

Bydgoszcz, dnia 13.09.2021r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej
w Celestynowie ul. Wojska Polskiego 57
05-430 Celestynów
www.wofitm.wp.mil.pl
wofitm@ron.mil.pl

Odwołujący:

MILENA BIS sp. z o.o.
ul. Cmentarna 6, 62-025 Kostrzyn
[e-mail: biuro@milenabis.com](mailto:biuro@milenabis.com)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt.: Dostawa toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego, sprawa nr WOFiTM/30/2021/PN

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11.09.2019r. prawo zamówień publicznych /Dz. U. z 2021 poz.2019 ze zm./ zwanej dalej ustawą pzp Odwołująca wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 03.09.2021r.:

- 1) ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03.09.2021r. nr 2021/S 171-44556 na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego
- 2) treść specyfikacji warunków zamówienia z dnia 03.09.2021r opublikowaną w dniu 03.09.2021r.

Odwołująca zarzuca :

- 1) bezpodstawne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pomimo tego, iż oferta MILENA BIS sp. z o.o. została już wybrana w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego WOFiTM/14/2021/PN na mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r. a Zamawiający uchyła się od zawarcia umowy.

- 2) sformułowanie zapisów specyfikacji warunków zamówienia w sposób, który uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert
- 3) określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego a znacznie ograniczający konkurencję, sformułowanie warunków umowy w sposób naruszający swobodę umów poprzez wymagania od Wykonawcy zaciągnięcia zobowiązania realizacji przedmiotu umowy w terminie nierealnym.

W związku z powyższym Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy pzp:

art. 16 ust.1 – regulujący zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
art.17 ust.2 regulujący zasadę udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą

art. 520- przesądzający o nieskuteczności czynności wywołanych odwołaniem, które zostało cofnięte

art.421 ust. 1 w związku z art. 577 ustawy regulujący obowiązek zawarcia umowy przez Zamawiającego w przypadku braku przesłanek do unieważnienia postępowania, zakaz zawarcia umowy do czasu wydania postanowienia KIO kończące postępowanie w sprawie

art.99 ust.1 i 4 – regulujący zasadę opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, precyzyjny, nieutrudniający uczciwej konkurencji w związku z art.3, art.15 ust.1pkt.5 (utrudnianie dostępu do rynku) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16.04.1993r. (tj. Dz.U.z 2020poz.1913)

art. 131 - określający sposób ustalania terminu składania ofert

art. 138 - określający minimalne terminy składania ofert

art. 353¹ kc określający zasadę swobody umów,

art. 387kc przewidujący sankcję nieważności umów o świadczenie niemożliwe

Odwołująca wnosi o :

- 1) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art.225 pkt.6 ustawy pzp.

W przypadku nieuwzględnienie powyższego wniosku wnoszę o:

- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w sposób umożliwiający Odwołującemu złożenie oferty, w szczególności poprzez:
 - określenie terminu składania ofert zgodnie z art.131 i art.138 ust.1 w związku z art. 90 ust.1 po uprzedniej modyfikacji parametrów technicznych przedmiotu zamówienia ustawy pzp
 - określenie realnego terminu realizacji umowy – 80 dni od podpisania umowy
 - zmianę parametrów technicznych przedmiotu umowy jak w uzasadnieniu odwołania.

Oferta Odwołującej została już wybrana jako oferta najkorzystniejsza w dniu 30.06.2021r. w poprzednio toczącym się analogicznym postępowaniu nr WOFiTM 14/2021/PN. Zamawiający uchyła się od zawarcia umowy i wszczyna ponownie postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na warunkach, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i zawarcie ważnej umowy. Wobec powyższego Odwołująca utraciła możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art.505 ust.1 ustawy pzp.

Odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od ogłoszenia w dniu 3.09.2021r. informacji o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz warunków zamówienia.

Uzasadnienie

I. Zarzut bezpodstawne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pomimo tego, iż oferta MILENA BIS sp. z o.o. została już wybrana w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego WOFiTM/14/2021/PN na mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r., a Zamawiający uchyła się od zawarcia umowy.

Informacją z dnia 30.06.2021r. o wyborze najkorzystniejszej oferty – MILENA BIS sp. z o.o. Zamawiający zakończył postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego nr WOFiTM 14/2021/PN

Dowód: informacja z dnia 30.06.2021r.

W wyniku wniesionego w dniu 12.07.2021r. odwołania od powyższej czynności przez Konsorcjum firm: Lider - Boxmet Medical sp. z o.o., Jacek Deneka PARAMEDYK Jacek Deneka, którego oferta została odrzucona, Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, ponowił ocenę ofert, odrzucił ofertę MILENA BIS sp. z o.o. i postępowanie unieważnił.

Dowód: odwołanie, czynność ponownej oceny ofert z 14.07.2021r.

Firma MILENA BIS sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego w dniu 14.07.2021r., następnie wniosła w dniu 17.07.2021r. sprzeciw do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw wobec czynności uwzględniającej w części zarzuty zgłoszone w odwołaniu. Sprzeciw został przekazany Zamawiającemu 23.08.2021r.

Dowód: sprzeciw z dnia 17.07.2021r.

W dniu 24.08.2021r. Przystępujący MILENA BIS sp. z o.o. została poinformowana o zniesieniu terminu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonej na dzień 26.08.2021r. KIO 2094/21 oraz wydaniu postanowienia na posiedzeniu niejawnym.

Dowód: pismo z dnia 24.08.2021r.

W związku z cofnięciem odwołania, skutkującym umorzeniem postępowania odwoławczego firma MILENA BIS sp. z o.o. wyraziła gotowość do zawarcia umowy w piśmie z 24.08.2021r. W związku z bezskutecznością wszystkich czynności wywołanych wniesionym odwołaniem nadal ostatnią ważną czynnością wykonaną w postępowaniu była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r.

Dowód: pismo z dnia 24.08.2021r.

Zamawiający nie odniósł się do pisma MILENA BIS po czym w dniu 03.09.2021r. wszczął nowe postępowanie na dostawę toreb do indywidualnego pakietu medycznego nr WOFiTM 30/2021/PN ustalając warunki zamówienia, które nie pozwalają Odwołującej złożyć oferty. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców określoną w art. 16 ust.1 ustawy pzp oraz zasadę określoną w art.17 ust.2 ustawy pzp, iż zamówienie udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

W związku z wycofaniem odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r. jest to czynność nadal ważna i skuteczna bowiem ocena czynności dokonanych w postępowaniu winna nastąpić według stanu faktycznego i prawnego tak jakby odwołanie nie zostało wniesione lub zostałoby zwrócone.

Przemawia za tym treść art. 520 ust.2 ustawy pzp.: „*Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”.

Jednym ze skutków przewidzianych w art. 522 ustawy pzp jest uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w całości lub w części. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Krajowa Izba Odwoławcza umarza postępowanie, jeśli nie wniesiono sprzeciwu wobec czynności Zamawiającego uwzględniającej odwołanie. Jeśli taki sprzeciw wniesiono Krajowa Izba Odwoławcza rozpatruje odwołanie, chyba że odwołanie zostanie cofnięte. Decyzja odwołującego w przedmiocie popierania wniesionego odwołania jest dla składu orzekającego wiążąca.

Zatem nie można uznać za skuteczną czynności dokonanej przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, skutkującej częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania poprzez

przeprowadzenie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty MILEA BIS i unieważnienie postępowania z uwagi na brak ważnych ofert.

Odwołujący przystąpił w odpowiednim czasie do odwołania i wniósł sprzeciw wobec czynności ponownej oceny ofert z 14.07.2021r. wykazując, iż oferta MILENA BIS jest jedyną ofertą ważną, zgodną z warunkami specyfikacji zamówienia, a zarzuty odwołania są bezzasadne. Jednakże na skutek cofnięcia odwołania zarzuty te nie mogły zostać rozpatrzone.

Nie można uznać za prawidłowej koncepcji, iż pomimo cofnięcia odwołania czynność powtórnej oceny ofert, uwzględniająca w części zarzuty odwołania jest nadal skuteczna. Cofnięcie odwołania bowiem w takiej sytuacji stawiałoby Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji, gdyż pomimo cofnięcia odwołania uzyskalby skutek taki sam jak w przypadku uwzględnienia odwołania, natomiast Przystępujący do postępowania odwoławczego pozbawiony zostałby prawa wniesienia środka zaskarżenia na powtórzoną czynność (art. 527 pzp, art. 528 pkt. 5 pzp). Również wniesiony sprzeciw nie może być przez KIO rozpatrzony z uwagi na związanie cofnięciem odwołania. Skoro cofnięte odwołanie uważa się za niebyłe to nie można uwzględnić czegoś co uważa się za nie wniesione.

Powtórna ocena ofert nie została dokonana z „własnej inicjatywy” Zamawiającego, ale po wpływie odwołania, a zakres ponowionej oceny ofert koresponduje z zarzutami i wnioskami odwołania. Gdyby odwołanie nie zostało złożone, ostatnią ważną czynnością w postępowaniu były wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r.

Powyższe stanowisko prezentuje komentarz pod red. Jaworskiej do art. 520 pzp (www.legalis.pl) zgodnie z którym „*Odwołujący pozostaje dysponentem odwołania i w każdym momencie, aż do zamknięcia rozprawy, podczas której rozpoznawane jest to odwołanie, może je wycofać. Z kolei KIO jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. Dlatego też niezależnie od dotychczasowego przebiegu rozprawy (o ile nie doszło do jej zamknięcia) zobowiązana jest, zgodnie z art. 568 pkt 1 PZP, do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu odwołania. Umorzenie postępowania musi nastąpić pomimo ewentualnych stanowisk zamawiającego lub przystępujących, nawet tych, którzy przystąpili po stronie odwołującego, którzy mieliby interes w popieraniu takiego odwołania i uzyskaniu orzeczenia co do meritum. Cofnięcie odwołania i umorzenie postępowania będzie w rezultacie miało taki sam skutek, jakby odwołanie zostało zwrócone lub nie zostało w ogóle wniesione – z wyjątkiem kwestii kosztów postępowania odwoławczego (por. pkt 3).*”

Wobec powyższego nie dopuszczalnym było wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający ma obowiązek zawrzeć umowę z Wykonawcą wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku wniesienia odwołania ten obowiązek aktualizuje się od momentu wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia kończącego postępowania w sprawie tj. postanowienia o umorzeniu postępowania wskutek cofnięcia odwołania.

Obecne postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia w związku z czym powinno zostać unieważnione na podstawie art.225 pkt.6 ustawy pzp. W przeciwnym razie stworzony zostałby łatwy mechanizm obchodzenia przepisów ustawy pzp, a zawarcie umowy w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu zależałoby od dowolnej oceny Zamawiającego, który w łatwy sposób mógłby manipulować wynikiem postępowania na korzyść określonego Wykonawcy.

Niemniej z ostrożności w przypadku nie podzielenie przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego zarzuty przedstawiamy poniższe zarzuty przemawiające za koniecznością modyfikacją warunków SWZ w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, terminu składania ofert, terminu wykonania zamówienia w sposób umożliwiający złożenie ważnej oferty.

II. Zarzut sformułowanie zapisów specyfikacji warunków zamówienia w sposób, który uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert

W rozdziale XIII SWZ Zamawiający przewidział termin składania ofert na 16.09.2021r. Zważywszy na termin ogłoszenia o zamówieniu w dniu 03.09.2021r. Wykonawca ma 13 dni kalendarzowych na złożenie oferty.

W myśl art. 131 ust.1 ustawy pzp Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

Natomiast zgodnie z art. 138 ustawy pzp

1. Termin składania ofert nie może być krótszy niż **35 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.
2. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1, nie krótszy jednak niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w następujących przypadkach:
 - 1) opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 89, o ile zawierało ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej

- 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.
3. W sytuacjach określonych w art. 133 ust. 2 i 3 terminy składania ofert, o których mowa w ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ulegają wydłużeniu o 5 dni.
4. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzą przesłanki skrócenia terminu składania ofert bowiem Zamawiający świadomie i celowo nie chce zawrzeć umowy z Wykonawcą wybranym z poprzednim postępowaniu i bezzasadnie wszczyna kolejne postępowanie. Zamawiający nie opublikował wstępnego ogłoszenia informacyjnego ani też nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia a skrócenie terminu składania ofert jest nieuzasadnione.

Zgodnie z komentarzem do art. 138 pod red. Jaworskiej ([www.legalis](http://www.legalis.pl)) *Dopuszczenie skrócenia terminu składania ofert w przypadku opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego stanowi konsekwencję **wcześniejszego udostępnienia wykonawcom informacji** o podstawowych wymaganiach zamawiającego w postępowaniu, umożliwiającą przygotowanie się do złożenia oferty. Natomiast możliwość skrócenia terminu z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia dotyczy – jak wskazano w uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 r. do poprzednio obowiązującej PZP2004 (ustawa z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. [poz. 1020](#) ze zm.) – tzw. **stanu pilnej konieczności**, tj. sytuacji, w której konieczne jest przyspieszenie procedury z uzasadnionych przyczyn, w tym m.in. wynikających ze zwykłych błędów ludzkich (np. w przypadku potrzeby udzielenia zamówienia na dostawę określonego sprzętu czy leków dla szpitala, które musi być zrealizowane w określonym terminie, a w którym zamawiający nie dopilnował, aby opublikować ogłoszenie o zamówieniu w terminie umożliwiającym uwzględnienie minimalnych terminów składania ofert) – zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm VIII kadencji, druk Nr 366, s. 30. Dostrzeżenia wymaga, że według uzasadnienia do ww. nowelizacji z 2016 r. zastosowanie tego przepisu **nie jest uzależnione** od tego, czy pilna potrzeba wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a także od tego, czy jej zaistnienia nie można było wcześniej przewidzieć.*

Mając na uwadze dokonanie ważnego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 30.06.2021r. w postępowaniu nr WOFiTM/14/2021/PN w związku z cofnięciem odwołania, ponownie

wszczęte postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a skrócenie terminu składania ofert jest niezgodne z art.131 ust1 i art. 138 ustawy pzp.

Zakładając, iż zamówienie musi być zrealizowane najpóźniej do 30.11.2021r. to i tak z przyczyn podanych niżej nie jest już możliwe w ramach toczącego się postępowania zawarcie umowy i jej wykonanie do dnia 30.11.2021r.głównie dzięki zmianie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który wydłuża czas realizacji zamówienia, choć w poprzednim postępowaniu Zamawiający nie widział takiej konieczności.

Odwołująca wnosi o ustalenie terminu składania ofert zgodnie z art.131 ust.1, art. 138 ust.1 w związku z art. 90 ust.2 uwzględniając czas niezbędny na przygotowanie ofert biorąc pod uwagę konieczność zmodyfikowania opisu przedmiotu zamówienia, parametrów technicznych, terminu realizacji zamówienia.

W myśl Art. 90 ust.2 ustawy pzp *W przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu są istotne dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.*

III. Zarzut określenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego a znacznie ograniczający konkurencję, sformułowanie warunków umowy w sposób naruszający swobodę umów poprzez wymagania od Wykonawcy zaciągnięcia zobowiązania realizacji przedmiotu umowy w terminie nierealnym.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 4 SWZ Przedmiot zamówienia należy dostarczyć do Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

- 1) *Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie **45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30 listopada 2021 r.***
- 2) *Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie nie dłuższym niż **45 dni kalendarzowych** licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.), jednakże **nie później niż do 30 listopada 2022 r.***

W poprzednim postępowaniu nr WOFiTm 14/2021/PN rozdział III ust. 4 SWZ miał brzmienie:

Przedmiot zamówienia należy dostarczyć do Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki

Medycznej ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi:

- 1) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie **60 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy.***
- 2) Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem opcjonalnym należy dostarczyć w terminie **nie dłuższym niż 60 dni kalendarzowych** licząc od dnia przedstawienia przez Zamawiającego ilości, z których skorzysta w ramach prawa opcji (Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z zamówienia opcjonalnego w 2021 r.)*

W wyjaśnieniach oraz modyfikacji z dnia 15.04.2021 r. Zamawiający zmienił termin wykonania zamówienia **na 80 dni od podpisania umowy.**

Dowód : SWZ oraz modyfikacja SWZ z 15.04.2021r. dot. postępowania nr WOFiTM/14/2021/PN

Jak wynika z powyższego, obecnie Zamawiający skrócił termin realizacji zamówienia z 80 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy do 45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy z ograniczeniem daty zakończenia zakresu podstawowego do dnia 30.11.2021r. oraz zakresu opcjonalnego do dnia 30.11.2022r.

Mając na uwadze fakt, iż postępowanie zostało wszczęte w dniu 03.09.2021r., termin składania ofert wyznaczono na 16.09.2021r., termin związania ofertą do dnia 15.12.2021r. nierealnym jest aby od dnia podpisania umowy do upływu terminu zakończenia realizacji umowy upłynęło 45 dni. Samo założenie wyznaczenia terminu granicznego realizacji umowy do dnia 30.11.2021r. zanim upłynie termin związania ofertą tj. czas przeznaczony na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia jest abstrakcją.

Odwołująca wnosi o wyznaczenie terminu realizacji zamówienia jako 80 dni od podpisania umowy oraz wykreślenie granicznej daty realizacji do dnia 30.11.2021r. która to data jest nierealna w szczególności zważywszy na niżej opisane parametry techniczne przedmiotu umowy.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, utrudniający uczciwą konkurencję, uniemożliwiający złożenie ważnej oferty a jego dostawa w wyznaczonym terminie jest nierealna.

Powyższe narusza art. 99 ust.1 i 4 ustawy pzp zgodnie z którym, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty* Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia,

źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Sformułowana w art. 353¹ kodeksu cywilnego zasada swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych doznaje znacznego ograniczenia. Zamawiający jako dysponent postępowania ustala warunki umowy a Wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy według określonego przez Zamawiającego wzoru.

Jednakże składając ofertę Wykonawca nie może oświadczyć, iż wykona zamówienia na warunkach wskazanych w umowie skoro wykonanie umowy w wskazanym terminie z przyczyn obiektywnych jest niemożliwe.

Zawarcie takiej umowy w myśl art.387kc obarczone byłoby sankcją nieważności.

Nadto strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

1. W pkt. 3.2.2 lit.g Opisu przedmiotu zamówienia -załącznik nr 4.1 do SWZ Zamawiający wymaga :**tkanina podszewkowa**
:Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) tkaniny w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020.

W poprzednim postępowaniu nr WOFiT/14/2021/PN nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione.

Odwolująca wnosi o odstąpienie od wymagań co do barwy i reemisji dla tkaniny podszewkowej.

2. W pkt. 3.3. lit. b - Opisu przedmiotu zamówienia -załącznik nr 4.1 do SWZ Zamawiający wymaga: Taśma nośna:
- a) Taśma poliamidowa PA 100%.
 - b) Taśma w kolorze khaki (barwa tła tkaniny zasadniczej).**
 - c) Rodzaj splotu: płótno podwójne.
 - d) Taśma powinna posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.

Takie określenie przedmiotu jest niejednoznaczne, niejasne i wymaga doprecyzowania, gdyż barwa tła tkaniny zasadniczej z której wykonana ma zostać torba IPMed według normy NO-

84-A203:2020 jest jasnozielona. Zatem nie wiadomo jaką zamówić taśmę, w barwie khaki czy w barwie tła tkaniny zasadniczej tj. jasnozielonej.

Odwołująca wnosi o doprecyzowanie koloru taśmy.

3. W obecnej Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający zastrzył parametry w stosunku do **barw** – pkt. 3.3.1 e/ OPZ- załącznik nr 4 do SWZ.

Parametry techniczne:

- a) Masa liniowa $20 \div 29$ g/m (wg PN-EN 12127:2000).
- b) Szerokość 25 mm \pm 1 mm.
- c) Grubość $1,2 \div 1,6$ mm.
- d) Wytrzymałość na rozerwanie nie mniej, niż 650 daN (PN-EN ISO 13934-1:2013-07).
- e) **wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy nośnej w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN- EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO- 84-A203:2004/2020**

W poprzednim postępowaniu nr WOFiTm 14/2021/PN SWZ wymagania dla barw dotyczyły koloru jasnozielonego (obecnie dotyczą koloru khaki):

Taśma nośna:

- a) Taśma poliamidowa PA 100%.
- b) Taśma w kolorze khaki (barwa tła tkaniny zasadniczej)
- c) Rodzaj splotu: płótno podwójne.
- d) Taśma powinna posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.
- e) Parametry techniczne: – Masa liniowa $20 \div 29$ g/m (wg PN-EN 12127:2000). – Szerokość 25 mm \pm 1 mm. – Grubość $1,2 \div 1,6$ mm. – Wytrzymałość na rozerwanie nie mniej, niż 650 daN (PN-EN ISO 13934- 1:2002). – Parametry barwy khaki (D65/10 st.): $L^*=34,11$; $a^*=-0,64$; $b^*=10,92$ (wg PNEN ISO 105-J01:2002, – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8). – Dopuszczalna wartość różnicy barwy, nie więcej niż: $\Delta E^*_{ab}=1,5$ (wg, PNEN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8). – Parametry reemisji zgodnie z wymaganiami określonymi dla barwy jasnozielonej pkt. 2.2 normy NO-84-A203:2020 (geometria urządzenia pomiarowego – 0/d lub 8/d).

Zmiana wymagań barwy powoduje, iż firma produkująca między innymi taśmy nośne musi zakupić nowy odcień przędz z zagranicy, uzyskać odpowiednie parametry barwy i reemisji w związku z czym produkcja taśm zajęłaby około 4 miesiące.

Dowód: oświadczenie Producenta

Odwołująca wnosi o przywrócenie wymagania SWZ obowiązujące w poprzednim postępowaniu:

Parametry barwy khaki (D65/10 st.): $L^*=34,11$; $a^*=-0,64$; $b^*=10,92$ (wg PNEN ISO 105-J01:2002, – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8).

– Dopuszczalna wartość różnicy barwy, nie więcej niż: $\Delta E^*_{ab}=1,5$ (wg, PNEN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: d/0 lub d/8).

– Parametry reemisji zgodnie z wymaganiami określonymi dla barwy jasnozielonej pkt. 2.2 normy NO-84-A203:2020 (geometria urządzenia pomiarowego – 0/d lub 8/d).

Analogiczna sytuacja dotyczy wymagań co do barw określonych w pkt. 3.4.1 i) OPZ, pkt. 3.5.1. d) OPZ, pkt. 3.6.1. OPZ, pkt. 3.8 f) OPZ .

Odwołująca wnosi o przywrócenie zapisów SWZ z postępowania nr WOFiTM/14/2021/PN SWZ

4. Zamawiający przewidział w pkt. 3.4.1 OPZ wymagania dla **taśmy samozaczepnej** (rzep) :
 - a) Szerokość (haczyk i pętka): $25\text{ mm} \pm 1\text{ mm}$ oraz $50\text{ mm} \pm 1,5\text{ mm}$.
 - b) Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy haczyk: $1,7 \div 2,1\text{ mm}$.
 - c) Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy pętka: $2,2 \div 2,8\text{ mm}$.
 - d) Gramatura haczyk $300\text{ g/m}^2 \pm 10\%$.
 - e) Gramatura pętka $350\text{ g/m}^2 \pm 10\%$.
 - f) Trwałość (haczyk i pętka), minimum 10 000 cykli łączenie/rozłączenie.
 - g) Moc po 10 000 cyklach łączenie/rozłączenie haczyk/pętka: 50% straty mocy.
 - h) Stopień odporności wybarwień na światło, pranie, czyszczenie chemiczne, wodę, tarcie nie mniej niż 4.
 - i) **Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020.**

Wiodący producent taśm samozaczepnych w Europie zadeklarował się, że jest w stanie wykonać rzepy, natomiast dotychczas standardowo różnica barwy wynosiła w tej firmie $\Delta E=2$, co

sprawia, że muszą dopracować swój produkt. Orientacyjny czas produkcji taśm wraz z doborem koloru to 7 tygodni.

Dowód : oświadczenie Producenta

Odwołująca wnosi o przywrócenie wymagania SWZ obowiązujące w poprzednim postępowaniu dla koloru zielonego według którego wymaganie dla rzepu obejmowało jedynie ogólny zapis- kolor khaki, bez precyzyjnego określenia wartości współrzędnych barwy. Reemisja nie była wymagana w ogóle:

Wymaganie OPZ dla taśmy samoprzylepnej (rzep) w postępowaniu WOFiTM/14/2021/PN:

- a) Materiał (haczyk i pętelka): poliamid.
- b) Powleczenie z tyłu taśmy (haczyk i pętelka): poliuretan.
- c) Konstrukcja (haczyk i pętelka): tkana.
- d) Taśma (haczyk i pętelka) w kolorze khaki.
- e) Taśma powinna posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.
- f) Parametry taśmy z techniczne: – Szerokość (haczyk i pętelka): 25 mm \pm 1 mm oraz 50 mm \pm 1,5 mm. – Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy haczyk: 1,7÷2,1 mm. – Całkowita wysokość rozdzielonej taśmy pętelka: 2,2÷2,8 mm. – Gramatura haczyk 300g/m² \pm 10%. – Gramatura pętelka 350 g/m² \pm 10%. – Trwałość (haczyk i pętelka), minimum 10 000 cykli łączenie/rozłączenie. – Moc po 10 000 cyklach łączenie/rozłączenie haczyk/pętelka: 50% straty mocy. – Stopień odporności wybarwień na światło, pranie, czyszczenie chemiczne, wodę, tarcie nie mniej niż 4.

5. Zamawiający przewidział w pkt. 3.5 oraz 3.5.1 OPZ następujące parametry **taśmy elastycznej**:

- a) Materiał: guma kalandrowana.
- b) Taśma w kolorze khaki.
- c) Taśma powinna posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.
- d) Masa liniowa 24,5 \pm 5% / 1 mb. (PN-EN 12127). Dopuszczalne jest zastosowanie taśmy elastycznej o gramaturze 23,20g/1mb.
- e) **Szerokość 25 mm \pm 1 mm.**
- f) Elastyczność: 90÷110%.
- g) **Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) taśmy w kolorze khaki: p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020**

Według rysunków zawartych w załączniku 4.1 do SWZ do wykonania torby potrzebna jest także guma o szerokości 37mm, jednakże Zamawiający nie określił jej parametrów.

Odwołująca wnosi o określenie parametrów taśmy szer. 37 mm.

Odwołująca uzyskała informację od producenta gum elastycznych, iż jest możliwe wykonanie gumy z podanymi parametrami barwy, natomiast nie podejmą się próby wykonania gumy z podanymi parametrami reemisji na elastycznym elemencie jakim jest guma.

Dowód: oświadczenie Producenta

W poprzednim postępowaniu nr WOFiT/14/2021/PN nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione.

Odwołująca wnosi o odstąpienie od wymagań co do barwy i reemisji dla gum elastycznych.

6. W przypadku **zamków** w pkt.3.61 OPZ Zamawiający określił następujące parametry:

- a) Szerokość 9÷11 mm.
- b) Trwałość zamka nie mniej, niż 500 cykli.
- c) Wytrzymałość poprzeczna nie mniej, niż 90 kgf.
- d) **Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) zamka błyskawicznego w kolorze khaki p. 2.4.1 lub czarnym p.2.4.2 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020.**

W poprzednim postępowaniu nr WOFiT/14/2021/PN nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione.

Odwołująca wnosi o odstąpienie od wymagań co do barwy i reemisji dla zamka.

Producent zamków potwierdził, że termin realizacji zamówienia będzie wynosił ok. 8-9 tygodni.

Dowód ;oświadczenie Producenta

7. W pkt. 3.7. OPZ Zamawiający przewidział następujące **parametry nici technicznych** :

14

- a) nici -**poliester wielordzeniowy** ciągły
- b) Nici w kolorze khaki lub czarnym.
- c) Nici powinny posiadać atest dotyczący bezpieczeństwa i braku szkodliwości dla użytkownika, dopuszczalny jest dokument/oświadczenie wystawione przez producenta zgodnie z wymogami konwencji REACH.

W pkt. 3.7.1. Zamawiający przewidział dalsze parametry dla nici:

- a) Masa liniowa **244 x 3 dtex** $\pm 5\%$ (wg ISO 2060).
- b) Wytrzymałość na rozciąganie **4460 cN** $\pm 5\%$ (wg ISO 2062).
- c) Rozciągliwość przy zerwaniu: $15 \div 20\%$ (wg ISO 2062).
- d) Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) nici w kolorze khaki p. 2.4.1 lub czarnym p.2.4.2 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020

W poprzednim postępowaniu WOFiTM/14/2021/PN po zapytaniu oferenta Zamawiający dopuścił nici:

- a) Materiał: poliester wielordzeniowy ciągły **z opłotem bawełnianym**
- b) Masa liniowa 370x3 dtex
- c) Wytrzymałość na rozciąganie 4400cN $\pm 5\%$
- d) Wydłużenie przy zerwaniu nie więcej niż 30%

Dowód : odpowiedź Zamawiającego z 22.04.2021r.

Aby uzyskać parametry reemisji zgodnie z NO-84-A203 nici muszą posiadać opłot bawełniany i **tylko takie są dostępne na rynku**. Wymagana wytrzymałość nici nie jest kompatybilna z masą liniową. Parametry reemisji są do osiągnięcia tylko jeśli nici posiadają bawełniany opłot.

Dowód : oświadczenie Producenta

Odwołująca wnosi o przywrócenie parametrów nici z poprzedniego postępowania:

- a) Materiał: poliester wielordzeniowy ciągły **z opłotem bawełnianym**
- b) Masa liniowa 370x3 dtex
- c) Wytrzymałość na rozciąganie 4400cN $\pm 5\%$
- d) Wydłużenie przy zerwaniu nie więcej niż 30%

8. W pkt. 3.8 OPZ Zamawiający określił parametry techniczne dla **łącznika elastycznego** (linka):

- a) Materiał zewnętrzny (stanowiący „opłot” rdzenia): poliuretan w kolorze khaki.
- b) Rdzeń wykonany z nici kewlarowych, poliestrowych lub nylonowych.

- c) Uformowany spiralnie z zakończeniami w formie prostych odcinków zakończonych pętlami.
- d) Ilość zwojów: 45 ± 5 .
- e) Zakończony karabińczykiem w kolorze czarnym.
- f) **Wymagania dla barw (współrzędne barw i reemisja) łącznika elastycznego w kolorze khaki p. 2.4.1 NO-84-A203:2020. Badanie współrzędnych barwy (wg PN-EN ISO 105-J01:2002, PN-EN ISO 105-J03:2009 – geometria urządzenia pomiarowego: współrzędne barwy – d/0 lub d/8, reemisja – 0/d lub 8/d). wg normy NO-84-A203:2004/2020**

Firma, która zaoferowała Odwołującej linkę elastyczną nie podejmie się próby stworzenia jej z wymaganymi parametrami barwy i reemisji. W większości przypadków producenci takich łączników zajmują się tworzeniem okablowania, nie posiadają wystarczającej wiedzy oraz technologii, aby móc wykonać linki z podanymi parametrami.

Dowód: oświadczenie Producenta

W poprzednim postępowaniu nr WOFiTM/14/2021/PN nie było parametrów barw i reemisji. Stworzenie takiego wymagania jest niczym nieuzasadnione.

Odwołująca wnosi o odstąpienie od wymagań co do barwy i reemisji dla łącznika elastycznego.

Dowód: OPZ (WET) z postępowania WOFiTM/14/2021/PN, oświadczenie Producenta

Odwołująca wnosi o unieważnienie niniejszego postępowania. W przypadku nieuwzględnienia wniosku Odwołująca wnosi o modyfikację zapisów SWZ jw. w sposób umożliwiający złożenie oferty oraz określenie terminu realizacji zamówienia - 80 dni od podpisania umowy.

Wobec powyższych naruszeń przepisów ustawy wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i jest uzasadnione.

W załączeniu:

- 1) dowód uiszczenia wpisu
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową
- 4) odpis KRS

- 5) wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 30.06.2021r., odwołanie, przystąpienie do odwołania, sprzeciw, czynność z 14.07.2021r., informacja z 24.08.2021r., pismo Odwołującej z 24.08.2021r.
- 6) SWZ dla postępowania nr WOFiTM/14/2021/PN wraz z modyfikacjami
- 7) Oświadczenie wraz z tłumaczeniem na język polski od firmy KROKO - producenta zamków
- 8) Oświadczenie od firmy PASAMON - producenta taśm nośnych, taśm elastycznych, taśm lamowniczych
- 9) Oświadczenie od firmy AMANDA - producenta nici
- 10) Oświadczenie wraz z tłumaczeniem na język polski od firmy Dongguan ZHONZI Outdoor Products Co., Ltd.- producenta linki elastycznej
- 11) Oświadczenie firmy VELCRO - producenta taśm samozaczepnych