

Sygn. akt: KIO 821/20

WYROK
z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r. odwołania wniesionego w dniu 15 kwietnia 2020r. przez **J. D., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. PARAMEDYK, ul. Słoneczna 2, 05-270 Marki** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

przy udziale wykonawcy **Neomed Polska Sp. z o.o., ul. Orężna 6A, 05-501 Piaseczno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów z pkt 1 lit. a, b, f, h, pkt 2 lit. a, b, e, g, h, pkt 3 lit. b, pkt 4, pkt 5, pkt 6 oraz pkt 7 odwołania, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
- 2. kosztami postępowania obciąża J. D., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. PARAMEDYK ul. Słoneczna 2, 05-270 Marki i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. D., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. PARAMEDYK ul. Słoneczna 2, 05-270 Marki tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od J. D., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. PARAMEDYK ul. Słoneczna 2, 05-270 Marki na rzecz Skarbu Państwa - Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Warszawa - Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów z siedzibą w Celestynowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 kwietnia 2020 roku pod numerem 2020/S 069-163648.

W dniu 15 kwietnia 2020r. Odwołujący – J. D., prowadzący działalność gospodarczą p.n. PARAMEDYK, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 do siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki. Szczegółowej procedury badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, w zakresie w jakim:
 - a. formułuje wymaganie „aby opakowanie było łatwe do otwierania” (punkt 2.2, str. 38 Załączników do siwz),
 - b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 2.2, str. 38 Załączników do siwz),
 - c. Zamawiający stwierdza, że „nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C. Opatrunek zostanie przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej, bez jednoczesnego wskazania, na konieczność wcześniejszego wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz),
 - d. nie przewiduje ona, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu,
 - e. formułuje wymaganie że „zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz),

- f. formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający postuluje się sformułowanie zgodnie z którym „oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w warunkach przeznaczenia i zastosowania określonych w OPZ, w tym w zakresie zapewniającym założenie i pozostanie opatrunku w miejscu przyklejenia, szczelnego przylegania opatrunku do ciała, w pełni funkcjonalnej pracy mechanizmu wentylacyjnego opatrunku, ułatwionego oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej” (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz),
- g. formułuje wymagania, że „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry ” (punkt 4.2, str. 39 Załączników do siwz);
- h. nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej” (punkt 4.2., str. 40 Załączników do siwz);

2. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 do siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki. Szczegółowej procedury badania próbki: opatrunku indywidualnego, w zakresie, w jakim:

- a. formułuje wymaganie w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (punkt 2.2, str. 36 Załączników do siwz),
- b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnięty bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj., w warunkach; pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 2.2, str. 36 Załączników do siwz),
- c. nie przewiduje ona, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu,
- d. formułuje wymaganie że „zaopatrzenie żołnierza na przedramieniu lewej ręki powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 4.1, str. 37 Załączników do siwz),
- e. formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający postuluje się sformułowanie zgodnie z którym „oczekuje niezawodnej pracy

- opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w zakresie zapewniającym założenie i utrzymanie się opatrunku w warunkach pola walki. Zależnie od dopuszczalnej formy mogą być to różne składowe elementy opatrunku, w tym: elastyczny bandaż (...) ucisku na ranę” (punkt 4.1, str. 37 Załączników do siwz),
- f. formułuje wymagania, że „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOOI), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry ” (punkt 4.2, str. 37 Załączników do siwz),
 - g. nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany ” (punkt 4.2., str. 37 Załączników do siwz),
 - h. nie określa w jaki sposób Zamawiający ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (punkt 4.2., str. 37 Załączników do siwz);
3. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki w zakresie w jakim:
- a. wskazuje, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający dołoży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 35 Załączników do siwz), .
 - b. ogranicza on wykonywanie dokumentacji fotograficznej tylko do przypadków, w których próbka nie będzie spełniała któregokolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ (punkt 5, str. 35 Załączników do siwz);
4. treści specyfikacji, tj. od Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, oraz od Ogłoszenia o zamówienia (tj. od punktów II.2.7) w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do dnia 30.11.2020 r. (str. 6 siwz)
5. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6.1 do siwz - protokół badania próbki, w zakresie w jakim stawia on wymóg, zgodnie z którym opatrunek indywidualny musi spełniać wszystkie wymagania wskazane w ww. załączniku, podczas gdy żaden z opatrunków indywidualnych dostępnych na rynku nie spełnia wszystkich tych wymagań,
6. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). tj. od treści Załącznika nr 8 do siwz. zawierającego Istotne postanowienia umowy (IPUI. w zakresie w jakim:

- a. § 10, w szczególności § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU nie określa maksymalnej wysokości kar umownych,
- b. § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie IPU przewiduje, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni,
7. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 5.2 do siwz, zawierającego Wymagania Eksploatacyjno- Techniczne (WET) w zakresie w jakim stawia on wymóg, że waga opaski uciskowej (stazy taktycznej) ma wynosić do 100 g (zob. cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme, str. 29 Załączników do siwz).

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie szczegółowej procedury dotyczącej badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, w sposób który nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie zawiera dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ani nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto w sposób który ogranicza konkurencję między wykonawcami, oraz jest sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości.
2. art 29 ust. 1 i 2 w związku z art 7 ust. 1 p.z.p. w związku z art 90 ust 1 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. w sposób nieuwzględniający, że korzystając z wyrobu medycznego Zamawiający powinien przestrzegać instrukcji używania.
3. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art 7 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie szczegółowej procedury dotyczącej badania próbki: opatrunku indywidualnego, w sposób który nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie zawiera dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ani nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto w sposób który ogranicza konkurencję między wykonawcami, oraz jest sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości.
4. art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art, 139 ust. 1 P.Z.P. oraz w związku z 387 § 1 k.c. poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który prowadzi do obiektywnej niemożliwości świadczenia, a co za tym idzie również do nieważności umowy - określony przez Zamawiającego, 60-dniowy termin na dostarczenie przedmiotu zamówienia, przypadający nie później niż 30.11.2020 r., z uwagi na stan ogólnoświatowej epidemii, jest obiektywnie niemożliwy do dochowania.

5. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez takie opisanie wymagań i parametrów, które musi spełniać opatrunek indywidualny, że żaden z wykonawców nie może ich spełnić - na rynku nie występuje bowiem opatrunek indywidualny, który spełniałby wszystkie wymagania i parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 6.1 do siwz.
6. art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz w związku z art. 483 § 1 k.c. poprzez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, co w konsekwencji prowadzi do nieważności tego postanowienia umownego z uwagi na jego sprzeczność z prawem (zob. art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.), jak i dobrymi obyczajami.
7. art. 139 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 58 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie w § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie IPU (Załącznik nr 8 do siwz), że Zamawiającemu przysługuje możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności tego postanowienia umownego z zasadami współzycia społecznego.
8. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez wskazanie w Załączniku 5.2 do siwz, że waga opaski zaciskowej (staży taktycznej) ma wynosić do 100 g, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji - z uwagi na fakt, że tylko jedna opaska zaciskowa spełnia wymagania Zamawiającego, a co za tym idzie, inne opaski zaciskowe nie mogą być oferowane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ tj.

- a) zmiany Załącznika 6 do siwz Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej Procedury badania Próbk: Opatrunku na rany penetracyjnego klatki piersiowej poprzez:
 - i) usunięcie wymagania aby opakowanie [opatrunku] było łatwe do otwierania (punkt 2.2., str. 38 załączników do siwz),
 - ii) usunięcie wymagania, aby opakowanie opatrunku otwierało się „w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągany bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju, tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 2.2, str. 38 załączników do siwz),
 - iii) wskazanie, że po zwilżeniu zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C, a przed naklejeniem opatrunku „miejsca wokół tych ran, zostaną oczyszczone zgodnie z instrukcją użycia opatrunku zamieszczoną na opakowaniu” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz),

- iv) wskazanie, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 maja 2010 r, o wyrobach medycznych,
 - v) usunięcie sformułowania, zgodnie z którym „zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz),
 - vi) poprzez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego niżej fragmentu: „oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w warunkach przeznaczenia i zastosowania określonych w OPZ, w tym w zakresie zapewniającym założenie i pozostanie opatrunku w miejscu przyklejenia, szczelnego przylegania opatrunku do ciała, w pełni funkcjonalnej pracy mechanizmu wentylacyjnego opatrunku, ułatwionego oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej” (pkt 4,1., str. 39 załączników do siwz),
 - vii) poprzez usunięcie wymogu zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki ” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry ” (pkt 4.2, str. 39 załączników do siwz);
 - viii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej” (punkt 4.2., str. 40 załączników do siwz).
- b) zmiany Załącznika nr 6 siwz Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej Procedury badania Próbk: Opatrunku indywidualnego poprzez:
- i) usunięcie wymagania w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (punkt 2.2, str. 36 załączników siwz),
 - ii) usunięcie wymagania zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 2.2, str. 36 załączników do siwz),

- iii) wskazanie, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych,
 - iv) usunięcie wymagania zgodnie z którym „zaopatrzenie żołnierza na przedramieniu lewej ręki powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 4.1, str. 37 załączników siwz),
 - v) poprzez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego niżej fragmentu: „<oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w zakresie zapewniającym założenie i utrzymanie się opatrunku w warunkach pola walki. Zależnie od dopuszczalnej formy mogą być to różne składowe elementy opatrunku, w tym: elastyczny bandaż (...) ucisku na ranę ” (punkt 4.1, str. 37 załączników do siwz),
 - vi) usunięcie wymagania zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOOI), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego Z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry” (punkt 4.2, str. 37 załączników do siwz),
 - vii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem nieprawidłowe zaopatrzenie rany ” (punkt 4.2., str. 37 załączników do siwz);
 - viii) precyzyjne wskazanie w jaki sposób Zamawiający ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (punkt 4,2,, str. 37 załączników do siwz), ewentualnie poprzez usunięcie przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w punkcie 4.2, str. 37 załączników siwz, zgodnie z którą Zamawiający uzna, że ofertą nie spełnia wymogów siwz jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku;
- c) zmiany Załącznika nr 6 do siwz poprzez:
- i) wskazanie, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający przeprowadzi badania w identycznych (tożsamy) warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 35 załączników do siwz),
 - ii) wskazanie, że z badania zgodności Próbkę zostanie sporządzony protokół do

którego zostanie dołączona dokumentacja fotograficzna oraz dokumentacja video obrazująca przebieg całego badania (punkt 5, str. 35 załączników do siwz),

- iii) zmiany Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, oraz punktów II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30.11.2020 r. i zastąpienie tego terminu, terminem 90 dni liczonych od dnia podpisania umowy;
- d) zmiany Załącznika nr 6.1 do siwz, w taki sposób, aby dla opatrunku indywidualnego stworzone zostały dwa odrębne zestawienia wymagań i parametrów, uwzględniające okoliczność, że na rynku dostępne są dwa typy opatrunków o odmiennej konstrukcji, z których żaden nie spełnia wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 6.1 do siwz;
- e) zmiany IPU - Załącznika nr 8 do siwz, poprzez:
 - i) określenie maksymalnej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, przy czym wnoszę, aby maksymalna wysokość tych kar nie była większa niż 10% wartości zamówienia netto;
 - ii) usunięcie § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie i trzecie,
- f) zmiany Załącznika nr 5.2 do siwz, poprzez usunięcie wymogu, zgodnie z którym waga opaski ma wynosić do 100 g (zob. cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme, str. 29 Załączników do siwz).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby dokonaną zmianę siwz przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, oraz aby zamieścił zmianę siwz także na stronie internetowej, na której siwz jest udostępniona oraz nakazanie Zamawiającemu aby przedłużył termin składania ofert przynajmniej o dwa tygodnie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów odwołania opisanych w pkt 1 lit. a, b, f, h; pkt 2 lit. a, b, e, g, h; pkt 3 lit. b; pkt 4; pkt 5; pkt 6 oraz pkt 7 odwołania Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp umorzyła w tym zakresie postępowanie odwoławcze.

W zakresie spornym między stronami, Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uznanie.

Zarzut z pkt 1 lit. c odwołania – postanowienie Załącznika nr 6 do SIWZ opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki, Szczegółowej procedury badania próbki opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej w zakresie jakim: Zamawiający stwierdza, że „nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C. Opatrunek zostanie przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej”, bez jednoczesnego wskazania, na konieczność wcześniejszego wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz).

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego oraz wyrażone w orzeczeniu KIO z dnia 22 czerwca 2020r. Sygn. akt KIO 728/20. Celem procedury badania próbki jest weryfikacja jakości dostarczonych opatrunków, które będą używane w warunkach pola walki a nie w warunkach szpitalnych, laboratoryjnych. Procedura badania próbki opisana przez Zamawiającego w możliwie zbliżonym stopniu odpowiada warunkom, w jakich będą wykorzystywane opatrunki, będące przedmiotem zamówienia. Należy mieć na uwadze, że opatrunek będzie zakładany w warunkach bojowych, często w trudnych warunkach atmosferycznych na krwawiącą ranę klatki piersiowej żołnierza, która jest mokra. Stąd, aby w sposób możliwie zbliżony do tych warunków, zweryfikować jakość opatrunku, Zamawiający przewidział zwilżenie ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o odpowiedniej temperaturze na osobie, na której będzie wykonywana próbka. W sytuacji wprowadzenia

postanowienia, jakiego domaga się Odwołujący, że przed przyklejeniem opatrunku rana zostanie uprzednio przetarta, może dojść do tego, że opatrunek zostanie przetestowany na suchej skórze, co nie odpowiadałoby warunkom, w jakich opatrunek będzie użyty. Opisane przez Zamawiającego warunki oceny próbki nie stanowią naruszenia wskazywanego przez Odwołującego art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych, nie naruszają także instrukcji użytkowania opatrunku, które - jak wykazał Odwołujący w toku rozprawy w okazanych instrukcjach opatrunków - przewidują konieczność przetarcia (osuszenia) rany przed przyklejeniem opatrunku. Opisana przez Zamawiającego ocena próbki nie jest czynnością medyczną, przed którą należy ranę osuszyć, a jedynie jej symulacją w na tyle na ile to możliwe zbliżonych warunkach. Złożone jak dowód w sprawie przez Odwołującego notatki służbowe dotyczą badania próbek opatrunków, które były przedmiotem odbioru a nie weryfikacji na etapie badania oferty, stąd dowód ten jest nieprzydatny dla rozpoznania sprawy. Niezależnie od tego zauważyć należy, że z notatki z dnia 23 października 2019r. wynika, że opatrunek był naklejony na klatkę piersiową zgodnie z instrukcją, ale był on także polewany wodą w celu symulacji przyklejenia opatrunku na mokre ciało. Opatrunek ten został zweryfikowany pozytywnie jako samoprzylepny, z klejem o wysokiej lepkości i możliwością przyklejenia go na mokre ciało.

W zakresie zarzutu z pkt 1 lit d oraz z pkt 2 lit. c odwołania, Izba uznała, że ze względów wskazanych wyżej brak jest także podstaw do żądania wprowadzenia postanowienia w procedurze badania próbki, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją

W zakresie zarzutu pkt 1 lit. e oraz pkt 2 lit. d dotyczącego postanowienia, że „zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz), Izba uznała zarzut za niezasadny, stwierdzając że tego typu postanowienie na narusza żadnego z przepisów ustawy Pzp. Celem Zamawiającego jest wybór takich opatrunków, których przyklejenie jest możliwe do wykonania przez każdą osobę, bez specjalistycznej wiedzy medycznej, która może udzielić pomocy w warunkach polowych.

W zakresie zarzutu z pkt 1 lit. g oraz pkt 2 lit f odwołania dotyczącego wymagania, że „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji ранego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie

przylegała do skóry ” (punkt 4.2, str. 39 Załączników do siwz), Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że postanowienie to narusza art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że badanie we wskazanym wyżej zakresie jest nieproporcjonalne i nieuzasadnione, skoro opatrunki będą używane w warunkach bojowych, na polu walki. Twierdzenia Odwołującego, że żołnierz z raną penetracyjną klatki piersiowej nie jest w stanie, co do zasady wykonywać takich czynności są jedynie jego przypuszczeniami a argumentacja, iż ocena spełnienia tego wymagania będzie w dużej mierze zależała od żołnierza, który zostanie zaopatrzonej opatrunkiem nie znajduje uznania. Zdaniem Izby, przy ocenie próbek zawsze istnieje pewien element subiektywizmu, ale w przypadku kwestionowanego wymagania, element ten jest znikomy w porównaniu z celem jakim jest wybór opatrunków, które sprawdzą się w trudnych warunkach.

W zakresie zarzutu z pkt 3 lit. a odwołania, w którym wskazano, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający dołoży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 35 Załączników do siwz), Izba uznała, że postanowienie to jest wystarczające i nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania obiektywizmu przy ocenie próbek. Zamawiający zobowiązał się, że dołoży wszelkich starań, aby badania próbek odbyły się w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych czy terenowych (w lesie lub budynku) i nie można zakładać „złej woli” po stronie Zamawiającego. Zauważyć też trzeba, że z przeprowadzonych badań będzie sporządzony *Protokół badania próbki*, gdzie będzie możliwe podanie warunków badania próbki a zatem wszelkie, istotne odstępstwa w warunkach badania próbek różnych producentów, które naruszałoby interes wykonawców, mogą być przez nich kwestionowane.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: