

WYROK
z dnia 11 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 roku przez wykonawcę **Intelimedical Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (10-845)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Pomnik Chrztu Polski z siedzibą w Gnieźnie (62-600)**

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Intelimedical Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (10-845)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Intelimedical Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (10-845)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Pomnik Chrztu Polski, ul. Św. Jana 9, 62-200 Gniezno (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi elektroniczne Szpitala Pomnik Chrztu Polski w Gnieźnie dla zwiększenia efektywności i dostępności realizowanych świadczeń medycznych” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 czerwca 2018 r. pod nr 2018/S 116-263868).

Wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) – opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu odwołanie złożył, w odniesieniu do części I, w dniu 2 lipca 2018 r., wykonawca Intelimedical Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rzepakowa 26,10-845 Olsztyn (dalej „odwołujący”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności wymagań od wykonawców w stosunku do potrzeb zamawiającego,
2. art. 29 ust. 2, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, podczas gdy wymagania zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w jego obiektywnie uzasadnionych potrzebach, w szczególności opis przedmiotu zamówienia drastycznie ogranicza konkurencję z uwagi na wymogi zamawiającego, które nie są istotne dla realizacji celów działania systemu zautomatyzowanych apteczek oddziałowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ zgodnie z żądaniami opisanymi w tabeli. Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

W tabeli odwołujący ujął zaskarżane wymagania, swoje żądania odnośnie do ich zmiany, poprzez wskazanie oczekiwanej treści wymagań. Wyjaśnił, że kolumna „miejsce wymogu” odnosi się do miejsca w załączniku nr 7 A do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia dla części I, z wyjątkiem ostatniej pozycji odnoszącej się do załącznika nr 10. Zaprezentował także uzasadnienie dla proponowanych przez siebie modyfikacji SIWZ, które zostaną wskazane poniżej.

Odwołujący podał, że w ramach realizacji części I zamówienia wykonawca odpowiedzialny będzie za przygotowanie zautomatyzowanego rozwiązania dla logistyki gospodarki lekowej – systemu zautomatyzowanych apteczek oddziałowych (jest to jedynie fragment zadań realizowanych w ramach tej części).

Stwierdził, że systemy tego rodzaju są stosowane w bardziej rozwiniętych gospodarczo państwach Europy Zachodniej oraz w Stanach Zjednoczonych.

Wskazał, że idea tego rodzaju systemu (w ogólności) jest następująca:

1. Wszystkie leki na oddziale zamykane są, umieszczane są w zautomatyzowanych szafach, przyjmując zasadę jeden lek (wiele dawek tego samego leku) – jedna szuflada (lub zamykany pojemnik zamiast szuflady).
2. Lekarz w systemie HIS (głównym systemie informatycznym szpitala) zleca podanie leków pacjentowi.
3. Pielęgniarka loguje się do komputera w zautomatyzowanej szafie, wybiera pacjenta i zlecenie wprowadzone przez lekarza.
4. System sam otwiera odpowiednią szufladę zawierającą zlecony lek. Pozostałe szuflady (leki) są zamknięte.
5. Pielęgniarka wyjmuje zleconą dawkę leku.
6. Po zamknięciu szuflady system automatycznie otwiera kolejną zawierającą następny lek zlecony dla tego pacjenta.

Wskazał także, że rozwiązania tego typu służą wielu celom m.in.:

1. ograniczenie błędów na etapie dystrybucji leku, w tym polegających na pobraniu niewłaściwego leku lub niewłaściwej dawki leku,
2. ograniczenie czasu potrzebnego na prowadzenie gospodarki lekowej, w tym jej monitorowanie,
3. automatyzacja zamówień leków i rozliczenia ich zużycia,
4. oszczędności kosztów związane z mniejszymi wydatkami na leki, przez ograniczenie nieautoryzowanego dostępu do leków, ograniczenie strat leków związanych z ich przeterminowaniem, ograniczenie zapasów,
5. lepszy ogólny obraz gospodarki lekowej szpitala, przez natychmiastową dostępność aktualnych informacji o stanach magazynowych i raportowanie,
6. przygotowanie do wykonania obowiązków wynikających z rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2016/161 z dnia 2 października 2015 r. (dotyczącego obowiązku weryfikacji autentyczności wydawanego produktu leczniczego na podstawie unikalnego identyfikatora producenta),
7. wymuszenie posługiwania się systemem HIS jako metodą zlecenia leków przez lekarzy,
8. możliwość określenia kosztu farmakoterapii konkretnego pacjenta,

W ocenie odwołującego z punktu widzenia interesu zamawiającego kluczowe jest zapewnienie realizacji tych celów, a nie dostarczenie szaf lekowych o konkretnych wymiarach, stosujących konkretny sposób wewnętrznej komunikacji czy z rozmieszczeniem terminali dokładnie w miejscach oczekiwanych w dotychczasowym opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że sprzęt przez niego oferowany zapewnia realizację wszystkich wymienionych uprzednio celów.

Uznał, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający oparł się jednak nie tyle na wymaganych funkcjonalnościach, ale wskazał również szczegółowo wymagane rozwiązania techniczne, tj. – według odwołującego – sam określił sposób uzyskania tych funkcjonalności).

Podniósł, że ten sposób jest zamknięty na inne rozwiązania techniczne, które z powodzeniem spełniają cele stawiane przed systemami zautomatyzowanych apteczek oddziałowych.

Podał, że na rynku konkurencyjnym normalną rzeczą jest to, iż wykonawcy oferują usługi lub produkty nakierowane na zaspokojenie tych samych potrzeb klienta, ale jednak ich usługi lub produkty zawsze w pewnym zakresie są od siebie różne, co wynika zarówno ze zwykłego charakteru procesu projektowania (rzadko jedno rozwiązanie dla danego problemu jest idealne, często istnieje możliwość wybrania różnych rozwiązań tego samego problemu, a wykonawcy wybierają różnie), jak i zwykłej woli odróżnienia się od konkurencji (oferując dokładnie te same usługi lub produkty wykonawcy zmuszeni są do konkurowania tylko ceną lub detalami typu „kolor dywanika w aucie”).

W ocenie odwołującego oczekiwane przez niego zmiany opisu przedmiotu zamówienia nie wpływają na istotne cechy zamawianego systemu, proponowane rozwiązania są równorzędne wymaganym przez zamawiającego, a w wielu aspektach je przewyższają.

W odniesieniu do utrudnienia konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia uznał, że lektura zaskarżonej części opisu przedmiotu zamówienia daje wrażenie, iż punktem wyjścia przy jego sporządzaniu nie była analiza potrzeb zamawiającego, lecz zwykłe przyjrzenie się rozwiązaniom dostępnym na rynku i opisanie jednego z nich, a co najmniej wykluczenie rozwiązania odwołującego bez żadnego widocznego uzasadnienia.

Podniósł, że zamawiający powinien zawsze mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” Odwołał się do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI ACa 965/11) zgodnie z którym: „Dyspozycją

art. 29 ust. 2 ZamPublU objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Ustawodawca w art. 29 ust. 2 zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji”.

Odwołał się także do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej w z 22 maja 2015 r. – KIO/KD 27/15, zgodnie z którą: *„Przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.*

W ocenie odwołującego uwidocznił on możliwość negatywnego wpływu na konkurencję w przypadku utrzymania obecnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Uzupełnił, że nadmiernie rygorystyczny i szczegółowy charakter poszczególnych wymagań jednoznacznie skutkuje ograniczeniem konkurencji w niniejszym postępowaniu, a zamawiający nie odniósł się w nim do swoich uzasadnionych potrzeb, lecz życzeń.

Przywołał nadto uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 2 stycznia 2015 r. – KIO/KD 109/14, zgodnie z którą: *„Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub pośrednio godziłby w zasadę zachowania uczciwej konkurencji”.*

W odniesieniu do braku uzasadnienia potrzeb zamawiającego wskazał, że zgodnie

z utwalonym poglądem orzecznictwa i doktryny wszelakie ograniczenia konkurencji mogą być uzasadnione potrzebami zamawiającego, potrzeby te muszą być jednak obiektywne, a nie wynikać z samego przeświadczenia zamawiającego co do ich istnienia.

Dodatkowo wskazał, że stopień ograniczenia konkurencji powinien być współmierny do tychże obiektywnych potrzeb zamawiającego, zamawiający nie jest uprawniony do radykalnego ograniczenia konkurencji ze względu na swoje potrzeby, które choć mogą zostać uznane za uzasadnione, są błahe w stosunku do głównego przeznaczenia dostarczanego sprzętu. Jako przykład takich błałych potrzeb podał wymóg, by jedna z szaf lekowych była wyposażona w agregat do schładzania przestrzeni w szafie pozwalający na utrzymanie temperatury do 25 st. C.

Podniósł, że powyższa funkcjonalność realizowana przez jednego z producentów jest przykładem wyróżniania się za wszelką cenę - dodawania nowych funkcjonalności bez istotnego uzasadnienia, nie dających użytkownikom widocznych korzyści użytkowych.

W odniesieniu do wymogu zapewnienia odpowiedniej temperatury również lekom przechowywanym w szafach niskich zautomatyzowanych zadał pytanie: dlaczego zamawiający ustanowił wymóg posiadania agregatu chłodzącego dla szafy wysokiej z wysuwanymi koszami, ale już nie dla szaf niskich zautomatyzowanych, skoro brak takiego wymogu oznacza i tak konieczność utrzymywania odpowiedniej wentylacji i klimatyzacji pomieszczenia z szafami lekowymi.

Staął na stanowisku, że inne, choćby uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą ograniczać konkurencję tylko w sposób współmierny do ich znaczenia, natomiast rzeczy błahe (nieistotne potrzeby zamawiającego) nie mogą decydować o rzeczach istotnych (konkurencyjność postępowania rozumiana jako możliwości złożenia oferty przez innego wykonawcę niż wskazany pośrednio w opisie przedmiotu zamówienia). Odwołał się do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 lipca 2016 r. (sygn. akt I ACa 15/16), zgodnie z którym: *„W świetle art. 29 ust. 2 tej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zamawiający jest ograniczony w swobodzie precyzowania swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji”*.

Odwołał się w dalszej kolejności do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2015 r. – KIO/KD 15/15) – zgodnie z którą: *„Wymagania zamawiającego, na tle przepisu art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), jakkolwiek można uzasadniać potrzebami, to nie można czynić tego w oderwaniu od ich usprawiedliwienia. W przeciwnym bowiem wypadku dyspozycja wskazanego przepisu nie byłaby w ogóle realizowana. Nie można ograniczyć dostępu do zamówienia tylko z tej przyczyny, że wolą zamawiającego jest uzyskanie*

konkretnego produktu."

Podniósł, że to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia, który tak radykalnie ogranicza konkurencję, jest uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami, co wynika z samej konstrukcji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdził, że wykonawca ma możliwość wykazania utrudnień dla uczciwej konkurencji w postępowaniu przez nadmiernie określone wymagania zamawiającego, nie ma jednak pełnej wiedzy o motywach sporządzenia przez zamawiającego takiego, a nie innego opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego potrzeby zamawiającego, choć w dużej mierze uniwersalne, mogą również wynikać z uwarunkowań charakterystycznych dla niego, takich, których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, co oznacza, że odwołujący nie ma możliwości wykazać, iż poszczególne zaskarżone fragmenty SIWZ nie odpowiadają żadnym z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Uznał, że umotywował swoje zastrzeżenia co do obecnego sformułowania wymogów wobec zamawianego systemu, co zostało przedstawione w tabeli stanowiącej część odwołania.

Powołał się na wyrok Izby z 23 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 671/16), zgodnie z którym: *„Interes zamawiającego realizowany w ramach poszczególnych postępowań przetargowych i stanowiących niejednokrotnie uzasadnienie do ograniczenia konkurencji na rynku musi wynikać z obiektywnych potrzeb zamawiającego, realizowanych w interesie publicznych, których waga jest na tyle znacząca, iż uzasadnia ograniczenie wykonawcom dostępu do rynku. Analiza owych potrzeb zamawiającego musi następować w realiach konkretnego zamówienia publicznego, zaś sam zamawiający winien w sposób klarowny, a co najważniejsze przekonujący swoje potrzeby przedstawić i uprawdopodobnić. Stanowisko zamawiającego nie może ograniczyć się do niczym niepopartych ogólnych stwierdzeń o realizacji bliżej nieokreślonego celu publicznego"*.

Stanął na stanowisku, że obecny kształt opisu przedmiotu zamówienia dziwi tym bardziej, iż zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotowe postępowanie ma zostać dofinansowane ze środków europejskich, a tym samym podlega dodatkowej kontroli ze względu na prawidłowość wydatkowania tych środków, również pod względem przepisów prawa zamówień publicznych. W ocenie odwołującego zamawiający nie wykazuje jednak w swoim działaniu należytej staranności, by przygotowane i przeprowadzone postępowanie nie stało się podstawą do wymierzenia zamawiającemu korekty finansowej z tytułu naruszeń przy wydatkowaniu środków europejskich.

Podsumowując stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób niekonkurencyjny i bez zmiany SIWZ nie ma możliwości złożenia oferty przez odwołującego.

Na podstawie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), przekazanej przez zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 4 lipca 2018 roku, Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 6 lipca 2018 r., Uzpełnienia Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 10 lipca 2018 roku, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, w piśmie z dnia 6 lipca 2018 roku, częściowo uwzględnił odwołanie, tj. w odniesieniu do większości zakwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ.

W pozostałym zakresie, dotyczącym kolejnych postanowień SIWZ, odwołujący podtrzymał zarzut opisanego przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Stosując przepis art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.”* skład orzekający Izby rozpoznał odwołanie w zakresie dotyczącym następujących postanowień Załącznika 7A do SIWZ: 7.1. – funkcja ustawienia maksymalnej temperatury, 7.1. – wymóg dla czterech terminali, 7.1. – wymóg dla pięciu kolektorów, 7.1.2. pkt 7 – wyposażenie szaf wysokich w agregat do schładzania, 7.1.5. – pkt 1 – wymóg dla kolektora mobilnego w zakresie komunikacji przez Wi-Fi z ekranem dotykowym i czytnikiem kodów kreskowych 2D oraz obsługą NFC, 7.1.5. pkt 2 – wymóg dla kolektora mobilnego w zakresie aplikacji oraz 8.3.2. – oprogramowanie serwera automatycznych apteczek oddziaływanych.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący zaprezentował swoje stanowisko w ujęciu tabelarycznym, które dotyczyło odrębnie każdego z postanowień SIWZ – do tych dedykowanych poszczególnym postanowieniom SIWZ okoliczności odniósł się skład w uzasadnieniu wyroku – i stanowisko zbiorcze, ogólnej natury („*Dalsze uzasadnienie*” – od strony 18 odwołania), w którym odwołujący przedstawił, jakie są cele realizacji niniejszego zamówienia (I), dlaczego rozwiązanie oferowane przez odwołującego pozwala na realizację wskazanych przez odwołującego celów (II), a nadto także zbiorczo, w sposób ogólny, odniósł się do kwestii utrudnienia konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia (III) i braku uzasadnienia w potrzebach zamawiającego (IV). W ramach części IV odwołujący nieco szerzej odniósł się do wymogu wyposażenia szaf lekowych w agregat schładzania przestrzeni w szafie – do okoliczności tam wskazanych odniósł się skład orzekający Izby bezpośrednio poniżej.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że w dużej mierze argumentacja prezentowana przez strony na rozprawie wykraczała poza okoliczności zakreślające granice odwołania.

