

Sygn. akt KIO 2677/19

WYROK
z dnia 20 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale wykonawcy: **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest „Dostawa rękawic jednorazowych do użytku medycznego, zestawów używanych w przypadku nietrzymania moczu, artykułów do infuzji, przyrządów do anestezji i resuscytacji oraz innych wyrobów i produktów medycznych (w tym do użytku szpitalnego oraz na salach operacyjnych), środków odkażających do rąk; soczewek kontaktowych, wyrobów do transfuzji krwi”; znak sprawy 2/Apteka/2019-30/ZP/19 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Opis przedmiotu zamówienia został określony szczegółowo w załączniku nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 20 maja 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 096-231558.

W dniu 30 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”). Złożone odwołanie dotyczyło pakietu obejmującego dostawę rękawiczek diagnostycznych (pakiet XXIII/11).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu, polegającej na dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi (dalej „Skamex” lub „przystępujący”) w ramach kryterium oceny ofert (przyznanie nieprawidłowej liczby punktów) oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył - poza wynikającymi z uzasadnienia odwołania - następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Skamex, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Pzp, w wyniku nieprawidłowej oceny tej oferty w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ (przyznanie 95,14 pkt zamiast 81,08 pkt) oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i pozacenowych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób nieprowadzący do wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia oceny ofert, w tym przyznanie prawidłowej liczby punktów ofercie Skamex, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający poinformował odwołującego o czynności wyboru oferty Skamex, umieszczając przedmiotową informację na platformie zakupowej w dniu 20 grudnia 2019 r. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonując oceny ofert w niniejszym postępowaniu, wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Kryteriami oceny ofert w pakiecie XXIII/11 była: 1) cena ofert - waga kryterium 75%, termin dostawy - waga 5% i jakość oferowanego towaru - waga 20%. Na potwierdzenie spełniania kryteriów jakościowych zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ (wymagania jakościowe oferowanego towaru) w pozycjach 44 - 48 wskazał dokumenty, jakie wykonawcy winni przedłożyć, aby zamawiający na ich podstawie mógł dokonać oceny oferowanych produktów i przyznać im odpowiednią liczbę punktów. Jednocześnie w rozdziale 9 pkt 3 SIWZ zaznaczono, że wymagania jakościowe (podstawowe i oceniane), wraz z dokumentami wymaganymi na potwierdzenie ich spełniania przez oferowany towar i liczba punktów, zostały określone w załączniku nr 4 do SIWZ. Z kolei w rozdziale 9 pkt 6 SIWZ zamawiający zastrzegł, że za najkorzystniejszą uzna tę ofertę, która uzyska największą sumę punktów otrzymanych we wszystkich kryteriach, czyli ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Zgodnie z pkt 45 załącznika nr 4 do SIWZ w ramach kryterium „jakość oferowanego towaru” zamawiający przewidział przyznanie po jednym punkcie za „Odporność wyrobu na przenikanie (przebicie) n/w płynnych substancji cytostatycznych w czasie min. 1 godz. wyznaczona zgodnie z normą PN-EN 374-3 lub PN-EN 16523-1:2015-05. lub ASTM D6978-05: a) 5-Fluorouracil b) Cyclophosphamide c) Doxorubicin d) Taxol e) Cisplatin f) Karmustyna g) Vinkrystyna”. Jako dokumenty potwierdzające dla tej pozycji wskazano: „podać czasy przebicia wyrobu dla substancji określonych przez zamawiającego, potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”. Tym samym podstawą przyznania punktów za przenikanie substancji cytostatycznych były w tym wypadku wyniki badań

wyrobu wykonane przez odpowiednie laboratorium. Skamex, dla celów uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium, złożył wraz z ofertą dokument pod polską nazwą „Zalecenia dotyczące odporności chemicznej - leki cytotoksyczne”. Dokument ten zawiera informację, że rękawice „zostały przetestowane zgodnie z ASTM F 739 „Standardową metodą badania odporności materiałów ubrań ochronnych na przenikanie płynnych lub gazowych substancji w warunkach ciągłego kontaktu”, EN 374-3 „Rękawice chroniące przed chemikaliami i mikroorganizmami - określenie odporności na przenikanie substancji chemicznych” lub ASTM D 6978 „Ocena odporności rękawic medycznych na przenikanie chemioterapeutyków” przez niezależne akredytowane jednostki badawcze”. Następnie przedstawiona została tabela z wartościami przenikalności. Pod tabelą zaś zamieszczono zastrzeżenie, że „Sempermed [producent- przypis odwołującego] oświadcza, że wartości dla poziomów przenikania ustalono na podstawie badań laboratoryjnych wykonywanych w ustalonych warunkach i mogą nie odzwierciedlać wszystkich rzeczywistych warunków.” Z powyższego wynika, że przedstawiony dokument nie jest raportem z badań żadnego laboratorium, a wartości podane w tabeli zostały „ustalone na podstawie badań laboratoryjnych”, a zatem nie stanowią bezpośrednio wyników przeprowadzonych badań. W przedmiotowym przypadku zamawiający wyraźnie oczekiwał przedstawienia wyników badań wykonanych przez laboratorium, a nie informacji na temat przenikalności opracowanej na podstawie takich wyników. Przedmiotowy problem nie dotyczy jedynie kwestii formalnej dokumentu, ale stanowi istotne uchybienie wymaganiami SIWZ. Wyniki z badań laboratorium to dane podane wprost z badań przeprowadzonych zgodnie z odnośnymi normami, metodologią itd. Natomiast dane podane przez producenta w „zaleceniach dotyczących odporności chemicznej” zostały opracowane na podstawie nieznannej metodologii i w nieznanym sposobie w oparciu o wykonane badania. Przedmiotowy dokument wskazuje na wykonanie badań przez dwa laboratoria. Nie wiadomo w jaki sposób przedstawione zostały wyniki, czy wyciągano średnią, czy przyjmowano dowolne podane w raportach z badań obu laboratoriów wartości. Podsumowując, z uwagi na fakt, że Skamex nie przedstawił wymaganego dla przyznania punktów w kryterium z pozycji 45 załącznika nr 4 do SIWZ dokumentu - wyników badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO, w przedmiotowym kryterium, zamawiający bezpodstawnie przyznał wykonawcy punkty w tym kryterium.

Ponadto odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt 46 załącznika nr 4 do SIWZ, zamawiający przewidział przyznanie po jednym punkcie za „Odporność wyrobu na przenikanie (przebicie) n/w substancji w określonym dla nich czasie, wyznaczona zgodnie z normą PN-EN 374-3 lub PN-EN 16523-1:2015-05.: (a) etanol 70% - min. 30 min., (b) isopropanol 70% - min. 30 min., (c) formalina 10% - min. 3 godz. lub formalina (formaldehyd)

36-37% - min. 115 min. (średni czas przebicia min. 230 min.), (d) wodorotlenek sodu 40% - min. 2 godz., (e) glutaraldehyd 4% - min. 2 godz. lub glutaraldehyd 2,4% - min. 8 godz. lub glutaraldehyd 5% - min. 2 godz. lub glutaraldehyd 50% - min. 6 poziom odporności (zgodnie z normę EN 374 mierzony czas przebicia (min)>480), (f) Kwas solny (kwas chlorowodorowy) - min. 30 min. Jako dokumenty potwierdzające dla tej pozycji wskazano „podać czasy przebicia wyrobu dla substancji określonych przez zamawiającego, potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”. Zatem podstawą przyznania punktów za przenikanie substancji chemicznych były również i w tym wypadku wyniki badań wyrobu, wykonane przez odpowiednie laboratorium. Skamex, dla celów uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium, złożył wraz z ofertą dokument pod nazwą „Recommendation on Chemical Resistance”. Dokument ten zawiera informację: „Poniższe rękawice ochronne zostały przebadane wg EN 374-3:2003”, „Określanie odporności na penetrację substancji chemicznych I EN 16523-1:2015”, „Określenie odporności materiału na przenikanie przez chemikalia” i „uzyskano następujące wyniki”. Następnie przedstawiona została tabela z wartościami przenikalności. Pod tabelą zaś zamieszczono zastrzeżenie: „WAŻNA UWAGA: Najnowszy wykaz odporności chemicznej znajduje się na www.sempermed.com. Proszę zauważyć, że charakterystyki produktu są bezpośrednio zależne od warunków użycia i czystości substancji. Podczas pracy z materiałami, szkodliwymi dla skóry, należy zawsze sprawdzić rękawice pod względem dziur, czy przetarć przed użyciem. W zasadzie, testy i certyfikaty mogą jedynie stanowić wskazówki ogólne i nie zwalniają użytkownika od odpowiedzialności upewnienia się, że rękawica spełnia wymagania dla przeznaczenia użycia. Zalecenia odporności chemicznej nie stanowią części specyfikacji. Uwaga: Nieprzestrzeganie tej informacji w szczególności odnośnie odporności chemicznej, częstotliwości zmiany i tolerancji rękawic może skutkować zranieniem i/lub uszkodzeniem materiału. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości należy zasięgnąć rady eksperta.” W ocenie odwołującego powyższego wynika, że przedstawiony dokument nie jest raportem z badań żadnego laboratorium, nie wskazano nawet, że wyniki ustalono na podstawie badań tylko, że „jakieś” badania zostały wykonane. Nie wskazano również, aby badania były wykonane przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO. Przedstawione wyniki nie stanowią bezpośrednio wyników przeprowadzonych badań wykonanych przez laboratorium akredytowane. W przedmiotowym przypadku zamawiający wyraźnie oczekiwał przedstawienia wyników badań wykonanych przez laboratorium akredytowane, a nie informacji na temat przenikalności, opracowanej na podstawie własnych danych producenta. W oparciu o przedłożony dokument nie sposób stwierdzić skąd pochodzą dane dotyczące przenikalności oraz, czy w ogóle zostały przeprowadzone badania przenikalności przez certyfikowane laboratorium. Podsumowując, z uwagi na fakt,

