

Sygn. akt: KIO 2702/18

POSTANOWIENIE
z dnia 18 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 18 stycznia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 grudnia 2018r.** przez **wykonawcę B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. z siedzibą w Piasecznie, ul. Kajki 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57**

przy udziale **wykonawcy Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 17** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2702/18 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J. D. z siedzibą w Warszawie, ul. Gilarska 102** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2702/18 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszycach, ul. Piskorzów 51** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2702/18 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
 - 1.1. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. z siedzibą w Piasecznie, ul. Kajki 18** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba – zasobnik do IPMed) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 245-560610.

W tym samym dniu zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 31 grudnia 2018r. odwołanie wniósł wykonawca B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Neomed B. S. z siedzibą w Piasecznie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 grudnia 2018r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 31 grudnia 2018r.

Odwołujący podniósł:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy , przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 471 i art. 473 § 1 KC przez wprowadzenie w § 10 Projektu umowy (Załącznik Nr 7 do siwz) kar umownych „za opóźnienie”, co oznacza odstąpienie zamawiającego od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach KC, a w konsekwencji brak określenia w siwz w sposób jednoznaczny, jasny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) zmienił postanowienia siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę siwz przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, oraz zamieścił zmianę siwz także na stronie internetowej, na której siwz jest udostępniana,
- c) ponieważ zmiana treści siwz prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie
- d) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 1 i 2 ustawy .

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

powołanych w odwołaniu przepisów ustawy, bo jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w zakresie pakietów (części) od nr 1 do nr 9. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia siwz zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania siwz. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia siwz pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Przez wskazane powyżej czynności zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania siwz. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Przedmiotem zamówienia jest dostawa Indywidualnego Pakietu Medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torby - zasobnika do IPMed). Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w podziale na 16 pakietów (części). W przypadku pakietów (części) od nr 1 do nr 8 przedmiotem zamówienia jest zestaw komponentów do Indywidualnego Pakietu Medycznego - IPMed, natomiast w przypadku pakietu (części) nr 9 przedmiotem zamówienia jest torba - zasobnik do Indywidualnego Pakietu Medycznego - IPMed. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału III pkt 2 siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 5 do siwz oraz Załączniki 5a i 5b (WTT + rysunki).”

Dokonana przez odwołującego analiza postanowień siwz wskazuje, iż przedmiot zamówienia w przypadku pakietów (części) od nr 1 do nr 8 w kilku miejscach został opisany niezgodnie z powołanymi w petitum odwołania przepisami ustawy i uniemożliwia odwołującemu skuteczne złożenie oferty w postępowaniu. Zdaniem odwołującego kwestionowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia są tak skonstruowane, że eliminują możliwość zaoferowania produktów, które spełniają pozostałe wymagania siwz, są wysokiej jakości i pozwalają na zaspokojenie obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Poprzez kwestionowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, mające w istocie charakter marginalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający wykluczył możliwość zaoferowania mu produktów wysokogatunkowych, spełniających z naddatkiem wszystkie pozostałe wymagania siwz.

Odwołujący wskazał na następujące postanowienia siwz, które w jego ocenie świadczą o dokonaniu przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

1. zamawiający w treści załącznik; nr 5a do siwz, w pkt II ppkt 2 „Opatrunek hemostatyczny:”, zamieścił m.in. następujące wymaganie:

„5) Forma opatrunku: nierozpuszczalna gaza z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego (tj. chitosan, zcolit, kaolin), szerokość 6+10 cm i długość 3+4 m. Dopuszczalna jest długość gazy minimum 100 cm z dodatkiem środka hemostatycznego w ilości minimum 8 9.”

Zatem zamawiający nie tylko wskazał wymaganą formę opatrunku (nierozpuszczalna gaza), ale również sporządził zamkniętą listę środków hemostatycznych (chitosan, zeolit, kaolin), które mają być dodatkiem do gazy. W rezultacie zamawiający wykluczył każdą inną formę opatrunku hemostatycznego, względnie opatrunek hemostatyczny z innym środkiem niż wskazany w siwz. W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie pozbawił go możliwości zaoferowania opatrunków hemostatycznych wykonanych z regenerowanej celulozy, które to opatrunki nie mają formy nierozpuszczalnej gaza z dodatkiem niezbędnej ilości wymaganego przez zamawiającego środka hemostatycznego. Tymczasem regenerowana celuloza to szeroko stosowana substancja o działaniu hemostatycznym, która posiada wszystkie zalety opatrunków w Formie nierozpuszczalnej gazy z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego i jednocześnie nie posiada ich wad. Regenerowana celuloza nie wywołuje patologicznej reakcji tkanek czy ich nadwrażliwości, może być stosowana równocześnie z antybiotykami, chemioterapeutykami lub trombiną, nie zmniejszając swojego działania hemostatycznego. Co więcej zdaniem odwołującego, regenerowana celuloza reaguje ze wszystkimi płynami ustrojowymi, nie tylko z krwią - może zostać bezpiecznie pozostawiona w polu zabiegowym i może być stosowana do każdego rodzaju zabiegu chirurgicznego. W przypadku regenerowanej celulozy mechanizm hemostazy wygląda następująco: po zetknięciu z krwią, regenerowana celuloza chłonie ją i stopniowo pęcznieje, zamieniając się w galaretowatą substancję. Krótkie naciśnięcie powoduje przylgnięcie substancji do rany, co wywołuje mechaniczny efekt tamowania krwi. Tym samym zapoczątkowany zostaje proces krzepnięcia, co hamuje krwawienie. Zatem opatrunek hemostatyczny z regenerowanej celulozy pozwala na osiągnięcie celów, które zamawiający wskazał w treści załącznika nr 5a do siwz, tj. na: „tamowanie zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich”.

2. Zamawiający w treści załącznika nr 5a do siwz, w pkt II ppkt 2 „Opatrunek hemostatyczny:”, zamieścił również następujące wymaganie:

„4) Bezpieczeństwo stosowania:

b) środek hemostatyczny opatrunku nie jest wchłaniany przez organizm;

c) łatwy do usunięcia (opatrunki nie przykleja się do rany).”

Powyższe postanowieniu również eliminują możliwość zaoferowania opatrunków hemostatycznych wykonanych z regenerowanej celulozy. Opatrunki takie ze względu na ich

mechanizm hemostazy są wchłaniane przez organizm (tj. ich fragmenty trafiają do krwioobiegu), co jednak nie powoduje żadnych negatywnych reakcji czy skutków dla poszkodowanego, inaczej niż w przypadku wchłaniania środków hemostatycznych wskazanych przez zamawiającego w siwz (tj. chitosan, zeolit, kaolin). Z tego samego względu opatrunki hemostatyczne wykonane z regenerowanej celulozy, jakkolwiek nie przyklejają się do rany, to mogą nie spełniać wymogu „łatwy do usunięcia”.

Odwołujący wniósł o zmianę ww. wymagania siwz w następujący sposób:

„4) Bezpieczeństwo stosowania:

(...)

b) środek hemostatyczny opatrunku nie jest wchłaniany przez organizm - dotyczy opatrunku w formie nierozpuszczalnej gazy z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego (tj. chitosan, zeolit, kaolin);

c) opatrunek nie przykleja się do rany;

d) opatrunek jest łatwy do usunięcia - dotyczy opatrunku w formie nierozpuszczalnej gazy z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego (tj. chitosan, zeolit; kaolin).

„5) Forma opatrunku:

a) nierozpuszczalna gaza z dodatkiem niezbędnej ilości środka hemostatycznego (tj. chitosan, zeolit; kaolin), szerokość 6+10 cm i długość 3+4 m. Dopuszczalna jest długość gazy minimum 100 cm z dodatkiem środka hemostatycznego w ilości minimum 8 g

albo

b) gaza wykonana z regenerowanej celulozy, szerokość 6+10 cm i długość 3+4 m."

3. zamawiający w treści załącznika nr 5a do siwz, w pkt II ppkt 8 „Nożyczki ratownicze:", zamieścił m.in. następujące wymaganie:

„5) Długość powierzchni tnącej minimum 4 cm, długość całkowita 14-18 cm"

W ocenie odwołującego ograniczenie długości całkowitej nożyczek do 18 cm nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. W poprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy Indywidualnego Pakietu Medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torby - zasobnika do IPMed) zamawiający wymagał nożyczek o długości całkowitej 16-20 cm, zatem większa długość nożyczek nie była wówczas dla zamawiającego problemem.

Odwołujący wniósł o zmianę ww. wymagania siwz w następujący sposób:

5) Długość powierzchni tnącej minimum 4 cm, długość całkowita 14-20 cm.

Podsumowując, z powołanych w odwołaniu przepisów ustawy wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Odwołujący jest przekonany, że opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, tj. zgodnie z żądaniami niniejszego odwołania, umożliwi realizację potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia

postępowania przetargowego zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Nadto zamawiający wskazał w Rozdziale VII siwz, pkt 1, że: „Maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż

- 45 dni dla zadania nr 1 i 9;

- 90 dni dla zadań nr 2,3,4,5, 6, 7,8,10,11,12,13,14,15,16

licząc od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30.11.2019 r.

2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż

- 45 dni dla zadania nr 1 i 9;

- 90 dni dla zadań nr 2,3,4,5, 6, 7,8,10,11,12,13,14,15,16;

licząc od dnia przedstawienia przez zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji, jednakże nie później niż do 30.11.2019 r."

Jak wynika z powyższego termin wykonania zarówno zamówienia gwarantowanego jak i zamówienia opcjonalnego w przypadku zadania nr 1 i 9 został przez zamawiającego dwukrotnie skrócony w porównaniu z terminem wykonania w przypadku wszystkich pozostałych zadań. Tak drastyczne skrócenie terminu wykonania w przypadku zadania nr 1 i 9 nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Podkreślić trzeba, że przedmiot zamówienia w przypadku zadania nr 1 nie różni się od przedmiotu zamówienia w przypadku zadań od nr 2 do nr 8, gdyż w każdym przypadku jest to zestaw komponentów do Indywidualnego Pakietu Medycznego - IPMed. Analogicznie przedmiot zamówienia w przypadku zadania nr 9 nie różni się od przedmiotu zamówienia w przypadku zadań od nr 10 do nr 16, gdyż w każdym przypadku jest to torba - zasobnik do Indywidualnego Pakietu Medycznego. Różnice pomiędzy zadaniami dotyczą wyłącznie ilości odpowiednio zestawów komponentów i toreb, przy czym nie jest wcale tak, że w przypadku zadania nr 1 i 9 zamawiający zamawia najmniej odpowiednio zestawów komponentów i toreb. Przeciwnie, mniej zestawów komponentów niż w przypadku zadania nr 1 zamawiający zamawia w przypadku zadania nr 3, nr 4, nr 5, nr 7 i nr 8, gdzie jednak termin wykonania zarówno zamówienia gwarantowanego jak i zamówienia opcjonalnego jest dwukrotnie dłuższy. Analogicznie rzecz się ma jeżeli idzie o torby: mniej toreb niż w przypadku zadania nr 9 zamawiający zamawia w przypadku zadania nr 11, nr 12, nr 13, nr 15 i nr 16, gdzie jednak termin wykonania zarówno zamówienia gwarantowanego jak i zamówienia opcjonalnego jest dwukrotnie dłuższy.

Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanych postanowień siwz poprzez nadanie im następującego brzmienia:

Maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie

nie dłuższym niż 90 dni dnia zadań nr 1,2,3,4,5, 6, 7,8,9,10,11,12,13,14,15,16;
licząc od dnia podpisania umowy; jednakże nie później niż do 30.11.2019 r.

2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 90 dni dnia zadań nr 1,2,3,4,5, 6, 7,8, 9,10,11,12,13,14,15,16;
licząc od dnia przedstawienia przez zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji, jednakże nie później niż do 30.11.2019 r."

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy oraz w związku z naruszeniem art. 471 i art. 473 § 1 KC przez wprowadzenie w § 10 Projektu umowy (Załącznik Nr 7 do siwz) kar umownych „za opóźnienie”, co oznacza odstąpienie zamawiającego od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach KC, a w konsekwencji brak określenia w siwz w sposób jednoznaczny, jasny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, należy stwierdzić, co następuje.

Zamawiający w § 10 Projektu umowy uregulował kwestię kar umownych - ich wysokości oraz podstaw i przesłanek naliczania. Stosownie do postanowień § 10 ust. 1 Projektu umowy, Wykonawca zapłaci zamawiającemu następujące kary umowne:

1) W razie odstąpienia od umowy w całości, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy tytułem realizacji przedmiotu umowy.

2) W razie odstąpienia od umowy w części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 10 % wartość (ceny) części przedmiotu umowy od której następuje odstąpienie.

3) Za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z niniejszej umowy - 0,1% łącznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy, za zamówienie podstawowe (gwarantowane), za każdy rozpoczęty dzień. W przypadku zamówień opcjonalnych za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z niniejszej umowy 0,1% wartości uruchomionego zamówienia opcjonalnego za każdy rozpoczęty dzień. 4) Za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi - 0,1% łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, za każdy rozpoczęty dzień.

(...)

Tym samym zamawiający - pomimo iż nie istnieje według odwołującego żadna uzasadniona przyczyna - odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny w przepisie art. 471 jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, przy czym wzmacnia pozycję wierzyciela poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby zamawiający - jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku -

dyskryminował dostawców w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, Tymczasem właśnie taką odpowiedzialność - niezależną od winy wykonawcy - uregulował zamawiający w w/w postanowieniach umowy. zamawiający w przypadkach określonych w pkt 3 i 4 wskazał, że kara umowna należna jest za opóźnienie, a nie za zwłokę.

Odwołujący wskazał również, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC. Przepis art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie - a mianowicie muszą być oznaczone okoliczności. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 § 1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności”, w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia w § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 Projektu umowy słowa „opóźnienie” i zastąpienie go odpowiednio słowem „zwłoka” lub też dodanie postanowienia, że wykonawca ponosi odpowiedzialność zgodnie z przepisem art. 471 KC i zasadami odpowiedzialności kontraktowej, tj. kara umowna może zostać naliczona w przypadku, gdy wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności będące podstawą jej naliczenia.

W dniu 2 stycznia 2019r. zamawiający poinformował wykonawców na swojej stronie internetowej o wniesieniu odwołania.

W dniu 7 stycznia 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Medline spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze wnosząc o oddalenie odwołania w punkcie a) zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Przystępujący nie zgodził się z tym zarzutem i podniósł, że wymagania techniczne dla opatrunku homeostatycznego dopuszcza co najmniej kilka rodzajów i modeli opatrunków znajdujących się obecnie na wyposażeniu wojska polskiego i NATO, które są zgodne z wytycznymi TCCC. Indywidualne pakiety medyczne są kluczowym elementem wyposażenia żołnierzy i utrzymanie standaryzacji jest niezwykle istotne – może być elementem decydującym o przeżyciu w warunkach pola walki. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie. Zgłaszający przekazał przystąpienie zamawiającemu i

odwołującemu w dniu 4 stycznia 2019r.

W dniu 7 stycznia 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Paramedyk J. D. z siedzibą w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 wskazującym na opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zgłaszający podważył przydatność opatrunków homostatycznych z regenerowanej celulozy w warunkach bojowych, w szczególności przy krwotokach o średniej i dużej intensywności i ranach głębokich. Wymóg łatwego usunięcia opatrunku powinien być zachowany, gdyż nie wiadomo jak długo opatrunek będzie musiał być zmieniany zanim żołnierz trafi na salę operacyjną. Zamawiający prowadził już postępowania znak WOFiTM/2/2018 i WOFiTM/8/2018, w których niedopuszczalne było zaferowanie opatrunków z celulozy i wówczas to przystępujący nie spełniał wymagań siwz. W tym przedmiocie wypowiedziała się także Izba w wyrokach sygn.. akt KIO 1210/18 i KIO 1237/18 wskazując, że opatrunki z celulozy nie nadają się do tamowania krwotoków o średniej i dużej intensywności. Przystępujący wskazał, że uzasadnione jest także dążenie zamawiającego do minimalizacji sprzętu w tym nożyczek, w taki sposób aby pozwalały one na swobodne umieszczenie opatrunku w opakowaniu IPMed. Zestaw mniejszy jest łatwiej nosić i jest wygodniejszy i bezpieczniejszy. Interes przystępującego w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego wyraża się w tym, że w przypadku uwzględnienia odwołania musiałby konkurować z wykonawcami oferującymi produkty tańsze, ale gorszej jakości, nie spełniające uzasadnionych potrzeb zamawiającego i nie chroniące życia i zdrowia żołnierzy w należyty sposób. Oferta przystępującego przestałaby być ofertą konkurencyjną i nie pozyskałaby zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Brak dołączenia dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 7 stycznia 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Boxmet Medical spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pieszycach. Wskazał, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w zakresie pakietów 1-9, ale w jego ocenie zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy. Wskazał na szerokie rozumienie interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której się przystępuje na etapie poprzedzającym złożenie ofert odwołując się do wyroku Izby z dnia 10 grudnia 2015r. sygn. akt KIO 2575/15 i z dnia 26 sierpnia 2015r. sygn. akt KIO 1727/15. Wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na brak interesu prawnego, brak sprecyzowania wniosków odwołania, nie wiadomo czego domaga się odwołujący, jaki przepis siwz kwestionuje, na czym ma polegać wnioskowana zmiana, lub o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu i prokurenta upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została

przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 7 stycznia 2019r.

W dniu 16 stycznia 2019r. przystępujący Boxmet Medical wniósł o odrzucenia odwołania z braku sprecyzowania zarzutów i żądań odwołania oraz wskazania stanu faktycznego, oraz z braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku, wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że w jego ocenie zamawiający opisując przedmiot zamówienia publicznego kierował się obiektywnie uzasadnionymi potrzebami podmiotów, które będą korzystać z przedmiotu zamówienia w warunkach bojowych.

W dniu 18 stycznia 2019r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu odwołania sformułowanego w pkt. 4a odwołania powołując się na swoje doświadczenie oraz opinie biegłych prywatnych i wytyczne organizacji wojskowych i wskazując, że opisany przez niego przedmiot zamówienia znajduje odzwierciedlenie w obiektywnie usprawiedliwionych potrzebach żołnierzy na polu walki, w szczególności przejawiających się w konieczności szybkiego i prostego zatamowania przez niebędącego ratownikiem medycznym żołnierza gwałtownego krwotoku na czas potrzebny na dotarcie pomocy medycznej lub przeniesienie ze strefy walki lub transport do punktu medycznego, w sposób umożliwiający późniejsze usunięcie opatrunku bez przeniknięcia jego elementów składowych do organizmu. Jak również na to, że wymiary nożyczek podyktowane są wymiarami torby – zasobnika do Indywidualnego Pakietu Medycznego. W zakresie zarzutu opisanego w pkt. 4b odwołania zamawiający zastrzegł prawo do złożenia wypowiedzi ustnej na rozprawie.

Na posiedzeniu przystępujący Boxmet Medical cofnął wnioski o odrzucenie odwołania.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy w zakresie dotyczącym opisu maksymalnego terminu wykonania zamówienia określonego w rozdziale VII pkt. 1 siwz i zobowiązuje się wykonać żądanie odwołania określone na stronie trzynastej odwołania akapit 2 tj. do zmiany kwestionowanych postanowień siwz przez nadanie im następującego brzmienia:

Maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 90 dni dnia zadań nr 1,2,3,4,5, 6, 7,8,9,10,11,12,13,14,15,16;

licząc od dnia podpisania umowy; jednakże nie później niż do 30.11.2019 r.

2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż 90 dni dnia zadań nr 1,2,3,4,5, 6, 7,8, 9,10,11,12,13,14,15,16;

licząc od dnia przedstawienia przez zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji, jednakże nie później niż do 30.11.2019 r."

Przystępujący nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części.

Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty odwołania w części nieuwzględnionej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W przedmiotowym postępowaniu zaistniał stan faktyczny nadający się pod subsumpcję do tej normy prawnej. Zamawiający uwzględnił jeden z postawionych zarzutów, przystępujący prawidłowo powiadomieni o terminie posiedzenia nie złożyli oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu – wykonawca J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firma Paramedyk J. D., a przystępujący obecni na posiedzeniu – Medline i Boxmet Medical złożyli oświadczenia, że nie wnoszą sprzeciwu. Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa pozostałe nieuwzględnione zarzuty odwołania, co w całości wypełnia normę art. 186 ust. 3a ustawy, a w konsekwencji oznacza, że zaistniały podstawy do umorzenia postępowania.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2016r.

pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: