

**WYROK**  
z dnia 9 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 roku przez wykonawcę **PROMED Spółka Akcyjna, 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut „POMNIK – Centrum Zdrowia Dziecka”, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Instytutowi „POMNIK – Centrum Zdrowia Dziecka”, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20 zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) – załącznika nr 11 w sposób następujący:**

**1) Pozycja STOŁY OPERACYJNE: KOLUMNA – ( 9 kpl, BLATY Z TRANSPORTEREM – 14 kpl – strona 57 i następne SIWZ:**

**a) w tabeli technicznej dot. BLATU OGÓLNOCHIRURGICZNEGO:**

**- pkt 37 – poprzez zwiększenie tolerancji do 50 mm lub dopuszczenia szerszych blatów (co najmniej 600 mm),**

**- pkt 38 – poprzez dopuszczenie blatów stołów, w których wysokość wymagana mieści się w zakresie: nie więcej niż 616 mm do nie mniej niż 1166 mm z tolerancją 50 mm, segment nożny wynosi: min. +90°-90°, przesuw wzdłużny blatu wynosi 350 mm,**

**b) w tabeli technicznej dot. BLATU NEUROCHIRURGICZNEGO:**

- pkt 53 – poprzez zwiększenie tolerancji do 50 mm lub dopuszczenia szerszych blatów (co najmniej 600 mm),

- pkt 54 i 55 – poprzez dopuszczenie blatów stołów, w których wysokość wymagana mieści się w zakresie: nie więcej niż 616 mm do nie mniej niż 1166 mm, z tolerancją 50 mm, przesuw wzdłużny blatu wynosi 350 mm, dopuszczalna jest również elektromechaniczna regulacja segmentu pleców posiada zakres 90°,

**c) BLAT OGÓLNOCHIRURGICZNY:**

- pkt 73 – poprzez dopuszczenie stołów, w których wysokość wymagana mieści się w zakresie: nie więcej niż 616 mm do nie mniej niż 1166 mm, z tolerancją 50 mm, przesuw wzdłużny blatu wynosi 350 mm z tolerancją 50 mm,

**d) w tabeli technicznej dot. BLATU OGÓLNOCHIRURGICZNEGO:**

- pkt 91 i 92 – poprzez dopuszczenie stołów, w których: wysokość wymagana mieści się w zakresie: nie więcej niż 616 mm do nie mniej niż 1166 mm z tolerancją 50 mm, przesuw wzdłużny blatu wynosi 350 mm z tolerancją 50 mm, regulacja płyty plecowej odbywa się również elektromechanicznie w zakresie  $+100^{\circ}-80^{\circ}\pm 10^{\circ}$ .

**2) Pozycja Kolumna Anestezjologiczna kpl. 10 – str. 36 i nast. SIWZ:**

- pkt 5 - poprzez zwiększenie tolerancji do +/- 20 mm

- pkt 40 - poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania kolumn z wysięgnikiem o długości min. 500 mm i udźwigu min. 20 kg,

**3) Pozycja Kolumna Chirurgiczna kpl 10 – str. 38 i nast. SIWZ:**

- pkt 5 – poprzez zwiększenie tolerancji długości ramion do +/- 200 mm.

**4) Pozycja Kolumna Dystrybucyjna kpl 10 – str. 41 i nast. SIWZ:**

- pkt 34 – poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania kolumn z wysięgnikiem o długości min. 500 mm i udźwigu min. 20 kg.

**5) Pozycja Lampy Operacyjne 10 – str. 46 i nast. SIWZ:**

- pkt 14 – poprzez wykreślenie parametru „II generacji”,

- pkt 15 - poprzez dopuszczenie możliwości uzyskania światła białego również za pomocą mieszania innych kolorów,
- pkt 17 – poprzez ustanowienie wymogu, by czasza zawierała co najmniej 100 diod LED,
- pkt 18 – poprzez usunięcie wymogu ustawienia współosiowego segmentów poszczególnych czasz,
- pkt 45 – poprzez dopuszczenie zakresu regulowanego 20 cm do 30 cm,
- pkt 42 – poprzez dopuszczenie lamp z regulowaną temperaturą barwową w zakresie 3500K do 5000K.

6) Pozycja **MOSTY INTENSYWNEJ TERAPII** – kpl 12 (stanowisk 12) str. 49 do 53 oraz **MOSTY WZMOŻONEGO NADZORU** – kpl 26 (26 stanowisk) str. 54 do 57 – poprzez dopuszczenie możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych, w tym kolumn w układzie tandem.

7) Usunięcie wymogów dotyczących tożsamości producentów kolumn (anestezjologicznej, chirurgicznej, perfuzjonisty i dystrybucyjnej), wszystkich stołów, blatów i lamp operacyjnych, wszystkich mostów oraz usunięcie wymogu dotyczącego obowiązku dostarczenia do oferty pisemnej autoryzacji producenta oferowanego urządzenia medycznego wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji.

2. Kosztami postępowania obciąża **Instytut „POMNIK – Centrum Zdrowia Dziecka”, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PROMED Spółkę Akcyjną, 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **INSTYTUTU „POMNIK – Centrum Zdrowia Dziecka”, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20** na rzecz **PROMED Spółki Akcyjnej, 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka, 04-730 Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20 prowadzi postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego na rozbudowę i przebudowę Kliniki Anestezjologii i Intensywnej Terapii w Instytucie „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka” (blok operacyjny, oit I, oit II i oit III) w ramach środków UE – program operacyjny „Infrastruktura i Środowisko” 2007-2013 priorytet XII bezpieczeństwo zdrowotne i poprawa efektywności systemu ochrony zdrowia – działanie 12.2 inwestycje w infrastrukturę ochrony zdrowia o znaczeniu ponadregionalnym.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 22 kwietnia 2011 roku wykonawca PROMED S.A., 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b wniósł odwołanie wobec niezgodności z ustawą Pzp czynności zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie urządzeń medycznych wyposażenia technologicznego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskazujący na konkretne wyroby, uniemożliwiający złożenie oferty odwołującemu się, a przy tym nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Pzp,
- 2) żądaniu od wykonawców dokumentów w postaci pisemnej autoryzacji producenta oferowanego urządzenia medycznego wstawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji, pomimo że nie są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący się podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego, wskazuje na produkty firmy Maquet w przypadku pozycji: STOŁY OPERACYJNE: KOLUMNA – 9 kpl, BLATY Z TRANSPORTEREM – 14 kpl, BLAT NEURUCHIRURGICZNY, BLAT OGÓLNOCHIRURGICZNY, Kolumna Anestezjologiczna kpl. 10, Kolumna Chirurgiczna kpl. 10, Kolumna Dystrybucyjna kpl. 10 oraz Lampy Operacyjne 10 kpl. Ponadto opis przedmiotu zamówienia w pozycji MOSTY INTENSYWNEJ TERAPII – kpl 12 (stanowisk 12) oraz MOSTY WZMOŻONEGO NADZORU wskazuje na produkt – model Ponta firmy Draeger. Wskazują na to następujące parametry:

1. Pozycja STOŁY OPERACYJNE: KOLUMNA - 9 kpi. BLATY Z TRANSPORTEREM - 14 kpi  
- strona 57 i nast. SIWZ.

a) W tabeli technicznej dot. BLATU OGÓLNOCHIRURGICZNEGO Zamawiający opisując parametry dopuścił jedynie rozwiązania proponowane przez firmę Maquet i produkowany przez nich blat, o czym świadczy:

- pkt 37. Zamawiający opisując parametr „Całkowita szerokość blatu w części centralnej razem z szynami akcesoryjnymi 550 [mm] +/- 20 [mm]” doprowadził do ograniczenia możliwości złożenia oferty jedynie dla wykonawcy oferującego stół producenta Maquet i produkowany przez niego blat nr 1150.22, którego szerokość wynosi 540 mm. Podany w opisie zakres tolerancji jest jedynie parametrem dającym możliwość iluzorycznego uczestnictwa wykonawcy oferującemu inne stoły.

- pkt 38. Zamawiający opisując parametr: „Regulacja położenia blatu realizowana elektrycznie sterowana przy pomocy pilota przewodowego:

- Wysokość wymagana w zakresie: nie więcej niż 725 [mm] do nie mniej niż 1215 [mm], +/-15[mm] pozycja Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, pozycja anty-Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40o od poziomu, przechył boczny: nie mniej niż +/- 25° od poziomu,

- segment nożny: min. +110%-75°, segment plecowy przesuw wzdłu ż blatu 500 [mm] +/-30 [mm] poziomowanie blatu - zerowanie" doprowadził do ograniczenia możliwości złożenia oferty jedynie dla wykonawcy oferującego stół producenta Maquet z blatem 1150.22, którego wymiary zamieszczamy poniżej:

Wysokość wymagana w zakresie: nie więcej niż 725 [mm] do nie mniej niż 1215 [mm],  
pozycja Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, pozycja anty-Trendelenburga: n ie  
mniej niż +/- 40° od poziomu, przechył boczny: nie mniej ni ż +/- 25° od poziomu,  
segment nożny: min. +110%- 75°, segment plecowy

- przesuw wzdłuż blatu 475 [mm] poziomowanie blatu - zerowanie

b) W tabeli technicznej dot. BLATU NEUROCHIRURGICZNEGO Zamawiający również opisując parametry dopuścił jedynie rozwiązania proponowane przez firmę Maquet i produkowany przez nich blat:

- Pkt. 53 Parametr „Całkowita szerokość blatu w części centralnej razem z szynami akcesoryjnymi 560 [mm] +/- 20 [MM]” dopuszcza wyłącznie wyroby producenta Maquet i w zestawieniu z pozostałymi parametrami opisu blatu powoduje, iż ofertę de facto może złożyć jedynie wykonawca oferujący stół tej firmy.

- Pkt 54 i 55:

Zamawiający opisując parametr: „Regulacja położenia blatu realizowana elektrycznie sterowana przy pomocy pilota przewodowego:

Wysokość regulowana i wymagana w zakresie: od nie więcej niż 770 [mm] do nie mniej niż 1220 [mm], +/-20 [mm] pozycja Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, pozycja anty-Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, przechył boczny: nie mniej niż +/- 25° od poziomu,

- przesuw wzdłużny blatu min. 470 [mm] +/-20 [mm] poziomowanie blatu - zerowanie jednym przyciskiem Mechaniczna regulacja: podglówka

segment pleców regulacja w zakresie do + 30° z tolerancją +/-5 °

po raz kolejny dopuszcza tylko rozwiązania charakterystyczne dla blatu neurochirurgicznego Maquet co powoduje, iż ofertę w tym postępowaniu może złożyć jedynie wykonawca oferującego stół producenta Maquet.

#### c) BLAT OGÓLNOCHIRURGICZNY

- Pkt.73:

Zamawiający opisując parametr: „Regulacja położenia blatu realizowana elektrycznie sterowana przy pomocy pilota przewodowego.

Wysokość wymagana w zakresie: nie więcej niż 730 [mm] do nie mniej niż 1220 [mm], +/-20[mm] pozycja Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu,

- pozycja anty-Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, przechył boczny: nie mniej niż +/- 25° od poziomu,

- segment nożny: min. 07- 60°,

- segment plecowy: min: +90°/-40° przesuw wzdłuż blatu 300 [mm] +/-30 [mm] poziomowanie blatu - zerowanie" po raz kolejny dopuszcza tylko rozwiązania charakterystyczne dla blatu ogólnochirurgicznego Maquet co powoduje, iż ofertę w tym postępowaniu może złożyć jedynie wykonawca oferującego stół producenta Maquet.

d) W tabeli technicznej dot. BLATU OGÓLNOCHIRURGICZNEGO z zastosowaniem w torakochirurgii Zamawiający również opisując parametry dopuścił jedynie rozwiązania proponowane przez firmę Maquet i produkowany przez nich blat, i tak:

- Pkt. 91 i 92:

Zamawiający opisując parametr: „Regulacja położenia blatu realizowana elektrycznie sterowana przy pomocy pilota przewodowego.

Wysokość wymagana w zakresie: nie więcej niż 725 [mm] do nie mniej niż 1215 [mm], +/-15 [mm] pozycja Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, pozycja anty-Trendelenburga: nie mniej niż +/- 40° od poziomu, przechył boczny: nie mniej niż +/- 25° od poziomu, segment nożny: +90°/- 90°, segment plecowy: min: +70°/-60° przesuw wzdłuż blatu 300 [mm] +/-20 [mm]

poziomowanie blatu - zerowanie

Manualna regulacja położenia górnej płyty plecowej w zakresie min. +100° / - 70° ±10° po raz kolejny dopuszcza tylko rozwiązania charakterystyczne dla blatu ogólnochirurgicznego

Maquet co powoduje iż ofertę w tym postępowaniu może złożyć jedynie wykonawca oferującego stół producenta Maquet.

2. Pozycja Kolumna Anestezjologiczna kpi. 10 - str. 36 i nast. SIWZ.

a) pkt 5 łącznie z 6

Zamawiający w pkt. 5 wymaga zaoferowania ramion długości 1900 mm +/- 100mm, co łącznie z parametrem z pkt 6 oznacza więc, że Zamawiający ograniczył długość poszczególnego ramienia do przedziału od 900mm do 1000 mm, wykluczając tym samym z udziału w postępowaniu Odwołującego, który w swojej ofercie posiada typoszereg ramion o długościach 865 mm oraz 1130 mm. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający postawił taki wymóg z premedytacją mając na względzie jedynie całkowite odcięcie konkurencji, bowiem zwiększenie tolerancji do +/-200mm w oczywisty sposób nie wpłynęłoby na funkcjonalność nabywanych urządzeń, a zwiększyłyby znacząco konkurencyjność ofert umożliwiając złożenie oferty firmom innym niż tylko te posiadające w swojej ofercie kolumny firmy Maquet (co jasno wynika z analizy treści SIWZ rozpatrywanej dla wszystkich parametrów łącznie). W szczególności powyższa zmiana pozwoliłaby na złożenie oferty zawierającej kolumny oferowane przez Odwołującego firmy Trumpf Kreuzer Medizin Systeme GmbH, której kolumny uważane są powszechnie za jedne z najlepszych tego typu produktów na rynku. W świetle powyższego nie jest zrozumiałe celowe ograniczanie sobie przez zamawiającego wyboru produktów wiodących firm - chyba, że opis ma na celu ograniczenie konkurencji zmierzające do wyłonienia oferty z produktami firmy Maquet, jako już z góry wybranej.

b) pkt 19 rozpatrywany łącznie z pkt. 20

Zamawiający w powyższych punktach wymaga zaoferowania kolumn z „gniazdami dystrybucyjnymi gazów medycznych rozmieszczonych symetrycznie po prawej i lewej stronie głowicy.

Należy stwierdzić, iż taki wymóg jest po pierwsze całkowicie nieuzasadniony z punktu widzenia klinicznego (króćce przyłączeniowe i węże wystają na boki z głowicy utrudniając prace w jej pobliżu). Ponadto uniemożliwia on złożenie oferty z kolumnami jakiegokolwiek innej firmy niż Maquet, gdyż jest to parametr charakterystyczny i unikalny dla wytwarzanych przez tę firmę kolumn. Można oczywiście podnosić, iż kolumny oferowane przez Odwołującego oraz jeszcze przez firmę Draeger mogą mieć zlokalizowane gniazda gazów medycznych na bocznych ścianach, należy jednak rozpatrywać to twierdzenie łącznie z zapisem z pkt. 20 opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymaga zlokalizowania gniazd w panelach dystrybucyjnych. Żaden z producentów z wyjątkiem Maquet nie stosuje w takich przypadkach paneli dystrybucyjnych - jest to unikalne rozwiązanie charakterystyczne dla firmy Maquet całkowicie uniemożliwiające jakąkolwiek konkurencję. Zamawiający takim działaniem odciął możliwość złożenia ofert dwóm światowym potentatom na rynku produkcji kolumn - firmom Draeger i Trumpf.



c) pkt. 21

Kolejnym ograniczeniem konkurencji jest opisanie wymogu „odchylonych od płaszczyzny głowicy ścian paneli dystrybucyjnych”. Otóż żadna z firm wytwarzających kolumny z panelami dystrybucyjnymi (za wyjątkiem oczywiście firmy Maquet) nie produkuje w nich ścian odchylonych w opisany sposób. Taki opis uniemożliwia (podobnie jak wiele innych podnoszonych tu wymogów) złożenie oferty komukolwiek innemu niż tylko wykonawcy oferującemu wyroby firmy Maquet i to w dodatku z jedną tylko konkretną linią produktową - kolumnami Modutec.

d) pkt. 40

Zamawiający żąda zaoferowania „wysięgніка o długości 500 mm  $\pm$  50mm i udźwigu 20 kg  $\pm$  3 kg”. Oznacza to, że nie jest możliwe zaoferowanie wysięgnika o długości 634 mm i nośności 25 kg mimo, że w sposób oczywisty odznaczają się one parametrami znacznie przewyższającymi wymagane. Nośność łącznie z zasięgiem zostały tak dobrane, aby uniemożliwić złożenie oferty innym wykonawcom niż dystrybutorom firmy Maquet.

3. Pozycja Kolumna Chirurgiczna kpl.10 - str. 38 i nast. SIWZ

a) pkt 5 łącznie z 6

Zamawiający w pkt. 5 wymaga zaoferowania ramion długości 1900 mm  $\pm$  100mm, co łącznie z parametrem z pkt 6 oznacza więc, że Zamawiający ograniczył długość poszczególnego ramienia do przedziału od 900mm do 1000 mm, wykluczając tym samym z udziału w postępowaniu odwołującego, który w swojej ofercie posiada typoszereg ramion o długościach 865 mm oraz 1130 mm. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający postawił taki wymóg z premedytacją mając na względzie jedynie całkowite odcięcie konkurencji, bowiem zwiększenie tolerancji do  $\pm$ 200mm w oczywisty sposób nie wpłynęłoby na funkcjonalność nabywanych urządzeń, a zwiększyłyby znacząco konkurencyjność ofert umożliwiając złożenie oferty firmom innym niż tylko te posiadające w swojej ofercie kolumny firmy Maquet. W szczególności powyższa zmiana pozwoliłaby na złożenie oferty zawierającej kolumny firmy Trumpf Kreuzer Medizin Systeme GmbH (oferowane przez Odwołującego), które uważane są powszechnie za jedne z najlepszych tego typu produktów na rynku. W świetle powyższego nie jest zrozumiałe celowe ograniczanie sobie przez Zamawiającego wyboru produktów wiodących firm - chyba, że opis ma na celu ograniczenie konkurencji zmierzające do wyłonienia oferty z produktami firmy Maquet, jako już z góry wybranej.

b) pkt 21 rozpatrywany łącznie z pkt. 23

Zamawiający w powyższych punktach wymaga zaoferowania kolumn z „gniazdami dystrybucyjnymi gazów medycznych rozmieszczonych symetrycznie po prawej i lewej stronie głowicy”.

Wymóg jest całkowicie nieuzasadniony z punktu widzenia klinicznego (króćce przyłączeniowe i węże wystają na boki z głowicy utrudniając prace w jej pobliżu) to w

dotatku uniemożliwia złożenie oferty z kolumnami jakiegokolwiek innej firmy niż Maquet, gdyż jest to parametr charakterystyczny i unikalny dla wytwarzanych przez tę firmę kolumn. Można oczywiście podnosić, iż kolumny oferowane przez Odwołującego oraz jeszcze przez firmę Draeger mogą mieć zlokalizowane gniazda gazów medycznych na bocznych ścianach, należy jednak rozpatrywać to twierdzenie łącznie z zapisem z pkt. 23 opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymaga zlokalizowania gniazd w panelach dystrybucyjnych. Żaden z producentów z wyjątkiem Maquet nie stosuje w takich przypadkach paneli dystrybucyjnych - jest to unikalne rozwiązanie charakterystyczne dla firmy Maquet całkowicie uniemożliwiające jakąkolwiek konkurencję.

c) pkt 23

Zapis z punktu 23 - wymóg „odchylonych od płaszczyzny głowicy ścian paneli dystrybucyjnych” również wskazuje na firmę Maquet, gdyż żadna inna nie produkuje ścian odchylonych w opisany sposób. Taki opis uniemożliwia (podobnie jak wiele innych podnoszonych tu wymogów) złożenie oferty komukolwiek innemu niż tylko wykonawcy oferującemu wyroby firmy Maquet i to w dodatku z jedną tylko konkretną linią produktową - kolumnami Modutec.

4. Pozycja Kolumna Dystrybucyjna kpi.10 - str. 41 i nast. SIWZ

a) pkt 7,9,11 rozpatrywane łącznie

Zamawiający w powyższych punktach wymaga zaoferowania kolumn z „gniazdami dystrybucyjnymi gazów medycznych rozmieszczonych symetrycznie po prawej i lewej stronie głowic/.

Wymóg po pierwsze całkowicie nieuzasadniony z punktu widzenia klinicznego (króćce przyłączeniowe i węże wystają na boki z głowicy utrudniając prace w jej pobliżu) to w dodatku uniemożliwia złożenie oferty z kolumnami jakiegokolwiek innej firmy niż Maquet, gdyż jest to parametr charakterystyczny i unikalny dla wytwarzanych przez tę firmę kolumn. Można oczywiście podnosić, iż kolumny oferowane przez odwołującego oraz jeszcze przez firmę Draeger mogą mieć zlokalizowane gniazda gazów medycznych na bocznych ścianach, należy jednak rozpatrywać to twierdzenie łącznie z zapisem z pkt. 9 opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wymaga zlokalizowania gniazd w panelach dystrybucyjnych. Żaden z producentów z wyjątkiem Maquet nie stosuje w takich przypadkach paneli dystrybucyjnych - jest to unikalne rozwiązanie charakterystyczne dla firmy Maquet całkowicie uniemożliwiające jakąkolwiek konkurencję.

b) pkt 34

Zamawiający żąda bowiem w tym punkcie „wysięgніка o długości 500 mm  $\pm$  50mm i udźwigu 20 kg  $\pm$  3 kg”. Oznacza to, że nie możliwe jest zaoferowanie wysięgnika o długości 634 mm i nośności 25 kg mimo, że w sposób oczywisty odznaczają się one parametrami znacznie

przewyższającymi wymagane. Nośność łącznie z zasięgiem zostały tak dobrane aby uniemożliwić złożenie oferty innym wykonawcom niż dystrybutorom firmy Maquet.

#### 5. Pozycja Lampy Operacyjne 10 kpl. - str. 46 i nast. SIWZ

##### a) pkt 14

Zamawiający w pkt 14 posługuje się nieznanym w języku branżowym i nie udokumentowanym w żaden sposób określeniem „diody 2 generacji (światło białe)”. Zapis taki należy ewidentnie zakwalifikować jako zabroniony ustawowo i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający powołuje się tym sposobem na jakieś rzekome generacje diod stanowiące jedynie slogany marketingowe firmy Maquet, a nie rzeczywistą klasyfikację - taka bowiem oficjalnie nie istnieje.

##### b) pkt 15

W pkt 15 Zamawiający żąda, aby wszystkie diody emitowały światło białe. Jest to zapis niedopuszczalny, gdyż Zamawiający nie może żądać określonej metody realizacji celu, która to metoda w obecnej formie opisu w dodatku wyklucza ogromną grupę wykonawców, a foruje (rozpatrując łącznie z pozostałymi zapisami SIWZ) jedynie lampy PowerLED firmy Maquet. Zamawiający powinien jedynie żądać określonego efektu, którym w tym przypadku jest białe światło w polu operacyjnym.

##### c) pkt 17

W pkt 17 Zamawiający żąda, aby czasza zawierała co najmniej 120 diod LED. Jest to zapis niedopuszczalny, gdyż Zamawiający dopuszcza tym samym jedynie czaszę satelitarną lampy PowerLED firmy Maquet. Zamawiający może oczywiście stawiać wymogi co do ilości diod LED, gdyż rzutuje to pośrednio (obok innych ważnych czynników) na rozkład światła w polu. Nie może jednak Zamawiający swoimi wymogami stawiać na wygrywającej pozycji jedynie lampy PowerLED firmy Maquet. Powinien on brać pod uwagę średnią ilość diod w wiodących konstrukcjach rynkowych a tym samym postawić w tym przypadku nie ograniczający konkurencji wymóg np. nie mniej niż 110 diod.

##### d) pkt 18

W pkt 17 Zamawiający dopuszcza się ustawienia treści SIWZ na korzyść lamp PowerLED firmy Maquet - jedynie ta lampa z dostępnych na rynku ma konstrukcję opisaną przez Zamawiającego - współosiową spełniając jednocześnie zapisy z punktów 28, 40, 44, 45, 46. Na skutek tego zapisu, jedynie wykonawca oferujący wyrób firmy Maquet może złożyć ofertę.

##### e) pkt 21

W pkt 21 Zamawiający kolejny raz „ustawia” SIWZ na korzyść lamp PowerLED firmy Maquet. Jedynie ta lampa bowiem ze wszystkich dostępnych na rynku posiada okrągłą czaszę łącznie z współosiową konstrukcją i pozostałymi parametrami z punktów 28, 40, 44, 45, 46.

##### f) pkt 45 i 46

W pkt 45 i 46 opisano średnicę pola z fikcyjnymi tolerancjami w taki sposób, że jedynie lampa PowerLED firmy Maquet może spełnić te wymogi SIWZ.

Zadamy wykreślenia tych zapisów lub dopuszczenia zakresu regulowanego 20 cm do 30 cm, co zawiera w sobie zakres, który faktycznie chce otrzymać Zamawiający tj. 24 cm (tyle bowiem wynoszą pola lamp PowerLED).

g) pkt 42

W pkt 42 Zamawiający określa temperaturę barwową na wartość 4500K z fikcyjną tolerancją 10%, co uniemożliwia złożenie ofert bardzo wielu renomowanym firmom, które produkują lampy z regulowaną temperaturą barwową (z całą mocą należy tu podkreślić, że lampy z regulowaną temperaturą barwową umożliwiają selektywne ustawienie żądanej 4500K, ale też i innych wartości, co daje więc Zamawiającemu szerszy wachlarz możliwości). Należy tu przywołać tak wiodące firmy jak Berchtold, Dr Mach, Trumpf, Surgilis, Merivaara -wszystkie pozbawione możliwości złożenia oferty z powodu zapisów preferujących lampy jednego określonego producenta.

h) pkt 28

Zamawiający w punkcie 28 żąda zaoferowania „Automatycznego systemu przyciemniającego segmenty zasłonięte przez głowę operatora”. Jest to otwarcie i wprost opisany system AIM (ang. Automatic Illumination Management), który jest unikalnym rozwiązaniem firmy Maquet. Tym samym tylko lampa PowerLED jako jedyna może spełnić SIWZ w tym zakresie.

6. Pozycja MOSTY INTENSYWNEJ TERAPII - KPL. 12 (stanowisk 12) str. 49 do 53 oraz MOSTY WZMOŻONEGO NADZORU - KPL 26 (26 stanowisk) str. 54 do 57

Powyższe pozycje zostały opisane w sposób jednoznacznie wskazujący na urządzenie - model Ponta produkowany przez Draeger. Wynika to z faktu, że produkty te są unikalnymi rozwiązaniami technicznymi ww. firmy i żaden z istniejących producentów nie wytwarza rozwiązania ekwiwalentnego spełniającego łącznie wszystkie wymogi SIWZ.

Odwołujący też zakwestionował wymóg zawarty w „UWADZE” załącznika nr 1 do SIWZ o treści: *wszystkie kolumny (anestezjologiczna, chirurgiczna, perfuzjonisty i dystrybucyjna) – tego samego producenta; - wszystkie stoły, blaty i lampy operacyjne – tego samego producenta; - wszystkie mosty – tego samego producenta; Do oferty należy załączyć pisemną autoryzację producenta oferowanego urządzenia medycznego wystawioną dla Wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji.*

Na rozprawie odwołujący się cofnął zarzuty w zakresie segmentu nożnego w tabeli technicznej dot. BLATU NEUROCHIRURGICZNEGO (pkt 54) i OGÓLNOCHIRURGICZNEGO (pkt 91) oraz w związku z przyznaniem przez zamawiającego, że kolumna Truport odpowiada wymaganiom z zakresu kolumny anestezjologicznej pkt od

19 do 21 oraz odpowiadającym ich parametrom dla kolumny chirurgicznej i dystrybucyjnej zarzuty z pkt 19 - 21 dot. kolumny anestezyjologicznej i odpowiadające im zapisy w innych tabelach dla kolumny chirurgicznej i dystrybucyjnej oraz zarzut z pkt 28 z pozycji - lampy operacyjne, 10 kompletów oraz z pkt 21 dotyczące kształtu czaszy.

Odwołujący się wniósł o zmianę SWIZ w zakresie pozostałych zakwestionowanych pozycji opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w sentencji wyroku oraz o usunięcie wymogów dotyczących tożsamości producentów i rezygnacji z obowiązku załączenia do oferty pisemnej autoryzacji producenta oferowanego urządzenia medycznego wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezpodstawnego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnia stwierdzenie, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazywanie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych, specyficznej technologii lub właściwości użytkowych charakterystycznych dla określonego produktu.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący się przedstawił szereg dowodów w postaci kart katalogowych producentów sprzętu medycznego oraz zestawienia wybranych parametrów granicznych dla stołów operacyjnych w porównywalnych modelach stołów niektórych producentów potwierdzających twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego wskazuje na konkretne produkty konkretnych producentów. Izba dowody te uznała za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i uzasadniające podniesione zarzuty.

Zamawiający nie zakwestionował dowodów przedstawionych przez odwołującego się, jak również nie wskazał żadnego dowodu, który potwierdziłby, że dokonany opis przedmiotu zamówienia pozwala na zaoferowanie również produktów innych producentów sprzętu

medycznego. Argumentacja zamawiającego sprowadzała się do twierdzenia, że opisanemu przedmiotowi zamówienia odpowiadają również produkty innych wykonawców, jak również, że zamawiający potrzebuje dokładnie takich produktów, jakie opisał w SIWZ, niemniej jednak tezy te nie zostały w żaden sposób udowodnione. Zamawiający nie podjął nawet próby udowodnienia któregośkolwiek ze swych twierdzeń wychodząc z założenia, że to na odwołującym się spoczywa obowiązek wykazania za pomocą dowodów słuszności swej argumentacji.

Zgodnie z wyrażoną w art. 6 K.c. zasadą rozkładu ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, to na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że sposób, w jaki opisał przedmiot zamówienia, umożliwia zaoferowanie produktów co najmniej kilku producentów. Odwołujący się wykazał, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, podał, o jakie produkty chodzi i przedstawił na tę okoliczność wiarygodne dowody. Jeżeli zamawiający twierdził inaczej, to on w tej sytuacji winien był udowodnić, że opisanemu przez niego przedmiotowi zamówienia odpowiadają również produkty inne niż wskazane przez odwołującego się. Należy zwrócić uwagę, że do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta.

W przypadku pozycji MOSTY INTENSYWNEJ TERAPII – KPL. 12 (stanowisk 12) str. 49-53 oraz MOSTY WZMOŻONEGO NADZORU – kpl. 26 (26 stanowisk) str. 54-57 SIWZ

odwołujący się twierdził, iż pozycje te zostały opisane w sposób jednoznacznie wskazujący na urządzenie – model Ponta produkowany przez Draeger. Produkty te są unikalnymi rozwiązaniami technicznymi ww. firmy i żaden z istniejących producentów nie wytwarza rozwiązania ekwiwalentnego spełniającego łącznie wszystkie wymogi SIWZ. Pomimo, że zamawiający nie wskazał tu na konkretny produkt czy firmę, nie udowodnił również, że produkt ten jest wytwarzany przez innych producentów. Można zatem przyjąć, iż w istocie opisany produkt dotyczy wyłącznie modelu Ponta firmy Draeger, co nakazywałoby opisać przedmiot zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), to jest przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie – zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Izba nakazała wykreślenie zamawiającemu wymogu dotyczącego tożsamości producentów i jednocześnie rezygnacji z obowiązku załączenia do oferty pisemnej autoryzacji producenta oferowanego urządzenia medycznego wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji.

W ocenie Izby nie ma żadnego racjonalnego ani prawnego uzasadnienia dla wskazanych wymogów. To wybrany wykonawca jest odpowiedzialny zarówno za należyte wykonanie umowy, jak i za realizację roszczeń gwarancyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....