

POSTANOWIENIE

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę J. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Paramedyk J. D., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 2 w postępowaniu

prowadzonym przez Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57

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

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy J. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Paramedyk J. D., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 2 kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu,
3. zasądza od wykonawcy J. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Paramedyk J. D., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 2 na rzecz Skarbu Państwa - Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej, 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji

i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów (dalej „zamawiający”) na „Dostawę indywidualnego pakietu medycznego IPMed” wykonawca J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Paramedyk J. D., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 2 (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od:

1. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. Rozdziału XVII SIWZ opisującego procedurę dotyczącą badania próbki - szczegółowej procedury badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, w zakresie, w jakim:

- a) formułuje wymaganie „aby opakowanie było łatwe do otwierania” (pkt 2.2.),
- b) formułuje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 2.2.),
- 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 (pkt 4.1.),
- 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” (pkt 4.1.),
- 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” (pkt 4.1.),
- g) formułuje wymagania, że „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 ранego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie ściśle przylegał do skóry” (pkt 4.2.),
- h) nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej” (pkt 4.2.);

2. treści SIWZ, tj. Rozdziału XVII opisującego procedurę dotyczącą badania próbki - szczegółowej procedury badania próbki: opatrunku indywidualnego, w zakresie, w jakim:

- a) formułuje wymaganie w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (pkt 2.2.),
- b) formułuje wymaganie zgodnie z którym „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 2.2.),
- 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” (pkt 4.1.),
- 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 (...) uciskana rana” (pkt 4.1.),

f) formułuje wymagania, że „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOOI), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry ” (pkt 4.2),

g) nie określa co należy rozumieć pod pojęciem prawidłowe zaopatrzenie rany ” (pkt 4.2.),

h) nie określa w jaki sposób ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (pkt 4.2.);

3. treści SIWZ, tj. Rozdziału XVII opisującego procedurę dotyczącą badania próbki, w zakresie w jakim:

a) wskazuje, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta zamawiający dołoży wszelkiej staranności, aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (pkt 4),

b) ogranicza on wykonywanie dokumentacji fotograficznej tylko do przypadków, w których próbka nie będzie spełniała któregokolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ (pkt 5);

4. treści SIWZ, tj. 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, jednakże nie później niż do dnia 30.11.2020 r. (str. 5);

5. treści SIWZ, tj. Załącznika nr 5d - 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 SIWZ, tj. Załącznika nr 7 zawierającego Istotne postanowienia umowy (IPU), w zakresie w jakim:

a) § 10, w szczególności § 10 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,

c) treści SIWZ, tj. załącznika 5b, zawierającego Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET), w zakresie w jakim stawia on wymóg, że waga opaski uciskowej (staży taktycznej) ma wynosić do 100 g (cz, II, ust. 3 litera b, tiret ósme).

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez opisanie szczegółowej procedury dotyczącej badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej, w sposób który nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie zawiera dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ani nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto w sposób który ogranicza konkurencję między wykonawcami, oraz jest sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości,

2. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 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 użytkowania,

3. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez opisanie szczegółowej procedury dotyczącej badania próbki: opatrunku indywidualnego, w sposób który nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie zawiera dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ani nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto w sposób który ogranicza konkurencję między wykonawcami, oraz jest sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości

4. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z 387 § 1 k.c., poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który prowadzi do obiektywnej niemożliwości

świadczenia, a co za tym idzie również do nieważności umowy - określony, 60-dniowy termin na dostarczenie przedmiotu zamówienia, przypadający nie później niż 30.11.2020 r., z uwagi na stan ogólnoswiatowej epidemii, jest obiektywnie niemożliwy do dochowania,

5. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez takie opisanie wymagań i parametrów, które musi spełniać opatrunek indywidualny, że żaden z wykonawców nie może ich spełnić - na rynku nie występuje bowiem opatrunek indywidualny, który spełniałby wszystkie wymagania i parametry określone przez zamawiającego w Załączniku nr 8,

6. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 483 § 1 k.c., poprzez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, co w konsekwencji prowadzi do nieważności tego postanowienia umownego z uwagi na jego sprzeczność z prawem, jak i dobrymi obyczajami,

7. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 k.c., poprzez zastrzeżenie w § 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,

8. art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez wskazanie w Załączniku 5b do SIWZ, że waga opaski zaciskowej (staży taktycznej) ma wynosić do 100 g, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że tylko jedna opaska zaciskowa spełnia wymagania zamawiającego, a co za tym idzie, inne opaski zaciskowe nie mogą być oferowane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ, tj.:

1. 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 (pkt 2.2.),
- ii. usunięcie wymagania, aby opakowanie opatrunku otwierało się „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” (pkt 2.2.),
- 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.),
- iv. wskazanie, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również zgodnie z przepisami ustawy 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.),
- vi. poprzez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego niżej fragmentu: „oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w warunkach przeznaczenia i zastosowania określonych w OPZ, w tym w zakresie zapewniającym założenie i pozostanie opatrunku w miejscu przyklejenia, szczelnego przylegania opatrunku do ciała, w pełni funkcjonalnej pracy mechanizmu wentylacyjnego opatrunku, ułatwionego oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej” (pkt 4.1.),
- vii. poprzez usunięcie wymogu zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji rannego z pola walki” oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry” (pkt 4.2.),
- viii. precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej” (pkt 4.2.).

2. zmiany Rozdziału XVII SIWZ Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej Procedury

badania Próbkki: Opatrunku indywidualnego, poprzez:

- i. usunięcie wymagania w zakresie „łatwości otwierania” opatrunku (pkt 2.2.),
- ii. usunięcie wymagania 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” (pkt 2.2.),
- iii. wskazanie, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również zgodnie z przepisami ustawy 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 potowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 4.1.),
- 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” (pkt 4.1.),
- vi. usunięcie wymagania zgodnie z którym „zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOO1), 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.),
- vii. precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem „prawidłowe zaopatrzenie rany ” (pkt 4.2.),
- viii. precyzyjne wskazanie w jaki sposób zamawiający ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (pkt 4.2.), ewentualnie, poprzez usunięcie przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w punkcie 4.2., zgodnie z którą zamawiający uzna, że oferta nie spełnia wymogów SIWZ jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku;

3. zmiany Rozdziału XVII, poprzez:

- i. wskazanie, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta zamawiający przeprowadzi badania w identycznych (tożsamy) warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (pkt 4),
 - i) wskazanie, że z badania zgodności Próbkki zostanie sporządzony protokół do którego zostanie dołączona dokumentacja fotograficzna oraz dokumentacja video obrazująca przebieg całego badania (pkt 5),
 - ii) 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, jednakże nie później niż do 30.11.2020 r. i zastąpienie tego terminu, terminem 90 dni liczonych od dnia podpisania umowy,
 - iii) zmiany Załącznika nr 5d, 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 5d,
 - iv) zmiany IPU - Załącznika nr 7 do SIWZ, poprzez:
 - określenie maksymalnej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU z zastrzeżeniem, aby maksymalna wysokość tych kar nie była większa niż 10% wartości zamówienia netto,
 - usunięcie § 4 pkt 8 zdanie drugie i trzecie,
 - iv) zmiany Załącznika nr 5b, poprzez usunięcie wymogu, zgodnie z którym waga opaski ma wynosić do 100 g (cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme).

Dodatkowo odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby dokonaną zmianę przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ oraz, aby zamieścił zmianę SIWZ także na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniona, a nadto o nakazanie zamawiającemu, aby przedłużył termin składania ofert przynajmniej o dwa tygodnie.

Pismem z dnia 8 lipca 2020 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: