



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

Białystok, 28 września 2021

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

Odwołujący: Biachem Sp. z o.o. z siedzibą w Sowlanach
ul. Alejkowa 21 lok. B9, 15-528 Białystok
tel./fax. 85 661 21 21, e-mail: przetargi@biachem.pl
NIP: 9662115698, KRS 0000703074

reprezentowana przez: Marinę Radlofską – Prezesa Zarządu
zastępowana przez: radcę prawnego Małgorzatę Jodłowską
Kancelaria Radcy Prawnego
Ul. Spółdzielcza 8 lok. 214, 15-441 Białystok
e-mail: kancelaria@jodlowska.eu

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny
im. J. Gromkowskiego
ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław
tel. 71 395 74 28, NIP 8951631106
e-mail: estolba@szpital.wroc.pl

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Dostawa środków do dezynfekcji”, nr sprawy PN 25/21 ogłoszonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lipca 2021 nr 2021/BZP 00102578/01 (dalej "Postępowanie")

Działając w imieniu odwołującego Biachem Sp. z o.o. z siedzibą w Sowlanach, na podstawie



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

udzielonego mi pełnomocnictwa, w oparciu o art. 513 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 (Dz. U. z 2019 poz. 2019) wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego.

I. Zakres czynności podlegających zaskarżeniu

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

- 1) bezpodstawne odrzucenie oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6, 8, 36 i 37 pomimo, iż oferta złożona przez Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia

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 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oferta Odwołującego (w zakresie zadania nr 6, 8, 36 i 37) nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia podczas, gdy zaoferowany preparat 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.

III. Zakres żądania

Wobec powyższego wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w tym oferty Odwołującego;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Ponadto wnoszę o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 PLN;
5. przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - 1) Oferty wraz z załącznikami – w aktach postępowania
 - 2) SWZ wraz z załącznikiem nr 2 Parametry techniczne – w aktach postępowania
 - 3) pisma Zamawiającego z 24 września 2021
 - 4) pisma Zamawiającego z 17 września 2021; odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z 22 września 2021



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

na fakt: bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego; przedłożenia stosownego dokumentu potwierdzającego skuteczność mikrobójczą, popartego badaniami; zgodności zaoferowanych preparatów z wymaganiami Zamawiającego; potwierdzenia spektrum mikrobójczego preparatów

UZASADNIENIE:

I. Kwestie formalne

1. Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania 24 września 2021, na podstawie pisma Zamawiającego. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania pozostaje zachowany.

Odwołanie zostało Zamawiającemu przesłane 28 września 2021.

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. Stan faktyczny

Zgodnie z Działem XIII ust. 14. 1 lit d) SWZ Zamawiający wymagał potwierdzenia stosownym dokumentem działania biobójczego oferowanych środków w zakresie wymaganego spektrum, poparte opinią PZH lub końcowymi wynikami z badań laboratoryjnych (...).

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył Zamawiającemu dokumenty potwierdzające działanie biobójcze zaoferowanych preparatów (poparte odpowiednimi badaniami laboratoryjnymi), a mianowicie pozwolenie na obrót produktem biobójczym, które to w formie decyzji administracyjnej zostało wydane, na podstawie art. 19 ust. 1 i art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych, przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Dowód: oferta wraz z załącznikami znajdująca się w aktach postępowania



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

Pomimo powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia/uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego (wezwanie z 17 września 2021). 22 września 2021 Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wskazał, iż dołączył do oferty Pozwolenie na obrót produktem biobójczym wraz z zaakceptowanym tekstem etykiety, potwierdzając tym samym zakres mikrobójczy zaoferowanych w zakresie zadania 6, 8, 36 i 37 preparatów.

Dowód: *wezwanie z 17 września 2021; odpowiedź Odwołującego z 22 września 2021*

24 września 2021 Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 6, 8, 36 i 37. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, ponieważ treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę Odwołującego w zakresie zadania nr 6, 8, 38 i 37 „na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. –Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwana dalej: PZP) (...) oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca nie złożył do oferty i także na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.09.2021r. wymaganych dokumentów w SWZ w ust.14,1 pkt d tj. potwierdzenia stosownym dokumentem działania biobójczego oferowanych środków w zakresie wymaganego spektrum, poparte opinią PZH lub końcowymi wynikami z badań laboratoryjnych innego niezależnego ośrodka badawczego, towarzystwa mikrobiologicznego lub innej instytucji wydającej opinie o środkach dezynfekcyjnych stosowanych w praktyce szpitalnej; spektrum i czasy działania potwierdzone w jednostkach opiniotwórczych z terenu Unii Europejskiej np. (DGHM, DVV, IRK, PZH, HIRL, inne)”.

Dowód: *pismo Zamawiającego z 24 września 2021*

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

III. Stan prawny

Biorąc pod rozwagę rangę instytucji odrzucenia oferty i konsekwencje, jakie może przynieść jej nieprawidłowe zastosowanie, Zamawiający powinien przykładać należyłą staranność i rzetelność w jej stosowaniu. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, **a nie do określonego dokumentu**, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. 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).

Nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający nie wskazał wprost obowiązku przedłożenia końcowych wyników badań laboratoryjnych. Zamawiający wskazał jedynie na "stosowny dokument" potwierdzający skuteczność biobójczą poparty opinią PZH lub końcowymi wynikami z badań laboratoryjnych. Bez wątplenia decyzja Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych pozwalająca na obrót produktem biobójczym jest poparta nie tyle końcowymi wynikami badań ale badaniami w całości.

Zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (tj. Dz. U. 2021, poz. 24) wydanie pozwolenia na obrót, zmiana pozwolenia albo uchycenie pozwolenia następuje w drodze decyzji administracyjnej Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Do wniosku, stosownie do art. 17 ust. 2 pkt 2) ustawy, dołącza się sporządzone w języku polskim albo języku angielskim **sprawozdanie z badań potwierdzających skuteczność produktu biobójczego**. Dalej, w oparciu o art. 19 ust. 1 ustawy Prezes Urzędu wydaje pozwolenie na obrót, w formie decyzji administracyjnej, jeżeli są spełnione łącznie warunki, mianowicie:

1) produkt biobójczy zawiera istniejące substancje czynne poddane ocenie lub będące w fazie oceny na mocy rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) nr 1062/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie programu pracy, którego celem jest systematyczne badanie wszystkich istniejących substancji czynnych zawartych w produktach biobójczych, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 528/2012 (Dz. Urz. UE L 294 z 10.10.2014, str. 1), ale które nie zostały zatwierdzone dla tej grupy produktowej;



MAŁGORZATAJODŁOWSKA

2) produkt biobójczy jest skuteczny w zwalczaniu organizmu szkodliwego;

3) zostały określone zasady bezpieczeństwa przy stosowaniu produktu biobójczego oraz postępowania z odpadami produktu biobójczego i jego opakowaniem.

Ostateczna decyzja administracyjna mam moc wiążącą w zakresie zawartego w niej rozstrzygnięcia.

Co za tym idzie, pozwolenie na obrót wydane, w formie decyzji administracyjnej, przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych jest dokumentem urzędowym potwierdzającym właściwości biobójcze preparatu **w oparciu o badania mikrobiologiczne** w zakresie jak w pozwoleniu. Wbrew logice byłoby uznanie, że decyzja wydana przez Prezesa oparta była jedynie na oświadczeniu Odwołującego. Postępowanie administracyjne w sprawie wydania pozwolenia na obrót produktem biobójczym jest bardzo sformalizowane i szczegółowe. Do wniosku należy dołączyć oryginały badań, które są w sposób bardzo szczegółowy weryfikowane.

Biorąc powyższe pod rozwagę Odwołujący wykazał, dokumentem urzędowym, że **zaoferowane preparaty posiadają spektrum działania wymagane przez Zamawiającego.**

Niejako na marginesie, Zamawiający nie może odrzucić oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, jeżeli opisał te warunki w sposób mało precyzyjny i pozostawiający pole do interpretacji.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przy ocenie ofert „*muszą być stosowane procedury udzielania zamówienia określone w dyrektywie. Znaczy to w szczególności, że powinny być **podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom** - w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert*” (pogrubienie dodano) - wyrok ETS z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00.

Trudno oczekiwać od oferentów aby domyślili się czego dokładnie wymaga Zamawiający. Zamawiający nie wskazał wprost, że do oferty należy przedłożyć końcowe wyniki badań laboratoryjnych. Z językowej wykładni istniejącego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia taki wymóg jednoznacznie nie wynika. Ze względu zaś na to, że postanowienie to nie zostało sformułowane w sposób wyraźnie wskazujący, że należy dołączyć oprócz stosownego dokumentu drównież końcowe wyniki badań lub opinię PZH, to ze względu na zasadę przejrzystości



MAŁGORZATA JODŁOWSKA

postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie może być interpretowany w sposób, który z niego bezpośrednio nie wynika.

Zasadą jest, iż nieprecyzyjne postanowienia SWZ **nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców**. Zamawiający związany jest treścią SWZ i nie może zmieniać i doprecyzować postanowień SWZ na etapie badania i oceny ofert.

REASUMUJĄC:

Przytoczone okoliczności oraz przedstawione dowody w pełni uzasadniają, że taki sposób postępowania Zamawiającego narusza przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający naruszył 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 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) Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 7 500 PLN
- 3) Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej
- 4) Wydruk z KRS Odwołującego
- 5) Dowody z dokumentów wskazanych w treści odwołania:
 - pismo Zamawiającego z 24 września 2021
 - pismo Zamawiającego z 17 września 2021
 - odpowiedź Odwołującego na wezwanie z 22 września 2021