

Marki, dnia 15 kwietnia 2020 r.

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

Zamawiający: Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek
Farmacji i Techniki Medycznej –
Celestynów
ul. Wojska Polskiego 57
05-430 Celestynów
e-mail: wofitm@ron.mil.pl
Strona internetowa:
<https://wofitm.logintrade.net>
fax: 261 894 09
tel. 261 894 184

Odwołujący: Jacek Deneka
prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą PARAMEDYK Jacek Deneka
ul. Słoneczna 2
05-270 Marki
e-mail: info@paramedyk24.pl
Strona internetowa:
www.paramedyk24.pl
fax: (22) 244 24 60

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 069-163648

Dot: postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed) - sprawa nr WOFiTM/22/2020/PN

Odwołanie

Działając w imieniu własnym, tj. w imieniu Jacka Deneki (zwanego dalej Wykonawcą albo Odwołującym), na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej jako Ustawa lub p.z.p.) składam niniejszym **odwołanie od:**

1. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 do siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki, Szczegółowej procedury badania próbki: **opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej**, w zakresie, w jakim:

- a. formułuje wymaganie „*aby opakowanie było łatwe do otwierania*” (punkt 2.2, str. 38 Załączników do siwz),
 - b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „*opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnany bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia*” (punkt 2.2, str. 38 Załączników do siwz),
 - c. Zamawiający stwierdza, że „*nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C. Opatrunek zostanie przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej*”, bez jednoczesnego wskazania, na konieczność wcześniejszego wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz),
 - d. **nie przewiduje** ona, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu,
 - e. formułuje wymaganie że „*zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia*” (punkt 4.1, str. 39 Załączników do siwz),
 - f. formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający 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. 39 Załączników do siwz),
 - 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 rannego z pola walki*” oraz, że „*przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry*” (punkt 4.2, str. 39 Załączników do siwz);
 - h. nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „*prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej*” (punkt 4.2., str. 40 Załączników do siwz);
2. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 do siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki, Szczegółowej procedury badania próbki: **opatrunku indywidualnego, w zakresie, w jakim:**

- a. formułuje wymaganie w zakresie „*łatwości otwierania*” opatrunku (punkt 2.2, str. 36 Załączników do siwz),
 - b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „*opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia*” (punkt 2.2, str. 36 Załączników do siwz),
 - c. **nie przewiduje** ona, że opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu,
 - d. formułuje wymaganie że „*zaopatrzenie żołnierza na przedramieniu lewej ręki powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia*” (punkt 4.1, str. 37 Załączników do siwz),
 - e. formułuje wymagania niezawodnej pracy opatrunku, nie określając przy tym w sposób wyczerpujący na czym ta niezawodność ma polegać. Zamawiający 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. 37 Załączników do siwz),
 - f. formułuje wymagania, że „*zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (FOO1), 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. 37 Załączników do siwz),
 - g. nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „*prawidłowe zaopatrzenie rany*” (punkt 4.2., str. 37 Załączników do siwz),
 - h. nie określa w jaki sposób Zamawiający ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (punkt 4.2., str. 37 Załączników do siwz);
3. **treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6 siwz opisującego Procedurę dotyczącą badania próbki,**
w zakresie w jakim:
- a. wskazuje, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający dołoży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 35 Załączników do siwz),
 - b. ogranicza on wykonywanie dokumentacji fotograficznej tylko do przypadków, w których próbka nie będzie spełniała któregokolwiek z wymagań przedstawionych w OPZ (punkt 5, str. 35 Załączników do

siwz);

4. **treści specyfikacji, tj. od Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, oraz od Ogłoszenia o zamówienia (tj. od punktów II.2.7)** w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do dnia 30.11.2020 r. (str. 6 siwz)
5. **treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 6.1 do siwz – protokół badania próbki**, w zakresie w jakim stawia on wymóg, zgodnie z którym opatrunek indywidualny musi spełniać wszystkie wymagania wskazane w ww. załączniku, podczas gdy żaden z opatrunków indywidualnych dostępnych na rynku nie spełnia wszystkich tych wymagań,
6. **treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 8 do siwz, zawierającego Istotne postanowienia umowy (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 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie IPU przewiduje, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni,
7. **treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. od treści Załącznika nr 5.2 do siwz, zawierającego Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET)** w zakresie w jakim stawia on wymóg, że waga opaski uciskowej (stazy taktycznej) ma wynosić do 100 g (zob. cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme, str. 29 Załączników do siwz).

Mając na względzie powyższe, **zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:**

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

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, osiągnąć 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 **„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 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 przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający dołoży wszelkiej staranności aby przeprowadzić badania w jak najbardziej zbliżonych warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (Załącznik nr 6 do siwz, punkt 4, str. 35 załączników do 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 (Załącznik nr 6 do siwz, punkt 5, str. 35 załączników do siwz). 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 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. w sposób nieuwzględniający, że korzystając z wyrobu medycznego Zamawiający powinien przestrzegać instrukcji używania

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) 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.

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

Zob. uzasadnienie do zarzutu nr 1.

Oprócz argumentów przedstawionych w uzasadnieniu do zarzutu nr 1, należy również zwrócić uwagę na następujące okoliczności.

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 (Załącznik nr 6 do siwz, pkt 4.2., str. 37 załączników do 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 p.z.p. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz w związku z 387 § 1 k.c. poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który prowadzi do obiektywnej niemożliwości świadczenia, a co za tym idzie również do nieważności umowy – określony przez Zamawiającego, 60-dniowy termin na dostarczenie przedmiotu zamówienia, przypadający nie później niż 30.11.2020 r., z uwagi na stan 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 6.1 do siwz, 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 p.z.p., poprzez takie opisanie wymagań i parametrów, które musi spełniać opatrunek indywidualny, że żaden z wykonawców nie może ich spełnić – na rynku nie występuje bowiem opatrunek indywidualny,**

który spełniałby wszystkie wymagania i parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 6.1 do siwz

- 6) **art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz w związku z art. 483 § 1 k.c. poprzez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU**, co w konsekwencji prowadzi do nieważności tego postanowienia umownego z uwagi na jego sprzeczność z prawem (zob. art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.), jak i dobrymi obyczajami

Postanowienia § 10 IPU, w zakresie w jakim nie określają maksymalnej wysokości kar umownych są sprzeczne zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak również z art. 483 § 1 k.c., a co za tym idzie nieważne (zob. art. 58 § 1 k.c.).

Art. 483 § 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 § 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 § 1 k.c., to tym samym – stosownie do treści art. 58 § 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 p.z.p. w związku z art. 58 § 1 k.c.** poprzez zastrzeżenie w § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie IPU (Załącznik nr 8 do siwz), że Zamawiającemu przysługuje możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności tego postanowienia umownego z zasadami 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).

- 8) **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p.**, poprzez wskazanie w Załączniku 5.2 do siwz, że waga opaski zaciskowej (stazy 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.

Powyższy wymóg w zakresie maksymalnej wagi opaski prowadzi do tego, że tylko jedna opaska zaciskowa (staza taktyczna) spełnia wymogi określone przez Zamawiającego. W konsekwencji dochodzi do bardzo istotnego ograniczenia konkurencji. Zamawiający może bowiem otrzymać oferty tylko z jednym opatrunkiem. Inne, równie dobre opatrunki zaciskowe (stazy taktyczne) nie mogą być zaoferowane, nie spełniają bowiem wymogów Zamawiającego odnośnie maksymalnej wagi.

Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg – dotyczący maksymalnej wagi opaski – skutkuje tym, że opaska SOFTT-W (oferowana przez Odwołującego), nie spełnia już wymagań eksploatacyjno-technicznych (WET) - (przy czym jeszcze raz należy zaznaczyć, że tylko i wyłącznie w zakresie wagi opaski), a co za tym idzie chcąc pozostać w zgodzie siwz można zaoferować tylko jeden typ opaski, jednego konkretnego producenta, tj. opaskę CAT.

Do momentu wprowadzenia przez Zamawiającego wymogu dotyczącego maksymalnej wagi opaski, wymagania określone w WET były spełniane przez minimum dwa konkurencyjne produkty, tj. przez opaskę SOFTT-W, oraz przez opaskę CAT, a co za tym idzie możliwa była rzeczywista konkurencja pomiędzy poszczególnymi producentami.

Należy podkreślić, że staza SOFTT-W 4. generacji, którą zamierzał zaoferować Odwołujący (jak zresztą poprzednie generacje) posiada rekomendację CoTCCC i spełnia wszystkie wymagania WET (z wyjątkiem wymagania dotyczącego wagi).

Mając na względzie przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o:**

- 1) uznanie odwołania za zasadne;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz, tj.:
 - a) zmiany **Załącznika 6 do siwz** Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej Procedury badania Próbk: **Opatrunku na rany penetracyjnego klatki piersiowej** poprzez:
 - i) usunięcie wymagania aby opakowanie [opatrunku] było **łatwe do otwierania** (punkt 2.2., str. 38 załączników do siwz),
 - ii) usunięcie wymagania, aby opakowanie opatrunku otwierało się „**w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągany bez wysiłku** przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju, tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (punkt 2.2, str. 38 załączników do siwz),
 - iii) wskazanie, że po zwilżeniu zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C, a przed naklejeniem opatrunku „**miejsca wokół tych ran, zostaną oczyszczone zgodnie z instrukcją użycia opatrunku zamieszczoną na opakowaniu**” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz),
 - iv) wskazanie, że **opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją** opracowaną przez wytwórcę, **zamieszczoną na jego opakowaniu**, jak również zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych,
 - v) usunięcie sformułowania, zgodnie z którym „**zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy**

zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz),

- vi) poprzez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego niżej fragmentu:

„oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w warunkach przeznaczenia i zastosowania określonych w OPZ, w tym w zakresie zapewniającym założenie i pozostanie opatrunku w miejscu przyklejenia, szczelnego przylegania opatrunku do ciała, w pełni funkcjonalnej pracy mechanizmu wentylacyjnego opatrunku, ułatwionego oddzielenia opatrunku samoprzylepnego od folii osłaniającej” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz),

- vii) poprzez usunięcie wymogu zgodnie z którym **„zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji ранnego z pola walki”** oraz, że **„przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry”** (pkt 4.2, str. 39 załączników do siwz);

- viii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem **„prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej”** (punkt 4.2., str. 40 załączników do siwz).

- b) zmiany Załącznika nr 6 siwz Procedura dotycząca badania próbek, Szczegółowej Procedury badania Próbk: **Opatrunku indywidualnego** poprzez:

- i) usunięcie wymagania w zakresie **„łatwości otwierania”** opatrunku (punkt 2.2, str. 36 załączników siwz),
- ii) usunięcie wymagania zgodnie z którym **„opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnięty bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia”** (punkt 2.2, str. 36 załączników do siwz),
- iii) wskazanie, że **opatrunek zostanie użyty zgodnie z instrukcją opracowaną przez wytwórcę, zamieszczoną na jego opakowaniu, jak również zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych,**
- iv) usunięcie wymagania zgodnie z którym **„zaopatrzenie żołnierza na przedramieniu lewej ręki powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia”** (punkt 4.1, str. 37 załączników siwz),
- v) poprzez precyzyjne wskazanie, na czym ma polegać sprawdzenie niezawodnej pracy opatrunku, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „w tym” ze wskazanego niżej fragmentu:

„oczekuje niezawodnej pracy opatrunku, oraz wszystkich jego elementów, w zakresie zapewniającym założenie i utrzymanie się opatrunku w warunkach pola walki. Zależnie od dopuszczalnej formy mogą być to różne składowe elementy opatrunku, w tym: elastyczny bandaż (...) ucisku na ranę” (punkt 4.1, str. 37 załączników do siwz),

- vi) usunięcie wymagania zgodnie z którym **„zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwchemicznej (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”** (punkt 4.2, str. 37 załączników do siwz),
 - vii) precyzyjne wskazanie co należy rozumieć pod pojęciem **„prawidłowe zaopatrzenie rany”** (punkt 4.2., str. 37 załączników do siwz);
 - viii) precyzyjne wskazanie w jaki sposób Zamawiający ustali, czy element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę wywiera bezpośredni ucisk na ranę po założeniu (punkt 4.2., str. 37 załączników do siwz), ewentualnie poprzez usunięcie przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w punkcie 4.2, str. 37 załączników do 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 na ranę po założeniu opatrunku;
- c) zmiany Załącznika nr 6 do siwz poprzez:
- i) wskazanie, że przypadku badania próbek więcej niż jednego producenta Zamawiający przeprowadzi badania w identycznych (tożsamy) warunkach ludzkich, sprzętowych, atmosferycznych i terenowych (punkt 4, str. 35 załączników do siwz),
 - ii) wskazanie, że z badania zgodności Próbkę zostanie sporządzony protokół do którego zostanie dołączona dokumentacja fotograficzna oraz dokumentacja video obrazująca przebieg całego badania (punkt 5, str. 35 załączników do siwz),
- d) zmiany Rozdziału VII Termin i miejsce wykonania zamówienia, oraz punktów II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie w jakim przewiduje on, że przedmiot zamówienia objęty zamówieniem należy dostarczyć w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30.11.2020 r. i zastąpienie tego terminu, terminem 90 dni liczonych od dnia podpisania umowy;
- e) zmiany Załącznika nr 6.1 do siwz, w taki sposób, aby dla opatrunku indywidualnego stworzone zostały dwa odrębne zestawienia wymagań i parametrów, uwzględniające okoliczność, że na rynku dostępne są dwa typy opatrunków o odmiennej konstrukcji, z których żaden nie spełnia wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 6.1 do siwz;
- f) zmiany IPU - Załącznika nr 8 do siwz, poprzez:
- i) określenie maksymalnej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, przy czym wnosząc, aby maksymalna wysokość tych kar nie była większa niż 10%

wartości zamówienia netto;

- ii) usunięcie § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie i trzecie,
 - g) zmiany Załącznika nr 5.2 do siwz, poprzez usunięcie wymogu, zgodnie z którym waga opaski ma wynosić do 100 g (zob. cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme, str. 29 Załączników do siwz).
- 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 dwa tygodnie.

Dodatkowo wnoszę o 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.

Interes w złożeniu odwołania

Odwołujący od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Jacek Deneka Paramedyk. W ramach prowadzonej działalności Odwołujący bierze udział w przetargach na dostawy sprzętu medycznego i wyrobów medycznych organizowanych przez różne jednostki wojskowe, w tym w szczególności przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie. Odwołujący – w oparciu o umowy zawarte na podstawie p.z.p. – realizuje dostawy sprzętu medycznego na rzecz ww. Zamawiającego, jak również na rzecz innych zamawiających. W poprzednich latach Odwołujący realizował na rzecz Zamawiającego podobne dostawy.

Interes Odwołującego w złożeniu przedmiotowego odwołania wynika z faktu, że w przypadku, w którym Zamawiający nie dokona zmiany treści siwz, to tym samym Odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zarówno Odwołujący, jak również każda inna osoba trzecia, nie są bowiem w stanie przesądzić które opatrunki zostaną uznane przez Zamawiającego za spełniające wymogi wynikające z treści siwz, a które nie.

Ponadto w sytuacji, w której Odwołujący złożyłby ofertę i oferta ta zostałaby wybrana, to wówczas Wykonawca musiałby liczyć się z ryzykiem naliczenia nieograniczonej kwotowo kary umownej.

Wreszcie Odwołujący nie może zaoferować opaski SOFTT-W, której jest dystrybutorem, nie spełnia ona bowiem wymogów, zawartych w WET (Załącznik nr 5.2 do siwz) w zakresie wagi, a co za tym idzie, chcąc wziąć udział w postępowaniu, zmuszony jest za wyższą cenę nabyć konkurencyjną opaskę zaciskową (stazę taktyczną).

Oczywistym więc jest, że w przypadku braku dokonania zmiany treści siwz, Odwołujący będzie mógł ponieść szkodę, a to z uwagi na fakt, że – ani On sam, ani żadna inna osoba - nie jest w stanie zaoferować wyrobów medycznych, co do których byłaby pewność, że są one zgodne z parametrami określonymi przez Zamawiającego.

Należy zaznaczyć, że w przypadku zmiany treści siwz, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę i uzyskać prawo realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując należy stwierdzić, że interes Odwołującego w złożeniu przedmiotowego

odwołania wynika z faktu, że 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.

Na marginesie należy wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym „Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia” (zob. wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1776/17, opubl Lex). Takim właśnie wykonawcą mogącym samodzielnie zrealizować zamówienie jest Jacek Deneka, czego dowodem jest fakt, że Wykonawca ten realizował już podobne dostawy na rzecz Zamawiającego.

Mając zatem na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w stanie faktycznym sprawy zachodzą wszystkie okoliczności wskazujące na spełnienie przesłanek wniesienia środków ochrony prawnej opisane w art. 179 p.z.p.

Spełnienie warunków formalnych

Wszelkie terminy związane z wniesieniem odwołania zostały dochowane.

Termin na wniesienie odwołania wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W dniu 7 kwietnia 2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej (platformie zakupowej) specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Dowód ze strony <https://platformazakupowa.pl/transakcja/333472> na okoliczność, że Zamawiający opublikował siwz w dniu 7 kwietnia 2020 r.

Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w związku z art. 185 ust. 8 p.z.p., 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec postanowień specyfikacji upływa w dniu 17 kwietnia 2020 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu dzisiejszym. Tym samym zostało ono wniesione z niewątpliwym zachowaniem 10-dniowego terminu, wskazanego w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

Numer Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich

Odwołujący wskazuje niniejszym numer Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 7 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 069-163648.

Adres strony internetowej Zamawiającego

Odwołujący wskazuje niniejszym adres strony internetowej Zamawiającego:

<https://wofitm.logintrade.net>

Jednocześnie należy wskazać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia dostępna jest pod linkiem:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/333472>

Przedmiot zamówienia

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest dostawa Indywidualnego Pakietu Medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed).

Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia

Numer postępowania

Postępowanie zostało oznaczone przez Zamawiającego numerem WOFiTM/22/2020/PN.

Części

W ramach wskazanego wyżej zamówienia Odwołujący jest zainteresowany w złożeniu oferty na realizację całości zamówienia.

Przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu

Zgodnie z art. 180 ust. 5 p.z.p. kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Uzasadnienie

Stan faktyczny

W dniu 7 kwietnia 2020 r. na stronie internetowej:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/333472>

Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia na „Dostawę indywidualnego pakietu medycznego (zestaw komponentów do IPMed oraz torba do IPMed)” - sprawa nr **WOFiTM/22/2020/PN**.

W Załączniku nr 6 siwz – Procedura dotycząca badania próbek (zob. str. 33 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, że:

- a. formułuje wymaganie „*aby opakowanie było łatwe do otwierania*” (punkt 2.2, str. 38 załączników do siwz),
- b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „*opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia*” (punkt 2.2, str. 38 załączników do siwz),
- c. „*nastąpi zwilżenie zaznaczonych ran 100 mililitrami roztworu soli fizjologicznej o temperaturze pomiędzy 15-30 st. C. Opatrunek zostanie przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej*”, bez jednoczesnego wskazania, na konieczność wcześniejszego wytarcia rany przed naklejeniem opatrunku (punkt 4.1, str. 39 załączników do siwz),
- d. [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. 39 załączników do 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. 39 załączników do siwz),
- g. formułuje wymagania, że „**zaopatrzonego żołnierza będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie kamizelki kuloodpornej (kamizelka OLV wz. 93), oraz podlegał procedurom ewakuacji ранego z pola walki**” oraz, że „**przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry**” (punkt 4.2, str. 39 załączników do siwz);

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

- a. formułuje wymaganie w zakresie „**łatwości otwierania**” opatrunku (punkt 2.2, str. 36 załączników do siwz),
- b. formułuje wymaganie zgodnie z którym „**opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnąć bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach pola walki bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia**” (punkt 2.2, str. 36 załączników do siwz),
- 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. 37 załączników do 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. 37 załączników do siwz),

- f. formułuje wymagania, że **„zaopatrzony żołnierz będzie wykonywał normalne czynności służbowe: w tym siedzenie, chodzenie, składanie się do strzału, czołganie się, zakładanie i zdejmowanie odzieży przeciwhemicznej (FOO1), 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. 37 załączników do siwz).

W Załączniku nr 8 do siwz (IPU) Zamawiający zastrzegł kary umowne za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z umowy (zob § 10. ust. 1 pkt 3 IPU), jak również za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi (zob. § 10. 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 § 10 ust. 1 pkt 3 i 4.

W załączniku 5.2 do siwz – Wymagania Eksploatacyjno-Techniczne (WET) dla Indywidualnego pakietu medycznego Zamawiający, opisując wymagania dla konstrukcji opaski zaciskowej (stazy taktycznej), wskazał (zob. cz. II, ust. 3 litera b, tiret ósme, str. 29), że waga opaski ma wynosić do 100 g. Ponadto Zamawiający oczekuje dla opaski zaciskowej (stazy taktycznej) rekomendacji CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care) - (zob. cz. II, ust. 3 litera g, str. 29).

Zarzuty:

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

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 p.z.p.

(i) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający stawia wymaganie, aby „opakowanie było łatwe do otwierania” (pkt 2.2., str. 38 załączników do siwz).

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”).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że 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 p.z.p.). 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 zadziać na opakowanie aby go otworzyć).

(ii) Dokonując opisu badania próbki Zamawiający oczekuje, że „opakowanie będzie się otwierać w sposób prosty, nieskomplikowany, osiągnany bez wysiłku przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju (...)” (pkt 2.2., str. 38 siwz).

Również wymagania odnośnie tego, aby opakowanie otwierało się w sposób prosty, nieskomplikowany i osiągnany 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 osiągnany 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. 40 załączników 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.

W gruncie rzeczy 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 (...)” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz).

Również i 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 p.z.p. 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 p.z.p. 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 p.z.p. 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 przyklejony na mokrą i owłosioną skórę klatki piersiowej” (pkt 4.1, str. 39 załączników do 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 przyklejony 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.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że 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 <http://wckmed.wp.mil.pl/pl/5.html>, 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.

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 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 wymaganie zgodnie z którym „zaopatrzenie klatki piersiowej żołnierza powinno być możliwe do wykonania przez każdą osobę przy zachowaniu należytej staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach danego rodzaju tj. w warunkach polowych bez konieczności korzystania ze specjalistycznej wiedzy i doświadczenia” (pkt 4.1., str. 39 załączników do siwz).

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 p.z.p.

Należy pamiętać, że opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej jest wyrobem medycznym służącym do ratowania życia w naprawdę 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 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 oraz, że „przez ten czas opatrunek pozostanie na miejscu założenia i będzie szczelnie przylegał do skóry” (pkt 4.2, str. 39 załączników do 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 p.z.p., 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. Bezsprzeczne 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.

W związku z powyższym należy uznać, że 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 wreszcie zamieszcza stwierdzenie, zgodnie z którym uznaje, że oferta nie spełnia wymagania siwz jeśli konstrukcja opatrunku nie będzie pozwalać na prawidłowe zaopatrzenie rany penetracyjnej klatki piersiowej (**pkt 4.2, str. 40 załączników do siwz**).

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 (**Załącznik nr 6 do siwz, punkt 4, str. 35 załączników do 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.

(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 (**Załącznik nr 6 do siwz, punkt 5, str. 35 załączników do 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 faktyczny przebieg badania byłoby praktycznie niemożliwe, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że poszczególni wykonawcy nie będą brali udziału w badaniu próbek swoich konkurentów.

- 2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. w sposób nieuwzględniający, że korzystając z wyrobu medycznego Zamawiający powinien przestrzegać**

instrukcji używania

Opisując szczegółową procedurę badania próbki: opatrunku na rany penetracyjne klatki piersiowej (dalej jako opatrunek), Zamawiający w treści siwz zamieścił następujące sformułowanie [zob. **pkt 4.1, str. 39 załączników do siwz**]:

*„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 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.

Jeszcze raz należy podkreślić, że na konieczność oczyszczenia miejsca wokół rany przed naklejeniem opatrunku wskazują wszystkie – znane Odwołującemu – instrukcje użycia opatrunku.

Dowód: oględziny 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). W materiałach szkoleniowych WCKMed zamieszczonych na stronie internetowej <http://wckmed.wp.mil.pl/pl/5.html>, opublikowany jest film instruktażowy pod tytułem „Opatrunek BCS - Bolin Chest - film szkoleniowy”. W filmie tym zaprezentowano sposób użycia opatrunku wentylowego na rany klatki piersiowej (tj. opatrunku takiego samego typu, jak ten który jest przedmiotem zamówienia). 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.

Dowód: z filmu zamieszczonego na stronie <http://wckmed.wp.mil.pl/pl/5.html>, na okoliczność, że zgodnie z zasadami sztuki medycznej przed założeniem (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.

Na marginesie należy wskazać, że 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 włókniny, w przeciwnym razie opatrunek nie zadziała.

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

Zobacz uzasadnienie do zarzutu 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. Takim wymóg narusza zasadę proporcjonalności, a co za tym idzie Zamawiający nie powinien „testować” opatrunku indywidualnego w takich 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.

Ponadto jeszcze raz należy podkreślić, że 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 wymagań siwz jeśli element pełniący funkcję bezpośredniego ucisku na ranę nie będzie wywierał bezpośredniego ucisku na ranę po założeniu opatrunku (pkt 4.2., str. 23 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) Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz w związku z 387 § 1 k.c.** poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który prowadzi do obiektywnej niemożności 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 i Ogłoszenia o zamówieniu (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 § 1 k.c.

W orzecznictwie wskazuje się (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, opubl. Lex), że „W przepisie tym chodzi zatem o takie zachowanie się dłużnika [tj. Wykonawcy], które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą)”.

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. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd stwierdził, że „na gruncie art. 387 § 1 k.c., świadczenia niemożliwe oznacza w zasadzie takie zachowanie, którego nie może zrealizować żadna osoba, a więc nie tylko dłużnik, ale także jakaś osoba trzecia”.

Ponadto, jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12

kwietnia 2017 r., sygn. akt VI ACa 72/16, opubl. Lex, przepis art. 387 k.c. dotyczy tzw. pierwotnej niemożności świadczenia, a więc sytuacji, gdy już w dacie zawarcia umowy wynikające z niej świadczenie jest obiektywnie niewykonalne - w takim wypadku umowa przewidująca obowiązek spełnienia niemożliwego świadczenia jest nieważna, nie można bowiem uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowanie niemożliwego.

W okolicznościach niniejszej sprawy wszystkie – wynikające z przywołanych wyżej wyroków – cechy świadczenia niemożliwego zostały spełnione. Nie tylko Paramedyk, ale również każda inna osoba trzecia nie jest w stanie dostarczyć wyrobów w terminie (z uwagi na obiektywny fakt ograniczenia ruchu towarowego).

Podsumowując należy stwierdzić, że 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 6.1 do siwz, 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 § 1 k.c.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego (który prowadzi jedną z czterech największych na polskim rynku firm zajmujących się realizacją dostaw wyrobów medycznych dla wojska), dostarczenie opatrunku indywidualnego spełniającego wszystkie wymagania konstrukcyjne wskazane w Załączniku nr 6.1 do siwz, nie jest możliwe.

Gdyby nawet doszło do złożenia oferty, to umowa, która zostanie zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą - z uwagi na treść art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. - będzie nieważna.

W okolicznościach niniejszej sprawy wszystkie – wynikające z przywołanych wyżej wyroków – cechy świadczenia niemożliwego zostały spełnione. Nie tylko Paramedyk, 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 p.z.p.,** poprzez takie opisanie wymagań i parametrów, które musi spełniać opatrunek indywidualny, że żaden z wykonawców nie może ich spełnić – na rynku nie występuje bowiem opatrunek indywidualny, który spełniałby wszystkie wymagania i parametry określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 6.1 do siwz

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 6.1 do siwz – wzór protokołu 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 odpowiadała 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 6.1 do siwz.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że 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 p.z.p.

Natomiast w procedurze oceny próbek oraz w Załączniku 6.1 do siwz 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 6.1 do siwz.

Tytułem przykładu należy wskazać, że zgodnie z Załącznikiem nr 6.1 do siwz – wzór protokołu 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 6.1 do siwz 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 6.1 do siwz.

Reasumując należy stwierdzić, że 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.

Należałoby stworzyć dwa oddzielne opisy opatrunku w WET 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 p.z.p. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz w związku z art. 483 § 1 k.c. poprzez brak określenia maksymalnej wysokości kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 IPU, co w konsekwencji prowadzi do nieważności tego postanowienia umownego z uwagi na jego sprzeczność z prawem (zob. art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.), jak i dobrymi obyczajami.**

Jak już zostało to zaznaczone w opisie stanu faktycznego, Zamawiający w Załączniku nr 8 do siwz (IPU) zastrzegł kary umowne za opóźnienie lub niedotrzymanie jakiegokolwiek terminu wynikającego z umowy (zob § 10. ust. 1 pkt 3), jak również za opóźnienie w usunięciu wad ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi (zob § 10. ust. 1 pkt 4). 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 § 10 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 § 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**, opubl. Lex. W uzasadnieniu przywołanego wyżej wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że „W związku z podniesionym w apelacji powódki i wcześniej nie rozpoznanym zarzutem błędnej wykładni art. 483 § 1 k.c. wskazać trzeba, że nie określenie w umowie 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 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”.

Na niemożność formułowania postanowień dotyczących kary umownej w taki sposób w jaki zrobił to Zamawiający (tj. bez określania maksymalnej wysokości tej kary albo 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**, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego Sąd stwierdził, że „wynikający z art. 483 k.c. obowiązek określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego jest spełniony nie tylko w sytuacji, gdy strony z góry określają wysokość kary

umownej, ale również, gdy w treści umowy wskazują podstawy do finalnego określenia jej wysokości”,

- Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2016 r., sygn. akt I CSK 506/15, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego Sąd stwierdził, że „Strony mogą bowiem określić karę pośrednio przez wskazanie podstawy jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte”,
- Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt XIII Ga 748/16, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego stwierdzono, że „Sąd pierwszej instancji wskazał na stanowisko jakie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2015 r., IV CSK 687/14, w którym uznał, iż nieokreślenie w umowie 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 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.”
- Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt I Aca 1880/15, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego stwierdzono, że „Powyższy sposób określenia wysokości kary umownej należy uznać za prawidłowy, gdyż spełnia on, wynikające z art. 483 § 1 k.c., wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest bowiem spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 r., IV CSK 687/14, LEX nr 1943856 i z dnia 2 czerwca 2016 r., I CSK 506/15, LEX nr 2076680).”
- Sadu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt II Ca 1023/16, opubl. Lex.

Postanowienia § 10 IPU, w zakresie w jakim nie określają maksymalnej wysokości kar umownych, ani maksymalnego okresu za jaki kara umowna może zostać naliczona, są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, jak również art. 483 § 1 k.c., a co za tym idzie nieważne (zob. art. 58 § 1 k.c.).

- 7) Naruszenie art. 139 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 58 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie w § 4 ust. 6 pkt 8 zdanie drugie IPU, że Zamawiającemu przysługuje możliwość przedłużenia terminu do sprawdzenia przedmiotu umowy pod względem ilościowym i jakościowym o maksymalnie 30 dni, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności tego postanowienia umownego z zasadami współzycia społecznego.**

§ 4 ust. 6 pkt 8 IPU stanowi, że 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 sporządzają i podpisują 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.

9) Naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez wskazanie w Załączniku 5.2 do siwz, że waga opaski zaciskowej (stazy 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.

Charakterystyka opaski SOFTT-W

Pod koniec marca 2019, firma Tactical Medical Solutions (producent opaski SOFTT-W, którą to opaskę zamierzał zaoferować Odwołujący) wprowadził na rynek najnowszą 4. generację opaski zaciskowej SOFTT-W. Opaska ta jest ulepszoną wersją „starej” opaski SOFTT-W. W konstrukcji opaski został poprawiony element blokujący, klamra oraz wzmocniony materiał z którego wykonana jest staza. W konsekwencji waga opaski wynosi niewiele powyżej 100g.

Wszystkie ulepszenia stazy SOFTT-W istotnie zwiększają komfort użycia stazy oraz jej skuteczności podczas tamowania krwotoków.

Należy podkreślić, że staza SOFTT-W 4. generacji (jak zresztą poprzednie generacje) posiada rekomendację CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care) i spełnia wszystkie wymagania WET (z wyjątkiem wymagania dotyczącego wagi).

Dowód: oględziny opaski SOFTT-W na okoliczność, że spełnia ona wszystkie wymagania określone w WET z wyjątkiem wymagania dotyczącego wagi.

W związku z powyższym od kwietnia/maja roku 2019 r. postanowienia dotyczące wagi opaski uciskowej zostały, w ogłaszanych przetargach na zestawy IPMed (ale także na zakup opasek uciskowych wchodzących w skład innych zestawów medycznych np. plecaki PRS, PRM czy zestawy IZP), albo usunięte albo zmienione (wielu zamawiających dopuszczało możliwość zaoferowania opasek uciskowych o wadze

powyżej 100 g przy spełnieniu kluczowego wymogu czyli rekomendacji rzeczowej opaski przez CoTCCC).

Wspomnianymi instytucjami MON które tak postąpiły, były min: 22 BLT w Malborku, 33 WOG Nowa Dęba, 17 WOG Koszalin, 22 WOG Olsztyn, 42 BLSz Radom, 26 WOG Zegrze, 43 WOG Świętoszów, 45 WOG Wędrzyn – wszędzie tam dostarczona została taka sama opaska zaciskowa SOFTT-W. Niektórzy zamawiający, jak np. 33 BLT Powidz, 6 WOG Ustka, 11 WOG Bydgoszcz zmienili postanowienia dotyczące wagi opaski zaciskowej.

Maksymalna waga opaski zaciskowej

Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg – dotyczący maksymalnej wagi opaski – skutkuje tym, że opaska SOFTT-W, nie spełnia już wymagań WET (przy czym jeszcze raz należy zaznaczyć, że tylko i wyłącznie w zakresie wagi opaski), a co za tym idzie chcąc pozostać w zgodzie siwz należy zaoferować tylko jeden typ opaski, jednego konkretnego producenta, tj. opaskę CAT.

Do momentu wprowadzenia przez Zamawiającego wymogu dotyczącego maksymalnej wagi opaski, wymagania określone w WET były spełniane przez minimum dwa konkurencyjne produkty, tj. przez opaskę SOFTT-W, oraz przez opaskę CAT, a co za tym idzie możliwa była rzeczywista konkurencja pomiędzy poszczególnymi producentami.

Rekomendacja CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care)

Odnosząc się do wymogu WET zgodnie z którym Zamawiający oczekuje dla opaski zaciskowej (stazy taktycznej) rekomendacji CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care) - (zob. Załącznik nr 5.2. do siwz, cz. II, ust. 3 litera g, str. 29) należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamysłem Szefa Zarządu Wojskowej Służby Zdrowia było ochronienie MON przed zakupem produktów niskiej jakości w tym pochodzenia chińskiego, które często były podróbkami oryginalnych staz CAT oraz SOFTT-W. Dlatego też wprowadzono do specyfikacji postanowienie, że opaska zaciskowa (staza taktyczna) musi posiadać rekomendację CoTCCC. Była to bardzo dobra i przemyślana decyzja która ochroniła Wojsko Polskie przed kupnem podróbek oryginalnych opasek CAT i SOFTT-W.

Na dzień wprowadzenia wymogu rekomendacji CoTCCC, rzeczowy komitet rekomendował dwie opaski zaciskowe: opaskę CAT i opaskę SOFTT-W.

Na dzień dzisiejszy CoTCCC rekomenduje łącznie 7 opasek zaciskowych i tylko jedna z nich posiada wagę do 100g (opaski CAT). Dlatego też utrzymanie postanowienia siwz, dotyczącego maksymalnej wagi opaski zaciskowej do 100g jest ograniczaniem przez Zamawiającego możliwości złożenia oferty przez Wykonawców posiadających w ofercie opaski zaciskowe które spełniają wszystkie wymagania WE-T, w szczególności właśnie rekomendację CoTCCC ale ich waga przekracza wspomniane 100g.

Dowód: zestawienie trzech najpopularniejszych opasek zaciskowych: CAT, SOFTT-W, SAM XT (wraz z dołączonymi do nich prospektami) na okoliczność, że tylko opaska CAT ma wagę poniżej 100 g.

Dowód: oględziny (pomiaru) opaski SOFTT-W na okoliczność, że ma ona wagę powyżej 100 g.

Należy też jednoznacznie podkreślić że sam CoTCCC nie stawia żadnych wymagań co do wagi opaski zaciskowej, a co za tym idzie wymóg maksymalnej wagi opaski zaciskowej, jest wymogiem własnym Zamawiającego.

W tym miejscu należy wskazać, że niedopuszczenie opasek zaciskowych o wadze powyżej 100g spowoduje, że Zamawiający będzie mógł otrzymać tylko jeden typ opaski zaciskowej. Doprowadzi to do zaniku konkurencji i w konsekwencji do wzrostu (zawyżenia) cen za cały IPMed ponieważ nie będzie ofert konkurencyjnych. Zapis ten jest także sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz zasadami zamówień publicznych, ponieważ eliminuje potencjalnych oferentów, stawiając na uprzywilejowanej pozycji tylko jeden produkt.

Usunięcie wymogów dotyczących masy, a przydatność opaski uciskowej do użycia

Należy podkreślić że w innych postępowaniach prowadzonych w tym roku przez WOFiTM gdzie występuje staza taktyczna (opaska zaciskowa), Zamawiający nie stawiał żadnych wymogów dotyczących wagi opaski zaciskowej.

Poniżej lista postępowań gdzie w wymaganiach WET nie ma postanowienia statuującego wymóg, aby opaska zaciskowa miała wagę do 100g.:

- Sprawa nr WOFiTM/9/2020/PN - "Dostawa Indywidualnego Zestawu Profilaktycznego (IZP)"
- Sprawa nr WOFiTM/16/2020/PN "Dostawa środków materiałowych przeznaczonych do odświeżania Zestawów Ratownictwa Taktycznego"
- Sprawa nr WOFiTM/17/2020/PN - "DOSTAWA WYROBÓW MEDYCZNYCH I ŚRODKA DO DEZYNFEKCJI DO ZESTAWÓW MEDYCZNYCH POZIOMU 1 Z PRZEZNACZENIEM DLA RBZMED"
- Sprawa nr WOFiTM/18/2020/PN - "DOSTAWA ZESTAWÓW MEDYCZNYCH TORBA LEKARZA (TL) ORAZ ZESTAWÓW MEDYCZNYCH PLECAK RATOWNIKA MEDYCZNEGO (PRM)"

W przypadku, w którym Zamawiający kwestionowałby powyższe, Odwołujący przedłoży na tę okoliczność stosowne dowody.

Skoro w innych postępowaniach Zamawiający nie stawiał ograniczeń co do ciężaru opaski uciskowej, to tym samym uznawał On, że taka nieco cięższa (cięższa o kilka gramów) opaska jest w pełni funkcjonalna i spełnia wszystkie jego oczekiwania.

Podsumowując należy stwierdzić, że w sytuacji, w której Zamawiający nie dopuści opasek zaciskowych o wadze powyżej 100g, to tym samym dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. W takim przypadku Zamawiający będzie mógł otrzymać ofertę tylko na jedną opaskę zaciskową o wadze poniżej 100g. Spowoduje to brak konkurencji i w konsekwencji zawyżoną cenę za cały IPMed.

Bezspornym jest to, że sformułowany przez Zamawiającego wymóg, aby waga opaski uciskowej wynosiła nie więcej niż 100 g, utrudni uczciwą konkurencję, zmniejszy bowiem liczbę ofert złożonych w postępowaniu, co w konsekwencji przyczyni się do wzrostu cen.

Ponadto wymóg ten wydaje się być niczym nieuzasadniony. Opaska zaciskowa oferowana przez Odwołującego jest bowiem produktem światowej klasy (cieszącym się uznaniem wielu armii na świecie), stosowanym w więcej niż 70 krajach i posiadającym Rekomendację CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care).

Dowód: pismo wytwórcy Tactical Medical Solution LLC z 31 lipca 2019 r. dotyczące stazy 4. generacji na okoliczność, że opaska zaciskowa SOFTT jest używana w ponad

70 krajach i że posiada Rekomendację CoTCCC (Komitetu Tactical Combat Casualty Care).

W okolicznościach niniejszej sprawy mamy więc do czynienia z pośrednim naruszeniem przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p., który to przepis stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Na pośrednie naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 p.z.p. wskazuje ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako Izba albo KIO). Tytułem przykładu należy przywołać wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt **KIO 1534/18**. W uzasadnieniu do tego wyroku Izba stwierdziła, że „Naruszenie normy wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, **działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.** Ponadto należy wskazać, że **naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie.** Oznacza to, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w **art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia”.**

Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Szczegółowy opis zamówienia wskazuje bowiem na jeden konkretny produkt (tj. na opaskę zaciskową CAT). Wymagania Zamawiającego są zbyt rygorystyczne – opaska oferowana przez Odwołującego (SOFTT-W) spełnia wszystkie wymagania WET i posiada rekomendację CoTCCC. Wreszcie opis zamówienia został sformułowany w taki sposób (właśnie z uwagi na wprowadzenie wymagań dotyczących wagi), że uniemożliwia dostęp do zamówienia tym wykonawców, którzy – tak jak Odwołujący – oferują opaskę SOFTT.

Na marginesie należy wskazać, że tożsame poglądy są prezentowane również w innych wyrokach KIO, jak chociażby w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt **KIO 967/18**, opubl. Lex, czy w wyroku Izby z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt **KIO 2280/16**, opubl. Lex. W uzasadnieniu tego ostatniego stwierdzono, że „fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu» (wyrok z 26 sierpnia 2011 r., KIO 1734/11). W konsekwencji należy się zgodzić ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji **ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym.** Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań, opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (wyroki KIO z 1 lutego 2011 r., KIO 79/11, 89/11, 90/11). **Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej**

osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją".

Na chwilę obecną Zamawiający nie przedstawił jednak w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań odnośnie wagi opatrunku zaciskowego.

Jeszcze raz należy podkreślić, że dowód w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym (na powyższe wskazała Izba między innymi w wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt **KIO 79/11**, jak również przywoływany wyżej wyrok dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt **KIO 2280/16**).

Co istotne dla naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p. nie jest konieczne utrudnienie uczciwej konkurencji, lecz samo zaistnienie możliwości jej utrudnienia. Na powyższe zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt **KIO 967/18**, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego stwierdziła, że „Z bogatego orzecznictwa Izby w tym zakresie, które pozostaje aktualne także po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., wynika, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczające jest jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”.

Tożsamy pogląd został również wyrażony w wyroku Izby z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt **KIO 642/18**, opubl. Lex („Podkreślić należy także, że jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu, wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio”), jak również w wyroku Izby z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt **KIO 1598/17**, opubl. Lex.

Istotne jest również i to, że Odwołujący nie ma obowiązku udowadniania, że doszło do naruszenia konkurencji, wystarczające jest w tym względzie tylko uprawdopodobnienie (zob. przywoływane wyżej wyroki KIO sygn. akt, **KIO 1534/18**, **KIO 642/18**). Jak wskazała Izba w uzasadnieniu do wyroku z dnia 16 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2349/15, opubl. Lex „To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia) jedynie tego, że to Odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający Odwołującego został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez większych trudności dostępne”.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący jest dystrybutorem opasek zaciskowych marki SOFTT, to tym samym, chcąc wziąć udział w postępowaniu musiałby on zakupić, od swoich konkurentów opaskę CAT (tylko ona bowiem spełnia wymogi siwz). Powyższe niewątpliwie mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję, Odwołujący musiałby bowiem zaoferować wyższą cenę, uwzględniającą marżę, którą musiałby zapłacić pośrednikowi (który najprawdopodobniej również będzie uczestnikiem przedmiotowego postępowania).

Konsekwencje wynikające z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. wskazała Izba w uzasadnieniu do uchwały z dnia 4 kwietnia 2016 r., sygn. akt **KIO/KD 21/16**, opubl. Lex. Stwierdziła ona mianowicie, że „Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję ceną, walorami użytkowymi i jakością zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora”.

W związku z powyższym, wniesienie odwołania, zdaniem Odwołującego, stało się konieczne i uzasadnione.

.....
Jacek Deneka

W załączeniu:

- 1) dowód wniesienia wpisu od Odwołania w wysokości 15.000 złotych;
- 2) dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu - pismo przewodnie do Zamawiającego z kopią odwołania oraz potwierdzenie otrzymania przez Zamawiającego kopii odwołania za pośrednictwem faksu/e-maila;
- 3) zestawienie trzech najpopularniejszych opasek zaciskowych: CAT, SOFTT-W, SAM XT (wraz z dołączonymi do nich prospektami);
- 4) pismo wytwórcy Tactical Medical Solution LLC z 31 lipca 2019 r. dotyczące stazy 4. generacji wraz z tłumaczeniem na język polski.