

WYROK

z dnia 6 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2018 r. przez **Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu**, przy udziale wykonawcy **SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt: KIO 1239/18

3. Zasądza od Odwołującego Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze, na rzecz Zamawiającego Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Władysława Biegańskiego w Grudziądzu, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odzieży medycznej jednorazowego użytku (znak postępowania Z/4/PN/18). Postępowanie jest podzielone na 5 zadań. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2018 r. pod numerem 201S/S 022-047191.

W dniu 22 czerwca 2018 r. wykonawca Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp odrzuceniu, w zakresie zadania numer 5, oferty Odwoływającego. Odwołujący zarzucił w związku z powyższym naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. przez co został naruszony interes prawny Odwoływającego, gdyż w/w nieuprawnione działanie Zamawiającego, pozbawiło Wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, w którym oferta Wykonawcy była najkorzystniejsza i została ważnie złożona, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwoływającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. poinformował go o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania 5 przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż zaoferowany w zadaniu 5 poz. 1 fartuch chirurgiczny w rozmiarze M nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zgodnie z uzasadnieniem wskazanym przez Zamawiającego: (...) *Rękaw na wysokości wstawki jest przeszyty techniką tradycyjnego podwójnego szycia - przez wstawkę (...). W formularzu cenowym wyraźnie jest napisane, że rękawy na wysokości wstawki zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone, zapewniające pełną barierowość. Zamawiający nie dopuścił fartucha, w którym wstawka jest przeszyta techniką tradycyjnego podwójnego szycia...*"

Zgodnie z treścią załącznika FORMULARZE CENOWE Zamawiający oczekiwał zaoferowania w zakresie zadania 5 poz. 1 fartucha chirurgicznego wzmocnionego o

następujących parametrach wstawki: (...) wyposażony w nieprzemakalne wstawki z przodu i na rękawach (rękawy na wysokości wstawki zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone zapewniające pełną barierowość) (...).

W odpowiedziach z dnia 6 marca 2018 r., pkt. 21 Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie fartucha chirurgicznego, w którym szwy fartucha wykonane są za pomocą techniki tradycyjnego podwójnego szycia:

21. Dotyczy zadania 5 poz. 1 - Czy Zamawiający zgodzi się na zaoferowanie fartucha ze szwami wykonanymi techniką tradycyjnego podwójnego szycia i wstawkami nieprzemakalnymi wklejonymi, zapewniającymi pełną barierowość?

Odp. Tak, przy zachowaniu pozostałych parametrów bez zmian.

Zamawiający w swojej odpowiedzi nie sprecyzował, iż dopuszcza szew wykonany techniką tradycyjnego podwójnego szycia wszędzie, poza wstawką w rękawach, zatem Wykonawca nie mógł się tego domyślić.

Szew zgodnie z podstawową definicją wg. słownika polskiego jest miejscem łączenia kawałków tkaniny. Wynika z tego, że szwy znajdują się w każdym miejscu łączenia dwóch krawędzi materiału w tym, także na rękawach. Zgodnie z tą definicją, wstawki znajdujące się na całym obwodzie rękawa, na łączeniu materiału - na szwie, są przesyte techniką tradycyjnego podwójnego szycia zgodnie z dopuszczeniem Zamawiającego, Wykonawca zaoferował w zadaniu 5 poz. 1 fartuch w rozmiarze M ze wstawkami wklejonymi w rękawach oraz na szwie/łączeniu przesytytymi nićmi z zastosowaniem tradycyjnego podwójnego szycia - zgodnie z SIWZ i dopuszczeniami Zamawiającego. Pozostałe parametry SIWZ (parametry, do których Wykonawca nie zadał pytań wyjaśniających lub dopuszczających) zostały spełnione przez Wykonawcę.

Zamawiający, w momencie dopuszczenia alternatywnego rozwiązania zaoferowanego przez Wykonawcę, nie może oczekiwać asortymentu zgodnego z wymaganiami, które zastąpione zostały zaproponowaną alternatywą.

Odwołujący odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii braku zapewnienia pełnej barierowości przez zaoferowany w zadaniu 5 poz. 1 fartuch chirurgicznych wzmocniony w rozmiarze M wyjaśnił, że fartuchy chirurgiczne wzmocnione, zaoferowane przez Wykonawcę zapewniają pełną barierowość, ponieważ na łączeniu wzmocnienia materiał złożony jest w formie zakładki oraz przesyty, co pozwala na zapewnienie wyższej barierowości materiału niż łączenie tylko klejone. Oferowane fartuchy są tak skonstruowane, aby w jak największym stopniu zminimalizować ryzyko utraty barierowości oraz możliwości wystąpienia ryzyka przeniesienia czynników infekcyjnych z personelu medycznego na pacjenta oraz zapewnić wysoką ochronę przed wystąpieniem zakażeń ran operacyjnych.

Fartuch barierowy przeznaczony na blok operacyjny powinien zabezpieczać przed przenikaniem i przesiąkaniem szkodliwych czynników chorobotwórczych. Ogólne zalecenia, metody badań i wymogi dotyczące fartuchów chirurgicznych - w tym barierowość (rozumiana jako m.in. odporność na przenikanie drobnoustrojów oraz cieczy) - opisane są w 3 częściach normy PN EN 13795. Oceniając fartuch należy rozważyć m.in. odporność na przenikanie mikroorganizmów na mokro (IB). Według normy całkowita nieprzemakalność fartucha osiągnięta zostaje, gdy $I_0=6,0$ - wartość ta reprezentuje parametr zaklasyfikowany do wysokich wymagań dla normy EN 13795. Fartuchy firmy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. oferowane w postępowaniu spełniają wysokie wymagania normy PN EN 13795. zatem są pełnobarierowe- zgodnie z wymaganiami znajdującymi się w SIWZ.

Zamawiający w odrzuceniu datowanym na 11.06.2018 r. nadmienił, że: (...) *Zadaniem fartuchów chirurgicznych jest chronić personel medyczny przed możliwością zakażenia podczas operacji (...).*

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, podkreślamy, że fartuch chirurgiczny, którego zadaniem jest ochrona personelu medycznego przed zakażeniami powinien być zarejestrowany jako środek ochrony indywidualnej kategorii 3 wg Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016r. w sprawie środków ochrony indywidualnej. Takiego wymogu Zamawiający nie zawarł w SIWZ.

Definicja środków ochrony indywidualnej wg Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) brzmi: (...) *środki zaprojektowane i wyprodukowane do noszenia lub trzymania przez osobę w celu ochrony przed jednym lub większą liczbą zagrożeń dla zdrowia lub bezpieczeństwa tej osoby (...).*

Ochrona personelu medycznego jest szczególnie ważna w przypadku leczenia między innymi zakażeń wywołanych wirusami żółtaczką typu HBV i typu HCV oraz wirusami niedoboru odpornościowego (HIV). Wszędzie tam, gdzie na działanie czynników biologicznych narażone jest ciało personelu medycznego powinna być stosowana odzież ochronna. Pełni ona dwie podstawowe funkcje:

- zapobiega przedostawaniu czynników infekcyjnych z ciała personelu medycznego do skóry pacjenta (funkcja ta spełniona jest przez fartuchy chirurgiczne zarejestrowane tylko jako wyrób medyczny wg Dyrektywy 93/42/EWG),
- zapobiega przenoszeniu czynników infekcyjnych z pacjenta na inne osoby, w tym personel medyczny.

Odzież chroniąca przed czynnikami biologicznymi powinna spełniać wymagania przedstawione w normie PN EN 14126 (norma odnosząca się do wymagań i metod badań dla odzieży chroniącej przed czynnikami infekcyjnymi). Zgodnie z tą normą, materiał fartucha chirurgicznego chroniącego przed czynnikami biologicznymi powinien stanowić barierę dla całego ciała lub jego części, przed bezpośrednim kontaktem z czynnikami infekcyjnymi. Ze

względu na różnorodność mikroorganizmów, w normie nie zdefiniowano kryteriów oceny na podstawie typu mikroorganizmu ani na podstawie grup ryzyka, a skupiono się na metodach badań, w których oceniana jest odporność materiału w zależności od medium zawierającego mikroorganizmy np. ciecz, aerozol lub cząstki stałe (pył). Stąd też materiał odzieży chroniącej przed czynnikami infekcyjnymi powinien charakteryzować się barierowością w stosunku do czynnika infekcyjnego. Barierowość fartuchów chirurgicznych zgodna z normą PN EN 14126 oraz przeznaczenie fartuchów chirurgicznych nie została sprecyzowane przez Zamawiającego w SIWZ. dlatego Zamawiający nie może oczekiwać asortymentu spełniającego powyższe wymagania.

Podsumowując, w momencie, gdy Zamawiający oczekiwałby zaoferowania fartuchów chirurgicznych zgodnych z przeznaczeniem wymienionym w piśmie datowanym na 11.06.2018 r. oraz z definicją ŚOI, powinien w SIWZ powołać się na zgodność z odpowiednimi normami, informujemy, że Zamawiający w treści SIWZ zaznaczył, iż oczekuje asortymentu dopuszczonego do obrotu i do używania w Polsce zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych.

Zamawiający w piśmie datowanym na 11.06.2018 r. jako jeden z powodów odrzucenia podał: „Otwory jakie powstają we wstawce w rękawie podczas przeszycia metodą tradycyjnego szycia - igłą, wykluczają zapewnienie pełnej barierowości wstawki”.

Odnosząc się do powyższego argumentu Zamawiającego zaznaczamy, że fartuchy chirurgiczne zaoferowane przez Wykonawcę, posiadają zakładkę na szwie w celu wyeliminowania takiego ryzyka. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, iż żadne otwory nie pojawiają się podczas użytkowania fartucha, mogą one jedynie wystąpić podczas użycia bardzo wysokiej siły rozciągania materiału w okolicy szwu (przypadek abstrakcyjny). Jednakże, w normie zharmonizowanej PN EN 13795 sprecyzowana została minimalna wartość parametru wytrzymałości na rozciąganie (>20N) jaki powinien być spełniony przez materiał fartucha chirurgicznego. Fartuchy chirurgiczne wzmocnione firmy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. posiadają wytrzymałość na rozciąganie 42N - powyżej tej wartości może wystąpić delikatne uszkodzenie materiału, lecz jest to zgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Zamawiający wymagał jedynie spełnienia parametrów normy PN EN 13795 na podwyższonym poziomie bez sprecyzowania wyników badań osiągniętych dla poszczególnych parametrów w tym wytrzymałości mechanicznej materiału.

W związku z tym oferta Wykonawcy jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pismem z dnia 2 lipca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że nie uwzględni zarzutów odwołania i wnosi o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że istotą sporu pomiędzy stronami jest to, czy udzielając odpowiedzi

na pytania wykonawców dotyczących SIWZ, Zamawiający zmienił wymagania dotyczące nieprzemakalnej wstawki w rękawach, tj. dopuścił, aby była ona zszyta w inny sposób niż techniką ultradźwiękową lub klejoną zapewniającą pełną barierowością np. szwami wykonanymi techniką tradycyjnego podwójnego szycia. W świetle treści zadawanych pytań i udzielanych odpowiedzi należy stwierdzić, że w toku niniejszego postępowania technika łączenia rękawa z nieprzemakalną wstawką, nie została zmieniona.

Po pierwsze, należy zauważyć, że 21 pytanie dotyczyło wprost możliwości zaoferowania fartucha z wstawkami nieprzemakalnymi wklejonymi zapewniającymi pełną barierowość. W pytaniu nie ma mowy, iż wstawki są dodatkowo przeszyte techniką tradycyjnego podwójnego szycia. Natomiast co do sposobu łączenia pozostałych elementów fartucha Zamawiający zgodził się na technikę zaproponowaną przez Odwołującego.

Odwołujący podnosi także, iż zaoferowane przez niego fartuchy spełniają normę PN — EN 13795 co do pełnej barierowości. Należy podkreślić, iż gdyby Zamawiający chciał, aby oferowany towar spełniał tylko parametry wg normy PN — EN 13795 to poprzestałby tylko na wskazaniu, iż muszą być spełnione warunki wg tej normy. Tymczasem w formularzu cenowym dla zadania 5.1 Zamawiający wyraźnie wskazał, iż rękawy na wysokości wstawki muszą być zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone i dopiero wtedy dla Zamawiającego spełnione jest kryterium pełnej barierowości.

W szczególności należy stwierdzić, że w żadnej z odpowiedzi udzielonych w dniu 6 marca 2018 r. Zamawiający nie wyraził jednoznacznej zgody na zaoferowanie fartucha chirurgicznego wzmocnionego z wstawką na wysokości rękawa zszytą inną techniką niż ultradźwiękową lub klejoną. Tym samym rozumienie przez Odwołującego odpowiedzi jako dopuszczających zszyć rękawa z wstawką nieprzemakalną techniką tradycyjnego podwójnego szycia, stanowi dokonanie przez niego korzystnej dla siebie interpretacji, nie mającej jednak uzasadnienia w literalnym brzmieniu tych odpowiedzi.

W przypadku wątpliwości Odwołujący winien był wystąpić do Zamawiającego z pytaniami w tej kwestii, czego zaniechał. Takim sytuacjom ma przeciwdziałać możliwość zadawania pytań Zamawiającemu przez wykonawców. Kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, straciły na ostrości prezentowane poglądy, iż wątpliwości wynikające z niejasnych postanowień SIWZ, niedających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinny obciążać zawsze stronę, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiającego. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał na znaczenie art. 38 PZP w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania

zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem SN, art. 38 Pzp w związku z art. 354 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego daje nie tylko wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem właściwego przygotowania oferty.

Zgodnie z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyżej opisanych okolicznościach faktycznych, złożenie przez Odwołującego oferty na fartuch chirurgiczny wzmocniony z wstawkami na wysokości rękawa zszytymi techniką tradycyjnego podwójnego szycia nie może być ocenione inaczej, niż jako złożenie oferty niezgodnej z SIWZ. W tym stanie rzeczy, nie ma znaczenia dla oceny ww. sytuacji treść oferty złożonej przez innego wykonawcę biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, skoro w postępowaniu tym brali też udział wykonawcy, którzy zastosowali się do literalnego brzmienia SIWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego, co świadczy o tym, że możliwe było ich prawidłowe zrozumienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc zatem pod uwagę, jak istotne i nieodwracalne skutki pociąga za sobą złożenie oferty niezgodnej z SIWZ, w interesie wykonawcy jest zadawanie pytań dotyczących SIWZ i przygotowywanie oferty odpowiadającej jednoznacznie informacjom pochodzącym od Zamawiającego. Natomiast opieranie się jedynie na niezgodnej z literalnym brzmieniem interpretacji ww. informacji, niesie za sobą ryzyko złożenia oferty podlegającej odrzuceniu. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w przypadku uznania wymogów dotyczących sposobu łączenia wstawki z rękawem za nieuzasadnione, wykonawcy przysługiwało prawo wniesienia odwołania na przedmiot zamówienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem ewentualne kwestionowanie tego wymogu powinno mieć miejsce na wcześniejszym etapie przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, należy stwierdzić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 27 czerwca 2018 r. wykonawca SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę SKAMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej: Przystępujący) przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią SIWZ *Przedmiotem zamówienia są dostawy sukcesywne odzieży medycznej jednorazowego użytku której opis, rodzaj i szacunkowa ilość zawarte są w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do niniejszej SIWZ, w którym Zamawiający określił standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, tj. szczegółowy opis i rozmiar odzieży medycznej, rodzaj materiału, zgodność z normą EN 13795-1-3 co określa minimalne wymagania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i daje gwarancję jakości.*

Zaoferowany asortyment miał być dopuszczony do obrotu i do używania w Polsce zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876), a ponadto musiał spełniać normę PN EN 13795: 1-3: „Obłóżenia chirurgiczne, fartuchy chirurgiczne i odzież dla bloków operacyjnych, stosowane jako wyroby medyczne dla pacjentów, personelu medycznego i wyposażenia” – Część 1: Ogólne wymagania dotyczące wytwarzania, przetwarzania i wyrobów, Część 2: Metodyka badań, Część 3: Wymagania użytkowe i poziomy ochrony.

Następnie Izba ustaliła, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 5 został zawarty w Załączniku do SIWZ „Formularz cenowy”, w spornym zakresie tj. dotyczącym fartucha chirurgicznego wzmocnionego, w pkt 1. Opis ten był następujący: 1.

Fartuch chirurgiczny wzmocniony - sterylny zapewniający wysoki komfort termiczny

pracy operatora, wykonany z miękkiej, przewiewnej włókniny bawełnopodobnej typu Spunlace/Sontara (włóknina składająca się z masy celulozowej i poliestru), o właściwościach hydrofobowych, gramatura min. 70g/m², wyposażony w nieprzemakalne wstawki z przodu i na rękawach (rękawy na wysokości wstawki zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone zapewniające pełną barierowość). Długość mankietu 6-8 cm. Fartuch złożony w sposób zapewniający aseptyczną aplikację, wiązany na troki wewnętrzne oraz troki zewnętrzne z kartonikiem, z tyłu zapięcie na rzep o długości min. 15 cm. Indywidualne oznakowanie rozmiaru i rodzaju nadrukowane na fartuchu, pozwalające na identyfikację przed rozłożeniem. Opakowanie wewnętrzne papier lub włóknina. Opakowanie zewnętrzne folia-folia lub papier-folia zawierające minimum dwie etykiety przylepne. Fartuch zawiera dodatkowo dwie ściereczki do wytarcia rąk. Zgodny z aktualnie obowiązującą normą PN -EN 13795: 1-3 – wymagania wysokie. W rozmiarach S/M, L, XL, XXL w zależności od potrzeb Zamawiającego.

PRÓBKİ: rozmiar S/M 2 szt., rozmiar XXL 2 szt.

Pismem z dnia 6 marca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zadane do treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 21, które brzmiało *Czy Zamawiający zgodzi się na zaoferowanie fartucha ze szwami wykonanymi techniką tradycyjnego podwójnego szycia i wstawkami nieprzemakalnymi wklejonymi zapewniającymi pełną barierowość?*, Zamawiający udzielił odpowiedzi o treści *Tak, przy zachowaniu pozostałych parametrów bez zmian.*

Pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podając następujące uzasadnienie: *Zaofierowane fartuchy chirurgiczne w zakresie zadania 5 w poz. 1 w rozmiarze M nie spełniają wymagań Zamawiającego. Rękaw na wysokości wstawki jest przeszuty techniką tradycyjnego podwójnego szycia przez wstawkę. Do przetargu został dopuszczony fartuch ze szwami wykonanymi techniką tradycyjnego, podwójnego szycia i wstawkami nieprzemakalnymi wklejonymi, zapewniającymi pełną barierowość przy zachowaniu pozostałych parametrów bez zmian. W formularzu cenowym wyraźnie jest napisane, że rękawy na wysokości wstawki zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone, zapewniające pełną barierowość. Zamawiający nie dopuścił fartucha, w którym wstawka jest przeszuta techniką tradycyjnego podwójnego szycia. Zadaniem fartuchów chirurgicznych jest chronić personel medyczny przed możliwością zakażenia podczas operacji. Otwory, jakie powstają we wstawce w rękawie podczas przeszycia metodą tradycyjnego szycia – igłą, wykluczają zapewnienie pełnej barierowości. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w powyższym zakresie.*

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

Spór zaistniały między Stronami dotyczy tego, czy Zamawiający udzielając pismem z dnia 6 marca 2018 r. na pytanie 21 o treści: *Czy Zamawiający zgodzi się na zaoferowanie fartucha ze szwami wykonanymi techniką tradycyjnego podwójnego szycia i wstawkami nieprzemakalnymi wklejonymi zapewniającymi pełną barierowość?* odpowiedzi o treści: *Tak, przy zachowaniu pozostałych parametrów bez zmian*, zrezygnował tym samym z wymogu wskazanego w treści opisu zamieszczonego w formularzy cenowym dla Zadania 5 w pkt 1, dla fartucha chirurgicznego wzmocnionego w zakresie *rękawy na wysokości wstawki zszyte techniką ultradźwiękową lub klejone zapewniające pełną barierowość*.

W ocenie składu orzekającego na tak zadane pytanie udzielić należy odpowiedzi przeczącej.

Przede wszystkim, wskazać należy, że w zadanym pytaniu Odwołujący zawarł jednocześnie zapewnienie, że fartuch, którego dotyczy pytanie, zapewnia pełną barierowość. Jak wynika natomiast z przeprowadzonego podczas rozprawy dowodu z okazania, warunek zapewnienia pełnej barierowości nie został spełniony. Okoliczność ta w ocenie Izby jest wystarczająca dla uznania, że zaoferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w treści Formularza cenowego dla Zadania 5, pkt 1.

Ponadto, w ocenie Izby, w treści pytania wskazano, że wstawki będą wklejone, a nie przesyte. Jest okolicznością bezsporną, że w zaoferowanym fartuchu wszystkie warstwy w tym również wstawki nieprzemakalne zostały przesyte. Sam Odwołujący w treści odwołania przyznał, że *zaoferował w zadaniu 5 poz. 1 fartuch w rozmiarze M ze wstawkami wklejonymi w rękawach oraz na szwie/łączeniu przesytytymi nićmi z zastosowaniem tradycyjnego podwójnego szycia*. Tym samym, w ocenie Izby nie można się zgodzić, że odpowiadając twierdząco na zadane pytanie Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie fartucha ze wstawkami wklejonymi i przesytytymi, gdyż nie było o tym mowy w treści pytania. Przeprowadzone podczas rozprawy okazanie również potwierdziło powyższe, a dodatkowo potwierdziło, że w wyniku takiego przesywania miejsce na rękawach na wysokości wstawek nie jest szczelne, a tym samym nie zapewnia pełnej barierowości, ze względu na powstałe w wyniku przesywania otwory, również we wstawce.

Wreszcie – nie sposób pominąć, że z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego nie można wywnioskować, że zaaprobował on w sposób bezrefleksyjny rozwiązanie będące przedmiotem zapytania. Zamawiający godząc się na takie rozwiązanie podtrzymał jednocześnie pozostałe wymagania. Analizując treść opisu fartucha zawartą w formularzu cenowym dla Zadania 5, w pkt 1 nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający szczególną

wagę przywiązał do techniki wykonania rękawów fartucha i przede wszystkim do tego, aby zapewniały one pełną barierowość. Tym samym, nawet jeśli uznać, iż w wyniku odpowiedzi na to pytanie, Zamawiający zrezygnował z opisanych technik zszycia rękawa, to w ocenie Izby nie sposób wywnioskować, że Zamawiający jednocześnie zrezygnował z wymogu pełnej barierowości.

Dodatkowo zwrócić uwagę Odwołującego należy, że wymóg pełnej barierowości jest jasny i niebudzący wątpliwości. Tym samym nie można tego wymogu uzależniać od jakichkolwiek przesłanek, czy warunków użytkowania fartucha. W tym zakresie nie zasługuje prezentowana przez Odwołującego w treści odwołania i podczas rozprawy argumentacja, że przy standardowym użytkowaniu fartucha pełna barierowość jest zapewniana (arg. z odwołania: *żadne otwory nie pojawiają się podczas użytkowania fartucha, mogą one jedynie wystąpić podczas użycia bardzo wysokiej siły rozciągania materiału w okolicy szwu (przypadek abstrakcyjny)*). Podobnie jak nie przekonuje Izby argument, że wstawki posiadają zakładkę na szwie w celu wyeliminowania ryzyka powstawania otworów. Niezależnie od powyższego Izba miała na uwadze przeprowadzony w czasie rozprawy dowód z okazania, który wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że rękawy na wysokości wstawek takie otwory posiadają, a tym samym pełna barierowość nie jest zapewniona.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Odwołującego dotyczącej spełniania wymagań normy PN-EN 13795, Izba wskazuje, że okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy w sytuacji, gdy wymóg pełnej barierowości nie został spełniony.

Reasumując stwierdzić należy, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, ponieważ treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: