

WYROK
z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 września 2015 r. przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. Dr Władysława Biegańskiego z siedzibą w Grudziądzu, ul. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz,**

przy udziale wykonawcy **Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Regionalny Szpital Specjalistyczny im. Dr Władysława Biegańskiego z siedzibą w Grudziądzu, ul. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Dostawę artykułów medycznych jednorazowego użytku - oznaczenie sprawy: Z/13/PN/15. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 094 169235.

W dniu 28 sierpnia 2015 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również dla zadania 4, który to wybór został zakwestionowany przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź. W zadaniu tym za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona przez wykonawcę Mercator Medical S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków, który to wykonawca skutecznie przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Wykonawca SKAMEX Sp. z o.o., zwany dalej „Odwołującym” od powyższej czynności Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mercator Medical S.A. z powodu złożenia przez Mercator Medical S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 2) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mercator Medical S.A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty Mercator Medical S.A., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4,
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 4,
- 4) nakazanie wykluczenia wykonawcy Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków,
- 5) nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Mercator Medical S.A., ul. H.

Modrzejewskiej 30,31-327 Kraków,

6) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 4 złożył Odwołujący,

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań podał, że w ramach zadania nr 4 Zamawiający wymagał dostarczenia rękawic antyalergicznycych, diagnostycznych. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 4 podał, że oczekuje przedmiotu zamówienia - rękawic antyalergicznycych, diagnostycznych o określonych parametrach. W pierwotnym opisie SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia zakresie zadania nr 4 rękawic o następujących cechach: *„Rękawice diagnostyczne nitylowe do badań z wewnętrzną warstwą łagodząco-nawilżająco-natluszczającą z naturalnego aloesu i witaminy E, fioletowe, cienkie, grubość na palcach 0,1 +/-0,01 mm, mikroteksturowane z dodatkową teksturą na palcach, AQL 1,5 (fabrycznie naniesiona informacja na opakowaniu), zgodność z normą EN 455, oznakowane jako wyrób medyczny Klasy I i środek ochrony indywidualnej Kategorii III z adekwatnym oznakowaniem na opakowaniu (norma EN 455, EN 374 - cz. 2 i 3 z poziomami ochrony, EN 420). Odporne na przenikanie substancji chemicznych zgodnie z normą EN 374-3 - min. 8 substancji z czasem ochrony na co najmniej 2 poziomie, informacja o barierowości dla min. 2 alkoholi stosowanych w dezynfekcji badania na przenikalność wirusów zgodnie z normą ASTM F 1671 (fabryczne oznakowanie na opakowaniu).rozmiary XS-XL, opakowane max. 200 sztuk”.*

W wyniku wyjaśnień do treści SIWZ Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2015 roku w odpowiedzi na pytanie 48 w zakresie zadania 4 dopuścił następującą, szczegółowo opisaną w pytaniu o treści jn. alternatywę:

Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie rękawic diagnostycznych nitylowych do badań z wewnętrzną warstwą łagodząco - nawilżając o - pielęgnującą z alantoiną i kolagenem, na zewnątrz pokryte polimerem, różowe, o grubości na palcach 0,11-0,12 mm, mikroteksturowane z dodatkową teksturą na końcach palców, AQL 1,5 (fabrycznie naniesiona informacja na opakowaniu), zgodność z normą EN 455, oznakowane jako wyrób medyczny klasy I i środek ochrony indywidualnej kategorii HI z adekwatnym oznakowaniem na opakowaniu (norma EN 455, EN 374 — cz. 2 i 3 z poziomami ochrony, EN 420). Odporne na przenikanie substancji chemicznych zgodnie z normą EN 374-3 — min. 10 substancji z czasem ochrony na co najmniej 2 poziomie, badania na przenikalność wirusów zgodnie z normą ASTM FI 671 (fabryczne oznakowanie na opakowaniu). Rozmiary XS-XL, opakowanie a'100 sztuk. Odpowiadając na pytanie Zamawiający stwierdził, że wyraża zgodę na zaoferowanie opisanych wyżej rękawic. W przypadku ich zaoferowania powyższe zmiany należy umieścić w formularzu cenowym stanowiącym Załącznik do niniejszej SIWZ.

Przy tak dokonany opis Mercator Medical S.A. zaoferowała rękawice Nitrylex PF Collagen, deklarując, że oferuje rękawice zgodnie z powyższym dopuszczeniem.

Zaoferowane rękawice nie posiadają jednak zadeklarowanych cech, a mianowicie:

- barierowości dla min. 10 substancji chemicznych zgodnie z normą EN 374-3 z czasem ochrony na co najmniej 2 poziomie.

Odwołujący podkreślił, że wyżej opisany wymóg barierowości był uwzględniony zarówno w pierwotnym zapisie SIWZ, jak i powtórzony w dopuszczeniu, jako charakteryzujący zaproponowany alternatywny produkt. Określona oczekiwana barierowość rękawic pod względem:

- metodyki testowania barierowości (wg normy EN 374-3)
- ilości substancji chemicznych (min. 10),
- poziomu ochrony minimum 2, co wg normy EN 374-3 oznacza odporność na przenikanie >30 minut kontaktu.

W pierwotnej ofercie wykonawcy Mercator Medical S.A. na potwierdzenie spełnienia ww. wymogu złożono 2 dokumenty:

- Certyfikat Badania Typu WE (str. 34 - 35 oferty) potwierdzający odporność na penetrację tylko 1 substancji chemicznej - wodorotlenku na poziomie co najmniej drugim określone w badaniu wykonany wg normy EN 374-3,
- Dokument własny zatytułowany „Podsumowanie wyników badania” (str. 36 oferty) prezentujący wyniki badania odporności na penetrację 14 substancji (*de facto* leków cytostatycznych) uzyskanych wg metodyki z normy amerykańskiej ASTM D 6978. Ponadto wyniki podano w sposób niezgodny z normą europejską EN 374-3, gdyż zgodnie z punktem 8.6.1 normy „Do określenia poziomów skuteczności jest stosowany najmniejszy czas przebicia”. Z informacji zawartych w załączonym dokumencie dotyczących 12 z wymienionych różnych substancji podano „średni czas wykrycia przenikania” jako < 240 minut, zatem nie można określić jaki jest *najmniejszy czas przebicia* dla konkretnej substancji.

W dniu 03 sierpnia 2015 roku Zamawiający przesłał do firmy Mercator Medical S.A. pisemne zastrzeżenie dotyczące zgodności asortymentu z wymaganiami. W odpowiedzi firma Mercator Medical S.A. oficjalnym pismem potwierdziła, że rękawice zaoferowane przez nich w pakiecie 4 zostały przebadane na 10 substancji na min. 2 poziomie zgodnie z normą europejską EN 374-3. Dokument ten zawiera tabelę z wynikami badań przypisując 9 substancjom chemicznym (*de facto* lekom cytostatycznym) „Poziom skuteczności dotyczący odporności na przenikanie” wynoszący 5 i jednocześnie odpowiednio dla każdej substancji podając czas przebicia w minutach „<240”.

Taki sposób przedstawienia wyników leży w całkowitej sprzeczności z wymaganiami normy europejskiej EN 374-3, punkt 8.6.1, gdyż „Do określania poziomu skuteczności jest stosowany najmniejszy czas przebicia”. Takiej informacji z zapisu „<240” uzyskać nie można, zatem dokument jest niewiarygodny. Należy podkreślić, że zgodnie z punktem 5.3.1. normy

europejskiej EN 374-1, do której w zakresie terminów i definicji odwołuje się norma EN 374-3 (punkt 3), czasem ochrony mniejszym niż 240 minut można by przypisać maksymalnie „poziom odporności na przenikanie” wynoszący 4.

Wskazał, że w związku z powyższymi niejasnościami Zamawiający zwrócił się ponownie o wyjaśnienia do Mercator Medical S.A. w dniu 20 sierpnia 2015. W odpowiedzi wykonawca Mercator Medical S.A. w dniu 24 sierpnia 2015 przesłał kolejne wyjaśnienia do złożonej oferty. Strona nr 1 zawiera zmanipulowaną kopię Raportu z badań wykonanych w firmie Acron Rubber Development Laboratory Inc (ARDL), gdyż dokument pozbawiony jest istotnych fragmentów, w których podaje się np. metodykę, czy przedmiot badania. Między innymi wątpliwość wzbudza sposób prezentowania wyników („No breakthrough was detected up to 240 minutes”, co w bezpośrednim tłumaczeniu oznacza: „Nie wykryto przebicia do 240 minut”) dalece odbiegający od sposobu prezentowania wyników uzyskanych zgodnie z normą europejską. Zatem badania powołane przez firmę Mercator Medical S.A. spełniające wymagania Zamawiającego z oferty pierwotnej, jak i z dopuszczenia, dla zaoferowanego produktu nie zostały wykonane. Dlatego też Odwołujący w oparciu o powyższe stwierdził, że, przedstawione w toku postępowania wyjaśnienia powołują dokumenty, które w oryginale zawierają inne treści mające istotne dla sprawy znaczenie, a wykonawca Mercator Medical S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z powodu złożenia przez Mercator Medical S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dlatego też w świetle przedstawionych przez Odwołującego faktów oraz przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia w zakresie zadania nr 4 oferty Mercator Medical S.A. na podstawie zapisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych kwalifikuje się do uznania za całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes prawny Wykonawcy - firmy Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. k.

Z tym powyższym zarzutem Odwołujący wiąże również wystąpienie podstawy do stwierdzenia niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią postanowień SIWZ, a to winno skutkować odrzuceniem tej oferty.

W powyższym zakresie Odwołujący przedstawił szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej mających potwierdzać zasadność stawianych zarzutów we wskazanym stanie faktycznym.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w zaistniałej sytuacji brak jest podstaw zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy, ponieważ w ofercie Mercator Medical S.A. zostały wyraźnie wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych wyrobów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W prezentowanym na rozprawie stanowisku, które zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia wnioś o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

Stanowisko Zamawiającego zostało poparte przez Przystępującego wykonawcę, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w zadaniu 4 przedmiotowego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i Przystępującego przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu **Izba uznała, że zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia i wobec tego odwołanie zostało oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący, w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności: z treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnienia Przystępującego w zakresie zaoferowania wykonania zamówienia w sposób zgodny z postanowienia SIWZ, jak również z oświadczeń stron i Przystępującego złożonych do protokołu rozprawy.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty zawarte w odwołaniu, na rozprawie podał iż w sposób bardzo dokładny zbadał czy oferowane rękawice, w oparciu o przedłożone dokumenty spełniają wymagania SIWZ i czy tym samym taka oferta może podlegać ocenie Zamawiającego. Ponadto dla sprawdzenia zasadności zgłaszanych przez Odwołującego zastrzeżeń co do poprawności oferty Przystępującego, dwukrotnie występował do tego wykonawcy o wyjaśnienie kwestii poruszanych w pismach Odwołującego. Udzielone wyjaśnienia, zdaniem Zamawiającego w sposób jednoznaczny wykazały, że złożona oferta jest prawidłowa, a zaoferowany przedmiot spełnia wymagania postawione w SIWZ.

Również Przystępujący wskazywał na niezasadność zarzutów odwołania i podał, że jest on producentem zaferowanych rękawic i jako producent gwarantuje, że spełniają one wszystkie wymagania SIWZ.

Odnosząc się do powyższych stanowisk Izba na wstępie stwierdza, że podstawą uwzględnienia odwołania jest wykazanie poprzez złożenie wiarygodnych dowodów, że zarzuty podniesione w odwołaniu znajdują potwierdzenie w rzeczywistości. Nie jest wystarczające (jak to ma miejsce przy odwołaniach na treść postanowień SIWZ) dla uwzględnienia zarzutów tylko uprawdopodobnienie ich zasadności. Ponadto za przepisem art. 192 ust.2 Pzp podkreślić należy, że Izba może uwzględnić odwołanie tylko w razie jednoznacznego stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów (gdy to ma miejsce już po wyborze najkorzystniejszej oferty), które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dodać także należy, że postępowanie przed Izba ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Dotyczy to również przesłanki wpływu na wynik postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. W tym przypadku co do zasady ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Oceniając dowody złożone przez Odwołującego w tym postępowaniu Izba stwierdza, że co najwyżej mogły zrodzić wątpliwości, czy zaferowane w ofercie wybranego wykonawcy rękawice odpowiadają wymaganiom SIWZ, natomiast takiej niezgodności nie wykazały.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów odwołania podnieść należy, że Odwołujący koncentrował się w nich na przypuszczeniach, że zaferowane w ofercie rękawice nie spełniają wymagania co do poziomu skuteczności odporności na *przenikanie środków chemicznych* przez okres nie mniejszy niż 240 minut, co w szczególności wynikało z wyjaśnień Przystępującego z dnia 7 sierpnia 2015 roku. Wobec postawienia takich zarzutów Zamawiający ponownie wystąpił do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 24 sierpnia 2015 roku podał, że w kwestii czasu odporności na przenikanie został błędnie wskazany ww. parametr spowodowany omyłką pisarską osoby tłumaczącej treść tabeli na język polski.

Ponadto Odwołujący wywodził iż Przystępujący dokonując wyjaśnień z dnia 24 sierpnia 2015 roku dokonał zmanipulowania treści Raportu z badań wykonanych w firmie Acron Rubber Development Laboratory Inc (ARDL), gdyż dokument został pozbawiony istotnych fragmentów, w których podaje się np. metodykę, czy przedmiot badania. Wątpliwości Odwołującego wzbudzał sposób prezentowania wyników odporności na

przenikanie środków chemicznych. W tym zakresie Odwołujący przedłożył między innymi przetłumaczoną kopię pisma otrzymanego od laboratorium ARDL które dokonywało badań zaoferowanych rękawic. Odnosząc się do powyższego pisma stwierdzić należy, że z powyższej informacji ARDL nie sposób wyciągnąć jednoznacznych wniosków co do braku badania zaoferowanych rękawic, a także ustalenia iż wynik badania nie potwierdza spełniania wymagań SIWZ. W piśmie tym ARDL podał, że cyt. *"Przeprowadziliśmy znaczącą ilość testów dla tego klienta w ramach przywołanych projektów... Oryginalne wyniki testów należą do nich, nie do nas", ... „ARDL przeprowadziło badanie penetracji chemioterapeutyków wg ASTM D 6978-05 stanowiące podstawę raportu wystawionego 6 grudnia 2010 pod numerem projektu PN92210E. Testy przeprowadzono, jak oznaczono, dla „Bezpudrowa Nitrylową Diagnostyczna Rękawica, niebieska (3 mil) Nr serii PG123R10K001”. Wartości zaczerpnięte z tego raportu odpowiadają numerom, które pojawiają się na kserokopii wysłanej do nas. W naszym raporcie, zamiast "<240" mieliśmy zapis: "Brak przebicia do 240 min." (Test jest zakończony na 240 minutach). Badana seria rękawic wypadła bardzo dobrze w testach na penetrację leków. Nic mi nie wiadomo o jakiegokolwiek związanej z testowanymi rękawicami marce, ani też nie istnieje odniesienie do zawartości kolagenu czy nazwy Nitrylex w dokumentach otrzymanych od klienta"*.

Analizując zarówno powyższe jak i dalszą treść przedmiotowego pisma ARDL stwierdzić należy, że wykonano szereg badań rękawic dla Przystępującego, badania były pomyślne, potwierdzały bardzo dobrą jakość badanych rękawic. Ponadto jednoznacznie wykazano, że odporność na przenikanie jest wyższa niż 240 minut. Ponadto badający oświadczył, że cyt. *„Nic mi nie wiadomo o jakiegokolwiek związanej z testowanymi rękawicami marce, ani też nie istnieje odniesienie do zawartości kolagenu czy nazwy Nitrylex w dokumentach otrzymanych od klienta"*. Ponadto badający odnosząc się do przywoływanej nazwy „Nitrylex” podał, że to nie badający lecz *„Jedynie producent może określić czy badane numery serii odnoszą się do produktu „Nitrylex”*. W tej sytuacji wywodzenie przez Odwołującego, biorąc pod uwagę wybrane i wyrwane z kontekstu całego opisu dotyczącego badania rękawic treści, mających uzasadnić tezy zawarte w podniesionych zarzutach jest nieuprawnione i tym samym nie może stanowić dowodu potwierdzającego zasadność zarzutów.

Stwierdzić należy, że niewątpliwie w wyjaśnieniu Przystępującego z dnia 07.08.2015 roku wkraść się błąd w zakresie graficznego przedstawienia czasu odporności oferowanych rękawic na czas poniżej 240 minut (<240). Niewątpliwym jest także, że w opisie literalnym w tabeli dla określenia odporności na przenikanie, ustalonym przez ww. laboratorium czas ten opisano jako *„up to 240 minutes”*, co w tłumaczeniu oznacza, że *do 240 minut* nie stwierdzono przenikania substancji chemicznych przez strukturę badanych rękawic. Ponadto za Przystępującym Izba podaje, że opierając się na przedmiotowym

badaniu stwierdzić należy, że oferowany produkt spełnia wymagania poziomu 5 wg. EN 374-3. W tym zakresie, (co należy uznać za istotne) podać należy, że Zamawiający wg postanowień SIWZ nie oczekiwał podania przez wykonawców czasu odporności na przenikanie przez rękawice substancji chemicznych i leków, lecz oczekiwał tylko wykazania barierowości dla min. 10 substancji chemicznych zgodnie z normą EN **374-3** z czasem ochrony na co najmniej 2 poziomie. Dlatego też dowodzenie przez Odwołującego co do niewłaściwego podania czasu odporności na przenikanie, jest wywodzeniem w oparciu o dane których Zamawiający nie wymagał w SIWZ od wykonawców i tym samym nawet w przypadku potwierdzenia zarzutu nie mogłoby być podstawą dla uznania zasadności zarzutów. Takie postępowanie Odwołującego należy uznać za próbę wywodzenia nieprawidłowości w ofercie Przystępującego ponad treść SIWZ, a to nie może być uznane przez Izbę za dopuszczalne.

Ponadto podkreślenia wymaga iż wynik badania laboratoryjnego rękawic nie wykazuje, że zaoferowany produkt jest niezgodny z SIWZ. Wywodzenie z nazwy rękawic przekazanych do badania iż badane były inne rękawice niż te zaoferowane nie został wykazany przez Odwołującego. Istotny jest produkt który został poddany badaniu, a nie nazwa rękawic. Jeżeli produkt (jego skład oraz parametry) się nie zmienił Wytwórca nie ma konieczności powtarzania badania, nawet gdyby zmienił nazwę rękawic. Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Przystępującego, że rękawice, które zostały przebadane w zakresie odporności na przenikanie cytostatyków (wykonane w dniu 07.02.2005 r.), zostały wprowadzone do obrotu przez firmę Mercator Medical S.A. pod nazwa handlową Nitrylex PF Collagen, po dokonaniu zgłoszenia do Urzędu Rejestracji w dniu 3.12.2013. Odwołujący w tym zakresie kwestionował, że niemożliwym jest, aby przebadane w dniu 07.02.2005 r rękawice zostały zgłoszone do Urzędu Patentowego dopiero w 2007 roku. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Przystępującego który stwierdził, że często przed zgłoszeniem patentowanym dane urządzenie czy produkt poddawany jest wieloletnim badaniom. Za przyznaniem racji stanowisku Zamawiającego i Przystępującego przemawiał także fakt iż Przystępujący jest producentem przedmiotowych rękawic i tym samym zgodnie z Ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r., Dz. U. Nr 107, poz. 679 Mercator Medical S.A. pełni rolę wytwórcy i jako wytwórca jest odpowiedzialny za projektowanie, wytwarzanie, pakowanie i oznakowanie wyrobu przed wprowadzeniem go do obrotu pod nazwą własną. Jako wytwórca rękawic będących wyrobem medycznym Mercator Medical S.A. ponosi pełną odpowiedzialność za produkt.

Tym samym nie potwierdził się zarzut podania w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji, a także związanego z tym zarzutem zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ, a także pozostałe zarzuty dotyczące naruszenia art 7 ust.1 i 91 ust.1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący