

WYROK
z dnia 23 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania

listopada 2015 r. przez wniesionego do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9**

wykonawcę: **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków,** w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego:

Szpital Powiatu Bytowskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Lęborska 13, 77-100 Bytów, przy udziale wykonawcy:

A. Zarys International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Mercator Medical S.A., ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Ślupsku.**

Przewodniczący:

1

Sygn. akt KIO 2448/15

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości poniżej progów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (poz. 147395 z 08.10.2015 r.) na „Dostawę rękawic chirurgicznych i medycznych jednorazowego użytku ZP35/A/21/2015”, w dniu 9 listopada 2015 r. zostało wniesione w formie elektronicznej z podpisem weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu odwołanie w zakresie części (pakietu) nr 1 zamówienia przez wykonawcę **Mercator Medical S.A.** z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego za pośrednictwem faksu w dniu 4 listopada 2015 r. o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części 1 zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego w kopii przesłane stronom w formie elektronicznej z podpisem weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu złożył w dniu 12 listopada 2015 r. wykonawca **Zarys International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,** z siedzibą w Zabrze po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania, gdyż w takim wypadku uzyska ww. zamówienie publiczne do realizacji.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę **Zarys International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,** uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności zamawiającego:

1. odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu numer 1,
2. wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 1 oferty spółki Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.,
3. zaniechania wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 1 oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Szpitalowi Powiatu Bytowskiego spółce z ograniczoną odpowiedzialnością naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień zarzucił naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

2

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie w zakresie pakietu numer 1 oferty odwołującego, podczas gdy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),
2. naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór w zakresie pakietu numer 1 jako najkorzystniejszej oferty spółki Zarys International Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., podczas gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu numer 1,
- 2) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu numer 1,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu numer 1, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 7.500 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że wykaz dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, jakie wykonawcy mieli dołączyć do ofert, znajdował się w rozdziale VII SIWZ. Zgodnie z tymi zapisami zamawiający wymagał między innymi załączenia w zakresie pakietu numer 1 dla pozycji 1,3,4,5,6,7,9 wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374 (rozdział VII punkt 3 SIWZ).

Kryteriami oceny ofert zgodnie z rozdziałem XV SIWZ była cena (waga 90%) oraz termin dostaw (waga 10%, termin dostawy do 2 dni od chwili złożenia zamówienia - 10 pkt, termin dostawy 3 dni od chwili złożenia zamówienia - 5 pkt, termin dostawy 4 dni robocze od chwili złożenia zamówienia - 0 pkt).

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 20 października 2015 r. W zakresie pakietu numer 1 wpłynęły dwie oferty - oferta odwołującego oraz oferta spółki Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.

Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia cenę 81.973,73 zł brutto oraz zadeklarował dwudniowy termin dostawy. Spółka Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. zaoferowała cenę 82.170,61 zł brutto oraz zadeklarowała również dwudniowy termin dostawy. Oferta odwołującego była więc przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert najkorzystniejsza.

3

Realizując obowiązek określony w rozdziale VII punkt 3 SIWZ w zakresie pakietu numer 1 pozycje 6 i 7 odwołujący dołączył do swojej oferty Certyfikat Badania Typu WE wystawiony przez jednostkę niezależną Satra Technology Centre (dokument znajduje się na stronie 71 oferty odwołującego, na stronie 70 znajduje się tłumaczenie tego dokumentu). Certyfikat dotyczy produktu o nazwie Nitrylex PF, który został zaoferowany przez odwołującego w zakresie pakietu numer 1, pozycji 6 i 7). Odwołujący powołał się na okoliczność, iż sam jest producentem tego wyrobu. Zaznaczał, że przedłożony Certyfikat zawiera wyniki badań jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374.

Odwołujący wyjaśniał, że 27 października 2015 r. otrzymał wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w tym

„przedłożenia w zakresie pakietu 1 poz. 6 i 7 badań z normą EN 374 bez wyłączenia klauzuli 5.3.2 „Rękawka powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A”.

Odwołujący podkreślał, że odpowiadając na przedmiotowe wezwanie dotyczące pakietu numer 1 pozycja 6 i 7 w sposób dokładny i szczegółowy wyjaśnił zamawiającemu, że w tym zakresie zaoferował produkt, który posiada badania jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374.

W dniu 4 listopada 2015 r. zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym poinformował, że w zakresie pakietu numer 1 najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca Zarys sp. z o.o.

Odwołujący podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Zarys sp. z o.o. nie złożył oferty, jego oferta nie mogła więc zostać uznana za najkorzystniejszą. Przyjął zatem, że zamawiający mógł popełnić pomyłkę, a jego intencją było poinformowanie, iż za najkorzystniejszą została wybrana oferta spółki Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę odwołującego. Zdaniem zamawiającego „w zakresie pakietu 1 poz. 6, 7 oraz pakietu 2 poz. 1, 2 oferta firmy Mercator Medical S.A. nie spełnia wymogu normy EN 374.1 tj. rękawiczki nie zostały przebadane z zachowaniem 2 poziomu odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A. Wykonawca nie posiada wymaganych przez Zamawiającego badań, potwierdzających przebadanie rękawic wg w/w normy. Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca dostarczył deklarację producenta i badania, które nie potwierdzają wymagań Zamawiającego zamieszczonych w SIWZ.”

4

Odwołujący uznał przyczyny odrzucenia złożonej oferty za nierzeczywiste i nie korespondujące ze stanem faktycznym. Wyjaśniał, że w zakresie pakietu numer 1 pozycja 6 i 7 zaoferował produkt spełniający wymogi normy EN 374. Norma EN 374 jest normą zharmonizowaną z dyrektywą Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony osobistej w zakresie środków indywidualnych i określa wymagania dla rękawic chroniących użytkownika przed substancjami chemicznymi i/lub mikroorganizmami. Norma ta ma bardzo szerokie zastosowanie nie tylko w medycynie, ale i w chemii, budownictwie i innych dziedzinach przemysłu. Różnicując potrzeby rynku norma EN 374-1 przewiduje dwutorowość, tzn. możliwość oceny rękawic przez producenta w dwóch kategoriach:

- (1) rękawic odpornych na substancje chemiczne wskazane w załączniku A (zgodnie z pkt 5.3.2.),
- albo (2) na inne substancje chemiczne (zgodnie z pkt. 5.2.1.).

Odwołujący argumentował, że to do producenta należy określenie z jakimi substancjami chemicznymi ma do czynienia w środowisku w jakim będą używane rękawice i na jakie substancje rękawice winny zostać przebadane. Substancje znajdujące się w pierwszej grupie - wskazane w załączniku A, to silnie żrące substancje chemiczne, które zazwyczaj nie występują w środowisku szpitalnym, dlatego wytwórcy rękawic medycznych co do zasady nie wykonują badań w tym zakresie, wykonują je natomiast dla innych substancji, które są ważne z punktu widzenia zastosowania w podmiotach leczniczych. Dowód: Wyciąg z treści normy EN- 374 (załącznik numer 1).

Możliwość zróżnicowania substancji, na które producent przeprowadza badania wynika wprost z pkt 6 normy EN 374-1, który nakazuje wytwórcy znakowanie wyrobu, wyróżniając dwa przypadki:

- 1) rękawice chroniące przed substancjami chemicznymi: gdy rękawica spełnia wymagania wynikające z punktów 5.3. oraz 5.2 (wówczas stosowany znak graficzny - rysunek 1, strona numer 6 normy stanowiącej załącznik numer 1 do odwołania - powinien zawierać oznaczenie EN 374 i kod substancji z załącznika A),
- 2) rękawice wodoodporne, o ograniczonej ochronie przed substancjami chemicznymi: gdy rękawica spełnia wymagania zawarte w 5.2.1. (wówczas stosowany znak graficzny - rysunek 2, strona numer 7 normy stanowiącej załącznik numer 1 do odwołania - powinien zawierać oznaczenie EN 374 bez określenia substancji chemicznych).

Należy stosować odpowiedni znak graficzny (rysunek 1 lub 2). Obu znaków nie należy stosować na tej samej rękawicy. Znaki graficzne powinny być nanoszone łącznie z numerem niniejszej normy.

5

Według odwołującego oba wyżej wymienione przypadki oznaczają, że rękawice są zgodne z normą EN 374-1. Zgodnie z regulacją wynikającą 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.

Podkreślił, że w doktrynie przyjmuje się, że „zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. W tym przypadku zamawiający określił, że wymaga załączenia wyników badań na zgodność z normą EN 374. Zamawiający nie określił jednak, że wymaga odporności na przenikanie trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A. Odwołujący wywiódł z tego wniosek, że dopuszczony został również produkt, który jest przebadany na inne substancje. Wskazał opierając się na poglądach doktryny prawa zamówień publicznych, że „należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa.” Uznał, że nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. „Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.”

Odwołujący przywołał interpretację zapisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 9 października 2014r. Izba stwierdziła, że „dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające jedynie zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. W podobny sposób KIO wypowiedziało się w wyroku z dnia 24 stycznia 2014 r. Zgodnie z tym orzeczeniem „na etapie oceny ofert zamawiający nie może zaostrzyć wymagań, poprzez rozszerzającą interpretację postanowień zawartych w SIWZ, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wszelkie wątpliwości co do treści SIWZ, wynikające z błędów zamawiającego przy sporządzaniu specyfikacji, należy interpretować na korzyść wykonawców.”

Gdyby przyjąć za właściwe stanowisko zamawiającego, to w ocenie odwołującego należałoby stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu jedyną ofertą niepodlegającą

6

odrzuceniu może złożyć tylko spółka Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.

Odwołujący zaznaczał, że tylko ta spółka ma w swojej ofercie rękawice diagnostyczne, nitrylowe, które osiągają co najmniej drugi poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanych w załączniku A. Jednocześnie są to silnie żrące substancje chemiczne (dedykowane dla przemysłu), które zazwyczaj nie występują w środowisku szpitalnym, czyli nie mają żadnego uzasadnienia z punktu widzenia potrzeb zamawiającego.

Odwołujący zarzucał, że interpretacja, której dokonał zamawiający, stawia pod znakiem zapytania zasadę opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący informował, że przyczyny odrzucenia jego oferty także w zakresie pakietu numer 2 pozostają nierzeczywiste. Zaznaczał, że nie składa odwołania w zakresie pakietu numer 2 jedynie ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia w tym zakresie.

Uzasadniając swój interes do korzystania ze środka ochrony prawnej, odwołujący

wskazywał, że działania i zaniechania zamawiającego spowodowały, iż został pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia. W przypadku gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona w pakiecie numer 1, to zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Jednocześnie uznawał, że odrzucenie jego oferty spowodowało powstanie szkody w postaci braku uzyskania zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przekazanej za pośrednictwem faksu w dniu 19 listopada 2015 r. wnosił o oddalenie zarzutów odwołania, które w całości uznał za niezasadne oraz o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Oдноśnie zarzutów odwołania zamawiający stwierdzał i wywodził jak niżej:

„Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, tj. odrzucenia oferty Wykonawcy MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie z uwagi na brak złożenia wymaganych badań potwierdzających przebadanie rękawic diagnostycznych Pakiet nr 1 pozycja 6, 7 według normy EN-374 w ocenie Zamawiającego, jako całkowicie bezzasadny podlega oddaleniu. Zamawiający zgodnie z rozdz. VII pkt 3 SIWZ dla pakietu nr 1 dla pozycji 1,3,4,5,6,7,9 wymagał załączenia do oferty wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374, ASTM 1671, co miało potwierdzać ochronę przed przenikaniem

7

substancji chemicznych, wirusów. Powyższy wymóg został także wyartykułowany w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Wykonawca MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie złożył wraz z ofertą nieprawidłowe dokumenty dotyczące Pakietu nr 1 pozycji 6, 7, niewypełniające powyższej dyspozycji SIWZ, które znajdują się na str. 70 oferty. Z Certyfikatu badania typu WE Numer 6716 Wydanie 1 Rozszerzenie 2 z dn. 19 czerwca 2014 roku wynika, że NITRYLEX PF jednorazowa bezpudrowa nitrylowa rękawica dostępna w wersji białej i niebieskiej niejałowa została poddana badaniu przeprowadzonemu zgodnie z normą EN 374-1:2003, ale z wyłączeniem klauzuli 5.3.2. Wobec wyraźnej niezgodności przedłożonego dokumentu z wymaganiami Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie do złożenia uzupełnień dokumentów potwierdzających zgodność rękawic z normą PN-EN 374. 30 października 2015r., z zachowaniem terminu Wykonawca złożył pismo „Uzupełnienie i wyjaśnienia do złożonej oferty”, jednak nie stanowiło ono uzupełnienia wymaganego przez Zamawiającego. Wykonawca w przedmiotowym piśmie dokonał jedynie autorytatywnej, niczym nie popartej wykładni normy EN-374. W konsekwencji Zamawiający dokonał odrzucenia oferty MERCATOR MEDICAL S.A. z siedzibą w Krakowie.

W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, że w sposób jasny i nie budzący wątpliwości opisał przedmiot zamówienia wraz z wymaganymi dokumentami, czego dowodem jest oświadczenie w ofercie Odwołującego, o treści: „zapoznałem się z warunkami zawartymi w SIWZ i nie wnoszą do nich zastrzeżeń”,

Z opisu przedmiotu zamówienia (rozdział VII SIWZ) wynika, że oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać wymagania określone w normie EN -374, co dowodzi, że celem takiego opisu było przeniesienie na wszystkich wykonawców wszelkich jej wymogów, które pozwolą Zamawiającemu na uzyskanie dostawy wyrobu zgodnego z potrzebami.

*Zamawiający podkreśla, że zgodnie z przepisem art. 30 ust. 1 pzp opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Stosując się do ustawowych regulacji Zamawiający wskazał cechy techniczne i jakościowe z zastosowaniem odpowiedniej w tym przypadku normy EN 374. Z kolei zgodnie z postanowieniami przedmiotowej normy określono w niej wymagania dla rękawic chroniących użytkownika przed substancjami chemicznymi i/lub mikroorganizmami. W punkcie 5 normy przedstawiono listę wymagań dotyczących rękawic, która obejmuje: 5. Minimalną długość ochrony przed cieczą
5.2. Przesiąkanie*

8

5.3. Przenikanie;

5.4. właściwości mechaniczne

Co kluczowe, w ramach przenikania w normie ustalono dwa wymagania:

„5.3.1. Każda kombinacja rękawica ochronna - badana substancja chemiczna jest klasyfikowana w zależności od czasu przebicia, w odniesieniu do każdej pojedynczej substancji chemicznej, w przypadku której rękawica jest odporna na przenikanie.

5.3.2. Rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A.”

Z powyższych Opisów jednoznacznie wynika, że punkty 5.3.1. i 5.3.2. normy EN-374 muszą być spełnione łącznie. Oba mają charakter wymagania, a zatem są podstawą oceny zgodności, zaś zgodność z normą polega na spełnieniu wszystkich wymagań normy dotyczących danego wyrobu. Zamawiający z całą mocą podkreśla, że nie można stwierdzić zgodności z normą wyrobu, który nie został przebadany pod kątem trzech substancji chemicznych wymienionych w załączniku A lub też nie osiągnął wymaganego 2 poziomu odporności w tym badaniu. Na potwierdzenie słuszności swego stanowiska Zamawiający wskazuje na treść pisma Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z 4 sierpnia 2015 roku (w aktach sprawy).

Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku odporności na przenikanie powinna być zbadana każda kombinacja: rękawica ochronna - czynnik chemiczny. Nie można bowiem przyjąć założenia, że rękawica wykonana z danego surowca będzie zawsze odporna na dany czynnik chemiczny. Rękawice wykonane przez różnych producentów, mimo że są wykonane z tego samego surowca podstawowego mogą różnić się właściwościami ochronnymi, co może wynikać np. z różnic w procesie technologicznym.

Producent ma obowiązek podać w Instrukcji dołączonej do rękawic czynniki chemiczne zastosowane w badaniach i uzyskany dla nich poziom skuteczności. Na tej podstawie Zamawiający jako użytkownik może dokonać prawidłowego doboru rękawic do rodzaju stężenia substancji chemicznej stosowanej na stanowisku pracy. W przypadku niniejszego postępowania prowadzonego przez podmiot leczniczy i zamówienia dotyczącego dostawy rękawic diagnostycznych Zamawiający musi mieć pewność, że rękawica stosowana jako ochrona przed czynnikami chemicznymi spełnia wymagania odpowiadające 2 poziomowi skuteczności przy zastosowaniu trzech substancji chemicznych wymienionych w normie EN.374, Co istotne, w rzeczywistych warunkach użytkowania pracownik Zamawiającego korzystający z rękawic może być narażony na jednoczesne działanie kilku substancji chemicznych.

9

Zamawiający sygnalizuje, że Odwołujący nie zadawał pytań w trybie art. 38 ust. 1 ustawy, czy Zamawiający za wystarczający uzna certyfikat badania przeprowadzonego zgodnie z normą EN 374-1.2003 z wyłączeniem klauzuli 5.3.2., wystawiony przez producenta lub jednostką niezależną. Odwołujący nie skorzystał również z procedury określonej w art. 181 ust 1 ustawy, tj. możliwości przekazania informacji o prawdopodobnych uchybieniach zamawiającego w zakresie czynności, na które wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania - tj. ustanowionych wymagań SIWZ, które obecnie kwestionuje, uznając że nie jest zobowiązany się im podporządkować.

Zgodnie z art. 82 ust 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że oferta w swej treści merytorycznej musi być spójna z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie zaoferował wymaganych rękawic diagnostycznych w Pakiecie 1 pozycje 6 i 7, o których mowa powyżej, więc zakres świadczenia Odwołującego nie jest tożsamy z oczekiwaniami Zamawiającego sprecyzowanymi w SIWZ i z tych też względów oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Podstawę do odrzucenia oferty stanowi art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący i Zamawiający nie może przy ocenie treści złożonych ofert dokonywać odstępstw od przestrzegania warunków uprzednie określonych przez samego siebie w SIWZ w zakresie wymogów oczekiwanych od oferentów w zakresie oferowanych rękawic - Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/KD 49/09).

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Treść SIWZ to,

przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu zamówienia do zobowiązania wykonawcy): przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ (tak: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 5: „Kontrola udzielania zamówień publicznych”. Listopad 2009 r., zamieszczony na stronie internetowej UZP: www.uzp.gov.pl).

10

O niezgodność treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ (tak: wyrok KIO z dnia 29 października 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1121/08, z dnia 26 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 218/08. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia (tak: wyrok krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. w sprawie sygn. akt KIO 788/11).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności stanu faktycznego i prawnego Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego co do pakietu nr 1 nie naruszył postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ponieważ odrzucenie oferty Odwołującego znajdowało uzasadnione podstawy - oferta nie spełniała wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający wskazuje, że dokonał należytego i starannego zbadania oferty Wykonawcy, co pozwoliło stwierdzić, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada potrzebom Zamawiającego opisanym w SIWZ oraz nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji zobligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty.

W konsekwencji nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, tj. nierównego traktowania wykonawców. To właśnie ocena oferty, która nie doprowadza do odrzucenia oferty w przypadku jej ewidentnej niezgodności z wymogami Zamawiającego oznaczonymi jednoznacznie w SIWZ bezspornie narusza art. 7 ustawy pzp. Z całą stanowczością, trzeba podkreślić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego to ewentualna czynność nieodrzućenia oferty Wykonawcy w tym przypadku spowodowałaby rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie odwrotnie. W postępowaniu w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego brak miejsca na taką dowolność działań po stronie Zamawiającego. Końcowo należy nadmienić, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, że czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust 3 pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Dalej należy zauważyć, że wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy będzie ten podmiot, którego oferta nie podlega odrzuceniu. Jeśli zatem zamawiający stwierdzi, że w okolicznościach (danej sprawy) zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego ofert, zobowiązany jest to uczynić.

11

Brzmienie przepisów art. 24 ust 1 i 2 pzp oraz 89 ust. 1 ustawy nie pozostawia zamawiającemu wyboru, wskazując na bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań, gdy stwierdzi, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty aktualizują się.

Nie sposób zatem w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy przypisać zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zostałyby naruszone, gdyby zamawiający zawarł umowę z podmiotem,

którego oferta powinna zostać odrzucona.

W tym miejscu: z ostrożności procesowej należy tylko nadmienić, że ewentualne zgłaszanie nowych zarzutów przez Odwołującego w trakcie rozprawy jest niedopuszczalne na gruncie ustawy, oznaczałoby ponadto obejście przepisów pzp dotyczących terminów na wniesienie odwołania, które mają charakter terminów zawitych, a więc takich których upływ powoduje wygaśnięcie prawa."

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła dopuścić dowód wnioskowany przez odwołującego w postaci pisma PKN, jedynie na okoliczność iż jednostka ta nie jest uprawniona do wydawania opinii o zgodności wyrobu z odnośną normą.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi dostawa rękawic chirurgicznych i medycznych jednorazowego użytku.

Załącznik nr 2 stanowi formularz oferty, w którym wykonawca oświadczał: „zapoznałem się z warunkami zawartymi w SIWZ i nie wnoszę do nich zastrzeżeń”.

Rozdział VII pkt 3 SIWZ. Wykaz dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia.

Punkt 3. Zamawiający wymaga załączenia wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374; ASTM1671, ochrona przed przenikaniem substancji chemicznych i wirusów.

Załącznik nr 1 stanowi formularz cenowy

12

Uwaga: Poz. 1,3,4,5,6,7,9 zamawiający wymaga załączenia wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność normą EN 374, ASTM 1671, ochrona przed przenikaniem substancji chemicznych i wirusów.

Załącznik nr 1 stanowi formularz cenowy rozdział VI pkt 3 SIWZ Zamawiający wymaga załączenia wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność z normą EN 374; ASTM1671. Uwaga: Poz. 1,3,4,5,6,7,9 zamawiający wymaga załączenia wyników badań producenta lub jednostki niezależnej na zgodność normą EN 374, ASTM 1671.

Termin składania ofert do 20.10.2015 r.

Złożono 2 oferty na część 1- rękawice chirurgiczne i medyczne

Oferta odwołującego – cena brutto – 81 973,73 zł, termin dostawy 2 dni,

Oferta przystępującego – cena brutto – 82 170,61 zł, termin dostawy 2 dni.

Odwołujący dla pakietu 1 w zał. formularz cenowy poz. 6 i 7 zaoferował produktu o nazwie Nitrylex PF rękawice diagnostyczne nitrylowe o obniżonej grubości zarejestrowane jako wyrób medyczny i oraz środek ochrony osobistej kategorii III przebadane na przenikalność substancji chemicznych potwierdzone badaniami z jednostki niezależnej od producenta, spełniające normę ASTM F-1671 [symbol oznacza standardową metodę testowania wytrzymałości materiałów stosowanych do produkcji odzieży ochronnej na penetrację patogenów przenoszonych przez krew].

Odwołujący zamieścił specyfikację produktu dla poz. 6 i 7, jako producent – potwierdził zgodność z normą EN 374 (str. 30).

Na str. 70 znajduje się Certyfikat Badania typu WE nr 6716 wydany przez jednostkę notyfikowaną Satra Technology Centre z siedzibą w Wielkiej Brytanii (dokument znajduje się na stronie 71 oferty odwołującego, na stronie 70 znajduje się tłumaczenie tego dokumentu).

Certyfikat dotyczy produktu o nazwie Nitrylex PF, który został zaoferowany przez odwołującego w zakresie pakietu numer 1, pozycji 6 i 7). Certyfikat zawiera potwierdzenie wyników badań jednostki notyfikowanej na zgodność z normą EN 374 -1:2003 (z wyłączeniem klauzul 5.3.2). Niniejszy certyfikat jest ważny z zastrzeżeniem warunków wymienionych na odwrocie certyfikatu (brak przedstawienia w ofercie).

Na str. 83 znajduje się deklaracja zgodności wyrobu, wystawiona przez odwołującego.

Przystępujący pismem z dnia 23 października 2015 r. informował zamawiającego, że „Zaoferowane rękawice firmy Mercator nie spełniają wymogów w zakresie spełnienia normy EN 374 czego potwierdzeniem są badania przedłożone na str. 70 oferty Mercatora gdzie

istnieje zapis, iż badania przeprowadzono zgodnie z normą EN 374 -1:2003 (z wyłączeniem klauzuli 5.3.2). Zgodnie z zapisem normy PN-EN 374 -1:2005 badana rękawica powinna

13

mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A. Jeżeli rękawica nie spełnia tego wymogu, tzn. nie została przebadana pod kątem odporności na substancje chemiczne podane w zał. A, lub podczas badania nie został osiągnięty co najmniej drugi poziom odporności na trzy substancje chemiczne podane w zał. A, to takiego wyrobu nie można uznać za zgodnego z wymaganiami normy PN-EN 374 -1:2005.

Wykonawca przesłał interpretację normy wystawioną przez PKN.

Polski Komitet Normalizacyjny w dniu 04.08.2015 r. w odpowiedzi na zapytanie w sprawie interpretacji postanowień normy EN 374 -1:2003; PN-EN 374 -1:2005 w podrozdziale 5.3.2.

„Rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A,” udzielił odpowiedzi - potwierdzamy, że nie można stwierdzić zgodności z tym wydaniem normy wyrobu, który nie został przebadany pod kątem trzech substancji chemicznych wymienionych w zał. A, lub też nie osiągnął wymaganego 2 poziomu odporności w tym badaniu. Treść podrozdziału 5.3.2. ma charakter wymagania, a więc jest podstawą oceny zgodności. Załącznik A ma charakter normatywny, toteż listy substancji chemicznych nie można traktować dowolnie, tzn. zamieniać ich na inne. Zgodność z normą polega na spełnieniu wszystkich wymagań normy dotyczących danego wyrobu.

W dniu 27 października 2015 r. odwołujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie pakietu (części) 1 i 2, między innymi do przedłożenia:

- badań z normą EN 374 bez wyłączenia klauzul 5.3.2 – rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A.

W celu zweryfikowania zgodności oferowanych artykułów medycznych z opisem przedmiotu zamówienia należy dostarczyć do oferty opisy produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez Wykonawcę na żądanie zamawiającego dla pakietu 2.

Niedostarczenie powyższego dokumentu w wyznaczonym terminie [do 2.11.2015 r.] skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Odwołujący w piśmie z 30.10.2015 r. złożył jedynie wyjaśnienia, których treść jest zbieżna z uzasadnieniem wniesionego odwołania. Certyfikatu odwołujący nie uzupełnił.

W dniu 4 listopada 2015 r. odwołujący został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty na część 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. „W zakresie pakietu 1 poz. 6, 7 oraz pakietu 2 poz. 1, 2 oferta firmy Mercator Medical SA nie

14

spełnia wymogu normy EN 374.1 tj. rękawiczki nie zostały przebadane z zachowaniem 2 poziomu odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A.

Wykonawca nie posiada wymaganych przez Zamawiającego badań, potwierdzających przebadanie rękawic wg w/w normy. Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca dostarczył deklarację producenta i badania, które nie potwierdzają wymagań Zamawiającego zamieszczonych w SIWZ.”

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego.

Odwołujący nie zadawał pytań w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, czy zamawiający za wystarczający uzna certyfikat badania przeprowadzonego zgodnie z normą EN 374-1.2003 z wyłączeniem klauzuli 5.3.2., wystawiony przez jednostką niezależną. Odwołujący nie skorzystał również z procedury określonej w art. 181 ust 1 ustawy Pzp, tj. możliwości przekazania informacji o prawdopodobnych uchybieniach zamawiającego w zakresie czynności, na które wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania, tj. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i potwierdzania zgodności oferowanego wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem dowodzić, że czynności zamawiającego wobec jego oferty zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia, w tym postępowaniu zastosowanie znajduje art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności, (w tym pkt 3 i 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i od odrzucenia jego oferty. Żadne zarzuty i żądania wobec oceny oferty konkurenta nie mogły być zgłaszane. Niedopuszczalne były także zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zarzuty niejednoznaczności opisu spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia. Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący nie zadawał pytań w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, czy zamawiający za wystarczający uzna certyfikat badania przeprowadzonego zgodnie z normą EN 374-1.2003 jednakże z wyłączeniem klauzuli 5.3.2., wystawiony przez jednostką niezależną. Odwołujący nie skorzystał również z procedury określonej w art. 181 ust 1 ustawy, tj. możliwości przekazania informacji o ewentualnych

15

uchybeniach zamawiającego w zakresie czynności, na które wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. W formularzu oferty stwierdził, iż zapoznał się z warunkami zawartymi w SIWZ i nie wnosi do nich zastrzeżeń. Bezprzedmiotowe było zatem zarzucanie na obecnym etapie postępowania, że wymagania w SIWZ w odniesieniu do potwierdzania zgodności rękawic, objętych pakietem 1 z normą PN-EN 374 - były niejasne.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania prawne odnoszące się do sposobu wykazania, że treść oferty wykonawcy odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wymogi szczegółowe ustanowione przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do oznaczenia w ofercie oferowanego produktu, zakresu, ilości, ceny, jakości, cech technicznych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli (zobowiązania wykonawcy) z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera cały szereg wskazówek co do sposobu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez dane informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliuguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające

16

składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści

czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki) oraz *accidentalialia negotii* (nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c. powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu o własne zamierzenia - cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, w warunkach zamówienia ustala jakie wymogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający może w SIWZ podnieść do rangi istotnych postanowień, takie które w pojęciu cywilistycznym mieszczą się w określeniu *accidentalialia negotii*, jak np. dotyczące terminu, czy oznaczonych klauzul umownych, potwierdzenia zgodności wyrobu z odnośnymi normami, co dla produktów używanych w celach medycznych ma wymiar obligatoryjny.

Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów technicznych i jakościowych obligatoryjnie wymaganych, dokładne oznaczenie przedmiotu świadczenia identyfikujące jednoznacznie oferowany wyrób.

Niewątpliwa jest okoliczność, iż oferowane w poz. 6 i 7 zał. nr 1 do oferty odwołującego produkty o nazwie Nitrylex PF, w zakresie pakietu numer 1, pozycji 6 i 7), miały w całości spełniać wymagania normy EN 374.1 tj. i być przebadane w całym zakresie przewidzianym w tej normie, co wymagało przedstawienia odnośnych wyników badań - przeprowadzonych przez jednostkę notyfikowaną. Wymóg odnosi się do treści oferty w aspekcie wymaganych właściwości wyrobu, opisanych jednoznacznie w SIWZ. Zamawiający jednolicie postanowił, żeby rękawice w całości spełniały wszystkie wymogi normy PN-EN 374, gdyż jeżeli są one odporne na przenikanie substancji chemicznych podanych w zał. A, np. w wyznaczonym stopniu odporności, to jednocześnie świadczy to również o zapewnieniu odpowiedniej ochrony mikrobiologicznej.

Dokument wyników z badań na zgodność z normą PN- EN 374.1 tj. (Certyfikat) potwierdza, że rękawiczki nie zostały przebadane według klauzul 5.3.2. wskazanej normy - z zachowaniem 2 poziomu odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A, co wynika wprost z treści przedłożonego certyfikatu wydanego przez jednostkę notyfikowaną Satra Technology Centre z siedzibą w Wielkiej Brytanii (dokument znajduje się na stronie 71 oferty odwołującego, na stronie 70 znajduje się tłumaczenie tego dokumentu). Certyfikat

17

dotyczy produktu o nazwie Nitrylex PF, który został zaoferowany przez odwołującego w zakresie pakietu numer 1, pozycji 6 i 7), Certyfikat zawiera wyniki badań jednostki notyfikowanej na zgodność z normą EN 374 -1:2003 z wyłączeniem klauzul 5.3.2., a więc oferowane rękawiczki nie zostały przebadane z zachowaniem 2 poziomu odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A. Inaczej mówiąc nie przeszły całego spektrum badań przewidzianych daną normą. Jeżeli rękawica nie spełnia tego wymogu, tzn. nie została przebadana pod kątem odporności na substancje chemiczne podane w zał. A, lub podczas badania nie został osiągnięty co najmniej drugi poziom odporności na trzy substancje chemiczne podane w zał. A, to takiego wyrobu nie można uznać za zgodny z wymaganiami normy PN-EN 374, a zamawiający wymagał, aby wyroby oferowane w pakiecie 1 – były w całości zgodne z wymaganiami danej normy, a więc tak zakreślił istotną treść oferty wykonawcy.

Produkty o nazwie Nitrylex PF, zaoferowane w zakresie pakietu numer 1, pozycji 6 i 7 nie mogły być zatem przyjęte przez zamawiającego jako wyrób spełniający jego oczekiwania - w sposób jednoznaczny i wyraźny wskazane w SIWZ. Nie potwierdzenie spełnienia wymagań stosownym certyfikatem jednostki notyfikowanej (wynikami z badań), mimo dodatkowego wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - jest równoznaczne z uprawionym uznaniem przez zamawiającego, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i stanowi jednocześnie o obowiązku zamawiającego odrzucenia takiej oferty.

Zamawiający nie może na etapie oceny ofert odstępować od warunków, które ustalił

w przetargu i podał do wiadomości wykonawców przed złożeniem ofert.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że nawet, jak oferowany wyrób nie przeszedł wszystkich badań, to i tak jest zgodny z powoływaną normą z uwagi na jego zastosowanie do celów medycznych, a nie przemysłowych. W sytuacji, gdy z uwagi na wartość podprogową zamówienia wyłączone było odwołanie w tym zakresie na postanowienia SIWZ, to wykonawcy mogli składać zapytania do SIWZ. Wyjaśnienia stanowią wówczas integralną część SIWZ. Odwołujący nie zadał pytania, czy zamawiający dopuści wyrób bez wyników badań w zakresie klauzuli 5.3.2. w odniesieniu do substancji zał. A do wymienionej normy. Odwołujący w formularzu ofertowym potwierdził, iż nie ma zastrzeżeń do SIWZ.

Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby na obecnym etapie postępowania rewidować treść postanowień SIWZ.

18

Jako znaczący dowód izba przyjęła znajdującą się w aktach postępowania przetargowego opinię Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 04.08.2015 r. w sprawie interpretacji postanowień normy EN 374 -1:2003; PN-EN 374 -1:2005 w podrozdziale 5.3.2. „Rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A,” w której PKN zajął stanowisko, że nie można stwierdzić zgodności z tym wydaniem normy wyrobu, który nie został przebadany pod kątem trzech substancji chemicznych wymienionych w zał. A, lub też nie osiągnął wymaganego 2 poziomu odporności w tym badaniu. Treść podrozdziału 5.3.2. ma charakter wymagania, a więc jest podstawą oceny zgodności. Załącznik A ma charakter normatywny, toteż listy substancji chemicznych nie można traktować dowolnie, tzn. zamieniać ich na inne. Zgodność z normą polega na spełnieniu wszystkich wymagań normy dotyczących danego wyrobu.

Stanowisko to zdaniem Izby, nie odnosi się do zgodności wyrobu odwołującego z odnośną normą, ale do sposobu rozumienia zakresu normy, a do tego rodzaju wyjaśnień Polski Komitet Normalizacyjny jest uprawniony, jak podaje przedmowa do normy PN-EN 3741-1 – „W sprawach merytorycznych dotyczących treści normy można zwracać się do właściwego Komitetu Technicznego PKN.”

Odwołujący pośrednio przyznał, że spełnienie tego wymogu obiektywnie było możliwe. Zaznaczał jednak, że wyłącznie przystępujący dysponuje takim wyrobem, dla którego przedstawił wyniki badań zgodności z normą EN 374 -1, bez klauzuli o wyłączeniach, w szczególności w zakresie punktu 5.3.2.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie wykonawcy, że zaoferowany przez odwołującego wyrób nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie posiada wymaganych przez zamawiającego badań, potwierdzających przebadanie rękawic na zgodność z całością wymagań odnośnej normy.

O potwierdzeniu zgodności produktu z oznaczoną normą może się jedynie wypowiedać upoważniona akredytowana jednostka badawcza - w przedstawionych wynikach badań, potwierdzonych certyfikatem.

Izba nie ma legitymacji, aby oceniać zgodność wyrobu z normami, zatem nie może wypowiedać się w kwestii, spełnienia lub nie spełnienia wymagań normy przez rozpatrywany wyrób, gdyż w tym zakresie liczy się wyłącznie wynik badań na zgodność z przywołaną w SIWZ normą. O interpretacji postanowień „zakresu normy” wypowiedział się natomiast podmiot uprawniony, tj. Polski Komitet Normalizacyjny. Zakres normy obejmuje (str. 4) wymagania dla rękawic chroniących użytkownika przed substancjami chemicznymi i/lub

19

mikroorganizmami. Jednocześnie podmiot ten zaprzeczył, że znakowanie wyrobu może potwierdzać spełnienie wszystkich wymagań normy dotyczących danego wyrobu.

Nie można było pominąć, że odwołujący dostał certyfikat na wyniki takiego zakresu badań, na jaki je zlecił jednostce notyfikowanej, a więc z wyłączeniem klauzuli 5.3.2., czego zamawiający nie dopuścił.

Okoliczność, iż oferowany przez odwołującego wyrób nie przeszedł kompletnych badań według postanowień normy PN-EN 3745 była niesporna. Tylko wówczas w zgodności z warunkami ustanowionymi w SIWZ oferta wykonawcy mogła zostać przyjęta, jeżeli

przedstawiony certyfikat potwierdzałby zgodność oferowanego wyrobu ze wszystkimi wymaganiami danej normy. Zamawiający w tym zakresie żadnych wyłączeń nie ustanowił. Nie do przyjęcia była argumentacja odwołującego, że wyrób, który przejdzie ograniczone badania z wyłączeniem omawianej klauzuli podrozdziału 5.3.2. spełnia w całości wymagania danej normy. Zamawiający wymagał dla pakietu 1, między innymi poz. 6 i 7 certyfikatu nie tylko na przenikaniem wirusów, lecz też substancji chemicznych, w takim zakresie jaki wyznacza wymieniona norma.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 4 listopada 2015 r. znajdowało normatywne wsparcie w przywołanym, jako podstawa tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność oferty odwołującego ma charakter zasadniczy, nieusuwalny w żadnym z dopuszczalnych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów, skoro procedura określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została wyczerpana.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego w odniesieniu do części 1 zamówienia, to jest naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie w zakresie pakietu numer 1 oferty odwołującego, podczas gdy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór w zakresie pakietu numer 1 jako najkorzystniejszej oferty spółki Zarys sp. z o.o. (Zarys International Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.), podczas gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego
- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

20

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 3 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów, gdyż może zasądzić uzasadnione koszty strony, w tym z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, ale wyłącznie na podstawie złożonego rachunku. Zamawiający przed zamknięciem rozprawy żadnych rachunków nie złożył.

Przewodniczący:

21