Zarzut dotyczący postanowień:

- 7.1. Załącznika 7A do SIWZ, tj. wymogu, aby szafa lekowa wysoka posiadała „funkcję ustawienia maksymalnej temperatury do 25 st. C po przekroczeniu, której łączy się układ chłodzący. Każda szafa musi posiadać system dźwiękowego powiadomienia przekroczenia maksymalnych temperatur”,
- 7.1.2. pkt 7 Załącznika 7A do SIWZ, tj., aby szafa lekowa wysoka była „Wyposażona w agregat do schładzania przestrzeni w szafie pozwalający na utrzymanie temperatury do 25 st. C”

nie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Zgodnie zaś z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Zacytowane przepisy wprowadzają dla zamawiającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, czy to

w sposób bezpośredni, czy jedynie pośredni. Zachowaniu zasady uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że *„Powyższa funkcjonalność realizowana przez jednego z producentów jest przykładem wyróżniania się za wszelką cenę – dodawania nowych funkcjonalności bez istotnego uzasadnienia, nie dających użytkownikom widocznych korzyści użytkowych”*.

Odwołujący przyjął, że w przypadku tego zamawiającego spełnienie wymagań co do temperatur, w jakich mogą być przechowywane leki odbywa się poprzez *„zapewnienie odpowiedniej klimatyzacji i wentylacji w pomieszczeniu”*, co – w przekonaniu odwołującego – jest standardem.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał, iż uzasadnieniem dla wprowadzenia ww. postanowień SIWZ jest potrzeba spełnienia wymogów bezpiecznego przechowywania leków. *„Zapewnienie utrzymania odpowiedniej temperatury i wilgotności w szafie lekowej jest warunkiem spełnienia wymogów bezpiecznego przechowywania leków.”*, a jednocześnie oświadczył, iż *„Pomieszczenia, w których Zamawiający zamierza zlokalizować szafy lekowe, nie posiadają instalacji klimatyzacji (...)”*

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw, aby odmówić wiarygodności temu oświadczeniu. Przyjęcie, iż pomieszczenia, w których zamawiający zamierza zlokalizować szafy lekowe są wyposażone w klimatyzację oznaczałoby, że zamawiający, posiadając już rozwiązanie zapewniające utrzymanie odpowiedniej temperatury chce – wbrew własnemu interesowi, choćby finansowemu, związanemu z ponoszeniem kosztów utrzymania instalacji klimatyzacyjnej – rozwiązanie to zdublować. Jest to założenie nieracjonalne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

Ponieważ zamawiający nie jest w stanie zapewnić odpowiedniego przechowywania leków, poprzez klimatyzację i wentylację w pomieszczeniach, w których zamierza zlokalizować szafy lekowe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że uzasadnione jest, aby potrzeba spełnienia wymogów bezpiecznego przechowywania leków była zrealizowana w inny sposób, tj. poprzez agregat chłodzący i funkcję ustawienia temperatury do 25 st. C.

Uwzględniając wskazaną przez zamawiającego potrzebę spełnienia wymogów bezpiecznego przechowywania leków, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący postanowień:

- 7.1. Załącznika 7A do SIWZ, tj. wymogu czterech terminali, które muszą pracować w trybie on-line i off-line i muszą być wyposażone w system umożliwiający wyłączne uruchomienie systemu logistyki lekowej,
- 7.1. Załącznika 7A, tj. pięciu kolektorów – wszystkie muszą pracować w trybie on-line oraz posiadać własną bazę danych umożliwiającą pracę w trybie off-line. Kolektory do potwierdzenia podań przy łóżku pacjenta oraz przeprowadzania inwentaryzacji,
- 7.1.5. pkt 1 Załącznika 7A do SIWZ, tj. kolektora mobilnego komunikacją przez Wi-Fi z ekranem dotykowym i czytnikiem kodów kreskowych 2D oraz obsługą NFC,
- 7.1.5. pkt 2 Załącznika 7A do SIWZ, tj. wymogu, aby na kolektorze była zainstalowana aplikacja umożliwiająca wykonywanie operacji magazynowych takich jak rozchód, inwentaryzacja, utylizacja oraz potwierdzanie podania leku przy łóżku pacjenta,
- 8.3.2. Załącznika 7A do SIWZ, tj. oprogramowania serwera automatycznych apteczek oddziałowych
nie potwierdził się.

Jak już wskazano powyżej zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Zgodnie zaś z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*”.

Zacytowane przepisy wprowadzają dla zamawiającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, czy to w sposób bezpośredni, czy jedynie pośredni. Zachowaniu zasady uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi.

Odwołujący, w przypadku wymogu 7.1. dotyczącego terminali oraz 7.1. dotyczącego kolektorów, zaproponował nowe brzmienie postanowień SIWZ, nie zaprezentował jednak żadnej argumentacji na potwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie mógłby naruszać uczciwą konkurencję, tj. że opis ten preferuje konkretny wyrób,

czy konkretnego wykonawcę, czy też na potwierdzenie, że wymóg jest nadmiernie rygorystyczny.

Uzasadnienie odwołującego, w przypadku wymogu 7.1. dotyczącego terminali referuje do przekonania odwołującego, iż bezpieczeństwo leków zapewnione jest tylko w przypadku wskazanym przez odwołującego („*jednocześnie powinien być otwarty tylko jeden zamek*”), zaś w przypadku wymogu 7.1. dotyczącego kolektorów referuje do niespójności postanowień SIWZ dotyczących wymogów dla integracji z systemem HIS z wymogami dotyczącymi szaf lekowych, co jednak – zważywszy na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – jest nieadekwatne do postawionego zarzutu, a przez to nieprzydatne.

W przypadku wymogu 7.1.5 pkt 1 odwołujący ograniczył się do zaproponowania nowego brzmienia postanowienia SIWZ i wyartykułowania przekonania, że „*Dodanie rozwiązania alternatywnego pozwoli na zwiększenie konkurencji w postępowaniu*”, co sprowadza się do tego, że rozwiązanie to pozwoli odwołującemu złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Na rozprawie odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do tego zarzutu za aktualną uznaje argumentację zaprezentowaną w odniesieniu do wymogu z pkt. 7.1. dotyczącego pięciu kolektorów.

Jednak w ocenie składu orzekającego Izby „odesłanie” do argumentacji odnoszącej się do wymogu z pkt. 7.1. jest nietrafne, ponieważ w uzasadnieniu zaprezentowanym przez odwołującego w odniesieniu do tegoż wymogu odwołujący także nie zaprezentował żadnej argumentacji na potwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym przez odwołującego zakresie mógłby naruszać uczciwą konkurencję, tj. że opis ten preferuje konkretny wyrób, czy konkretnego wykonawcę, czy też na potwierdzenie, że wymóg jest nadmiernie rygorystyczny.

Uzasadnienie odwołującego, jak uprzednio wskazano, referuje do niespójności postanowień SIWZ dotyczących wymogów dla integracji z systemem HIS z wymogami dotyczącymi szaf lekowych, co jednak – zważywszy na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – jest nieadekwatne do postawionego zarzutu, a przez to nieprzydatne.

W przypadku wymogu 7.1.5 pkt 2 odwołujący zaproponował nowe brzmienie postanowienia SIWZ. Także jednak i w tym przypadku nie zaprezentował żadnej argumentacji na potwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie mógłby naruszać uczciwą konkurencję, tj. że opis ten preferuje konkretny wyrób,

czy konkretnego wykonawcę, czy też na potwierdzenie, że wymóg jest nadmiernie rygorystyczny.

Po raz kolejny uzasadnienie odwołującego referuje do niespójności postanowień SIWZ dotyczących wymogów dla integracji z systemem HIS z wymogami dotyczącymi szaf lekowych, co jednak – zważywszy na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – jest nieadekwatne do postawionego zarzutu, a przez to nieprzydatne.

W przypadku wymogu 8.3.2 odwołujący zaproponował nowe brzmienie postanowienia SIWZ, nie zaprezentował jednak żadnej argumentacji na potwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie mógłby naruszać uczciwą konkurencję, tj. że opis ten preferuje konkretny wyrób, czy konkretnego wykonawcę.

Uzasadnienie odwołującego sprowadza się do zakwestionowania celowości nadawania przez zamawiającego własnych indeksów leków w kontekście obowiązku weryfikacji autentyczności wydawanego produktu leczniczego na podstawie unikalnego identyfikatora producenta (wynikającego ze wskazanych przez odwołującego: Dyrektywy i Rozporządzenia), co jednak – zważywszy na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – jest nieadekwatne do postawionego zarzutu, a przez to nieprzydatne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: