



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

Białystok, 16 stycznia 2023

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Odwołujący: Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02- 546 Warszawa
tel. 87 730 94 17, e-mail: sekretariat@bialmed.pl
NIP: 8490000039, KRS 0000025915

reprezentowana przez: Ryszarda Rogińskiego – Członka Zarządu
zastępowana przez: *radcę prawnego Małgorzatę Jodłowską*
Kancelaria Radcy Prawnego
Ul. Spółdzielcza 8 lok. 214, 15-441 Białystok
e-mail: kancelaria@jodlowska.eu, 600615009

**Zamawiający: Specjalistyczny Szpital Miejski im. M. Kopernika
w Toruniu**
ul. Batorego 17/19, 87-100 Toruń
tel. 566100319, fax 566557530
e-mail: dzp@med.torun.pl

ODWOŁANIE

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na:
„Dostawę preparatów do higienicznego i chirurgicznego mycia, dezynfekcji rąk oraz pielęgnacji rąk,
do dezynfekcji pomieszczeń metodą zamgławiania”, znak sprawy SSM.DZP.200.195.2022
ogłoszonego przez Specjalistyczny Szpital Miejski im. M. Kopernika w Toruniu w Biuletynie
Zamówień Publicznych 25 października 2022 pod nr 2022/BZP 00407788/01 (dalej "Postępowanie")**

Działając w imieniu odwołującego Bialmed sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie udzielonego



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

mi pełnomocnictwa, w oparciu o art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części nr 1.

I. Zakres czynności podlegających zaskarżeniu

Zaskarżam następujące czynności podjęte lub zaniechane przez Zamawiającego w toku Postępowania:

- 1) bezpodstawne odrzucenie oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 w sytuacji, gdy oferta złożona przez Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia;
- 2) unieważnienie postępowania w zakresie części nr 1 z uwagi na brak podstaw do jego unieważnienia, ponieważ oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia a zatem nie podlega odrzuceniu;
- 3) zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych

II. Wskazanie przepisów Pzp podlegających naruszeniu

Wskutek powyższego w postępowaniu zostały naruszone przepisy:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2) Pzp w zw. z art. 107 ust. 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w zakresie części nr 1, tj. uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy przedłożone środki dowodowe potwierdzają, że zaoferowany preparat o nazwie handlowej Chemispet Vir+ spełnia wymagania Zamawiającego, co za tym idzie poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 107 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego, tj. próbki preparatu zaoferowanego w części 1 poz. 1B;
- 3) art. 255 pkt 2 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w części nr 1 w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do jego unieważnienia, ponieważ oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a co za tym idzie nie podlega odrzuceniu.

III. Zakres żądania

Wobec powyższego wnoszę o:

1. **wezwanie Zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie (wraz z odpisem);**
2. uwzględnienie odwołania w całości;



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego w części nr 1;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części nr 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Ponadto wnoszę o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 PLN;
6. przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - 1) Oferty Odwołującego – w aktach postępowania
 - 2) SWZ wraz z załącznikami – w aktach postępowania

na fakt: *bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego; zgodności zaoferowanego w części nr 1 poz. 1B preparatu z wymaganiami Zamawiającego; potwierdzenia spektrum mikrobójczego preparatu i czasu działania; braku wykazania niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami wskazanymi w SWZ; bezpodstawnego unieważnienia postępowania w części nr 1*

UZASADNIENIE:

I. Kwestie formalne

1. Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania 13 stycznia 2023, na podstawie pisma Zamawiającego. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania pozostaje zachowany.

Odwołanie zostało Zamawiającemu przesłane 17 stycznia 2023.

2. Interes prawny Odwołującego

Naruszenie przepisów przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą mimo, iż oferta Odwołującego jest zgodna z SWZ. W związku z powyższym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego korzyści wynikających z uzyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

II. Część nr 1 poz. 1B

Zamawiający w zakresie część nr 1 poz. 1B opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób:



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

„PREPARAT NA BAZIE ETANOLU (MIN. 80%) BEZ ZAWARTOŚCI JODU, CHLORHEKSYDYN, IZOPROPANOLU, FENOLU I JEGO POCHODNYCH, BEZBARWNY ZAWIERAJĄCY SUBSTANCJE NAWILŻAJĄCE, PIELĘGNUJĄCE I REGENERUJĄCE SKÓRĘ. HIGIENICZNA DEZYNFEKCJA RĄK ZGODNIE Z NORMĄ EN1500 W CIĄGU 30 SEK., CHIRURGICZNA DEZYNFEKCJA RĄK ZGODNIE Z NORMĄ EN12791 W CIĄGU 90 SEK. SPEKTRUM DZIAŁANIA: B, F, TBC -30 SEK, V(ADENO, POLIO) -1MIN., V(NORO) -15 SEK, OPAKOWANIE: BUTELKA 0,5L. ODPOWIEDNIA DO DOZOWNIKÓW DERMADOS, WYMAGANE SĄ BADANIA KLINICZNE POTWIERDZAJĄCE SKUTECZNOŚĆ BÓJCZĄ PREPARATU W OBSZARZE MEDYCZNYM*

PRÓBKA”

Dowód: SWZ

Odwołujący we wskazanej pozycji zaoferował preparat o handlowej nazwie Chemisept Vir+, 500 ml, firmy Chemi Pharm, który to spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Dowód: oferta Odwołującego wraz z załącznikami

Pomimo powyższego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując w uzasadnieniu:

„Oferta Firmy Bialmed Sp. z o.o., Ul. Kazimierzowska 46/48/35, 02-546 Warszawa złożona w części nr 1 w postępowaniu na dostawę preparatów do higienicznego i chirurgicznego mycia, dezynfekcji rąk oraz pielęgnacji rąk, do dezynfekcji pomieszczeń metodą zamgławiania podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień publicznych, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wymagał załączenia jednej próbki dla zaoferowanego przez Wykonawcę w poz. 1B asortymentu, która miała potwierdzać nadrukowany fabrycznie na opakowaniu numer katalogowy zaoferowany w załączonym do oferty formularzu cenowym oraz wymogi swz. Załączona przez Wykonawcę próbka nie ma numeru katalogowego, którego też nie podano w załączonym do oferty formularzu cenowym.

Ponadto zaoferowany w pozycji nr 1 preparat Chemisept Vir a 500 ml firmy Chemi Pharm nie spełnia następujących wymaganych w swz parametrów: - wymagano higieniczna dezynfekcja rąk zgodnie z normą EN1500 w ciągu 30 sekund, w załączonym do oferty katalogu oraz na próbce jest napisane: „higieniczna dezynfekcja rąk w ciągu 20 sekund, - spektrum działania B,F,TBC- 30 sekund, zaoferowano 15 sekund, - V(ADENO, POLIO) – 1 min., w załączonym katalogu jest Adeno 15s, Polio 30s



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

- wymagano preparat w butelce 0,5l dozownika dermados czyli bez pompki, zaoferowano preparat w butelce z pompką.”

Uzasadnienie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, o czym szerzej poniżej.

1. „Załączona przez Wykonawcę próbka nie ma numeru katalogowego, którego też nie podano w załączonym do oferty formularzu cenowym”

Próbka nie ma numeru katalogowego i jak słusznie zauważył Zamawiający numeru tego nie podano w formularzu cenowym. Nie podano i nie ma, ponieważ producent **nie nadał** takiego numeru. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień to otrzymałby informację, że Odwołujący nie ma możliwości wpisania numeru katalogowego bowiem numer ten nie istnieje.

Nie można tracić z pola widzenia, że obowiązujące przepisy prawa nie nakazują producentom nadawanie numerów katalogowych.

Odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na brak numeru katalogowe (bez różnicy czy on faktycznie został nadany, czy też nie został przez wykonawcę wpisany) jest całkowicie nieuzasadnione i niezrozumiałe z faktycznego jak i prawnego punktu widzenia.

Po pierwsze primo norma art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp odnosi się do **merytorycznego** aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz **merytorycznych wymagań** zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów **istotnych** dla wykonania zamówienia. (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Hubert Nowak, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

Niewpisanie numeru katalogowego (**który nie istnieje**) nie powoduje niezgodności treści oferty z SWZ w sensie merytorycznym, a zatem nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Stanowisko ugruntowane zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie wprost wskazuje, że aby można było ofertę (jej treść) uznać za nieodpowiadającą treści SWZ należy wskazać konkretnie na **merytoryczne** „ułomności” treści oferty, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą.

„Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 stycznia 2021 w sprawie o sygn. akt KIO 3766/21).

Nie można zatem odrzucić oferty z powodów formalnych, błahych **w żaden sposób nie wpływających** na treść złożonej oferty.

Secundo w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej można znaleźć orzeczenia, które wskazują na obowiązek wpisania numeru katalogowego. Zwrócić należy jednak uwagę, że czym innym jest gdy produkt numer ten posiada, a wykonawca (pomimo posiadania wiedzy o numerze katalogowym) celowo nie wpisał go do formularza ofertowego – chociaż i ta kwestia jest sporna (o czym szerzej poniżej), a czym innym jest sytuacja, w której to produkt, w chwili składania oferty numeru katalogowego nie posiada (tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie).

Tertio podawanie w ofercie (w formularzach cenowych) nazwy producenta, nazwy handlowej czy też numeru katalogowego ma na celu stwierdzenie co dokładnie oferuje w postępowaniu wykonawca. Dane wskazywane w ofercie mają pozwolić zamawiającemu na identyfikację oferowanego produktu (zindywidualizowanie, skonkretyzowanie). Prościej rzecz ujmując, zamawiający musi wiedzieć co zaoferował wykonawca. Owszem numer katalogowy nadawany jest w celu jednoznacznej identyfikacji jednakże dotyczy to produktów, których nie można (bądź jest to utrudnione) zidentyfikować w inny sposób, za pomocą innych danych. Bez wątplenia nie dotyczy to zaoferowanego przez Odwołującego preparatu o nazwie handlowej Chemispet Vir+.

Zamawiający bez problemu zidentyfikował jaki produkt zaoferował Odwołujący. Bez problemu zapoznał się z jego skutecznością mikrobójczą oraz wielkością opakowania jak również jego



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

zastosowaniem, składem. Zamawiający (bez numeru katalogowego – który nie został nadany) był w stanie zidentyfikować oferowany produkt i sprawdzić, czy jest zgodny z SWZ. Co za tym idzie taka oferta nie podlega odrzuceniu.

Niejako na marginesie, zaoferowany przez Odwołującego preparat Chemispet Vir+ jest produktem biobójczym. Zgodnie z art.7 ust.1 ustawy o produktach biobójczych, produkty biobójcze udostępniane na rynku i stosowane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej podlegają wpisowi do Wykazu Produktów Biobójczych. Wykaz Produktów Biobójczych zawiera:

1. nazwę produktu biobójczego;
2. imię i nazwisko oraz adres albo nazwę (firmę) oraz adres siedziby podmiotu odpowiedzialnego lub posiadacza pozwolenia albo zezwolenia na handel równoległy;
3. imię i nazwisko oraz adres albo nazwę (firmę) oraz adres siedziby wytwórcy produktu biobójczego;
4. nazwę chemiczną substancji czynnej lub substancji czynnych lub inną pozwalającą na ustalenie tożsamości substancji czynnej oraz, jeżeli są dostępne, jej numer WE i numer CAS, o których mowa w części I załącznika VI do rozporządzenia nr 1272/2008 oraz określenie jej zawartości w produkcie biobójczym w jednostkach metrycznych;
5. grupę produktową;
6. postać użytkową produktu biobójczego i jego przeznaczenie;
7. zakres i warunki obrotu produktem biobójczym lub opis jego zastosowania;
8. rodzaj opakowania;
9. treść oznakowania opakowania produktu biobójczego w języku polskim;
10. okres ważności produktu biobójczego;
11. numer pozwolenia, zezwolenia na handel równoległy albo pozwolenia na obrót oraz datę ich wydania i termin ważności.

Wykaz Produktów Biobójczych prowadzi Prezes Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Jak widać z powołanych powyżej przepisów prawa nie wynika konieczność nadania numeru katalogowego oraz jego ujawnienia jeżeli takowy został nadany.

Mało tego, produkty biobójcze są bardzo dobrze zindywidualizowane – posiadają przede wszystkim numer pozwolenia (unikalny numer, niepowtarzalny).



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

Prezes URPLW MiPB udostępnia wykaz produktów biobójczych na stronie internetowej pod adresem <https://www.urpl.gov.pl/pl/produkty-biob%C3%B3jczych/wykaz-produkt%C3%B3w-biob%C3%B3jczych>. Kiedy wejdzie się w zakładkę „aktualny wykaz produktów biobójczych” i wybierze się „wykaz części I wg stanu na dzień 30.12.2022” to produkt biobójczy należy wyszukać nie po numerze katalogowym (bowiem nie jest wymagany) tylko po nazwie.

Ponownie produkty biobójcze nie muszą i nie są indywidualizowane po numerach katalogowych.

Nadto, wystarczy wpisać nazwę handlową w Internecie i od razu pojawi się jeden, konkretny preparat – ten zaoferowany przez Odwołującego. Zatem każdy, bez wyjątku, jest w stanie samodzielnie (bez numeru katalogowego) zidentyfikować produkt biobójczy o nazwie handlowej Chemisept VIR+.

Biorąc powyższe pod rozwagę, odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SWZ może nastąpić, kiedy zamawiający **nie jest w stanie zidentyfikować** oferowanego produktu.

Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ, w sytuacji kiedy **wymagany sposób identyfikacji nie istnieje** i kiedy **w inny sposób wykonawca pozwolił na identyfikację** oferowanych produktów i sprawdzenie, czy te produkty są zgodne z SWZ.

2. „- wymagano higieniczna dezynfekcja rąk zgodnie z normą EN1500 w ciągu 30 sekund, w załączonym do oferty katalogu oraz na próbce jest napisane: „higieniczna dezynfekcja rąk w ciągu 20 sekund, - spektrum działania B,F,TBC- 30 sekund, zaoferowano 15 sekund, - V(ADENO, POLIO) – 1 min., w załączonym katalogu jest Adeno 15s, Polio 30s”

Uzasadnienie Zamawiającego w powyższym zakresie jest wbrew logice i budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania. Jeżeli preparat posiada skuteczność biobójczą w czasie 15 sekund czy też 20 sekund to tym bardziej posiada w czasie 30 sekund. Jeżeli preparat posiada skuteczność biobójczą już w czasie 15 sekund lub 30 sekund to tym bardziej w czasie 1 min.

Aby jeszcze lepiej zobrazować powyższe – jeżeli Zamawiający wymaga skuteczności w czasie 30 sekund, to nie będzie spełniał tego wymagania preparat, który wykazuje skuteczność biobójczą w czasie 31 sekund, 40 sekund itd. Ale, preparaty wykazujące skuteczność już w czasie 20 s, 27 s spełniają wymagania Zamawiającego.



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

W przedmiotowym postępowaniu doszło do absurdu. Zamawiający odrzuca pięciu wykonawców, profesjonalistów na rynku środków do dezynfekcji (Medilab Firma Wytwórczo-Usługowa Sp. z o.o., Biachem sp. z o.o., Henry Kruse Sp. z o.o., Bialmed sp. z o.o.), którzy zaoferowali preparaty wykazujące skuteczność bójczą w czasie wskazanym w załączniku do SWZ twierdząc, że skoro preparat działa już w 15 sekund to nie działa w 30 sekund. Trudno to racjonalnie uzasadnić.

Ponownie warto podkreślić, jeżeli preparat działa **już w 15 sekund to tym bardziej działa w 30 sekund**.

3. „wymagano preparat w butelce 0,5l dozownika dermados czyli bez pompki, zaoferowano preparat w butelce z pompką”

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia **nie wskazał**, że wymaga preparatu w butelce 0,5l odpowiednia do dozowników dermados **czyli bez pompki**. Zamawiający wskazał jedynie, że butelka powinna być odpowiednia do dozowników dermados. Brak jest w opisie sformułowania - „czyli bez pompki”.

Na etapie oceny ofert Zamawiający nie może doprecyzować i zmienić opisu przedmiotu zamówienia. Rzeczą Zamawiającego jest wprowadzenie jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały oferentom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem Zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia i według jakich norm preparat powinien zostać przebadany.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej **wszelkie wątpliwości odnośnie treści SWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy** (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 sierpnia 2017 w sprawie KIO 1596/17, LEX nr 2377359).

Postępowanie o zamówienie publiczne winno być ukształtowane w sposób czytelny i jednoznaczny, zaś dokumenty opracowane na użytek postępowania należy odczytywać z uwzględnieniem okoliczności danego postępowania, przyjmując, że stanowią one zespół spójnych i wzajemnie niesprzecznych informacji. Dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie, że nieścisłości, niedopowiedzenia oraz sprzeczności w SWZ należy odczytywać w sposób, **który nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców**. Nieprecyzyjne, wprowadzające w błąd wykonawców brzmienie specyfikacji warunków zamówienia **należy traktować na korzyść wykonawców**. Doniosłość dokumentów, jakimi są SWZ, ogłoszenie o zamówieniu, sprowadza się do



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

szczególnej roli w postępowaniu o zamówienie publiczne - z jednej strony określają one oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawcy i oferty, w tym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - wyznaczają granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w zakresie wyartykułowanym jednoznacznie i precyzyjnie w postępowaniu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 stycznia 2015 w sprawie KIO 110/15, LEX nr 1653788).

Zamawiający zdaje się nie rozumie istoty i naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych to na Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, spoczywa ciężar przygotowania postępowania w sposób zgodny z ustawą. Zamawiający sporządza i odpowiada za wszelką dokumentację, których treść winna gwarantować pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Co oznacza, że ponosi on pełną odpowiedzialność za błędy i wady za opracowaną i udostępnioną dokumentację. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia chyba sam nie wie jak wygląda dozownik dermados. W przedmiotowej sprawie nie ma znaczenia czy butelka jest z pompką, kapslem, czy posiada jakąkolwiek inną nakrętkę **bowiem przed umieszczeniem preparatu do dozownika należy usunąć (odkręcić i wyrzucić) zarówno kapsel, nakrętkę czy też nakrętkę z pompką.**

Do wnętrza dozownika wkładamy samą butelkę bez jakiejkolwiek nakrętki, kapsla, pompki itp.

Poniżej wskazany link do filmu ukazuje w jaki sposób należy umieścić butelkę w dozowniku dermados (od 0:20)

<https://esilver.com.pl/dozownik-lokciowy-dermados-ecolab-05-l-p-30.html>

– otwieramy dozownik, odkręcamy kapsel albo jakąkolwiek inną nakrętkę (z pompką, bez pompki) i dopiero wkładamy butelkę.



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

Zamawiający w uzasadnieniu nie wskazał, że butelka **nie pasuje** do dozownika (nie można umieścić jej w dozowniku, nie jest kompatybilna z dozownikiem). Wskazał jedynie, że zaoferowana butelka posiada pompkę. Rodzi się zatem pytanie, jakie znaczenie ma pompka skoro i tak należy ją zdjąć i wyrzucić. Zaoferowany przez Odwołującego preparat w butelce z pompką pasuje do dozownika dermados, a zatem jest zgodny z SWZ. Oferta zatem nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego środka dowodowego, tj. próbki zarówno w zakresie braku numeru katalogowego jak i kompatybilności butelki z dozownikiem dermados.

Reasumując:

Biorąc pod rozwagę rangę instytucji odrzucenia oferty i konsekwencje, jakie może przynieść jej nieprawidłowe zastosowanie, Zamawiający powinien przykładać należytą staranność i rzetelność w jej stosowaniu. Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej:

*„Podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych **merytorycznych** aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu”.* (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2022 w sprawie o sygn. akt KIO 366/22) (pogrubienie i podkreślenie dodano)

Przytoczone okoliczności oraz przedstawione dowody w pełni uzasadniają, że odrzucając ofertę odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1) Pzp przede wszystkim poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

Odwołującego, który to złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszelkie warunki udziału w postępowaniu, w szczególności postawione przez Zamawiającego w treści SWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu. Co za tym idzie Zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i jako takie winno być uwzględnione.

Załączniki:

- 1) Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
- 2) Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej
- 3) Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania
- 4) Wydruk z KRS Odwołującego