że Skamex nie przedstawił wymaganego dla przyznania punktów w kryterium z pozycji 46 załącznika nr 4 do SIWZ, dokumentu - wyników badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO, w przedmiotowym kryterium, zamawiający bezpodstawnie przyznał wykonawcy punkty w tym kryterium.

W dalszej części odwołania odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z pkt 47 załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający przewidział przyznanie po 1 pkt za „Siła zerwania wg normy EN 455-2 po starzeniu: a) powyżej 7,ON za każde dodatkowe 0,5N max. do 9,ON”, w kryterium Jakość oferowanego towaru. Jako dokumenty potwierdzające dla tej pozycji wskazano „podać wartość, potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”. Skamex, dla celów uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium, złożył wraz z ofertą dokument pod nazwą „Skrócony raport testowy producenta (tłumaczenie dokumentu)” datowany na październik 2015 r. Jednocześnie na wezwanie zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2019 r., Skamex złożył „Techniczną specyfikację produktu” z 28 lutego 2019 r., wyjaśniając w złożonym oświadczeniu, że do oferty omyłkowo została załączona nieaktualna karta techniczna. Dalej wskazał, że z dniem 28 lutego 2019 r. zmieniła się specyfikacja techniczna zaoferowanego asortymentu w zakresie pakietu XXIII/11. Tym samym, biorąc pod uwagę złożone przez Skamex oświadczenie o zmianie specyfikacji technicznej oferowanego asortymentu z dniem 28 lutego 2019 r. wskazać należy, że załączony do oferty Skrócony raport testowy producenta z października 2015 r. dotyczy asortymentu o innej specyfikacji technicznej niż ten wynikający z nowej technicznej specyfikacji produktu. Jeśli zatem, w dniu 28 lutego 2019 r. zmieniła się, jak oświadczył sam Skamex, specyfikacja techniczna oferowanego produktu, to do oferty nie dołączono dla tego produktu dokumentów wymaganych w poz. 47 załącznika nr 4 do SIWZ. Zamawiający nie był zatem uprawniony do przyznania punktów ofercie Skamex za wymagania jakościowe dot. siły zerwania. W ramach tego wymagania, Skamex winien był otrzymać 0 pkt, podobnie jak 0 pkt otrzymał w kryterium opisanym w poz. 48 załącznika nr 4 do SIWZ. Dodatkowo odwołujący podnosił, że przedstawione wyniki nie stanowią bezpośrednio wyników przeprowadzonych badań wykonanych przez laboratorium akredytowane. W przedmiotowym przypadku zamawiający wyraźnie oczekiwał przedstawienia wyników badań wykonanych przez laboratorium akredytowane, a nie podania informacji w zakresie siły zerwania i rozciągliwości po starzeniu, na podstawie testów producenta. W skróconym raporcie testowym producenta z października 2015 r. pod tabelą wskazano: „Testy przeprowadzono w naszych laboratoriach Siam Sempred Corp. Ltd w Tajlandii lub Latexx Partnet Berhard, jako część standardowej kontroli wysyłki”. Powyższe w sposób wyraźny wskazuje, że przedmiotowy

dokument nie jest dokumentem, którego zamawiający wymagał w zakresie poz. 47 i 48 (pakiet nr XXIII/11) załącznika nr 4 do SIWZ.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że dokumenty, jakich na potwierdzenie spełnienia wymagań jakościowych ocenianych żądał zamawiający, nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert (tak wyrok KIO z 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 763/17). W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że zamawiając naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Odstępując od oceny ofert według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w oparciu o wskazane w załączniku nr 4 do SIWZ dokumenty, zamawiający naruszył jednocześnie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Takie działanie zamawiającego prowadzi również do wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Zamawiający, w dniu 31 grudnia 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 2 stycznia 2020 r. wykonawca **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 15 stycznia 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w całości.

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 16 stycznia 2020 r., działając na podstawie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, wniósł ustnie, do protokołu, sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty Skamex złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym w toku prowadzonego postępowania, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z 30 grudnia 2019 r., aktami sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2343/19, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Na skutek nieprawidłowego, w ocenie odwołującego, postępowania zamawiającego w zakresie oceny oferty Skamex, w oparciu o kryteria ustalone w SIWZ, tj. przyznanie większej liczby punktów, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zamawiający będzie zobowiązany do ponownej oceny ofert, a w konsekwencji do dokonania wyboru złożonej przez odwołującego oferty, jako najkorzystniejszej.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty Skamex, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym w postępowaniu, informacji o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Skamex z 30 grudnia 2019 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego na rozprawie, w postaci:

1. certyfikatu akredytacji dla Akron Rubber Development Laboratory Inc. potwierdzającego, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski;
2. oświadczenia producenta – Sempermed z 7 stycznia 2020 r. z którego wynika, że testy przenikania chemikaliów dla rękawic oferowanych przez tego producenta wykonywane są w jego laboratoriach badawczych, m. in. SATRA Technology Centre Limited oraz ProQuares B.V. Rijswijk, wraz z tłumaczeniem na język polski;
3. certyfikatu akredytacji dla laboratorium badawczego SATRA Technology Centre Limited, potwierdzającego, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski;
4. certyfikatu akredytacji dla laboratorium badawczego ProQuares B.V. Rijswijk, potwierdzającego, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski;
5. wydruku ze strony internetowej firmy Latexx, producenta rękawic oferowanych przez przystępującego, wraz z tłumaczeniem na język polski;

6. deklaracji zgodności dla produktu: niesterylne rękawice medyczne i ochronne jednorazowego użytku – sempercare nitrile skin, wraz z tłumaczeniem na język polski;
7. oświadczenia producenta rękawic - Sempermed z 7 stycznia 2020 r., potwierdzającego, że jego wewnętrzne laboratoria w Latexx Partners Berhard są częścią Systemu Zarządzania Jakością, który jest certyfikowany przez TÜV SÜD Product Service GmbH, zgodnie z normami ISO 13485 i ISO 9001, wraz z tłumaczeniem na język polski;
8. certyfikatu dla Latexx Partners Berhard w zakresie projektowania i rozwoju oraz produkcji i dystrybucji sterylnych i niesterylnych rękawic diagnostycznych z gumy naturalnej i lateksu syntetycznego, potwierdzającego zgodność z normą ISO 9001, wraz z tłumaczeniem na język polski;
9. certyfikatu dla Latexx Partners Berhard w zakresie projektowania i rozwoju oraz produkcji i dystrybucji sterylnych i niesterylnych rękawic diagnostycznych z gumy naturalnej i lateksu syntetycznego, potwierdzającego zgodność z normą ISO 13485, wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba postanowiła także załączyć do akt sprawy, z urzędu akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2343/19.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotowe odwołanie dotyczy pakietu nr XXIII/11, w ramach którego wykonawcy mieli dostarczyć rękawiczki diagnostyczne (wyroby medyczne), niejałowe, nitrylowe, bezpudrowe - dostępność rozmiarów: "XS^M"; "S"; "M"; "L"; "XL". Wewnętrzna strona rękawic zapewniająca właściwe nakładanie rękawic na dłoń. Wykończenie mankietu równomiernie rolowane, powierzchnia lekko teksturowana, dopuszcza się wyłącznie na palcach lub na całej powierzchni, kształt uniwersalny pasujący na lewą i prawą dłoń. Brak pęknięcia rękawic przy nakładaniu oraz w trakcie wykonywania czynności pielęgniarskich i diagnostycznych - odporność na rozerwanie min 7,0 N po starzeniu. Miękkie elastyczne. Grubość dla pojedynczej ścianki w najcieńszym miejscu minimum 0,05 mm z wyłączeniem palców -/> 0,09 mm (dopuszcza się na palcach min. 0,10±0,02 mm). Minimalna długość rękawicy: 240 mm. Rękawice spełniające normę: EN 455-1-2-3-4; PN-EN 420+AI:2012 lub PN- EN 420+AI:2009. AQL MAX. 1,5 dla produktu finalnego (po zapakowaniu). Bez zawartości protein. Rozciągliwość min. 500% po starzeniu. Zamawiający dopuszcza rękawice posiadające parametr rozciągliwości na rozerwanie po starzeniu min. 400%. Pod warunkiem posiadania przez nie znacznie wyższego od wymaganego parametru siły zrywu tj.; przed starzeniem min. 9,25 N, po starzeniu min. 8,20 N, zapewniając jednocześnie wysoką elastyczność rękawic.

Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający w rozdziale 9 wskazał kryteria wyboru ofert oraz przewidział sposób ich oceny. Kryteriami oceny ofert w pakiecie XXIII/11 była, zgodnie z pkt 1 ppkt 2: 1) cena ofert - waga kryterium 75%, termin dostawy - waga 5% i jakość oferowanego towaru - waga 20%. Jednocześnie w pkt 3 zamawiający wskazał, że wymagania jakościowe (podstawowe i oceniane) wraz z dokumentami wymaganymi na potwierdzenie ich spełnienia przez oferowany towar i liczbą punktów zostały określone w Załączniku nr 4 do SIWZ. Spełnianie przez oferowany towar wymagań jakościowego, którego rodzaj został oznaczony przez zamawiającego jako „podstawowe” jest bezwzględnie wymagane - brak jego spełnienia spowoduje odrzucenie oferty.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 4 do SIWZ - Wymagania jakościowe oferowanego towaru, w kolumnie pierwszej, opisano wymagania jakościowe dla wyrobów, kolumna druga wskazywała czy wymaganie to jest podstawowe czy też oceniane. W kolejnej opisano ilość punktów jaka zostanie przyznana w danej pozycji, jeśli wymaganie jest punktowane w ramach kryteriach oceny ofert, natomiast w ostatniej kolumnie opisano dokumenty, które należy przedstawić w celu potwierdzenia, że oferowane wyroby spełniają wskazane przez zamawiającego parametry. Dla pakietu XXIII/11 określono, w pozycjach od 45 do 47 jako dokumenty, które wykonawcy winni przedłożyć, aby zamawiający na ich podstawie mógł dokonać oceny oferowanych produktów i przyznać im odpowiednią liczbę punktów: „potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”.

Skład orzekający ustalił ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, w dniu 7 listopada 2019 r., podjął decyzję o odrzuceniu oferty przystępującego. Na powyższą czynność Skamex w dniu 18 listopada 2019 r. złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Skamex wskazał, że oferowany przez niego asortyment nie spełnia wymagań w zakresie odporności na rozerwanie oraz rozciągliwości (tj. wymagań opisanych w pozycjach 47 i 48 Załącznika nr 4 do SIWZ). Zamawiający powziął wątpliwości w tym zakresie, pomimo złożenia przez przystępującego dokumentów w postaci „Karty danych technicznych wyrobu” oraz „Skróconego raportu testowego producenta” (dokument producenta Semperit), jak też niezależnie od wyjaśnień przystępującego, dotyczących spełniania wymagań w zakresie opisanym w obu pozycjach. Izba ustaliła, że sprawie nadano sygnaturę: KIO 2343/19. Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: Zarys International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Zabrze oraz ABOOK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jak wynika z akt sprawy

odwoławczej, zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 29 listopada 2019 r. oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Z uwagi na fakt, że przystępujący do postępowania nie zgłosili sprzeciwu - Izba umorzyła postępowanie, wydając w tej sprawie postanowienie z dnia 29 listopada 2019 r.

Izba ustaliła także, że zamawiający dokonał powtórnej oceny złożonych w postępowaniu ofert, przyznając wykonawcy Skamex 95,14 pkt i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. O wyborze oferty przystępującego, biorący udział w postępowaniu, zostali poinformowani w dniu 20 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, co kluczowe dla oceny podnoszonych przez odwołującego zarzutów, że zamawiający w punktach od 45 do 47 Załącznika nr 4 do SIWZ, w kolumnie w której opisywał jakie dokumenty przedstawić winien wykonawca na potwierdzenie, że oferowane przez niego wyroby charakteryzują się cechami, wskazanymi w ofercie, zawarł jedynie ogólną informację: „potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”. W SIWZ nie sprecyzowano jakie mają być to dokumenty, nie określono także ich szczegółowej treści czy zakresu informacji jaki ma się w nich znaleźć. Kluczowym zatem było, aby zamawiający na podstawie przedłożonych dokumentów, był w stanie potwierdzić, że zostały przeprowadzone badania danego wyrobu, w zakresie w jakim wyrób ten miał charakteryzować się deklarowanymi parametrami oraz, że badania te zostały wykonane przez akredytowane laboratorium lub takie, które posiada certyfikat zarządzania jakością ISO. Co równie istotne zamawiający, ani w treści przywołanego załącznika nr 4, ani też w żadnym innym miejscu SIWZ nie określił, że wykonawca ma przedstawić dodatkowe dokumenty potwierdzające czy to fakt, że dane laboratorium aktualną akredytację posiada lub też, że ma ono certyfikat zarządzania jakością ISO.

Co warte także zauważenia odwołujący kwestionował fakt przyznania punktów przystępującemu z tego powodu, że dokumenty, które ten złożył celem potwierdzenia wymagań jakościowych, były w jego ocenie niezgodne z SIWZ. Nie podważał natomiast faktu, że wyroby oferowane przez Skamex cechy te posiadają a zatem, że punktowane w ramach kryteriów oceny ofert wymogi - zostały spełnione.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, formułowanych przez odwołującego w odniesieniu do dokumentów, przedkładanych przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia wymagań opisanych w poszczególnych pozycjach należy zauważyć, co następuje.

Podstawą przyznania punktów w przypadku wymogów dotyczących odporności wyrobu na przenikanie substancji cytostatycznych był dokument, datowany na wrzesień 2015 r., zatytułowany, zgodnie z tłumaczeniem: „Zalecenia dotyczące odporności chemicznej - leki cytotoksyczne”. Z jego treści wynika, że rękawice zostały przetestowane zgodnie z ASTM F 739 „Standardową metodą badania odporności materiałów ubrań ochronnych na przenikanie płynnych lub gazowych substancji w warunkach ciągłego kontaktu”, EN 374-3 „Rękawice chroniące przed chemikaliami i mikroorganizmami - określenie odporności na przenikanie substancji chemicznych” lub ASTM D 6978 „Ocena Odporności Rękawic medycznych na przenikanie chemioterapeutyków” przez niezależne akredytowane jednostki badawcze”. Poniżej w treści dokumentu wskazano nazwy jednostek, które te testy przeprowadziły tj. ARDL Akron Rubber Development Laboratory - Ohio, USA oraz RroQuares – Rijswijk, Holandia. Tabela, zamieszczona poniżej, prezentuje wyniki badań (testów), które to sformułowania używane są wymiennie w treści dokumentu. Rezultaty owych badań, czemu odwołujący nie przeczył, potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego, które to stanowiły podstawę przyznania punktów w ramach kryterium „jakość oferowanego towaru” dla tej pozycji. Rozważania odwołującego, że w tabeli zaprezentowano jedynie informacje na temat przenikalności a nie wyniki badań uzyskane z dwóch wymienionych laboratoriów, w ocenie Izby, nie znajdują potwierdzenia w treści dokumentu. W komentarzu pod tabelą wyraźnie wskazano, że „wartości dla poziomów przenikania ustalono na podstawie badań laboratoryjnych”. Z treści dokumentu jednoznacznie wynika zatem, że zostały przeprowadzone badania produktów.

Z kolei fakt, co formułował odwołujący również jako zarzut w odniesieniu do treści złożonego dokumentu, że wskazuje on na wykonanie badań przez dwa laboratoria, pozostaje bez wpływu na dokonaną ocenę. Jak już Izba zauważyła wcześniej zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował, że wyniki badań mają pochodzić z jednego, określonego laboratorium, ani też nie określił sposobu, w jaki wyniki te mają zostać zaprezentowane przez wykonawcę.

Nie potwierdziły się również twierdzenia odwołującego, że laboratoria wymienione w treści dokumentu nie są to laboratoria posiadające akredytację. Skamex złożył na rozprawie, jako dowód, certyfikat akredytacji dla Akron Rubber Development Laboratory Inc. potwierdzający, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski. Certyfikat ten

wskazuje zakres akredytacji, w którym to mieszczą się badania wyrobu na przenikanie substancji chemicznych.

Reasumując, Izba uznała, że Skamex przedstawił dokumenty niezbędne dla przyznania punktów w kryterium z pozycji 45 załącznika nr 4 do SIWZ - wyniki badań wyrobu wykonane przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO. Tym samym zamawiający zasadnie przyznał punkty w przedmiotowym kryterium.

Kolejnym dokumentem, przedłożonym przez Skamex w postępowaniu był dokument pod nazwą „Recommendation on Chemical Resistance” - firmy Sempermed, który poza deklaracją złożoną przez przystępującego w ofercie, stanowił podstawę przyznania punktów za przenikanie substancji chemicznych (pozycja 46 w Załączniku nr 4 do SIWZ). W jego treści wskazano, że: „Poniższe rękawice ochronne zostały przebadane wg EN 374-3:2003 - Określanie odporności na penetrację substancji chemicznych i EN 16523-1:2015 - Określenie odporności materiału na przenikanie przez chemikalia i uzyskano następujące wyniki.”. Następnie przedstawiona została tabela z wartościami przenikalności. Wyników tych odwołujący nie kwestionował, twierdził natomiast, że z treści dokumentu nie wynika, że stanowi on raport z badań laboratorium posiadającego akredytację.

Izba, wzięła w tym zakresie pod uwagę dowody przedłożone przez przystępującego na rozprawie i nie podzieliła powyższych zastrzeżeń odwołującego. Skamex przedłożył oświadczenie producenta rękawic – Sempermed, który potwierdził w piśmie z 7 stycznia 2020 r., że testy przenikania chemikaliów dla produkowanych przez niego rękawic do badań nitrylowych pod marką sempercare nitrile skin wykonywane są w kilku laboratoriach badawczych, które zostały następnie wymienione w treści pisma. W zakresie parametrów, wymienionych w poz. 46 laboratoriami przeprowadzającymi badania są, zgodnie z oświadczeniem producenta: Satra Technology Centre Ltd oraz ProQares. Z treści dokumentu wynika zatem bezspornie, że producent rękawic dysponuje badaniami dla swoich produktów. Ponadto, ich wyniki zaprezentował w dokumencie, który przedłożony został przez przystępującego w postępowaniu. Ponadto, co również wykazał Skamex za pomocą dowodów złożonych na rozprawie, laboratoria prowadzące badania w zakresie parametrów opisanych w poz. 46 tabeli, posiadają akredytację (dowody: certyfikat akredytacji dla laboratorium badawczego SATRA Technology Centre Limited, potwierdzający, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski; certyfikat akredytacji dla laboratorium badawczego ProQuares B.V. Rijswijk, potwierdzające, że laboratorium to jest akredytowane zgodnie z uznaną normą międzynarodową ISO/ IEC 17025: 2005, wraz z tłumaczeniem na język polski).

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego, Skamex przedstawił w postępowaniu dokument na podstawie którego możliwe było przyznanie punktów w kryterium dla pozycji 46 załącznika nr 4 do SIWZ. Wyniki badań, zaprezentowane w złożonym dokumencie, pochodziły z laboratoriów posiadających akredytację (notyfikację). Skoro zamawiający nie sformułował szczegółowych wymagań ani co do treści dokumentu, ani też nie wymagał dodatkowych dokumentów świadczących o tym, że laboratorium które wykonało badania taką akredytację posiada, nie sposób podzielić argumentacji odwołującego zawartej w treści odwołania.

W zakresie podnoszonym przez odwołującego, odnoszącym się do przyznania Skamex punktów w pozycji 47 załącznika nr 4 do SIWZ w kryterium „Jakość oferowanego towaru” pomimo tego, że złożył on w dniu 19 sierpnia 2019 r. oświadczenie, że do oferty omyłkowo została załączona nieaktualna karta techniczna oraz, dla celów uzyskania punktów w pozycjach 47 i 48, przedłożył „Techniczną specyfikację produktu” z dnia 28 lutego 2019 r., Izba uznała podnoszone zarzuty za niezasadne.

Izba nie podzieliła wprawdzie stanowiska przystępującego, że formułowane w tym zakresie zarzuty należy uznać za spóźnione. Jak bowiem ustaliła Izba w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, w dniu 7 listopada 2019 r., podjął decyzję o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, że oferowany przez niego asortyment nie spełnia w ogóle wymagań w zakresie odporności na rozerwanie oraz rozciągliwości (tj. wymagań opisanych w pozycjach 47 i 48 Załącznika nr 4 do SIWZ). Wprawdzie zamawiający opierał swoje twierdzenia na danych zawartych w tych samych dokumentach, złożonych przez Skamex w toku postępowania w postaci „Karty danych technicznych wyrobu” oraz „Skróconego raportu testowego producenta” (dokument producenta Semperit), jednakże na podstawie tych dokumentów najpierw doszedł do przekonania, że wymagania dla produktów w ogóle nie zostały spełnione. Przedmiotem niniejszego odwołania jest fakt przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium „jakość oferowanego towaru”.

Nawet jeśli w rozpoznawanej przez KIO sprawie (sygn. akt KIO 2343/19) do postępowania odwoławczego przystąpił między innymi odwołujący, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który następnie nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, nie oznacza, że o ile nie kwestionował on faktu, że oferta Skamex nie powinna być odrzucona, zgadza się z faktem przyznania temu wykonawcy punktów w ramach kryterium jakościowego.

Izba uznała jednak za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, który argumentował w tym zakresie, że sama zmiana w karcie danych technicznych produktu nie oznacza, że nieaktualne są badania w zakresie opisanym w pozycji 47. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że wyniki badań, zaprezentowane w dokumencie

„Skrócony raport testowy producenta”, zdezaktualizowały się w wyniku zmiany samej karty danych technicznych.

Co do kwestii, że przedstawione wyniki badań nie stanowią wyników wykonanych przez laboratorium akredytowane Izba wzięła pod uwagę dokumenty złożone przez Skamex na rozprawie i uznała, że skrócony raport testowy producenta z października 2015 r., należy uznać za potwierdzający spełnianie wymagań opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ w poz. 47. Zamawiający i dla tej pozycji wymagał, jako dokumenty potwierdzające: „potwierdzić wynikami badań wyrobu wykonanymi przez laboratorium posiadające akredytację (notyfikację) lub certyfikat zarządzania jakością ISO”.

W dokumencie „Skrócony raport testowy producenta”, pod tabelą zawarto informację: „Testy przeprowadzono w naszych laboratoriach Siam Sempermed Corp. Ltd w Tajlandii lub Latexx Partnet Bernhard, jako część standardowej kontroli wysyłki. Wszystkie normy zastosowano w najnowszych wersjach”. Z treści dokumentu wynika zatem w jakich laboratoriach wykonane zostały badania, których wyniki zamieszczono w tabeli powyżej. Izba nie podziela również poglądu odwołującego, że raport z testów jest czym innym niż przedstawieniem wyników badań produktu. Jak już zauważono wcześniej, w dokumentach przedkładanych w postępowaniu, pojęcia te są używane wymiennie. Ponadto Skamex przedłożył, jako dowód, że badania zostały przeprowadzone w laboratorium, które posiada certyfikat zarządzania jakością ISO: oświadczenie producenta rękawic - Sempermed z 7 stycznia 2020 r., potwierdzające, że jego wewnętrzne laboratoria w Latexx Partners Bernhard są częścią Systemu Zarządzania Jakością, który jest certyfikowany przez TÜV SÜD Product Service GmbH, zgodnie z normami ISO 13485 i ISO 9001, wraz z tłumaczeniem na język polski; dwa certyfikaty dla Latexx Partners Bernhard w zakresie projektowania i rozwoju oraz produkcji i dystrybucji sterylnych i niesterylnych rękawic diagnostycznych z gumy naturalnej i lateksu syntetycznego, potwierdzające zgodność z normą ISO 9001 oraz normą ISO 13485, wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

Powyższe, w ocenie Izby, w sposób wyraźny wskazuje, że przedmiotowy dokument należy uznać za dokument, którego zamawiający wymagał w zakresie poz. 47 i 48 dla pakietu nr XXIII/11 załącznika nr 4 do SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), obciążając kosztami postępowania odwołującego oraz

zasądzając na rzecz przystępującego kwotę 3 600,00 zł., stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: