

Warszawa, dnia 7 lutego 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Szpital Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie

ul. Powstańców Wielkopolskich 2

06-400 Ciechanów

link do dokumentacji postępowania: <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/>

e-mail: zp3@szpitalciechanow.com.pl

Odwołujący:

Abook Sp. z o.o.

KRS 0000070678

ul. Brzostowska 22, 04-985 Warszawa

e-mail: biuro@abook.com.pl

reprezentowany przez pełnomocnika:

adw. Julię Jarnicką

adres do doręczeń:

JMGJ Jaworska, Matusiak, Grześkowiak, Jarnicka Kancelaria Prawna Sp. J.

ul. Sułkowska 2/4 lok.10, 00-746 Warszawa

e-mail: kancelaria@jmgj.pl

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. **Dostawa rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych** (ZP/2501/134/21)*

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w w BZP 2021/BZP 00314849/01 z dnia 2021 -12-14

ODWOŁANIE

Działając w imieniu **Abook Sp. z o.o.** (zwanym dalej: „**Odwołującym**” lub „**Abook**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „**PZP**” wnoszę odwołanie wobec podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie** (zwany dalej: „**Zamawiającym**”) pn: „**Dostawa rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych**” (ZP/2501/134/21), a niezgodnych z przepisami PZP:

- 1) zaniechania dokonania czynności zgodnych z żądaniami odwołania wniesionego przez Abook w sprawie o sygn. akt KIO 134/21, pomimo uwzględnienia odwołania w całości;
- 2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INTERNATIONAL CLEANING SERVICES POLSKA Z. KOTŁOWSKI, H. KOTŁOWSKA SP.J. (dalej „**ICS**”) Postępowania;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty ICS;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych, jak i wynikających z uzasadnienia odwołania, przepisów ustawy PZP, tj.:

- 1) art. 522 ust. 1 PZP zdanie drugie poprzez dokonanie czynności niezgodnych z żądaniem odwołania pomimo uwzględnienia w całości odwołania w sprawie sygn. akt 104/22;
- 2) Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ICS, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) Art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ICS, pomimo że nie złożył on wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
- 4) Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Skamex, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 5) Art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Skamex, pomimo, że nie złożył on wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
- 6) Art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ICS;
 - b) odrzucenia oferty Wykonawcy ICS;
 - d) odrzucenia oferty Skamex;

Odwołujący wnosi również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie faktury, która zostanie przedłożona do akt sprawy na rozprawie.

Interes i szkoda

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę, która, zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego z dnia 10.01.2022 r., sklasyfikowała się na 3. miejscu, po ofertach złożonych przez ICS oraz Skamex. Na skutek niezgodnego z przepisami PZP wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ICS oraz zaniechania odrzucenia oferty Skamex, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych Odwołanie wniesione zostało w terminie, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 509 ust. 2, tj. najbliższym dniem roboczym przypadającym po upływie 5 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (w załączeniu), tj. od dnia 31.01.2022 r.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał niniejsze odwołanie wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Uzasadnienie

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych*. W Postępowaniu złożono 3 oferty. Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert.
2. W dniu 10 stycznia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyniku Postępowania, wskazując, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez ICS, która uzyskała 100 pkt, oferta Skamex uzyskała 93,34 pkt, zaś oferta Odwołującego uzyskała 85, 95 pkt.
3. Odwołujący w dniu 14 stycznia 2022 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami PZP
 - 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INTERNATIONAL CLEANING SERVICES POLSKA Z. KOTŁOWSKI,H. KOTŁOWSKA SP.J. (dalej „ICS”) Postępowania;
 - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty ICS;ewentualnie:
 - 3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez ICS;
 - 4) Zaniechaniu odrzucenia oferty Skamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j.Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych, przepisów ustawy PZP, tj.:
 - 1) Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ICS, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
 - 2) Art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ICS, pomimo że nie złożył on wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 i 2
 - 3) Art. 107 ust. 2 PZP przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez ICS;
 - 4) Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Skamex, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
 - 5) Art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Skamex, pomimo, że nie złożył on wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
 - 6) Art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W odwołaniu Abook sformułował następujące żądania:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ICS;
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Wykonawcy ICS;
 - c) ewentualnie: wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę ICS;
 - d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Skamex;

Dowód: *Odwołanie z dnia 14 stycznia 2022 r.*

4. Ponadto w dniu 17 stycznia 2022 r. Skamex wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodny z przepisami wybór oferty ICS oraz zażądał odrzucenia oferty tego wykonawcy.
5. W dniu 21 stycznia 2022 r. Zamawiający uwzględnił w całości oba odwołania.

Dowód: *Pisma Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2022 r.*

6. Zamawiający wezwał ICS w dniu 14 stycznia 2022 r. do wyjaśnienia kwestii potwierdzenia przebadania oferowanych produktów na przenikanie krwi syntetycznej formułując następujące pytanie: „*Nie mogę w przedmiotowych środkach dowodowych znaleźć 1 informacji potwierdzającej przebadanie rękawic na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F 1670. Proszę o wskazanie.*” W wyniku wezwania w dniu 18 stycznia 2022 r. ICS przesłał Zamawiającemu „*deklarację wraz z tłumaczeniem*”. ICS uzupełnił dokumenty przedstawiając Zamawiającemu deklarację producenta z dnia 18 stycznia 2022 r.
7. Następnie Zamawiający w dniu 31 stycznia powtórzył wybór oferty najkorzystniejszej ponownie wybierając ofertę wykonawcy ICS. Od dnia uwzględnienia odwołania do dnia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie dokonał żadnych nowych czynności w postępowaniu. Pomimo tego dokonał ponownie wyboru tej samej oferty jako najkorzystniejszej.

Dowód: *Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty datowana na 31 stycznia (w załączeniu oraz w dokumentacji postępowania)*

8. Wobec powyższego zasadne jest aktualne pozostają zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ICS oraz oferty Skamex.
9. Zgodnie bowiem z Rozdz. V SWZ: „*Przedmiotem zamówienia jest :*
Zakup i dostawa rękawiczek diagnostycznych nitrylowych niesterylnych, o właściwościach oraz parametrach funkcjonalnych i technicznych, określonych w załącznikach do swz
 - *plik xls: zestawienie asortymentowo-wartościowe (formularz ofertowy – zał. nr 2 do swz)*”.
10. Jedyne szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znalazł się w więc z zał. 2 do SWZ „*Zestawienie asortymentowo – wartościowe*”, gdzie wskazano wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia. Wśród określonych tam wymagań wskazano:

*„Rękawice odporne na przenikanie wirusów zgodnie z ASTM F 1671/EN 374-5:2016 potwierdzone protokołem badań wydanym przez jednostkę niezależną, **przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F 1670.**”*

11. Następnie w pkt Rozdz. XII ust. 3 pkt . SWZ Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe:

„Katalog pn. Przedmiotowe środki dowodowe (RAR lub ZIP), zawierający następujące przedmiotowe środki dowodowe, w celu potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia

- *Dokumenty dopuszczenia do obrotu/użytkowania dla przedmiotu zamówienia, wymienione w ustawie o wyrobach medycznych (Dz.U. 2021 poz. 1565, ze zm.) – aktualne na dzień składania ofert.*
- ***Foldery, prospekty, zdjęcia lub inne dokumenty zawierające opis oferowanych urządzeń, materiałów i produktów, potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 2 do swz.***

12. Wymaganie określone w zał. 2 do SWZ dotyczące przebadania na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670 było przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego:

3	Czy zamawiający odstąpi od wymogu przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej?	Zgodnie z SWZ
11	Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o odstąpienie od wymogu przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F1670.	Zgodnie z SWZ
8	Pakiet 1: czy Zamawiający dopuści Rękawice diagnostyczne wykonane z nitrilu, bezpudrowe, wewnętrznie chlorowane, mankiety rolowane, w kolorze fioletowym, zbliżonym do niebieskiego. gładkie z teksturą na palcach, grubość pojedynczej ścianki rękawic w palcach min. 0,05 mm, na dłoni min. 0,05mm. Zgodne z PN/EN 455-1, 2, 3, 4, potwierdzone przez Kartę Danych Technicznych wystawioną przez producenta. Rękawice odporne na przenikanie związków chemicznych wg EN 16523-1. Rękawice odporne na przenikanie wirusów zgodnie z EN 374-5:2016 potwierdzone Certyfikatem wydanym przez jednostkę niezależną. Posiadające certyfikat do żywności, dołączony do oferty. Zarejestrowane jako wyrób medyczny oraz środek ochrony indywidualnej kat. III. Opakowanie rozmiarów od XS do XL zawierające 100 szt. rękawic. Opakowanie z odsłoniętym otworem?	Tak – dopuszczamy pod warunkiem spełnienia pozostałych wymogów SWZ

13. Pomimo wniosków o odstąpienie od przedmiotowego wymagania, Zamawiający jednoznacznie je podtrzymał. Wykonawcy zobowiązani byli zatem zaoferować rękawiczki przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670 oraz złożyć wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie tego wymagania.

I. Zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 PZP zdanie drugie

14. Jak wskazano w pkt 3-7 powyżej, Zamawiający pomimo uwzględnienia odwołań Abook z dnia 14 stycznia 2022 r. a także Skamex z dnia 17 stycznia 2022 w całości, uchybił art. 522 ust 1 zdanie drugie. Zamawiający uwzględniając odwołania winien wykonać czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w tych odwołaniach. W swoim odwołaniu Abook postawił jednoznaczne zarzuty dotyczące niewykazania przez Skamex i ICS spełnienia wymagania przebadania oferowanych produktów na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F1670. Ponieważ w dniu wnoszenia odwołania Skamex był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, żądaniem odwołania Abook było odrzucenie oferty tego wykonawcy. Z uwagi na fakt, że na dzień wnoszenia odwołania Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego ww. wymóg przez ICS, odwołanie zawierało zarówno zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego jak i zaniechanie odrzucenia oferty ICS. Działania Zamawiającego polegające na zapytaniu wykonawcy ICS, w którym miejscu w złożonych dokumentach można odnaleźć potwierdzenie przebadania na przenikanie krwi syntetycznej nie można uznać za zadośćuczynienie wezwaniu do uzupełnienia. Zatem zamawiający nie dokonał żadnej z czynności zgodnie z uwzględnionym odwołaniem wniesionym przez Abook.
15. Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 528 pkt 5 PZP *a contrario* niniejsze odwołanie nie podlega odrzuceniu. Pomimo bowiem, iż Zamawiający nie dokonał żadnych nowych czynności w postępowaniu, to jednak uwzględniając poprzednio wniesione odwołanie, wobec braku sprzeciwu przystępującego wykonawcy ICS, doprowadził do umorzenia postępowania odwoławczego KIO 104/2022 postanowieniem z dnia 25 stycznia 2022 r. Należy zauważyć, że umorzenie odwołania w 568 pkt 3 PZP następuje w sytuacji uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 522 ust. 1 PZP. Uwzględnienie odwołania oznacza, że Zamawiający zgadza się z zarzutami odwołania, a umorzenie następuje *de facto* z powodu braku sporu pomiędzy stronami. W przedmiotowym stanie faktycznym spór pozostaje cały czas aktualny ponieważ Zamawiający nie dokonał żadnych czynności zgodnych z podniesionymi w odwołaniu zarzutami i żądaniami.

Dowód: *Postanowienie o umorzeniu postępowania 104/2022*

II. Zarzut naruszenia art. Art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP (dot. Oferty ICS)

16. Wykonawca ICS wraz z ofertą złożył Kartę produktu dla oferowanych rękawic **MAXTER COBALT BLUE** oraz dokument zatytułowany Formularz dla podmiotów. W żadnym ze złożonych dokumentów nie ma wzmianki na temat przebadania produktu na przenikanie krwi syntetycznej, ani nawet informacji o zgodności z normą ASTM F 1670. Złożone dokumenty nie zawierają informacji potwierdzających spełnienie przedmiotowego wymagania określonego w zał. 2 do SWZ.
17. W uzupełnionych w dniu 18 stycznia 2022 r. dokumentach znalazła się Deklaracja Producenta z dnia 18 stycznia 2022 r. Przedmiotowy dokument nie może jednak zostać uznany za wiarygodny. Nie jest to bowiem kopia dokumentu podpisanego odręcznie, tylko

dokument PDF z wklejonym odręcznym podpisem. Analiza dokumentu w języku angielskim pozwala na stwierdzenie, że odręczny podpis z pieczęcią został wklejony do pliku. Dla porównania warto wskazać, że złożona również w dniu 18 stycznia 2022 r. „Deklaracja zgodności UE” również złożona z dwóch stron, na drugiej stronie, gdzie znajduje się oryginalny dokument w języku angielskim, stanowi skan podpisanego odręcznie pisma. Dopiero pierwsza strona, gdzie znajduje się tłumaczenie, to kompilacja tekstu, oryginalnego nagłówka producenta i odręcznego podpisu. W przypadku zaś „Deklaracji producenta” z 18 stycznia 2022 r. obie strony dokumentów, zarówno rzekomy oryginał w języku angielskim jak i polskie tłumaczenie stanowią kompilację tekstu, nagłówka oraz wklejonego odręcznego podpisu z pieczęcią. Należy zatem stwierdzić, że deklaracja ta, nie została sporządzona przez producenta, tylko przez samego wykonawcę ICS i z tego względu nie może zostać uznana za dokument wiarygodny. Ponadto deklaracja ta jest datowana na 18 stycznia 2022 r. zatem nie potwierdza, że produkt oferowany na dzień składania ofert był zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

18. Z deklaracji tej wynika, że oferowane przez ICS rękawice: **„są zgodne ze standardową metodą badania odporności ASTM F1670 Materiały używane w odzieży ochronnej do penetracji przez syntetyczną krew, która jest wstępnym testem do kolejnego testu penetracji wirusów w standardzie ASTM F1671 Metoda badania odporności materiałów stosowanych w odzieży ochronnej na penetrację przez patogen przenoszony przez krew przy użyciu penetracji bakteriofagów Phi-X174.”**
19. Powyższa treść Deklaracji producenta nie potwierdza jednak w żaden sposób, że produkt był przebadany na obecność krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F1670. Potwierdza ona jedynie, że ASTM F1670 jest wstępnym testem do kolejnego testu penetracji wirusów zgodnie z ASTM F1671. Producent nawet nie odniósł się w Deklaracji do badania na przenikanie krwi syntetycznej, tylko do badania na przenikanie wirusów, które było odrębnym wymaganiem przedmiotowym w Postępowaniu.
20. Zgodnie z dokumentem „Weryfikacja PŚD złożonych przez ICS Polska w postępowaniu ZP/2501/134/21” wynika, że Zamawiający pozytywnie ocenił wykazanie przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F1670 na następującej podstawie: *„Deklaracja producenta (8). Wymóg kol. 2 nie wprowadza konieczności przedstawienia przez wykonawcę dodatkowego dowodu na potwierdzenie np. raportu z badań”*
21. Zgadząc się, co do zasady, z brakiem konieczności przedstawienia raportu z badań, należy podkreślić, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie ustanowił żadnych wyjątków co do obowiązku potwierdzania wymagań przedmiotowych środkami dowodowymi. Cały katalog szczegółowych wymagań wobec przedmiotu zamówienia znalazł się w zał. 2 do SWZ. Wykonawcy mieli natomiast dużą dowolność w doborze przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania wymagań – mogli przedłożyć *„Foldery, prospekty, zdjęcia lub inne dokumenty zawierające opis oferowanych urządzeń, materiałów i produktów”*. Co jednak istotne, Zamawiający wymagał, aby każda z wymaganych cech, bez wyjątku, została potwierdzona przedmiotowym środkiem dowodowym. W odniesieniu do potwierdzenia przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą

ASTM F 1670 , jeśli karta katalogowa nie zawierała informacji na ten temat, tak jak karta katalogowa złożona przez ICS, wystarczające byłoby złożenie raportu z przeprowadzonego badania lub innego dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie badania. Przedłożona w uzupełnieniu „Deklaracja producenta”, jak wskazano powyżej również nie stanowiła takiego potwierdzenia. Produkt oferowany przez ICS nie został poddany temu badaniu, dlatego karta katalogowa nie zawiera w tym zakresie żadnych informacji. Natomiast przedłożona w uzupełnieniu „Deklaracja producenta” informuje jedynie o tym, iż rękawice są zgodne ze standardową metodą badania ASTM F 1670, nie zaś, że zostały przebadane tą metodą na przenikanie krwi syntetycznej.

22. Odwołujący podnosi, że Rękawice Maxter Cobalt Blue oferowane w Postępowaniu przez wykonawcę ICS nie zostały przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670, zatem nie spełniają wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego w zał. 2 do SWZ. Tym samym oferta wykonawcy ICS podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP (dot. Oferty ICS)

23. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że informacje podane w przedmiotowych środkach dowodowych nie pozwalają na stwierdzenie, że ICS zaoferował rękawice posiadające wymaganą zgodnie z zał. 2 do SWZ „Zastawienie asortymentowo - wartościowe” cechę tj. że są przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670.
24. Nie ulega zatem wątpliwości, że oferta Wykonawcy ICS podlega odrzuceniu również uwagi na nieprzedłożenie przez tego Wykonawcę wymaganych przedmiotowych środków dowodowych tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit c PZP.

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP (dot. oferty Skamex)

25. Biorąc pod uwagę wymagania SWZ opisane w pkt 10-13 powyżej należy zwrócić uwagę, że wykonawca Skamex, również złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia określonymi w zał. 2 do SWZ „Zestawienie asortymentowo- wartościowe”. Rękawice **Becare Nitrile** zaoferowane przez Skamex nie zostały bowiem przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670. Spełnienie tego wymagania nie wynikało, z żadnego ze złożonych przez Skamex wraz z ofertą dokumentów.
26. Zamawiający dostrzegł, wśród dokumentów przedmiotowych złożonych wraz z ofertą, brak potwierdzenia przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 28 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę Skamex do wyjaśnienia i uzupełnienia:

„Zamawiający informuje, że nie zostały złożone następujące przedmiotowe środki dowodowe:

1. *brak potwierdzenia protokołem z badań wydanym przez jednostkę niezależną, że oferowane rękawice są odporne na przenikanie wirusów zgodnie z ASTM F 1671/EN 374-5:2016*

2. *brak informacji potwierdzającej przebadanie rękawic na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F 1670.*

W związku z powyższym wzywamy do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (...)"

27. Wykonawca Skamex w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił jednak wymaganych dokumentów. Złożył jedynie wyjaśnienia, z których wynika, że zgodność rękawic z normą ASTM F 1671/EN 374-5:2016 powoduje, że spełnienie wymagania dotyczącego badania na przenikanie krwi syntetycznej z normą ASTM F 1670 zostało spełnione. Zamawiający bezkrytycznie przyjął te wyjaśnienia i zaniechał odrzucenia oferty Skamex.

28. W swoich wyjaśnieniach Skamex podniósł m.in.

" Test opisany w normie ASTM F 1670 na przenikalność krwi syntetycznej jest wstępnym badaniem przesiewowym w badaniach odporności na przenikanie wirusów zgodnie z ASTM F 1671 tj. Jest za każdym razem wykonywany aby wyselekcjonować próbki szczelne nadające się do badania z użyciem czynnika biologicznego. W przypadku metody F 1671 oprócz oceny wizualnej przebicia krwią syntetyczną prowadzona jest również hodowla wirusów. Oznacza to, że rękawice które mają pozytywny wynik badania na odporność na wirusy zgodnie z ASTM F 1671 przeszły również pozytywnie badanie z zastosowaniem krwi syntetycznej ASTM F 1670."

29. Następnie Skamex powołał fragment raportów z badań produktów oferowanych przez Odwołującego, wykonanych odrębnie w oparciu o obie przedmiotowe normy, na dowód, że procedura badania na przenikalność krwi syntetycznej jest taka sama.

30. Wyjaśnienia złożone przez Skamex nie są jednak prawdziwe. Badania na przenikalność krwi syntetycznej wykonywane w oparciu o te dwie normy, to zupełnie inne badania. W badaniu wg. normy ASTM F 1671 jako medium testowe używana jest bakteriofaga Phi-X174 i służy ono do oceny przenikalności dla wirusów, zanurzonych w pożywce. Natomiast zgodnie z normą ASTM F 1670 do badania wykorzystywana jest syntetyczna krew o napięciu powierzchniowym zbliżonym do krwi naturalnej, co pozwala ocenić przenikalność dla całej gamy innych patogenów krwiopochodnych. Pożywką to nie to samo co krew syntetyczna.

31. ASTM F1671 / F1671M - 13 Phi-X174 jest standardową metodą badania odporności materiałów stosowanych w kombinezonach ochronnych na przenikanie przez patogeny przenoszone przez krew przy użyciu penetracji bakteriofagowej jako systemu testowego.

32. Metodę testową według normy ASTM F1670 stosuje się do oceny gotowych materiałów odzieży ochronnej i próbek materiałów, które są kandydatami na odzież ochronną. Gotowe materiały odzieży ochronnej obejmują rękawiczki, osłony ramion, fartuchy, kombinezony, nakrycia głowy i buty.

33. Badania w oparciu o każdą z norm wykonywane są zatem w inny sposób i służą innemu celowi.
34. Wyjaśnienia Skamex nie znajdują zatem oparcia w rzeczywistości, a badanie na przenikanie krwi syntetycznej na podstawie norm ASTM F 1670 i ASTM F 1671 nie są tożsame. Potwierdzają to również cytowane przez Skamex fragmenty badań, gdzie w odniesieniu do procedury badania wg. normy ASTM F 1671 wskazano:

Napięcie powierzchniowe zawiesiny bakteriofagu 0.042 ± 0.002 N/cm

Zaś w odniesieniu do procedury badania wg. normy ASTM F 1670 określono:

Napięcie powierzchniowe krwi syntetycznej 0.042 ± 0.002 N/m

- Nie ulega zatem wątpliwości, że jedynie wg. normy ASTM F 1670 badanie wykonywane jest przy użyciu krwi syntetycznej. Z tego względu przebadanie zgodnie z normą ASTM F 1671 nie jest równoznaczne ze spełnieniem wymagania przebadania na przenikalność krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1620.
35. Na marginesie dodać należy, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Skamex poza wyjaśnieniami złożył raporty z badań produktów oferowanych przez Odwołującego w innych postępowaniach, aby wykazać, że raporty z badań wykonanych w oparciu o ww. normy są tożsame. Już sam ten fakt wskazuje, że raportem z badania rękawic zgodnie z normą ASTM F 1670 Skamex nie dysponuje. W przeciwnym wypadku z pewnością posłużyłby się raportami z badań własnych rękawic.
36. Ponadto, jak wskazano w uzasadnieniu dot. pierwszego z zarzutów, Zamawiający od dnia uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 104/2022 nie dokonał żadnych nowych czynności względem oferty Skamex. Jak wynika z dokumentu „Weryfikacja PŚD złożonych przez Skamex sp. z o.o. w postępowaniu ZP/2501/134/21” wymaganie dotyczące przebadania na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F1670 zostało ocenione na podstawie „Sprawozdania z analizy”. Dokumentu o takim tytule Skamex nie złożył. Natomiast dokument pn. „Raport testowy” dotyczy badania penetracji bakteriofagów na rękawicach wg. normy ASTM F 1671 i w żadnym wypadku nie potwierdza, że oferowane rękawice zostały przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z ASTM F 1670.
37. Mając zatem na uwadze powyższe, należy bez wątpienia stwierdzić, że rękawice oferowane przez Skamex nie zostały przebadane na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670, zatem, wobec niespełnienia wymagania przedmiotowego określonego w zał. 2 do SWZ, oferta Skamex podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

V. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP

38. Jak już wskazano powyżej Zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagania określonego w zał. 2 do SWZ dotyczącego przebadania rękawic na przenikanie krwi syntetycznej wymagał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. W żadnym z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie ma najmniejszej wzmianki o wykonaniu tego badania ani o zgodności oferowanych przez Skamex rękawic z normą ASTM F 1670. Skamex

również w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie ww. wymagania. Z wyjaśnień Skamex wynika jednoznacznie, że wykonawca nie dysponuje przedmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym spełnienie tego wymagania. Oferta Skamex podlega zatem odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie przedłożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

VI. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP

39. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nieprawidłowo zbadał ofertę ICS, czego skutkiem było zaniechanie jej odrzucenia. Konsekwencją ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 pkt 1 PZP, bowiem oferta podlegająca odrzuceniu nie powinna być oceniana w przyjętych kryteriach oceny ofert. Zamawiający dopuszcza się nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji m.in. w sytuacji, gdy nie stosuje określonych przez siebie w SWZ zasad badania ofert. Gdyby Zamawiający dopuścił potwierdzenie badania na przenikalność krwi syntetycznej wg. normy ASTM F 1671, wykonawcy mogliby zaoferować inne produkty lub w ogóle mogłaby ulec zwiększeniu konkurencja w Postępowaniu. Dokonana ocena ofert doprowadziła zatem do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ICS z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów PZP, ale również z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
40. Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego przebadanie na przenikanie krwi syntetycznej zgodnie z normą ASTM F 1670 przez wykonawcę ICS. Zarówno wykonawca Skamex jak i wykonawca ICS nie złożyli wraz z ofertą tego środka dowodowego. Zamawiający jednak pominął tę kwestię całkowicie kierując wezwanie do ICS i w tym zakresie wezwał do uzupełnienia jedynie Skamex.
41. W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Załączniki:

1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. Dowody wymienione w treści odwołania;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Pełnomocnictwa dla Julii Jarnickiej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
5. Odpis KRS Odwołującego;
6. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu.