego, tak też w przypadku rejestracji produktu zaoferowanego przez Skamex Sp. z o.o., co potwierdza załączony do oferty certyfikat produktu producenta Sage (dowód 2 do odwołania). W toku postępowania odwoławczego Przystępujący nie kwestionował że zaoferował produkt z uwzględnieniem produktów kosmetycznych. Wręcz przeciwnie – Przystępujący w zakresie sposobu rejestracji produktu nie wniósł sprzeciwu na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego. Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem odrzucił ofertę Odwołującego również na podstawie niespełniania warunków zamówienia w zakresie rejestracji produktu, natomiast dokonał wyboru oferty Przystępującego pomimo niespełniania warunków zamówienia w zakresie rejestracji produktu. Produkt zaoferowany przez Przystępującego, podobnie jak Odwołującego, składa się zarówno z wyrobów medycznych klasy IIa, jak i elementów niespełniających definicji i wymogów wyrobu medycznego,

a produktu kosmetycznego, co potwierdza załączony do oferty certyfikat produktu producenta Sage (dowód 2 do odwołania), a czemu Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli w toku postępowania odwoławczego. Na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy Pzp, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane. Z tych względów zarzut 3 został uznany przez Izbę za zasadny.

Na podstawie art. 555 ustawy Pzp Izba jest związana zarzutami odwołania, jednak nie jest związana żądaniem odwołania. W związku z tym Izba orzekła co do zarzutów zawartych w odwołaniu jak wyżej i zobowiązała Zamawiającego częściowo jak w żądaniu odwołania

w zakresie odpowiadającym części uwzględnionej odwołania, a również szerszym ponad żądanie odwołania – co do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie rejestracji produktu i unieważnienia postępowania z uwagi na to, że w postępowaniu w części pakietu nr 50 złożyły oferty jedynie Sinmed Sp. z o.o. i Skamex Sp. z o.o. (co wynika z dokumentacji zamówienia przekazanej przez Zamawiającego), a oferty obu tych wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w pakiecie nr 50 w zakresie rejestracji produktu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie w części 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. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 i 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 (Dz.U.).

W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący

i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba rozdziela w takim przypadku wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. 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, w sposób określony w ust. 3 pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym

albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Wobec uwzględnienia dwóch z trzech zarzutów odwołania Izba rozdzieliła wpis stosunkowo, zasądzając od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł, a także zasądzając od Odwołującego na rzecz Przystępującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 1 200,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Przystępującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....