

WYROK

z dnia 22 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Rafał Komiń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2020 roku przez wykonawcę Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów z siedzibą w Celestynowie

przy udziale wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARAMEDYK J. D. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 728/20 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa medycznych środków materiałowych przeznaczonych do

odświeżania Zestawów Ratownictwa Taktycznego”:

- zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej w pkt 2.2 przez wykreślenie „łatwe do otwierania”,
- zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej w pkt 2.2 przez wykreślenie „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku”,
- zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 2.2 przez wykreślenie „łatwości otwierania”,
- zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 2.2 przez wykreślenie „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku”.
- zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 4.2 przez określenie w jaki sposób zamierza badać czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej - Celestynów z siedzibą w Celestynowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i

Techniki Medycznej - Celestynów z siedzibą w Celestynowie na rzecz wykonawcy Neomed Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 728/20

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 pod nazwą „Dostawa medycznych środków materiałowych przeznaczonych do odświeżania Zestawów Ratownictwa Taktycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2020 roku pod numerem 2020/S 059-141031.

W dniu 3 kwietnia 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od:

1) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Rozdziału XVII siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki. Szczegółowej procedury badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, w zakresie, w jakim:

a) formuluje wymaganie „aby opakowanie było łatwe do otwierania” (punkt 2.2, str. 21 siwz),

b) formuluje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągalny 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. 21 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. 22 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.

22 siwz),

f) formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający posługuje 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. 22 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 ранnego z pola walki" oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry" (punkt 4.2, str. 23 siwz);

h) nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetrującej klatki piersiowej" (punkt 4.2., str. 23 siwz).

2) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Rozdziału XVII 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. 19 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. 19 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. 20 siwz),

e) formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający posługuje 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. 20 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 ранnego z pola walki" oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry" (punkt 4.2, str. 20 siwz),

- g) nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany” (punkt 4.2., str. 20 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. 20 siwz);
- 3) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). ti. od treści Rozdziału XVII siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki, w zakresie w jakim:
- a) wskazuje, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający doloży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 18 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. 18);
- 4) treści specyfikacji, ti. od Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy;
- 5) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). ti. od treści Załącznika nr 8 - 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). ti. od treści Załącznika nr 6 do siwz zawierającego Istotne postanowienia umowy (IPU). w zakresie w jakim:
- a) § 9, w szczególności § 9 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU nie określa maksymalnej wysokości kar umownych,
- b) § 4 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.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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.

Odwolujący podał, że dokonany przez Zamawiającego opis nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 p.z.p. Zamawiający posługuje się bowiem sformułowaniami, które nie są jednoznaczne i dostatecznie dokładne (takimi jak: opakowanie „łatwe do otwierania”, otwierające się „w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnany bez wysiłku przez każdą osobę”). Nie jest to również opis wyczerpujący, a to z uwagi na fakt, że Zamawiający z jednej strony wskazuje, że oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, z drugiej zaś jedynie w sposób przykładowy określa - poprzez użycie sformułowania „w tym” - w jaki sposób tę niezawodność będzie badał. W związku z powyższym, z uwagi na fakt, że wyliczenie Zamawiającego ma jedynie przykładowy charakter, to tym samym należy uznać, że nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 p.z.p. Wyliczenie takie powinno być wyczerpujące (kompletne), tak aby wykonawcy wiedzieli jakie dokładnie parametry będą oceniane przez Zamawiającego. Wreszcie opis badania próbki sporządzony przez Zamawiającego nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający formułując opis użycia próbki powinien mieć na względzie wymagania wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W szczególności Zamawiający powinien uwzględnić wymagania wynikające z art. 90 ust. 1 Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Powyższe oznacza, że w opisie użycia opatrunku Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, że użytkownik wyrobu będzie obowiązany do przestrzegania instrukcji używania, a co za tym idzie do wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku. Takie sformułowanie nie zostało zamieszczone w siwz. Z treści siwz

wynika wręcz, że opatrunek będzie używany niezgodnie z instrukcją używania (Zamawiający nie wskazuje bowiem na konieczność wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku - o czym będzie jeszcze szerzej mowa). Wykonawca, chcąc zaś uchronić się przed odrzuceniem jego oferty, powinien mieć pewność co do tego, że opatrunek, w trakcie badania przeprowadzanego przez Zamawiającego, będzie używany zgodnie z instrukcją. W przeciwnym razie, żaden wykonawca nie może zagwarantować prawidłowości jego działania. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinien dokonać takiego opisu, który da wykonawcom gwarancję, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją. Jednocześnie opis badania próbki nie jest jednoznaczny i wyczerpujący również z tego względu, że nie określa w jakich okolicznościach Zamawiający uzna wymogi dotyczące opatrunku za spełnione (innymi słowy Zamawiający nie stosuje obiektywnych kryteriów oceny). W szczególności nie sposób jest przesądzić, w oparciu o jakie przesłanki Zamawiający uzna, że zaopatrzenie klatki piersiowej - z wykorzystaniem oferowanego opatrunku - jest możliwe do wykonania przez każdą osobę, także taką która nie posiada specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. Nie sposób również uznać, że wymaganie zgodnie z którym „zaopatrzyć żołnierz 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 podlegać procedurom ewakuacji rannego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry” zapewnia obiektywizm oceny. W pierwszej kolejności należy wskazać, że co do zasady żołnierz z raną postrzałową klatki piersiowej nie jest w stanie wykonywać większości tych czynności, a co za tym idzie w ogóle badanie próbki nie powinno być z nimi powiązane. Ponadto w przypadku bardzo intensywnych czynności (np. czołgania się w trudnym terenie w lesie) nie da się wykluczyć, że dojdzie do zaczepienia opatrunku o jakiś przedmiot i w konsekwencji do sytuacji, w której - w jakiejś części - nie będzie on przylegał do skóry, lub w skrajnym przypadku dojdzie do jego niewielkiego przemieszczenia się. Innym znów razem, przy mniej intensywnych czynnościach, opatrunek może pozostać na miejscu. Tak duża dowolność „badania” jest sprzeczna z zasadą równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, jak również z zasadą przejrzystości. W treści siwz Zamawiający zamieszcza wreszcie stwierdzenie, zgodnie z którym uzna, że oferta nie spełnia wymagania siwz jeśli konstrukcja opatrunku nie będzie pozwalać na prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej (konsekwencją czego jest odrzucenie oferty) Zamawiający nie precyzuje jednak co dokładnie należy rozumieć przez sformułowanie „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej”. Sformułowanie to powinno zostać doprecyzowane, tak aby każdy wykonawca był w pełni świadomy, w jakich dokładnie przypadkach złożona przez niego oferta może podlegać odrzuceniu i tak aby Zamawiający nie miał dowolności w podejmowaniu decyzji, co do tego, czy zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, czy też nie. Za naruszenie zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, należy również uznać postanowienie wskazujące, że w 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. 18 siwz). Należy uznać, że chcąc pozostać w zgodzie z wymogami wynikającymi z art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p., jak również z art. 29 ust. 1 p.z.p. Zamawiający powinien przeprowadzać badanie wszystkich próbek, nie w podobnych, ale dokładnie w takich samych warunkach sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (w gruncie rzeczy badanie próbki powinno się więc odbywać w zamkniętym pomieszczeniu, w którym można „zasymulować” każdego rodzaju warunki, tożsame dla wszystkich wykonawców). Zamawiający pod żadnym bowiem pozorem nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której poszczególne próbki nie będą badane w takich samych warunkach. Podobnie przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania jest ograniczenie wykonywania dokumentacji fotograficznej tylko do tych przypadków, w których próbka nie będzie spełniała któregokolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ (punkt 5, str. 18). Chcąc zapewnić wykonawcom uczciwą konkurencję i równe traktowanie, Zamawiający powinien dokumentować przebieg każdego badania, a nie tylko tego, które zakończyło się brakiem spełnienia któregokolwiek z wymagań. Dokumentowanie to powinno przy tym przybrać postać nagrania video (co w dobie telefonów komórkowych nie nastręcza żadnych trudności), a nie wyłącznie dokumentacji fotograficznej. Taka dokumentacja jest istotna nie tylko z punktu widzenia tego wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, lecz przede wszystkim z punktu widzenia tego, który zamierza korzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Bez dokumentacji video (lub przynajmniej fotograficznej) zebranie dowodów potwierdzających daną okoliczność byłoby praktycznie niemożliwe;

2) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy 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

W opisie szczegółowej procedury badania próbki powinno znaleźć się wyraźne stwierdzenie, że w trakcie przeprowadzania badania, Zamawiający będzie zobowiązany do przestrzegania instrukcji używania opatrunków. Na chwilę obecną takiego stwierdzenia brak. Co istotne powyższy wymóg nie jest jedynie wymogiem producenta (vide instrukcja użycia opatrunku), czy też przejawem działania zgodnego z zasadami sztuki medycznej, wymóg ten wynika wprost z przepisów prawa - art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 186) wyrażnie stanowi, że wyrób (medyczny) powinien być (...) używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. W zakresie, w jakim postanowienia siwz przewidują, że opatrunek będzie używany niezgodnie z instrukcją używania, naruszają przywołany wyżej art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych. W związku z powyższym nie powinno być wątpliwości co do tego, że postanowienia siwz w tym względzie powinny zostać zmienione.

- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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

Odnosnie niniejszego zarzutu Odwołujący w pełni podtrzymuje uzasadnienie zaprezentowane już powyżej przy zarzucie nr 1).

Dodatkowo wskazuje, że w treści siwz Zamawiający zamieszcza stwierdzenie, zgodnie z którym uzna, że oferta nie spełnia wymagania siwz jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku (pkt 4.2. , str. 20 siwz). Zamawiający nie precyzuje jednak, w jaki sposób ustali, czy ten bezpośredni ucisk na ranę jest wywierany, czy też nie. Zamawiający nie wyjaśnia nawet, co należy rozumieć pod pojęciem „bezpośredniego ucisku na ranę” (nie wiadomo jaką siłą należy zadziać, aby warunek ten został spełniony). Sformułowanie to powinno zostać doprecyzowane, tak aby każdy wykonawca był w pełni świadomy, w jakich dokładnie przypadkach złożona przez niego oferta może podlegać odrzuceniu i tak aby Zamawiający nie miał dowolności w podejmowaniu decyzji, co do tego, czy zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, czy też nie. Zamawiający powinien opisać powyższe przesłanki w sposób jednoznaczny i dostatecznie zrozumiały (co w chwili obecnej jednak nie nastąpiło).

- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz w związku z 387 par. 1 k.c. przez 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, z uwagi na stan ogólnoswiatowej epidemii, jest obiektywnie niemożliwy do dochowania.

Niemożliwość świadczenia wynika również z tego, że żaden z opatrunków dostępnych na rynku nie spełnia wymagań i parametrów dla opatrunku indywidualnego wskazanych w Załączniku nr 8, a co za tym idzie dostarczenie opatrunku indywidualnego żadanego przez Zamawiającego nie jest — z przyczyn obiektywnych — możliwe;

- 5) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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 8;

- 6) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz w związku z art. 483 par. 1 k.c. przez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w par. 9 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 par. 1 k.c. w związku z art. 58 par. 1 k.c.), jak i dobrymi obyczajami.

Postanowienia par. 9 IPU, w zakresie w jakim nie określają maksymalnej wysokości kar umownych są sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak również z art. 483 par. 1 k.c., a co za tym idzie nieważne (zob. art. 58 § 1 k.c.). Art. 483 par. 1 k.c.,

stanowi, że można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowy). Przepis ten statuuje zasadę „określoności kary umownej”. Brak określenia w umowie — tak jak ma to miejsce w okolicznościach niniejszego przypadku końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 par. 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Skoro postanowienia umowy nie spełniają wymagania art. 483 par. 1 k.c., to tym samym stosownie do treści art. 58 par. 1 k.c., jako sprzeczne z ustawą, jest nieważne. Postanowienie jest nieważne również z uwagi na fakt, że jest ono sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy uznać obciążenie wykonawcy zobowiązaniem wiecznym, niekończącym się, w oparciu o które może on zostać zobowiązany do zapłaty kary umownej, w wysokości której nie da się ustalić);

7) art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 58 par. 1 k.c. przez zastrzeżenie w par. 4 pkt 8 zdanie drugie IPU, 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 współżycia społecznego.

Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem o znacznych zasobach, to tym samym ma On możliwość sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym w terminie 7 dni roboczych od dnia rzeczywistej dostawy. Przedłużanie tego terminu nie jest uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego (może on bowiem sprawdzić przedmiot dostawy nawet w ciągu jednego dnia), a służy jedynie odroczeniu terminu płatności i w pewnym sensie prowadzi do obchodzenia przepisów Ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (poprzedni tytuł — ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych).

Odwołujący wniósł uznanie odwołania za zasadne oraz uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz, tj.:

a) zmiany Rozdziału XVII 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. 21 siwz),
- ii) usunięcie wymagania, aby opakowanie opatrunku otwierało się „w sposób prosty, nieskomplikowany, osiagany 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. 21 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. 22 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. 22 siwz),

vi) przez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego 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. 22 siwz),

vii) poprzez usunięcie wymogu zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołżenie 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. 23 siwz);

viii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej” (punkt 4.2., str. 23 siwz).

b) zmiany Rozdziału XVII siwz Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej

Procedury badania Próbk: Opatrunku indywidualnego poprzez:

i) usunięcie wymagania w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (punkt 2.2, str. 19 siwz),

ii) usunięcie wymagania 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. 19 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. 20 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. 20 siwz),

vi) usunięcie wymagania zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołżenie 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. 20 siwz),

vii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany ” (punkt 4.2., str. 20 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. 20 siwz), ewentualnie poprzez usunięcie przestanki odrzucenia oferty, o której mowa w punkcie 4.2, str. 20 siwz, zgodnie z którą Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymogów siwz jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku;

c) zmiany Rozdziału XVII przez:

- i) wskazanie, że w przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający przeprowadzi badania w identycznych (tożsamy) warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 18 siwz),
- ii) wskazanie, że z badania zgodności Próbk zostanie sporządzony protokół, do którego zostanie dołączona dokumentacja fotograficzna oraz dokumentacja video obrazująca przebieg całego badania (punkt 5, str. 18 siwz);
- d) zmiany Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy i zastąpienie tego terminu, terminem 90 dni liczonych od dnia podpisania umowy;
- e) zmiany Załącznika nr 8, 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 8;
- f) zmiany IPU - Załącznika nr 6 do siwz przez:
 - i) określenie maksymalnej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę na podstawie par. 9 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 par. 4 pkt 8 zdanie drugie i trzecie,
- 3) 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;
- 4) nakazanie Zamawiającemu aby przedłużył termin składania ofert przynajmniej o jeden tydzień,
- 5) obciążenie kosztami Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, który to pełnomocnik zostanie ustanowiony najpóźniej w trakcie rozprawy.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę ponieważ jest On zainteresowany w złożeniu oferty w przedmiotowym postępowaniu, przy czym brak dokonania zmiany treści siwz wiąże się dla Wykonawcy z ryzykiem. Nie ma on bowiem pewności co do tego, czy Zamawiający uzna jego ofertę za zgodną z siwz.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 24 marca 2020 r. na stronie internetowej: opublikował specyfikację istotnych

warunków zamówienia (dalej: siwz) w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W Rozdziale XVII siwz Procedura dotycząca badania próbek (zob. str. 16 i kolejne) Zamawiający określił jakie dokładnie wymagania muszą spełniać dostarczane, w ramach realizacji zamówienia, wyroby medyczne. Zamawiający, w odniesieniu do opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej wskazał w szczególności:

- a) formułuje wymaganie „aby opakowanie było łatwe do otwierania” (punkt 2.2, str. 21 siwz),
- b) formułuje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiąganym 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. 21 siwz),

c) „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. 22 siwz),

d) w tym miejscu należy zaznaczyć, że opracowana przez Zamawiającego treść specyfikacji nie przewiduje, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 20 marca 2010 r. o wyrobach medycznych,

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. 22 siwz),

f) formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku. Nie określił przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający posłużył 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. 22 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 podlegać 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. 3 siwz);

W odniesieniu do opatrunku indywidualnego Zamawiający wskazał w szczególności, że:

a) formułuje wymaganie w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (punkt 2.2, str. 19 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. 19 siwz),

c) (w tym miejscu należy zaznaczyć, że opracowana przez Zamawiającego treść specyfikacji nie przewiduje, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 20 marca 2010 r. o wyrobach medycznych),

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. 20 siwz),

e) formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku. Nie określił przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający posłużył 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. 20 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 podlegać 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. 20 siwz).

W Załączniku nr 6 do siwz OPIJ) Zamawiający zastrzegł kary umowne za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z umowy (zob 5 9. ust. 1 pkt 3 IPU), jak również za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi (zob. 5 9. ust. 1 pkt 4 IPU) . Zamawiający określił przy tym jedynie wysokość kary umownej za każdy dzień zwłoki. W IPU nie została określona maksymalna wysokość kar umownych jakie mogą zostać naliczone na podstawie S 9 ust. 1 pkt 3 i 4.

W zakresie podniesionych zarzutów odwołania:

Zarzut 1

Opisując szczegółową procedurę badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, Zamawiający de facto dokonuje opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazuje on bowiem jakimi dokładnie cechami ma charakteryzować się oferowany przez wykonawców wyrób medyczny. W związku z powyższym sporządzona przez Zamawiającego procedura badania próbki powinna zostać oceniona przez pryzmat wymogów jakie wynikają z art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

- (i) Dokonując opisu badania próbki Zamawiając stawia wzmaganie, aby „opakowanie było łatwe do otwierania” (pkt 2.2., str. 21 siwz).

Dokonany przez Zamawiającego opis nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 ustawy Zamawiający posługuje się bowiem sformułowaniami, które nie są jednoznaczne i dostatecznie dokładne (takimi jak: opakowanie „łatwe do otwierania”).

Sformułowanie, iż opakowanie ma być łatwe do otwierania nie jest sformułowaniem jednoznacznym, ani dostatecznie dokładnym (nie spełnia więc wymogów, o których mowa w art. 29 ust. 1 ustawy). Ocena tego, czy opakowanie jest łatwe do otwarcia, czy też nie jest, nie jest dokonywana z wykorzystaniem obiektywnych (mierzalnych) kryteriów oceny, a co za tym idzie ocena Zamawiającego w tym zakresie jest obarczona ryzykiem istotnego subiektywizmu. W konsekwencji przy tak sformułowanym wymaganiu, nie sposób jest przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości. Zamawiający, w sposób niepoddający się obiektywnej ocenie, może faworyzować jednych wykonawców (uznając, że opakowania ich opatrunków są łatwe do otwierania) i jednocześnie dyskryminować innych. Jeżeli Zamawiający chce oceniać, czy opakowanie jest łatwe do otwierania, to powinien posłużyć się pewnymi obiektywnymi wartościami (tj. przykładowo wskazać jaką siłą, wyrażoną w Newtonach, należy zadziałać na opakowanie aby go otworzyć).

- (ii) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający oczekują, że „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągną bez wysiłku przez każdą

osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju (...)” (pkt 2.2., str. 21 siwz).

Również wymagania odnośnie tego, aby opakowanie otwierało się w sposób prosty, nieskomplikowany i osiągną bez wysiłku nie spełnia wymogów jednoznaczności i dostatecznej dokładności opisu. To co dla jednych jest proste, nieskomplikowane i niewymagające wysiłku, nie musi być takie dla innych. Zamawiający nie sprecyzował bowiem, w jednoznaczny i niebudzący wątpliwości sposób, w jakich dokładnie przypadkach uzna, że opakowanie będzie otwierało się w prosty, nieskomplikowany i osiągną bez wysiłku sposób. Również i tutaj, chcąc pozostać w zgodzie z przywoływanymi wyżej przepisami, Zamawiający powinien wskazać pewne obiektywne (mieralne) wartości, które posłużą mu do dokonywania oceny, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że w przypadku braku spełnienia wskazanych wyżej wymagań Zamawiający odrzuci ofertę (zob. str. 21 siwz - „Zamawiający odrzuci ofertę, jeśli opakowanie będzie wymagało otwarcia w sposób skomplikowany, utrudniony, wymagający wysiłku ...”).

Mając na względzie powyższe nieprecyzyjne wymagania, Wykonawca przed złożeniem oferty nie będzie mógł — we własnym zakresie — w niebudzący wątpliwości sposób przesądzić, jaki dokładnie opatrunek zaoferować. Nie będzie on bowiem mógł samodzielnie (i ze stuprocentową pewnością ustalić), który z opatrunków Zamawiający uzna za spełniający wymogi siwz. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (opis badania próbki) utrudnia, czy wręcz uniemożliwia wykonawcom złożenie niepodlegających odrzuceniu ofert.

(iii) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający 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 C..)” (pkt 4.1., str. 22 siwz).

Ten fragment opisu nie jest wyczerpujący, a to z uwagi na fakt, że Zamawiający z jednej strony wskazuje, że oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, z drugiej zaś jedynie w sposób przykładowy określa — poprzez użycie sformułowania „w tym” - w jaki sposób tę niezawodność będzie badał. W związku z powyższym, z uwagi na fakt, że wyliczenie Zamawiającego ma jedynie przykładowy charakter, to tym samym należy uznać, że nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 ustawy. Wyliczenie takie powinno być wyczerpujące (kompletne), tak aby wykonawcy wiedzieli jakie dokładnie parametry będą oceniane przez Zamawiającego (Zamawiający nie powinien więc używać sformułowań, „w tym” lub „w szczególności”). Opisując wymóg niezawodnej pracy opatrunku Zamawiający powinien sformułować go w taki sposób, aby opis ten był wyczerpujący — wymóg taki wprost bowiem wynika z art. 29 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której — tak jak ma to miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy — Zamawiający stawia wymóg niezawodnej pracy opatrunku i jednocześnie tylko przykładowo (poprzez użycie zwrotu „w tym”) wskazuje jakie parametry będzie brał pod uwagę sprawdzając, czy wymóg ten jest spełniony.

Zamawiający nie powinien (a wręcz nie może) posługiwać się otwartym katalogiem parametrów, które będzie wykorzystywał przy dokonywaniu oceny. Katalog tych parametrów powinien być zamknięty (przy czym każdy z nich powinien cechować się obiektywizmem dokonywania oceny), tak aby każdy z wykonawców mógł ocenić, czy oferowane przez nich opatrunki spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, czy też nie. Zamawiający posługując się sformułowaniem „w tym” daje do zrozumienia, że przy ocenie niezawodności pracy opatrunku może posługiwać się również innymi parametrami. Takie podejście pozostaje jednak w ostrej sprzeczności z wynikającym z art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

(iv) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający wskazuje że „Klatka piersiowa żołnierza zostanie przygotowana do badania przez zdjęcie górnej części munduru oraz bielizny, zaznaczenie markerem 2 ran penetracyjnych o średnicy około 1cm, oddalonych od siebie o około 3 cm. Następnie żołnierz przyjmie pozycję leżącą na plecach i nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C. Opatrunek zostanie przeklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej” (pkt 4.1, str. 22 siwz).

Wskazany wyżej opis badania próbki sporządzony przez Zamawiającego nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Składając ofertę (próbkę), która będzie podlegała ocenie z punktu widzenia zgodności z wymogami wynikającymi z siwz, wykonawcy powinni mieć pewność że opatrunek zostanie użyty zgodnie z zasadami (tj. w szczególności zgodnie z instrukcją). Wykonawca, chcąc zaś uchronić się przed odrzuceniem jego oferty, powinien mieć pewność co do tego, że opatrunek, w trakcie badania będzie używany zgodnie z instrukcją. W przeciwnym razie, żaden wykonawca nie może zagwarantować prawidłowości jego działania. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinien dokonać takiego opisu, który da wykonawcom gwarancję, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją. Sformułowane przez Zamawiającego wymaganie, aby opatrunek został przeklejony na mokrą skórę klatki piersiowej, bez jej wcześniejszego wytarcia przed naklejeniem opatrunku jest sprzeczne zarówno z zasadami sztuki medycznej, jak również z zamieszczoną na opatrunkach tego typu instrukcją użycia.

Na konieczność oczyszczenia miejsca wokół rany wskazują wszystkie — znane Odwołującemu — instrukcje użycia opatrunków na rany penetracyjne klatki piersiowej (zob. uzasadnienie i dowody przywołane w uzasadnieniu do drugiego zarzutu). Na konieczność wytarcia rany przed przyklejeniem Opatrunku zwraca również uwagę Wojskowe Centrum Kształcenia Medycznego w Łodzi im gen. Stefana Hubickiego (WCKMed) . W materiałach szkoleniowych WCKMed zamieszczonych na stronie internetowej , opublikowany jest film instruktażowy pod tytułem „Opatrunek BCS - Bolin Chest - film szkoleniowy”. W filmie tym zaprezentowano sposób użycia opatrunku wentylowego na rany klatki piersiowej. Zamieszczone pod filmem napisy wskazują poszczególne czynności, które należy wykonać przed założeniem opatrunku. Jeden z napisów (zob. 1:45 s. filmu) wprost wskazuje „Wytrzyj ranę gazą przed przyklejeniem opatrunku”. Powyższe oznacza, że również WCKMed prezentuje pogląd, że

przed przyklejeniem opatrunku konieczne jest oczyszczenie (wytarcie) rany gazą.

W związku z powyższym Zamawiający nie powinien wymagać naklejania opatrunku na ranę, która nie została wcześniej przetarta.

Zamawiający formułując opis użycia próbki powinien mieć na względzie wymagania wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W szczególności Zamawiający powinien uwzględnić wymagania wynikające z art. 90 ust. 1 Ustawy dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Powyższe oznacza, że w opisie użycia opatrunku Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, że użytkownik wyrobu będzie obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. Takie sformułowanie nie zostało zamieszczone w siwz (zob. rozszerzoną argumentację w uzasadnieniu do zarzutu nr 2).

(v) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający formułuje wzmaganie 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. 22 siwz).

Również powyższy opis nie spełnia wymogów wynikających z przywoływanych wyżej przepisów prawa, nie precyzuje on bowiem w jaki sposób Zamawiający zamierza dokonać powyższej oceny. Jednocześnie opis badania próbki — we wskazanym wyżej zakresie — nie określa w jakich okolicznościach Zamawiający uzna wymogi dotyczące opatrunku za spełnione (innymi słowy Zamawiający nie stosuje obiektywnych kryteriów oceny). W szczególności nie sposób jest przesądzić, w oparciu o jakie przesłanki Zamawiający uzna, że zaopatrzenie klatki piersiowej — z wykorzystaniem oferowanego opatrunku — jest możliwe do wykonania przez każdą osobę, także taką która nie posiada specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. Siwz nie zawiera szczegółowych postanowień w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał obiektywnych kryteriów, w oparciu o które będzie mógł przesądzić, czy każda osoba (a nie tylko przeszkolony żołnierz) będzie mogła zaopatrzyć, z wykorzystaniem opatrunku, ranę klatki piersiowej i to do tego w warunkach bojowych. Dokonanie takiej oceny jest bardzo subiektywne, a co za tym idzie nie gwarantuje przestrzegania przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, w tym zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Należy pamiętać, że opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej jest wyrobem medycznym służącym do ratowania życia w naprawę kryzysowych sytuacjach (rany klatki piersiowej są bowiem z zasady ranami poważnymi). Opatrunek taki co do zasady nie jest używany przez osoby, które nie mają specjalistycznej wiedzy i doświadczenia.

Co istotne Zamawiający nie wskazuje, tak jak robił to dotychczas, w podobnych postępowaniach, że „Opatrunek będzie używany do zaopatrywania ran penetracyjnych klatki piersiowej przez żołnierzy przeszkolonych w zakresie udzielania pierwszej pomocy według procedur ratownictwa w warunkach taktycznych określonych w aktualnych wytycznych TCCC”. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wskazuje, że zaopatrzenie klatki piersiowej powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę. Nie wiadomo czym motywowana jest powyższa zmiana.

(vi) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający formułuje wymaganie 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 ранego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry” (str. 23 siwz)

Mając na względzie katalog opisanych wyżej czynności, jak również oczekiwanie, aby w czasie ich wykonywania opatrunek pozostał na miejscu założenia, należy uznać że i ten wymóg pozostaje w wyraźnej sprzeczności z przepisami ustawy w tym z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że żołnierz z raną penetracyjną (postrzałową) klatki piersiowej, co do zasady, nie jest w stanie wykonywać opisanych wyżej czynności. Już sam ten fakt przesądza o tym, że takie badanie jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne, jak również sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a co za tym idzie, że w ogóle nie powinno ono być przeprowadzane.

Ponadto opisane wyżej badanie jest niezwykle subiektywne. Bezspornym bowiem jest, że opisane wyżej czynności, w szczególności takie jak składanie się do strzału, czołganie się, czy też zakładanie i zdejmowanie kamizelki mogą być dokonywane — przez osobę na którą zostanie naklejony opatrunek - z różną intensywnością. W przypadku bardzo intensywnych czynności (np. czołgania się w trudnym terenie w lesie) nie da się wykluczyć, że dojdzie do

zaczepienia opatrunku o jakiś przedmiot i w konsekwencji do sytuacji, w której — w jakiejś części — nie będzie on przylegał do skóry, lub w skrajnym przypadku dojdzie do jego niewielkiego przemieszczenia się. Innym znów razem, przy mniej intensywnych czynnościach, opatrunek może pozostać na miejscu. Tak duża dowolność „badania” jest sprzeczna z zasadą równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, jak również z zasadą przejrzystości. Ocena powyższego wymogu w znacznej mierze będzie zależała od zachowania się żołnierza, który zostanie zaopatrzony opatrunkiem. W opisanej sytuacji, nie da się więc uniknąć subiektywizmu oceny. Warunki, w których testowane będą poszczególne opatrunki (gdyby doszło do odrzucenia najkorzystniejszej oferty, nie będą bowiem tożsame).

(vii) W treści siwz Zamawiający zamieszcza stwierdzenie, zgodnie z którym uzna, że oferta nie spełnia wymagania siwz jeśli konstrukcja opatrunku nie będzie pozwalać na prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej.

Zamawiający nie precyzuje jednak co dokładnie należy rozumieć przez sformułowanie „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej”. Sformułowanie to powinno zostać doprecyzowane, tak aby każdy wykonawca był w pełni świadomy, w jakich dokładnie przypadkach złożona przez niego oferta może podlegać odrzuceniu i tak aby Zamawiający nie miał dowolności w podejmowaniu decyzji, co do tego, czy zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, czy też nie. Bezspornym jest, że okoliczności, uzasadniające odrzucenie oferty powinny zostać opisane w precyzyjny i wyczerpujący sposób, tak aby Zamawiający, ani też uczestnicy postępowania, nie mieli wątpliwości co do tego, w jakich przypadkach oferta powinna zostać odrzucona, a w jakich nie.

(viii) Za naruszenie zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, należy również uznać postanowienie wskazujące, 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. 18 siwz).

Chcąc pozostać w zgodzie z wymogami wynikającymi z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy jak również z art. 29 ust. 1 ustawy Zamawiający powinien przeprowadzać badanie wszystkich próbek, nie w podobnych, ale dokładnie w takich samych warunkach sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (w gruncie rzeczy badanie próbki powinno się więc odbywać w zamkniętym pomieszczeniu, w którym można „zasymulować” każdego rodzaju warunki, tożsame dla wszystkich wykonawców). Zamawiający pod żadnym bowiem pozorem nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której poszczególne próbki nie będą badane w takich samych warunkach.

(ix) Podobnie przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania jest ograniczenie wykonywania dokumentacji fotograficznej tylko do tych przypadków, w których próbka nie będzie spełniała któregośkolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ (punkt 5, str. 18 siwz).

Chcąc zapewnić wykonawcom uczciwą konkurencję i równe traktowanie, Zamawiający powinien dokumentować przebieg każdego badania, a nie tylko tego, które zakończyło się brakiem spełnienia któregośkolwiek z wymagań. Dokumentowanie to powinno przy tym przybrać postać nagrania video (co w dobie telefonów komórkowych nie nastręcza żadnych problemów), a nie wyłącznie dokumentacji fotograficznej. Taka dokumentacja jest istotna nie tylko z punktu widzenia tego wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, lecz przede wszystkim z punktu widzenia tego, który zamierza korzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Bez dokumentacji video (lub przynajmniej fotograficznej) zebranie dowodów potwierdzających daną okoliczność byłoby praktycznie niemożliwe.

2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy 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

Opisując szczegółową procedurę badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej (dalej jako opatrunek), Zamawiający w treści siwz zamieścił następujące sformułowanie (zob. str. 22 siwz):

„Klatka piersiowa żołnierza zostanie przygotowana do badania przez zdjęcie górnej części munduru oraz bielizny, zaznaczenie markerem 2 ran penetracyjnych o średnicy około 1 cm, oddalonych od siebie o około 3 cm. Następnie żołnierz przyjmie pozycję leżącą na plecach i 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.”.

Z przedstawionego wyżej opisu jednoznacznie wynika, że opatrunek zostanie przyklejony na mokrą skórę klatki piersiowej, bez jej wcześniejszego wytarcia przed naklejeniem opatrunku. Taki sposób postępowanie jest sprzeczny zarówno z zasadami sztuki medycznej, jak również z zamieszczaną na opatrunkach tego typu instrukcją użycia. Konieczność oczyszczenia miejsca wokół rany przed naklejeniem opatrunku wskazują wszystkie znane Odwołującemu — instrukcje użycia opatrunku

Dowód: oględzin instrukcji użycia (używania) opatrunków, zamieszczone na ich opakowaniu, na okoliczność, że przed użyciem opatrunków konieczne jest oczyszczenie miejsca wokół rany (instrukcje użycia opatrunków zostaną okazane w trakcie rozprawy)

Na konieczność wytarcia rany przed przyklejeniem opatrunku zwraca również uwagę Wojskowe Centrum Kształcenia Medycznego w Łodzi im gen. Stefana Hubickiego (WCKMed).

Dowód: z filmu zamieszczonego na stronie , na okoliczność, że zgodnie z zasadami sztuki medycznej/ przed zawożeniem (Przyklejeniem) opatrunku należy wytrzeć ranę.

W związku z powyższym Zamawiający nie powinien wymagać naklejania opatrunku na ranę, która nie została wcześniej przetarta, oczyszczona.

Jeszcze raz należy bowiem zaznaczyć, że zarówno w świetle instrukcji zamieszczonej na opakowaniach, jak również w świetle przywołanego wyżej materiału opracowanego przez WCKMed, dla prawidłowego użycia opatrunku, przed jego przyklejeniem konieczne jest wytarcie (oczyszczenie) rany (miejsca wokół niej). Zamawiający „testując” opatrunek nie może pomijać tego kroku. Zamawiający nie może bowiem dokonywać badania próbki (opatrunku), w sposób, który nie uwzględnia wymagań wynikających z instrukcji jego używania, jak również z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

W opisie szczegółowej procedury badania próbki powinno znaleźć się wyraźne stwierdzenie, że w trakcie przeprowadzania badania, Zamawiający będzie zobowiązany do przestrzegania instrukcji używania opatrunku. Na chwilę obecną takiego stwierdzenia brak.

Co istotne powyższy wymóg nie jest jedynie wymogiem producenta (vide instrukcja użycia opatrunku), czy też przejawem działania zgodnego z zasadami sztuki medycznej (vide film WCKMed), wymóg ten wynika wprost z przepisów prawa. Art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 186) wyraźnie stanowi, że wyrób Medyczny powinien być (...) używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. W zakresie, w jakim postanowienia siwz przewidują, że opatrunek będzie używany niezgodnie z instrukcją używania, naruszają przywoływany wyżej art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych. W związku z powyższym nie powinno być wątpliwości co do tego, że postanowienia siwz w tym względzie powinny zostać zmienione.

W świetle zasad doświadczenia życiowego, nie powinien dziwić fakt, że rzecz (opatrunek) używana w sposób sprzeczny z instrukcją użycia nie zadziała w sposób prawidłowy i zgodny z oczekiwaniami. Aby „badanie” (ocena skuteczności) opatrunku zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy konieczne jest postępowanie zgodnie z instrukcją użycia i zasadami dotyczącymi stosowania tego typu opatrunków. Przed przyklejeniem opatrunku rana powinna więc zostać oczyszczona przy użyciu gazy lub wółniny, w przeciwnym razie opatrunek nie zadziała.

3) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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.

Odnosnie niniejszego zarzutu Odwołujący w pełni podtrzymuje uzasadnienie zaprezentowane już powyżej przy zarzucie nr 1) pkt (i), (ii), (iii), (v), (vi), (vii), (viii) i (ix). Dodatkowo należy wskazać, że co do zasady niemożliwym do zrealizowania wymogiem jest sytuacja, w której osoba ranna, sama zakłada i zdejmuje odzież przeciwchemiczną. Taki wymóg narusza zasadę proporcjonalności, a co za tym idzie Zamawiający nie powinien „testować” opatrunku indywidualnego w takim warunkach (nie spotyka się ich bowiem w prawdziwym życiu).

Ponadto wymaganie obsługi opatrunku osobistego jedną ręką jest niemożliwe,

nie ma możliwości założenia prawidłowego opatrunku uciskowego jedną ręką. Zgodnie z wytycznymi Komitetu TCCC opatrunek osobisty nie jest używany w strefie Care Under Fire i nie jest przeznaczony do tzw. samopomocy.

Cała procedura badania próbki powinna zostać przeprowadzona w oparciu o mierzalne (obiektywne) kryteria. Takie, które poddają się kontroli i przyjmują (obiektywne, mierzalne) wartości. Odnosząc się do przypadków, w których Zamawiający odrzuca oferty wykonawców należy wskazać, że w treści siwz Zamawiający zamieszcza stwierdzenie, zgodnie z którym uzna, że oferta nie spełnia wymagania siwz jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku (pkt 4.2., str. 20 siwz).

Zamawiający nie precyzuje jednak, w jaki sposób ustali, czy ten bezpośredni ucisk na ranę jest wywierany, czy też nie. Zamawiający nie wyjaśnia nawet, co należy rozumieć pod pojęciem "bezpośredniego ucisku na ranę" (nie wiadomo jaką siłą należy zadziałać, aby warunek ten został spełniony). Sformułowanie to powinno zostać doprecyzowane, tak aby każdy wykonawca był w pełni świadomy, w jakich dokładnie przypadkach złożona przez niego oferta może podlegać odrzuceniu i tak aby Zamawiający nie miał dowolności w podejmowaniu decyzji, co do tego, czy zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, czy też nie. Zamawiający powinien opisać powyższe przestanki w sposób jednoznaczny i dostatecznie zrozumiały (co w chwili obecnej jednak nie ma nastąpiło).

4) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz w związku z 387 par. 1 k.c. przez 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, z uwagi na stan ogólnoswiatowej epidemii, jest obiektywnie niemożliwy do dochowania

Brak dokonania zmiany treści siwz (tj. brak wydłużenia terminu na dostarczenie przedmiotu zamówienia) skutkuje tym, że w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 par. 1 k.c. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, opubl. Lex). Z uwagi na ograniczenia w handlu światowym, wynikające z ogólnoswiatowej pandemii, nie ma obecnie możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia w terminie 60 dni od daty zawarcia umowy. Większość produktów jest bowiem importowana (w tym z Azji). Biorąc pod uwagę fakt, że ruch towarowy został istotnie ograniczony, z uwagi na zamknięcie granic, nie sposób jest uznać, że możliwe będzie zrealizowanie dostawy w terminie 60 dni. Tożsame stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt I ACa 393/14, opubl. Lex oraz w Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa 72/16, opubl. Lex.

W okolicznościach niniejszej sprawy wszystkie — wynikające z przywołanych wyżej wyroków — cechy świadczenia niemożliwego zostały spełnione. Nie tylko Odwołujący, ale również każda inna osoba trzecia nie jest w stanie dostarczyć wyrobów w terminie (z uwagi na obiektywny fakt ograniczenia ruchu towarowego). Hurtownie farmaceutyczne już teraz odwołują dostawy produktów leczniczych. Na rynku brakuje regularnego towaru, gdyż producenci leków skupiają się na utrzymaniu dostaw leków ratujących życie pacjentów. Na tym skupiony jest rynek farmaceutyczny i w wypadku, gdyby ten stan wyższej konieczności utrzymywał się nadal to nikt nie jest w stanie zagwarantować wykonania umowy w terminie wymaganym umową.

Niemożliwość świadczenia wynika również z tego, że żaden z opatrunków dostępnych na rynku nie spełnia wymagań i parametrów dla opatrunku indywidualnego wskazanych w Załączniku nr 8, a co za tym idzie dostarczenie opatrunku indywidualnego żadanego przez Zamawiającego nie jest — z przyczyn obiektywnych — możliwe. Brak dokonania zmiany treści siwz we wskazanym wyżej zakresie, skutkuje tym, że w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z umową o świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 par. 1 k.c. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, dostarczenie opatrunku indywidualnego spełniającego wszystkie wymagania konstrukcyjne wskazane w Załączniku nr 8, nie jest możliwe. Gdyby nawet doszło do złożenia oferty, to umowa, która zostanie zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą - z uwagi na treść art. 387 par. 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy - będzie nieważna. W okolicznościach niniejszej sprawy wszystkie — wynikające z przywołanych wyżej wyroków — cechy świadczenia niemożliwego zostały spełnione. Nie tylko Odwołujący, ale również każda inna osoba trzecia nie jest w stanie dostarczyć opatrunku indywidualnego, który spełniałby wszystkie wymogi Zamawiającego. Opatrunek, którego opakowanie posiadałoby wymagane przez Zamawiającego parametry nie jest bowiem w ogóle produkowany (zob. również uzasadnienie do zarzutu nr 5).

5) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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 8

W nawiązaniu do procedury oceny próbek przez zamawiającego należy wskazać że żaden z opisanych opatrunków indywidualnych nie będzie mógł spełnić wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Załącznik nr 8 do siwz — wzór protokołu oceny badania próbki, został bowiem skonstruowany w taki sposób, że żaden z dostępnych na rynku opatrunków nie spełnia wszystkich opisanych w nim wymogów.

W konsekwencji siwz został sformułowany w taki sposób, że żaden z wykonawców nie będzie mógł złożyć oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie będzie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na względzie opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego należy stwierdzić, że został on skonstruowany z takim zamysłem, aby wymogi określone przez Zamawiającego spełniały dwa rodzaje opatrunków osobistych dostępnych na rynku, tj. opatrunek OLAES oraz Opatrunek izraelski. Oba opatrunki posiadają własne (odrębne) rozwiązania konstrukcyjne, żaden z nich nie spełnia jednak wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 8. W Wymaganiach Eksploatacyjno-Technicznych (WET) Zamawiający opisuje wszystkie wymagania dla obu opatrunków indywidualnych. Jest to rzeczą oczywistą, gdyby bowiem skonstruował wymagania w taki sposób, że tylko jeden z ww. opatrunków by je spełniał to wówczas mielibyśmy do czynienia z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy. Natomiast w procedurze oceny próbek oraz w Załączniku 8 Zamawiający oczekuje, aby produkt dostarczony spełnił wszystkie wymagania konstrukcyjne obu równoważnych opatrunków pod groźbą odrzucenia oferty. Oba opatrunki indywidualne stosowane są w największych armiach świata przez najlepsze jednostki. Oba spełniają wymagania, niestety konstrukcyjnie różnią się od siebie. W chwili obecnej na rynku nie występuje wyrób medyczny spełniający wszystkie punkty opisane w załączniku nr. 8.

Tytułem przykładu należy wskazać, że zgodnie z Załącznikiem nr 8 do siwz — wzór protokołu oceny badania próbki opatrunek osobisty musi być „wyposażony w element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża ułatwiający zakładanie opatrunku jedną ręką, zmianę kierunku bandażowania oraz pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku (zobacz pkt 1 litera C). Opatrunek izraelski a także opatrunek OLAES nie posiadają elementu z tworzywa sztucznego ułatwiającego zakładanie opatrunku jedną ręką. Żaden z wyrobów nie spełnia tego wymogu. Co istotne, tylko Opatrunek izraelski posiada rozwiązanie umożliwiające zmianę kierunku bandażowania. Producent opatrunku OLAES stosuje inne skuteczne rozwiązanie konstrukcyjne.

Ponadto Załącznik nr 8 wskazuje, w odniesieniu do opatrunku indywidualnego, że „Gaza wypełniająca o wysokiej chłonności może służyć do dodatkowego zaopatrzenia rany postrzałowej” (zob. pkt 3 litera C). Tylko opatrunek OLAES posiada gazę o wysokiej chłonności która może służyć do zaopatrzenia rany postrzałowej.

Dowód: Oględziny opatrunków indywidualnych (OLAES oraz Opatrunku izraelskiego) na okoliczność, że żaden z nich nie spełnia wszystkich wymogów określonych w Załączniku nr 8 do siwz (dowód zostanie przedstawiony na rozprawie).

Żaden z dostępnych na rynku opatrunków osobistych nie będzie mógł spełnić wszystkich wymagań jednocześnie. W związku z powyższym, w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia nie tylko z ograniczeniem konkurencji, co wręcz z sytuacją, w której żadna oferta nie będzie mogła zostać skutecznie złożona.

Odwołujący podał, że należało by stworzyć dwa oddzielne opisy opatrunku w WTT co za tym idzie dwa oddzielne protokoły dla oceny konkretnego opatrunku w celu wykluczenia ewentualnych kopii oryginalnych opatrunków konstrukcyjnie przypominających oryginały, ale jakościowo nie spełniających wymagań zamawiającego.

6) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz w związku z art. 483 par. 1 k.c. przez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w par. 9 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 par. 1 k.c. w związku z art. 58 par. 1 k.c.), jak i dobrymi obyczajami.

Jak już zostało to zaznaczone w opisie stanu faktycznego, Zamawiający w Załączniku nr 6 do siwz (IPU) zastrzegł kary umowne za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z umowy (zob par. 9 ust. 1 pkt 3), jak również za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi. Zamawiający określił przy tym jedynie wysokość kary umownej za każdy dzień zwłoki. W IPU nie został określony

maksymalny poziom kar umownych jakie mogą zostać naliczone na podstawie 9 ust. 1 pkt 3 i 4. IPU nie określa również maksymalnego okresu za jaki kara może być naliczana. Teoretycznie więc Zamawiający mógłby naliczać kary umowne w nieskończoność, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Z uwagi na brak powyższego ograniczenia (tj. z uwagi na brak wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych lub maksymalnego terminu za jaki kara może być naliczana), postanowienie dotyczące kar umownych — jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego - jest nieważne (por. art. 58 par. 2 k.c.).

Powyższe powinno być również rozpatrywane w kategorii sprzeczności z przepisami k.c. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2015 r., sygn. akt IV CSK 687/14. Na niemożność formułowania postanowień dotyczących kary umownej w taki sposób w jaki zrobił to Zamawiający (tj. bez określania maksymalnej wysokości tej kary, jak również maksymalnego okresu za jaki ta kara może zostać naliczona) sądy wskazywały również w innych wyrokach, Tytułem przykładu należy przywołać wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt V CSK 515/11; Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2016 r., sygn. akt I CSK 506/15; Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt XIII Ga 748/16; Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt I Aca 1880/15, Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt II Ca 1023/16. Postanowienia par. 9, w zakresie w jakim nie określają maksymalnej wysokości kar umownych, ani maksymalnego okresu za jaki kara umowna może zostać naliczona, są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, jak również art. 483 par. 1 k.c., a co za tym idzie nieważne (zob. art. 58 par. 1 k.c.).

8) Naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy w związku z art. 58 par. 1 k.c. przez zastrzeżenie w par. 4 pkt 8 zdanie drugie IPU, 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 współżycia społecznego.

W par. 4 pkt 8 IPU Zamawiający podał, że sprawdzi przedmiot umowy pod względem ilościowym i jakościowym w terminie do 7 dni roboczych od dnia rzeczywistej dostawy. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni. W takim przypadku upoważnione osoby ze strony Zamawiającego i Wykonawcy sporządzą i podpiszą jedynie "Protokół depozytowy", którego wzór stanowi załącznik nr 3 do umowy, zaś dopiero po sprawdzeniu przez Zamawiającego asortymentu pod względem ilościowym i jakościowym strony sporządzą i podpiszą "Protokół zdawczo-odbiorczy", którego wzór stanowi załącznik nr 2 do umowy. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem o znacznych zasobach, to tym samym ma On możliwość sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym w terminie 7 dni roboczych od dnia rzeczywistej dostawy. Przedłużanie tego terminu nie jest uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego (może on bowiem sprawdzić przedmiot dostawy nawet w ciągu jednego dnia), a służy jedynie odroczeniu terminu płatności i w pewnym sensie prowadzi do obchodzenia przepisów Ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (poprzedni tytuł — ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych). Korzystając z uprawnienia, o którym mowa w przywoływanym wyżej paragrafie Zamawiający zapewnia sobie możliwość „darmowego” korzystania przez okres 30 dni z dostarczonych mu towarów. Tymczasem, zgodnie z ustawą z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych płatność powinna zostać dokonana w terminie 30 dni od dnia spełnienia świadczenia i doręczenia dłużnikowi (Zamawiającemu) faktury lub rachunku. Zamawiający, nie powinien „kredytować” się kosztem wykonawcy (który z założenia jest podmiotem słabszym ekonomicznie) i bez uzasadnionej przyczyny odraczać dokonanie zapłaty na jego rzecz.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie

zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 kwietnia 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy- Środki

ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba

dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który

przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodziły odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie procesowym z dnia 16 czerwca 2020 roku - Odpowiedź na odwołanie, gdzie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu

VI.

Uwzględniając dyspozycję art. 191 ust. 2 ustawy Izba ustaliła:

W Rozdziale VII - Procedura dotycząca badania próbek Zamawiający podał:

1. W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone

przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia będzie żądał od wykonawcy którego oferta została najwyższej oceniona (zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp)

do przedstawienia:

a) Próbkę - w rozumieniu § 13 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”

Próbka musi zawierać:

Opatrunek indywidualny - 4 szt.

Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej - 4 szt.

4. Procedura oceny próbek:

1) Zamawiający powoła komisję do oceny próbek.

2) Zamawiający dopuszcza obecność przedstawiciela ze strony Wykonawcy roli Obserwatora. Dopuszczalna jest jedna osoba. Wykonawca zostanie uprzednio poinformowany zgodnie z zasadami komunikacji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą określonymi w SIWZ o terminie badania próbki z minimum trzydniowym wyprzedzeniem. Obserwator będzie mógł obserwować wszelkie czynności komisji w czasie badania próbki oraz wnieść uwagi końcowe do protokołu.

Obserwator nie będzie mógł wpływać, utrudniać i ingerować w pracę komisji w żaden sposób.

3) Z badania próbki zostanie sporządzony Protokół badania próbki którego wzór stanowi załącznik nr 8 do SIWZ.

4) Parametry przedstawionej próbki względem wymaganych parametrów zostaną ocenione w sposób: spełnia/nie spełnia.

5) W przypadku stwierdzenia w trakcie oceny próbki braku spełnienia przez przedstawioną próbkę wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy.

(...)

5. Procedura badania próbki

1. Zamawiający wzywa o dostarczenie Próbkę w postaci próbek wyrobów medycznych: opatrunków indywidualnych i opatrunków na rany penetracyjne klatki piersiowej, które zostały zaoferowane przez Wykonawcę i w przypadku podpisania umowy z Wykonawcą następnie będą dostarczane w ramach wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dostarczona Próbkę będzie stanowić wzorzec dla ww. wyrobów medycznych dostarczonych w ramach umowy.

2. Wyroby medyczne będą dostarczone w opakowaniach handlowych, zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, w których w przypadku podpisania umowy z Wykonawcą następnie będą dostarczane w ramach wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający oczekuje, spełnienia przez próbkę zgodności z opisem przedmiotu zamówienia pod każdym względem wymagany w opisie przedmiotu zamówienia (tj. konstrukcji, formy, wymiarów, przeznaczenia, pełnej funkcjonalności i niezawodności stosowania w wymaganych przez Zamawiającego warunkach użytkowania, kolorystyki, oznakowania) przez wyrób medyczny oraz jego opakowanie, a także zgodności z obowiązującymi wyrobów medyczny oraz jego opakowanie przepisami prawa (w tym Ustawy o wyrobach medycznych).

4. Badanie zgodności Próbkę z OPZ zostanie przeprowadzone na terenie WOFiTM przez

komisję powołaną przez Zamawiającego, dopuszczalna jest obecność zewnętrznych biegłych - specjalistów z dziedziny medycyny pola walki (komisja będzie liczyła minimum 3 członków). Próbkę będzie poddana badaniu w warunkach uwzględnionych w OPZ dotyczącym przeznaczenia i zastosowania przedmiotu, na terenie WOFiTM w budynku nr 3 oraz poza nim, w tym na terenie lasu. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną zapisane do protokołu badania. W przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający dołoży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych.

5. Z badania zgodności Próbkę zostanie sporządzony protokół. W przypadku nie spełnienia jakiegokolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ, zostanie sporządzona dokumentacja fotograficzna.

6. Poniżej znajduje się szczegółowa procedura badania Próbkę.

Szczegółowa procedura badania próbki: Opatrunku indywidualnego

1. Sprawdzenie opakowania w zakresie kolorystyki, instrukcji stosowania oraz oznakowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i Ustawą o wyrobach medycznych:

1.1 zamawiający sprawdzi czy oznaczenia są czytelne a ich treść zgodna z OPZ i Ustawą o

wyrobach medycznych, oraz czy nadruk przy pocieraniu dłonią nie rozmazuje się i jest trwały. Zamawiający oczekuje, że informacje takie jak znak CE, termin ważności, data produkcji, numer serii, czy oznaczenia sterylności są umieszczone na opakowaniu w sposób nieusuwalny, w tym: nie da się ich zetrzeć dłonią, zmasać czy odkleić. W przypadku oznakowania niezgodnego z wymaganiami SIWZ lub Ustawą o wyrobach medycznych Zamawiający odrzuci ofertę.

1.2 Zamawiający sprawdzi czy na opakowaniu znajduje się instrukcja stosowania (zalecane piktogramy użycia) i czy jest ona w języku polskim. W przypadku braku instrukcji w języku polskim na opakowaniu Zamawiający odrzuci ofertę.

1.3 Zamawiający sprawdzi czy opakowanie jest w ciemnym kolorze: zielonym, oliwkowym, brązowym lub szarym. Oględziny zostaną dokonane przy świetle dziennym w pomieszczeniu z włączonym oświetleniem elektrycznym.

2. Sprawdzenie opakowania w zakresie konstrukcji i łatwości otwierania w warunkach pola walki

2.1 Zamawiający sprawdzi czy opakowanie jest podciśnieniowe i czy posiada nacięcia ułatwiające otwieranie. W przypadku opakowanie innego typu niż podciśnieniowe lub w przypadku braku nacięć ułatwiających otwieranie, Zamawiający odrzuci ofertę.

2.2 Zamawiający sprawdzi jedno wybrane w drodze losowania opakowanie w zakresie łatwości otwierania w warunkach pola walki. Najpierw opatrunek zostanie zanurzony w wodzie o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C na czas od 5 do 7 sekund z dokładnością do 1 sekundy. Zamawiający oczekuje, że opakowanie wodoodporne nie ulegnie uszkodzeniu pod wpływem wody i będzie łatwe do otwierania. W przypadku uszkodzenia opakowania pod wpływem wody Zamawiający odrzuci ofertę. Następnie, po wyjęciu z wody, opatrunek zostanie poddany próbie otwarcia w rękawicach taktycznych (wzór 619 MON) nałożonych przez przeprowadzającego badanie. Prowadzący badanie weźmie opatrunek do rąk i przeprowadzi próbę otwarcia opakowania opatrunku. Zamawiający oczekuje, że opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągany bez wysiłku, tj. powinno być możliwe do wykonania 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 .

Zamawiający odrzuci ofertę jeśli opakowanie będzie wymagało otwarcia w sposób skomplikowany, utrudniony, wymagający 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 .

3. Sprawdzenie konstrukcji, rozmiarów, kolorystyki opatrunku i jego elementów

Sprawdzenie zostanie wykonane po wyjęciu opatrunku z opakowania i przed jego użyciem do zaopatrzenia żołnierza w WOFiTM w budynku nr 3.

3.1 Po wyjęciu z opakowania Zamawiający sprawdzi wymiar szerokości elastycznego bandaża. Sprawdzenie wymiaru szerokości elastycznego bandaża zostanie wykonane przy użyciu suwmiarki z legalizacją, pomiar będzie wykonany z dokładnością do 1 mm na terenie WOFiTM WOFiTM w budynku nr 3 w temp. pomiędzy 15-30 st.C. Zamawiający oczekuje że wymiar szerokości elastycznego bandaża będzie wynosił odpowiednio dla dopuszczonej formy 10-15 cm +/- 10% albo 10cm +/- 10%. W przypadku niezgodności wymiaru szerokości z OPZ Zamawiający odrzuci ofertę.

3.2. Następnie Zamawiający sprawdzi czy opatrunek jest zwinięty w rolkę w opakowaniu.

3.3 Zamawiający sprawdzi czy w konstrukcji opatrunku znajdują się wszystkie elementy konstrukcji wymienione w OPZ, zależnie od dopuszczonej formy mogą być to różne elementy konstrukcji opatrunku. W przypadku niezgodności elementów konstrukcyjnych z OPZ Zamawiający odrzuci ofertę.

3.4 Zamawiający sprawdzi czy bandaż jest koloru zielonego, oliwkowego, szarego lub piaskowego oraz czy Tampon/kompres jest w kolorze białym. Oględziny zostaną dokonane przy świetle dziennym w pomieszczeniu z włączonym oświetleniem elektrycznym.

4 Sprawdzenie funkcjonalności opatrunku

4.1. Po wykonaniu czynności określonych w pkt 3 opatrunek zostanie, zgodnie procedurą medycyny pola walki TC3, użyty do zaopatrzenia żołnierza, na przedramieniu lewej ręki. Zaopatrzenie żołnierza odbędzie się na terenie WOFiTM. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną odnotowane w protokole badania. Założenie opatrunku będzie przeprowadzane w rękawicach taktycznych (wzór 619 MON) nałożonych przez przeprowadzającego badanie.

Zamawiający oczekuje, 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 pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w zakresie zapewniającym założenie i utrzymanie się opatrunku w warunkach pola walki. Zależnie od dopuszczonej formy mogą być to różne składowe elementy opatrunku, w tym: elastyczny bandaż, mechanizmy uniemożliwiające przypadkowe rozwinięcie bandaża, element ułatwiający zakładanie opatrunku jedną ręką, zmianę kierunku bandażowania oraz pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę, plastikowa folia mogąca służyć m. in. jako opatrunek okluzyjny na rany postrzałowe klatki piersiowej, wyposażony w element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę.

4.2 Opatrunek pozostanie na zaopatrzonym żołnierzu przez czas 2 godzin. Zaopatrzony żołnierz przez ten czas będzie pod stałym i bezpośrednim nadzorem komisji przebywał na terenie WOFiTM, w budynku nr 3 w temperaturze pomiędzy 15-30 st. C i w terenie otwartym w tym, na terenie lasu, w warunkach atmosferycznych panujących na zewnątrz. Warunki atmosferyczne zostaną odnotowane w protokole badania. W tym czasie zaopatrzony żołnierz będzie wykonywał normalne czynności służbowe, w tym: siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOO1), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki.

Zamawiający oczekuje, że przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia, nie rozwinie się i będzie pełnił funkcję bezpośredniego ucisku na ranę.

Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymagania SIWZ jeśli:

- bandaż elastyczny nie będzie pozwalał na prawidłowe zaopatrzenie rany;
- bandaż przypadkowo rozwinie się w czasie zakładania lub po założeniu mimo pracy mechanizmów uniemożliwiających przypadkowe rozwinięcie bandaża;
- element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku;
- element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża ułatwiający zakładanie opatrunku jedną ręką, zmianę kierunku bandażowania oraz pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę, nie będzie ułatwiał zakładania opatrunku jedną ręką lub nie będzie umożliwiał zmiany kierunku bandażowania lub nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku.
- plastikowa folia nie będzie mogła być użyta jako opatrunek okluzyjny na rany postrzałowe klatki piersiowej
- element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku.

Szczegółowa Procedura badania Próbk:

Opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej

1. Sprawdzenie opakowania w zakresie kolorystyki, instrukcji stosowania oraz oznakowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i Ustawą o wyrobach medycznych:

1.1 zamawiający sprawdzi czy oznaczenia są czytelne a ich treść zgodna z OPZ i Ustawą o wyrobach medycznych, oraz czy nadruk przy pocieraniu dłonią nie rozmazuje się i nie schodzi. Zamawiający oczekuje, że informacje takie jak znak CE, termin ważności, data produkcji, numer serii, czy oznaczenia sterylności są umieszczone na opakowaniu w sposób nieusuwalny, w tym: nie da się ich zetrzeć dłonią, zmazać czy odkleić. W przypadku oznakowania niezgodnego z wymaganiami SIWZ lub Ustawą o wyrobach medycznych Zamawiający odrzuci ofertę.

1.2 Zamawiający sprawdzi czy na opakowaniu znajduje się instrukcja stosowania (zalecane piktogramy użycia) i czy jest ona w języku polskim. W przypadku braku instrukcji w języku polskim na opakowaniu Zamawiający odrzuci ofertę.

2. Sprawdzenie opakowania w zakresie konstrukcji i łatwości otwierania w warunkach pola walki

2.1 Zamawiający sprawdzi czy opakowanie jest wodoodporne lub podciśnieniowe i czy

posiada nacięcia ułatwiające otwieranie, lub czy opakowanie jest chroniące przed zamoczeniem typu foliowo-papierowe, bez nacięć ułatwiających otwieranie. W przypadku opakowania o innej konstrukcji, Zamawiający odrzuci ofertę.

2.2 Zamawiający sprawdzi jedno wybrane losowo opakowanie w zakresie łatwości otwierania w warunkach pola walki. Najpierw opatrunek zostanie zanurzony w wodzie o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C na czas od 5 do 7 sekund z dokładnością do 1 sekundy. Zamawiający oczekuje, że opakowanie wodoodporne nie ulegnie uszkodzeniu pod wpływem wody. Zamawiający wymaga, aby opakowanie było łatwe do otwierania. W przypadku uszkodzenia opakowania wodoodpornego pod wpływem wody Zamawiający odrzuci ofertę. Następnie, po wyjęciu z wody, opatrunek zostanie poddany próbie otwarcia w rękawicach taktycznych (wzór 619 MON) nałożonych przez przeprowadzającego badanie. Prowadzący badanie weźmie opatrunek do rąk i przeprowadzi próbę otwarcia opakowania opatrunku. Zamawiający oczekuje, że 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. Zamawiający odrzuci ofertę jeśli opakowanie będzie wymagało otwarcia w sposób skomplikowany, utrudniony, wymagający wysiłku przez każdą osobę zachowującą należytą staranności ogólnie wymaganą przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia.

3. Sprawdzenie konstrukcji i rozmiarów opatrunku i jego elementów. Sprawdzenie zostanie wykonane po wyjęciu opatrunku z opakowania i przed jego użyciem do zaopatrzenia żołnierza w WOFiTM w budynku nr 3.

3.1 Po wyjęciu z opakowania Zamawiający sprawdzi wymiary opatrunku. Sprawdzenie wymiarów wykonane przy użyciu suwmiarki z legalizacją, pomiar będzie wykonany z dokładnością do 1 mm z w WOFiTM w budynku nr 3 w temp. pomiędzy 15-30 st. C. Zamawiający oczekuje że wymiary opatrunku będą wynosić odpowiednio dla dopuszczonej formy: okrągły - średnica minimum 14cm; owalny - wymiary 17cm x 14 cm $\pm 10\%$; w kształcie prostokąta z zaokrąglonymi narożnikami - wymiary 15cm x 20 cm $\pm 10\%$; w kształcie kwadratu z zaokrąglonymi narożnikami - wymiary 15cm x15 cm $\pm 10\%$. W przypadku niezgodności wymiarów z OPZ Zamawiający odrzuci ofertę.

3.2 Zamawiający sprawdzi czy konstrukcja opatrunku zawiera element wentylowy. Zamawiający oczekuje, że opatrunek będzie posiadał trójdzielną zastawkę jednokierunkową lub będzie wykorzystywał zastawkową metodę opatrywania odmy otwartej poprzez pokrycie otworów ran tworzywem sztucznym (folią) z wylotem (lub wylotami) powietrza poza obszarem ran (folia musi w sposób skuteczny spełniać funkcję zastawki/zaworu jednokierunkowego). W przypadku braku w konstrukcji elementu wentylowego zgodnego z OPZ zamawiający odrzuci ofertę.

3.3 Zamawiający sprawdzi czy opatrunek posiada uchwyt (lub uchwyty) ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej. W przypadku braku uchwytu (lub uchwytów) zamawiający odrzuci ofertę.

4 Sprawdzenie funkcjonalności opatrunku

4.1. Po wykonaniu czynności określonych w pkt 3 opatrunek zostanie, zgodnie procedurą medycyny pola walki TC3, użyty do zaopatrzenia ciała żołnierza. Zaopatrzenie żołnierza odbędzie się na terenie WOFiTM. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną odnotowane w protokole badania. Klatka piersiowa żołnierza zostanie przygotowana do badania przez zdjęcie górnej części munduru oraz bielizny, zaznaczenie markerem 2 ran penetracyjnych o średnicy około 1cm, oddalonych od siebie o około 3 cm. Następnie żołnierz przyjmie pozycję leżącą na plecach i nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 ml roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st.C. Opatrunek zostanie przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej. Założenie opatrunku będzie przeprowadzane w rękawicach taktycznych (wzór 619 MON) nałożonych przez przeprowadzającego badanie. Po zaopatrzeniu żołnierza, zostanie on ubrany w bieliznę, mundur oraz kamizelkę kuloodporną (kamizelka OLV wz. 93). : Zamawiający oczekuje, 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. Zamawiający 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 wentylowego opatrunku, ułatwionego oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej. Zależnie od dopuszczanej formy mogą być to różne składowe elementy opatrunku, w tym: elementy mechanizmu wentylowego; uchwyt (uchwyty) ułatwiające oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii

osłaniającej; klej o wysokiej lepkości.

4.2 Opatrunek pozostanie na zaopatrzonym żołnierzu przez czas 2 godzin. Zaopatrzony żołnierz przez ten czas będzie pod stałym i bezpośrednim nadzorem komisji przebywał na terenie WOFiTM, w budynku nr 3 w temperaturze pomiędzy 15-30 st. C i w terenie otwartym w tym, na terenie lasu, w warunkach atmosferycznych panujących na zewnątrz. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną odnotowane w protokole badania. W tym czasie zaopatrzony żołnierz 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. Zamawiający oczekuje, że przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia, i będzie szczelnie przylegał do skóry, uchwyt (lub uchwyty) będą ułatwiać oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej, mechanizm wentylowy będzie w pełni funkcjonalny.

Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymagania SIWZ jeśli:

-konstrukcja opatrunku nie będzie pozwalać na prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej;

-uchwyt (lub uchwyty) nie będzie ułatwiać oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej;

-mechanizm wentylowy nie będzie spełniał funkcji zastawki jednokierunkowej;

-klej o wysokiej lepkości nie zapewni szczelnego przylegania w miejscu przyklejenia lub nie zapewni możliwości przyklejenia opatrunku na mokre ciało.

W Rozdziale VII - Termin i miejsce wykonania zamówienia Zamawiający podał:

1. Przedmiot zamówienia należy dostarczyć do Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy

W załączniku nr 6 do SIWZ - „Projekt” Istotne postanowienia umowy Zamawiający podał:

§ 9. Kary umowne

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

(■■■)

3) za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z niniejszej umowy - 0,1% wynagrodzenia należnego Wykonawcy w odniesieniu do każdego odrębnie pakietu/zadania, których dotyczy opóźnienie lub niedotrzymanie terminu, za każdy rozpoczęty dzień.

4) Za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi - 0,1% wynagrodzenia należnego Wykonawcy w odniesieniu do każdego odrębnie pakietu/zadania, których dotyczy opóźnienie lub niedotrzymanie terminu, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia

§ 4. dostawy i zasady odbioru

8) Zamawiający sprawdzi przedmiot umowy pod względem ilościowym i jakościowym w terminie do 7 dni roboczych od dnia rzeczywistej dostawy. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni. W takim przypadku upoważnione osoby ze strony Zamawiającego i Wykonawcy sporządzą i podpiszą jedynie "Protokół depozytowy", którego wzór stanowi załącznik nr 3 do umowy, zaś dopiero po sprawdzeniu przez Zamawiającego asortymentu pod względem ilościowym i jakościowym strony sporządzą i podpiszą "Protokół zdawczo-odbiorczy", którego wzór stanowi załącznik nr 2 do umowy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 12 czerwca 2020 roku dokonał modyfikacji SIWZ i

podał, że:

I. Zmianie ulega Rozdział XVII SIWZ w części - Szczegółowa procedura badania próbki:

Opatrunku indywidualnego pkt. 4.2 i otrzymuje brzmienie:

4.2 Opatrunek pozostanie na zaopatrzonym żołnierzu przez czas 2 godzin. Zaopatrzony żołnierz przez ten czas będzie pod stałym i bezpośrednim nadzorem komisji przebywał na terenie WOFiTM, w budynku nr 3 w temperaturze pomiędzy 15-30 st. C i w terenie otwartym w tym, na terenie lasu, w warunkach atmosferycznych panujących na zewnątrz. Warunki atmosferyczne zostaną odnotowane w protokole badania. W tym czasie zaopatrzony żołnierz będzie wykonywał normalne czynności służbowe, w tym: siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOO1), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki. Zamawiający oczekuje, że przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia, nie rozwinie się i będzie pełnił funkcję bezpośredniego ucisku na ranę. Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymagania SIWZ jeśli: -bandaż elastyczny nie będzie pozwalał na prawidłowe zaopatrzenie rany; -bandaż przypadkowo rozwinie się w czasie zakładania lub po założeniu mimo pracy mechanizmów uniemożliwiających przypadkowe rozwinięcie bandaża; -element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku; -element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża ułatwiający zakładanie opatrunku jedną ręką, zmianę kierunku bandażowania oraz pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę, nie będzie ułatwiał zakładania opatrunku jedną ręką lub nie będzie umożliwiał zmiany kierunku bandażowania lub nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku. -plastikowa folia nie będzie mogła być użyta jako opatrunek okluzyjny na rany postrzałowe klatki piersiowej - element z tworzywa sztucznego zamocowany do bandaża pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku. Jako prawidłowe zaopatrzenie rany Zamawiający rozumie stan, w którym opatrunek działa zgodnie ze swoim przeznaczeniem, tzn. w warunkach pola walki i w czasie wykonywania zadań bojowych, pozostanie na miejscu założenia, nie rozwinie się i będzie pełnił funkcję bezpośredniego ucisku na ranę (nawet gdy skóra jest brudna, mokra, spocona, owłosiona, na skórze znajduje się krew, zakrzepy, inne płyny fizjologiczne).

II. Zmianie ulega Rozdział XVII SIWZ w części - Szczegółowa Procedura badania Próbk:

Opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej pkt. 4.2 i otrzymuje brzmienie:

4.2 Opatrunek pozostanie na zaopatrzonym żołnierzu przez czas 2 godzin. Zaopatrzony żołnierz przez ten czas będzie pod stałym i bezpośrednim nadzorem komisji przebywał na terenie WOFiTM, w budynku nr 3 w temperaturze pomiędzy 15-30 st. C i w terenie otwartym w tym, na terenie lasu, w warunkach atmosferycznych panujących na zewnątrz. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną odnotowane w protokole badania. W tym czasie zaopatrzony żołnierz 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. Zamawiający oczekuje, że przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia, i będzie szczelnie przylegał do skóry, uchwyt (lub uchwyty) będą ułatwiać oddzielenie opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej, mechanizm wentylowy będzie w pełni funkcjonalny. Zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymagania SIWZ jeśli: -konstrukcja opatrunku nie będzie pozwalać na prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej; -uchwyt (lub uchwyty) nie będzie ułatwiać oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej; -mechanizm wentylowy nie będzie spełniał funkcji zastawki jednokierunkowej; -klej o wysokiej lepkości nie zapewni szczelnego przylegania w miejscu przyklejenia lub nie zapewni możliwości przyklejenia opatrunku na mokre ciało. Jako prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej Zamawiający rozumie stan, w którym opatrunek działa zgodnie ze swoim przeznaczeniem, tzn. w warunkach pola walki i w czasie wykonywania zadań bojowych, szczelnie przylega do skóry (nawet gdy skóra jest brudna, mokra, spocona, owłosiona, na skórze znajduje się krew, zakrzepy, inne płyny fizjologiczne), skutecznie uniemożliwiając przedostanie się powietrza do rany ssącej klatki piersiowej i nie dopuszczając do powstania odmy przeżnej. Jednocześnie opatrunek będzie pełnił funkcję jednokierunkowego zaworu, mechanizm wentylowy przepuszcza powietrze wyłącznie w jedną stronę, na zewnątrz ciała poszkodowanego nie przestając pracować w wyniku kontaktu z brudem, krwią, potem, innymi płynami ustrojowymi i mieszaninami tych substancji.

III. Zmianie ulega rozdział VII SIWZ - Termin i miejsce wykonania zamówienia i otrzymuje brzmienie:

1. Przedmiot zamówienia należy dostarczyć do Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy jednakże nie później niż do 30.11.2020 r.

IV. Zmianie ulega § 3 ust. 4 Załącznika nr 6 do SIWZ i otrzymuje brzmienie:

4. Wykonawca zobowiązuje się do dostawy kompletnego przedmiotu umowy stanowiącego zamówienie w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy tj. do dnia

.....jednakże nie później niż do 30.11.2020 r. w zależności od tego który z wyżej

wymienionych terminów upłynie wcześniej).

V. Zmianie ulega § 4 ust. 8 Załącznika nr 6 do SIWZ i otrzymuje brzmienie:

8. Zamawiający sprawdzi przedmiot umowy pod względem ilościowym i jakościowym w terminie do 7 dni roboczych od dnia rzeczywistej dostawy. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 21 dni. W takim przypadku upoważnione osoby ze strony Zamawiającego i Wykonawcy sporządzą i podpiszą jedynie "Protokół depozytowy", którego wzór stanowi załącznik nr 3 do umowy, zaś dopiero po sprawdzeniu przez Zamawiającego asortymentu pod względem ilościowym i jakościowym strony sporządzą i podpiszą "Protokół zdawczo-odbiorczy", którego wzór stanowi załącznik nr 2 do umowy.

VI. Zmianie ulega § 9 Załącznika nr 6 do SIWZ w następujący sposób: po ust. 6. dodaje się ust. 7 w następującym brzmieniu:

„7. Łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w § 9 ust. 1 umowy nie może przekroczyć 10 % wynagrodzenia należnego Wykonawcy tytułem realizacji przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 umowy”

VII. Zmianie ulega pkt 8 ppkt 1 w Formularzu Oferty i otrzymuje brzmienie:

Przedmiot zamówienia należy zrealizować w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy jednakże nie później niż do 30.11.2020 r.

1) Przedmiot zamówienia należy zrealizować w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy jednakże nie później niż do 30.11.2020 r.

VIII. Zmianie ulega Rozdział XV do SIWZ - Miejsce oraz termin składania i otwarcia oferty, i otrzymuje brzmienie:

1. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami, oświadczeniami należy złożyć poprzez platformę przetargową, w postaci elektronicznej pod rygorem nieważności opatrzonej podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem nie później niż 30.06.2020 r., godz. 09:00. Wykonawca powinien uwzględnić czas niezbędny na przygotowanie i przesłanie oferty poprzez platformę przetargową.

2. Komisyjne otwarcie ofert odbędzie się w siedzibie Zamawiającego w dniu 30.06.2020 r. godz. 10:00 budynek nr 2 - sala odpraw. Osoby będące obcokrajowcami, które chcą wejść na teren jednostki muszą spełniać wymagania określone w decyzji 21/MON z 10.02.2012 r. w sprawie planowania i realizowania przedsięwzięć współpracy międzynarodowej w

Resorcie Obrony Narodowej.

3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poda kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

VII.

W zakresie zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, oznacza to, że Izba bierze pod uwagę wydając wyrok również te okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania odwoławczego i przebiegu rozprawy. Izba przy orzekaniu bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Zatem koniecznym jest uwzględnienie również czynności Zamawiającego dokonanych po wniesieniu odwołania, a przed zamknięciem rozprawy. Wymaga zaznaczenia, że ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie, bowiem przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania, co potwierdza wskazany wyżej przepis ustawy.

Funkcją przepisu ustawy - podobnie jak przy interpretacji KPC gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - należy analogicznie jak w KPC - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. akt wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 13 września 2018 r., sygn. akt.

Izba ustaliła (pkt VI) uzasadnienie wyroku, że Zamawiający dokonał w dniu 12 czerwca modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że dokonał modyfikacji siwz po terminie wniesienia odwołania.

Tym samym, na moment zamknięcia rozprawy przestały istnieć określone czynności Zamawiającego, które były skarżone przez Odwołującego, a które on zmienił 12 kwietnia 2020 roku. Izba wskazuje, że zgodnie z jednoznaczną treścią przepisu ustawy wywieść należy, że Ustawodawca dopuścił sytuację, w których stan rzeczy tj. naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania.

W efekcie dokonania przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ, postanowienia SIWZ, które były kwestionowane przez Odwołującego na moment orzekania nie istnieją w dokumentacji w takim kształcie jak wskazywał Odwołujący, co oznacza, że czynności związanych z podaniem treści SIWZ nie ma postępowaniu (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania ich przez Zamawiającego.

Izba orzeka o czynnościach Zamawiającego co do których odwołanie wniósł wykonawca, natomiast w przypadku braku tych czynności w postępowaniu, Izba stwierdzając na moment wyrokowania ich brak zarzuty odwołania w tym zakresie uznaje za niezasadne.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za niezasadne:

- 1) zarzut 1 odwołania w odniesieniu do pkt 1 lit g oraz pkt 2 lit. g wskazywanych treści wstępnej odwołania dotyczących czynności Zamawiającego w odniesieniu do SIWZ jakie kwestionuje Odwołujący („prawidłowe zaopatrzenie rany”),
- 2) zarzut nr 4 odwołania w odniesieniu do postanowień Rozdziału VII SIWZ (termin dostawy 60 dni od dnia podpisania umowy),
- 3) zarzut nr 6 odwołania podnoszony w odniesieniu do treści Załącznika nr 6 do SIWZ; do pkt a i b wskazywanych treści wstępnej odwołania dotyczących czynności Zamawiającego w odniesieniu do SIWZ jakie kwestionuje Odwołujący (par. 4 ust. 8 oraz par. 9 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU)

w powyższym zakresie zarzuty odwołania zostały oddalone.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania:

Izba wskazuje, że w zakresie zarzut 1 i 2 jakie podniósł Odwołujący Zamawiający wskazał, że postanowił o przeprowadzeniu badania próbek ze względu na szczególny charakter przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że opatrunk indywidualny oraz opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej jest stosowany na polu walki. Opatrunki te wchodziły do Zestawów Ratownictwa Taktycznego stanowią pierwszy i dlatego tak ważny element środka ratującego zagrożone życie żołnierza na polu walki.

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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:

Zarzut 1 (ad pkt 1 lit a oraz pkt 2 a (i) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

W ocenie Izby wskazane określenie „opakowanie było łatwe do otwierania” jest zbyt ogólne i dlatego w żaden sposób nieweryfikowalne. Słusznie wskazał Odwołujący, że nie jest to określenie jednoznaczne i w warunkach dokonywania oceny oferty stanowi w zasadzie niepoliczalny element. Nie zmienia tego faktu odwołanie się Zamawiającego do pkt 2.1 Szczegółowej procedury badania próbki gdzie Zamawiający wskazał, że opakowanie powinno posiadać nacięcia ułatwiające otwieranie. To jedynie mowa o ułatwieniu otwarcia opakowania, natomiast łatwość o jakiej wspominała Zamawiający w SWIZ nie została w żaden sposób zdefiniowana. W pkt 22. Szczegółowej procedury badania próbki Zamawiający nie zawarł informacji jaką przedstawił na rozprawie, że w zasadzie chodzi o „pociągnięcie za nacięcia i otworzenie opatrunku”, a co za tym idzie stwierdzenie, np. że opakowanie posiadało nacięcia, które pozwalało na otwarcie opakowania, bez jego rozdzielania czy niemożności otwarcia. Zamawiający odnosił się do tego, że będzie badał, sprawdzał funkcjonalność zaoferowanego produktu, że wszec miar jest to prawidłowo koncepcja jednakże nie można dokonywać oceny tej funkcjonalności tak naprawdę w oparciu o nieokreślone elementy. Należy pamiętać, że nie zawsze dla każdego tak samo wszystko jest „łatwe do otwierania” albo niełatwe do otwierania, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nabiera to szczególnego znaczenia w kontekście zasad oraz weryfikowalności złożonych próbek. Izba dodaje, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego odnoszącym się do wprowadzania jakichś mierników dotyczących siły opisanej w N, bowiem w warunkach Zamawiającego taka ocena może być niemożliwa. Jednakże mimo uwzględnienia zarzutu oraz nakazania wykreślenia „łatwe do otwierania” Zamawiający może nadal dokonać zmiany opisu w taki sposób aby dookreślić sposób badania czynności otwierania opatrunku, bowiem z punktu widzenia przedmiotu zamówienia jest ona niewątpliwie bardzo istotna.

W tym zakresie Izba zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu nakazała zmienić SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej w pkt 2.2 przez wykreślenie „łatwe do otwierania”

Zarzut 1 (ad pkt 1 lit b oraz pkt 2 a (ii) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

W odniesieniu do tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje stanowisko przedstawione w uzasadnieniu dla Zarzut u1 (ad pkt 1 lit a oraz pkt (i) wniosków). W uzupełnieniu Izba dodaje, że w zakresie uzasadnienia tego zarzutu Odwołujący skupił swoją uwagę ponownie na braku sprecyzowania określeń „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku”, tym samym jedynie w tym zakresie zarzut ten mógł być oceniony. Wnioskodawca o wykreślenie dużo szerszej frazy nie znalazła uzasadnienia w stanowisku odwołującego, bowiem jedno zdanie jakie zostało zawarte pod zarzutem a nie w uzasadnieniu nie stanowi żadnej argumentacji w tym zakresie. Dlatego też mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wskazane określenie „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku” jest nieprecyzyjne i na

etapie oceny próbki może być w różny sposób oceniane. Jednakże mimo uwzględnienia zarzutu oraz nakazania wykreślenia „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku” Zamawiający może nadal dokonać zmiany opisu w taki sposób aby dookreślić sposób badania czynności otwierania opatrunku, bowiem z punktu widzenia przedmiotu zamówienia jest ona niewątpliwie bardzo istotna.

W tym zakresie Izba zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu nakazała zmienić SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej w pkt 2.2 przez wykreślenie „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku”.

Zarzut 1 (ad pkt 1 lit f oraz pkt 2 a (vi) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny

W odniesieniu do tego zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego z rozprawy, zawarta w odpowiedzi na odwołanie (zarzut 1 tiret iii, str 6) informacja pozwoliła mu na zrozumienie postanowień SIWZ. Izba uznała, że treść postanowienia w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej pkt 4.1 jest zrozumiała i precyzyjna. W ocenie Izby nie wymaga zmiany.

Zarzut 1 (ad pkt 1 lit c, d, e oraz pkt 2 a (iii, iv, v, vii) wniosków (iv, v, vi - uzasadnienia)) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny (pkt 1 lit c, d)

Izba w tym zakresie w całości uznaje stanowisko Zamawiającego za zasadne. Izba wskazuje, że badanie próbki - bo o takie tu chodzi - dokonywane jest w sytuacji, gdy faktycznie nie ma rannego żołnierza, a czynności podejmowane przez Zamawiającego stanowią jedynie symulację ewentualnych okoliczności w jakich może zaistnieć konieczność użycia danego opatrunku. Izba wyjaśnia, że prowadzenie oceny próbki musi następować w okolicznościach dających chociaż częściowe odwzorowanie okoliczności w jakich faktycznie może być wykorzystany opatrunek. Nie istnieje możliwość utworzenia naturalnego środowiska, w którym dokonywane byłoby testowanie opatrunku tj. na realnie rannym żołnierzu w warunkach bojowych, którego z klatki piersiowej broczyłaby krew. Dlatego też Zamawiający stworzył procedurę oceny, która w sposób najbardziej zbliżony do rzeczywistego zranienia na polu walki może oddać efektywność zastosowania oferowanych opatrunków. Izba przy tym zaznacza, że stworzenie takich warunków oceny próbki nie stanowi ani naruszenia wskazywanych przepisów ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (art. 90 ust.1), jak również nie narusza instrukcji użycia opatrunku oraz jakichkolwiek materiałów szkoleniowych dla wojska, bowiem ta procedura oceny próbki dotyczy sytuacji, w której nie ma faktycznie poszkodowanego, a dokonywana ocena w przyjętych przez Zamawiającego warunkach ma za zadanie stworzenie i ocenę próbki w jak najbardziej prawdopodobnych warunkach. Odwołujący nie kwestionował samego zamieszczonego opisu sposobu badania próbki w pkt 4.1 co do ilości roztworu soli fizjologicznej, nie kwestionowała także, że powierzchnia skóry będzie mokra. Natomiast czynność wytarcia skóry, która niezbędna jest w realnych warunkach zaopatrzenia poszkodowanego w polu walki, a do której referował Odwołujący, sprowadzałby się w ocenie Izby w ramach procedury oceny próbki do całkowitego osuszenia skóry i tym samym pozbawienia procedury oceny próbki zasadności. Wymaga także podkreślenia, że Odwołujący ani uczestnik postępowania nie wyjaśnili jak miałaby skóra żołnierza w ramach oceny próbki być wycierana i do jakiego stopnia. Taki wniosek w zasadzie prowadziłby do określenia parametru niepoliczalnego, bowiem zawsze przetarcie czy wytarcie skóry w ramach procedury oceny próbki mogłoby być kwestionowane, a jego określenie niemożliwe do zdefiniowania. Izba podziela pogląd wyrażony przez Zamawiającego, że instrukcja użycia opatrunku wskazuje, że ma on być przyklejony na ranę zakłada się więc uszkodzenie tkanki, natomiast badanie próbki nie jest prowadzone w takich warunkach tzn. realnie poszkodowanego żołnierza. W ocenie Izby opis procedury przeprowadzenia badania próbki jest prawidłowy w odniesieniu do opisu referującego do przyklejenia opatrunku na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej (pkt 1 lit c) co ma za zasadnie naśladować realne warunki. Z żadnych postanowień SIWZ nie wynika, że opatrunki w realnych sytuacjach nie będą stosowane zgodnie z wszystkim ww. regulacji, a rana nie będzie przecierana lub przemywana. W odniesieniu do instrukcji stosowania jest ona wymaga i podlega sprawdzeniu przez Zamawiającego (pkt 1.2 Szczegółowej procedury badania próbki).

(pkt 1 lit e)

Zamawiający sformułował w procedurze 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”.

Izba podkreśla ponownie, że ta regulacja utworzona na potrzeby oceny próbki nie stanowi jakiegokolwiek naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający podał konkretny element procedury oceny próbki i nie ma w tym zakresie dokonywania przez Zamawiającego jakiegokolwiek oceny osoby dobranej do wykonania czynności w ramach oceny próbki, ale ocena próbki. Odwołujący nie wykazał natomiast aby takie określenie procedury oceny próbki naruszało w jakikolwiek sposób jakiegokolwiek przepisy. Jednoznacznie bowiem Zamawiający podał, że zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę, a mając na uwadze jak sam wskazał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, że „opatrunek ten służy do ratowania życia w naprawde kryzysowych sytuacjach” to tym bardziej zasadnym jest aby każdy, kto tylko będzie mógł miał możliwość użyć takiego opatrunku tym bardziej, że może go również użyć żołnierz nieprzeszkolony do tego typu zadań.

(pkt 1 lit g)

Zamawiający sformułował w procedurze wymaganie 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 przylegał do skóry”.

Izba nie dostrzega w zakresie powyższej regulacji jakichkolwiek naruszeń art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy. Izba w żaden sposób nie podziela argumentacji Odwołującego, że tak określone badanie próbki jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Izba wskazuje ponownie, jak przy rozpoznaniu wcześniejszych zarzutów, że ocena próbki odbywa się w innych warunkach niż prawdziwe warunki bojowe, w których może znajdować się żołnierz. Odwołujący, a priori założył, że opisane przez Zamawiającego wymagania nie są realne, lecz w ocenie Izby w żaden sposób tego nie wykazał.

W ocenie Izby zakres czynności, do których chciałaby Odwołujący ograniczyć złożonym wnioskiem element badania próbki odnoszący się jedynie do chodzenia, siedzenia i ewakuacji ранego z pola walki stanowi w zasadzie o wyeliminowaniu możliwości badania próbki. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał niezasadności wymagań Zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do podejmowania czynności przez osobę na którą nałożony zostanie opatrunek, to argument w ocenie Izby przeczy całemu twierdzeniu bowiem, w zakresie w jakim nie wnioskował Odwołujący o wykreśleni, również w czynności mogą być dokonywane z różną intensywnością, chociażby chodzenie. Działania podejmowane w ramach oceny próbki powinny w jak najszerszym zakresie poddać próbkę ocenie, natomiast Odwołujący nie wykazał, że taka prowadzona ocena narusza zasady prawa zamówień publicznych. Tym bardziej, że zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział XVII pkt 4 Zamawiający dopuszcza obecność przedstawiciela ze strony Wykonawcy w roli Obserwatora przy założeniu, że Obserwator nie będzie mógł wpływać, utrudniać i ingerować w pracę komisji w żaden sposób.

Zarzut 1 (viii - uzasadnienia odwołania pkt 2 c) (i) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny

Odwołujący wskazał we wniosku na przeprowadzanie badania próbek w identycznych (tożsamy) warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych. W ocenie Izby podniesiona argumentacja Odwołującego w żaden sposób nie uzasadnia, że ocena próbek ma być prowadzona w warunkach, które nazwać należałoby laboratoryjne. Izba wskazuje, że z badania próbki zostanie sporządzony Protokół badania próbki którego wzór stanowi załącznik nr 8 do SIWZ, gdzie będzie możliwe w Uwagach odnotowanie warunków w jakich prowadzona jest ocena.

W swoim stanowisku odwołujący pomina, odnosząc się jedynie do jednego zdania, że zgodnie z SIWZ Rozdział XVII pkt 4 badanie zgodności Próbkę z OPZ zostanie przeprowadzone na terenie WOFITM przez komisję powołaną przez Zamawiającego,

dopuszczalna jest obecność zewnętrznych biegłych - specjalistów z dziedziny medycyny pola walki (komisja będzie liczyła minimum 3 członków). Próbka będzie poddana badaniu w warunkach uwzględnionych w OPZ dotyczącym przeznaczenia i zastosowania przedmiotu, na terenie WOFiTM w budynku nr 3 oraz poza nim, w tym na terenie lasu. Warunki atmosferyczne i terenowe zostaną zapisane do protokołu badania. Zamawiający uzasadnił również potrzeby prowadzenia takiej oceny próbki wskazując, że interpretacja jakiej dokonał Zamawiający w zasadzie stanowi swoistą nadinterpretację bowiem celem Zamawiającego jest pozyskanie specjalistycznych najwyższej jakości opatrunków przeznaczonych i spełniających wymogi pola walki, a nie przeznaczonych do warunków szpitalnych lub w zamkniętym pomieszczeniu. Stanowiące przedmiot badania próbki będą wykorzystywane przede wszystkim przez żołnierzy służących w misjach zagranicznych, czyli także w miejscach, gdzie często panują ekstremalne warunki atmosferyczne oraz terenowe. W ocenie Izby przeprowadzenie badania próbek w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych gwarantuje ich porównywalność, a ewentualne odstępstwa, które będą miały wpływa na ocenę, będą mogły być korygowane przez wykonawców przy użyciu środków ochrony prawnej

Zarzut 1 (xi - uzasadnienia odwołania pkt 2 c (ii) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia podnoszonych przepisów dotyczących zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden z przepisów ustawy nie nakazuje Zamawiającemu dokumentowania przebiegu oceny próbki ani przez sporządzenie dokumentacji fotograficznej, ani przez nagranie wideo. Tym samym nie sposób czynić zarzutu Zamawiającemu, że zamierza udokumentować jedynie próbki niespełniające wymagań OPZ w postaci załączenia dokumentacji fotograficznej. Podkreślić należy, że w ramach badania próbki Zamawiający dopuścił udział wykonawcy, co w sposób bardzo przejrzysty pozwala wykonawcy na jednoznaczną kontrolę działań Zamawiającego.

Izba zaznacza również, że badanie próbki prowadzone jest na terenie jednostki wojskowej, w różnych jej obszarach i w żaden sposób nie znajduje uzasadnienia dokonywania nagrań wideo.

Uzasadnienie poczynione przez Odwołującego w żadnej mierze nie jest nakierunkowane na przeprowadzanie procedury zgodnie z przepisami, bowiem w tym zakresie nie doszło do naruszenia żadnych przepisów w tym zasad prawa zamówień publicznych, lecz na zabezpieczenie własnego interesu umożliwiającego wnoszenie środków ochrony prawnej. Zamawiający w ogóle nie musi dokonywać jakiejkolwiek dokumentacji fotograficznej, tym samym regulację, którą wprowadził poczytywać należy jedynie jako dodatkowe zabezpieczenie efektów oceny próbki. Tym samym trudno czynić mu zarzut, że chciał w sposób przejrzysty udokumentować błąd spełnienia wymagań OPZ.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych przez 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 - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba w całości w tym miejscu uwzględniła argumentację przedstawioną przy uzasadnieniu rozpoznania zarzutu Zarzut 1 (ad pkt 1 lit c, d, e oraz pkt (iii, iv, v, vii) wniosków (iv, v, vi - uzasadnienia)). Dodatkowo wskazuje, jak również podnosił Zamawiający, że

Zamawiający w postanowieniach SIWZ dotyczących procedury badania próbek nie zawarł postanowienia, które zakazywałyby przestrzegania instrukcji używania wyrobu. Przywołany przepis art. 90 ust. 1 ustawy z 20 maja r. o wyrobach medycznych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, tym samym obowiązuje z mocy prawa i nie ma potrzeby

powielania takiego wymogu w dokumentacji przetargowej.

Ponadto, co należy podkreślić, badana próbka nie będzie stosowana do celów medycznych tylko stanowić będzie potwierdzenie spełnienia wymogów przewidzianych przez

Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił również, że oferowany opatrunek powinien być zgodny z wymaganiami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym instrukcja użytkowania opatrunku powinna nie zawierać wytycznych sprzecznych z przewidzianymi wymogami ustalonymi przez Zamawiającego.

W zakresie Zarzutu 3 naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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.

Odwołujący w pełni podtrzymał uzasadnienie zaprezentowane przy zarzucie nr 1) pkt (i), (ii), (iii), (v), (vi), (viii) i (ix) - uzasadnienia odwołania- tym samym Izba podtrzymuje uzasadnienie zawarte przy rozpoznaniu Zarzutu nr 1.

Izba wskazuje dodatkowo, że:

Zarzut 3 (ad pkt 2 lit a oraz pkt 2 b (i) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

W tym zakresie Izba zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu nakazała zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 2.2 przez wykreślenie „łatwości otwierania”.

Zarzut 3 (ad pkt 2 lit b oraz pkt 2 b (ii) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

W tym zakresie Izba zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu nakazała zmienne SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 2.2 przez wykreślenie „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku”.

W zakresie pozostałej w uzasadnieniu zarzutów odwołania argumentacji Izba wskazuje, że w odniesieniu do twierdzeń:

- należy wskazać, że co do zasady niemożliwym do zrealizowania wymogiem jest sytuacja, w której osoba ranna, sama zakłada i zdejmuje odzież przeciwwchemiczną. Taki wymóg narusza zasadę proporcjonalności, a co za tym idzie Zamawiający nie powinien „testować” opatrunku indywidualnego w takim warunkach (nie spotyka się ich bowiem w prawdziwym życiu) - Odwołujący nie zawarł w odwołaniu wniosku co do tej treści. Brak wskazania wniosku w tym zakresie powoduje, że nie ma możliwości rozpoznania tej argumentacji bowiem Izba nie ma możliwości stwierdzić czego też oczekiwał Odwołujący. Izba nie ma podstawy i prawa do przyjmowania jakiegos wniosku, ewentualnie wyinterpretowania treści tego wniosku z przedstawionych dokumentów. Izba rozpoznaje zarzuty odwołania i w tym zakresie orzeka co do wniosków, które w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ mają kluczowe znaczenie. Jednocześnie odwołujący nie wyjaśniał dlaczego uważa, że taka regulacja narusza zasadę proporcjonalności. Samo odniesienie się do tego, że dane postanowienie narusza jakieś zasady jest niewystarczające. Odwołujący winien podać przyczyny dla których tak uważa w zasadzie stanowiące uzasadnienie zarzutu odwołania.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania:

Ponadto wymaganie obsługi opatrunku osobistego jedną ręką jest niemożliwe, nie ma możliwości założenia prawidłowego opatrunku uciskowego jedną ręką. Zgodnie

z wytycznymi Komitetu TCCC opatrunek osobisty nie jest używany w strefie Care Under Fire i nie jest przeznaczony do tzw. samopomocy. - podobnie jak wyżej Odwołujący nie zawarł w odwołaniu wniosku co do tej treści, w tym zakresie Izba odwołuje się do uzasadnienia poczynionego wyżej. Dodatkowo wskazuje, że Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie wymaganie Zamawiającego obsługi opatrunku osobistego jedną ręką jest niemożliwe.

Natomiast Zamawiają w tym zakresie wyjaśnił, że w opinii żołnierzy, ratowników medycznych i specjalistów z dziedziny Medycyny Pola Walki, prawidłowe założenie opatrunku osobistego jedną ręką jest jak najbardziej możliwe. Kończyny żołnierza nie są chronione kamizelką kuloodporną i są wyjątkowo narażone na zranienie. Ryzyko zranienia w rękę jest wysokie i stąd jak najbardziej uzasadniona konieczność założenia opatrunku na ranną rękę. Na polu walki pierwszym ratownikiem jest sam sobie żołnierz i to on musi posługiwać się opatrunkiem jedną ręką. Żołnierz musi przeprowadzić czynności związane z zakładaniem opatrunku indywidualnego ręką, która nie jest jego ręką przewodnią. W odniesieniu do kolejnego argumentu Odwołującego Zamawiający wskazał, że twierdzenie Odwołującego, iż „Zgodnie z wytycznymi Komitetu TCCC opatrunek osobisty nie jest używany w strefie Care Under Fire i nie jest przeznaczony do tzw. samopomocy” nie znajduje potwierdzenia w niniejszym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, że przywołana przez Odwołującego Strefa Care Under Fire nazywana również „strefą śmierci” jest to strefa opieki podczas walki. Jest ona jedną z trzech stref wchodzących w skład TCCC. Zarówno opatrunek osobisty jak i wszelkie inne środki pomocy medycznej, poza opaską uciskową, nie są w niej używane. Opaska uciskowa jest pierwszym i jedynym środkiem pomocy w strefie Care Under Fire.

Zarzut 3 (ad pkt 2 lit h oraz pkt 2 b (viii) wniosków) - Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie określił w procedurze badania próbki Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny pkt 4.2, w jaki sposób ustalić czy bezpośredni ucisk na ranę jest wywierany, czy też nie. Dodatkowo, Odwołujący podał, że Zamawiający nie wskazał co należy rozumieć pod pojęciem „bezpośredni ucisk na ranę”.

W ramach tego zarzutu Zamawiający przedstawił bardzo obszerne stanowisko w piśmie procesowym. W wyniku analizy stanowiska Odwołującego i przedstawionej argumentacji Zamawiającego Izba uznała, że zarzut jest zasadny. W ocenie Izby Zamawiający powinien dookreślić, precyzyjnie wskazać w jaki sposób zamierza badać czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku. Tym bardziej zasadne jest takie sprecyzowanie, że stanowi to przesłankę uznania, że oferta nie spełnia wymagań SIWZ.

W tym zakresie Izba zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu nakazała zmienić SIWZ w Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 4.2 przez określenie w jaki sposób zamierza badać czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku ranę po założeniu opatrunku

W zakresie Zarzutu 5 naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez 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 8 - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w zupełności pomylił dokumenty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przypisuje dokumentom znaczenie jakiego one nie mają.

Dokumentem stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia - Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne dla wyrobu: Opatrunek indywidualny, w zakresie forma opatrunku, dopuszczających dwa rozwiązania konstrukcyjne jest załącznik 5a do SIWZ pkt. 2 Forma opatrunku (...). Również procedura badania próbek Rozdziale XVII Szczegółowa procedura badania próbki - Opatrunek indywidualny w pkt 3.1 i 3.3, 4.1 uwzględnia dokonanie badania

dwóch form opatrunku. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że to dokładnie, jasno i przejrzysto potwierdza, że Zamawiający dopuszcza dwie formy konstrukcji opatrunku.

Izba uznała za niezasadne twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający oczekuje jednoczesnego spełnienia wymagań dla obu form opatrunku. Zamawiający wielokrotnie w dokumentacji postępowania odnosił się do dwóch form opatrunku. Jednocześnie należy zaznaczyć, że podstawą odrzucenia oferty jest niespełnienie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia co wynika z pkt 4 - Procedura oceny próbki (ppkt 5 - W przypadku stwierdzenia w trakcie oceny próbki braku spełnienia przez przedstawioną próbkę wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy.).

Izba wskazuje również, że Zamawiający nie wymagał zaoferowania opatrunku indywidualnego spełniającego wszystkie wymagania określone w Załączniku nr 8. Załącznik nr 8 nie jest opisem przedmiotu zamówienia i na jego podstawie nie jest weryfikowana zgodność oferowanego produktu. Załącznik ten stanowi jedynie formę protokołu, który sporządzi Zamawiający oceniając dany opatrunek. Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że w chwili obecnej na rynku nie występuje wyrób medyczny spełniający wszystkie punkty opisane w załączniku nr. 8 i zgodnie z dokumentacją nie musi, bowiem nie temu służy ten dokument.

Jedynie na marginesie i dla porządku przejrzystości orzeczenia Izba wskazuje, że treść zawarta w uzasadnieniu tj. Opatrunek izraelski a także opatrunek OLAES nie posiadają elementu z tworzywa sztucznego ułatwiającego zakładanie opatrunku jedną ręką. Żaden z wyrobów nie spełnia tego wymogu. Nie było w postępowaniu kwestionowane, jak również w tym zakresie nie były podniesione żadne wnioski.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: