

**WYROK**  
**z dnia 2 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. L. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa**

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów dotyczącym pozycji 12, 18, 19 i 20 *Specyfikacji asortymentowo-cenowej*, stanowiącej Załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dotyczących § 2 ust. 2 oraz § 7 ust. 10 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu nr 359108 z dnia 5 grudnia 2016 r. oraz modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez dopuszczenie składania ofert częściowych: I – ciekły azot medyczny do odgazowywacza (pozycja 12), II - tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 2l i 5l (pozycja 18), tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 10l (pozycja 19), dzierżawa butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym (pozycja 20), a nadto poprzez usunięcie § 2 ust. 2 oraz § 7 ust. 10 projektu umowy albo poprzez nadanie § 2 ust. 2 treści, która zawierała będzie wskazanie gwarantowanych, minimalnych ilości zamawianych dostaw, w pozostałym zakresie uznaje zarzuty za niezasadne,

2. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o., ul. L. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o.o., ul. L. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa** na rzecz **Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów** kwotę **11 149 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą zbiorników i butli dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o.* (Nr sprawy MSB/PN/65/11/2016), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie Sp. z o.o. ul. Ludwika Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca Messer Polska Sp. z o.o., ul. Maciejkowicka 30, 41-503 Chorzów (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), tj.

- pkt.3 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w całości, pkt.4 SIWZ Opis części zamówienia w całości, Specyfikacji asortymentowo-cenową stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ w całości, Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 7 (w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania),
- postanowienia zawartego w „Projekcie umowy nr /2016MSB/PN/65/11/2016”, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, tj. w § 2 ust.2 *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia ilości zamawianego asortymentu i związanej z tym wartością umowy do faktycznie zamawianego asortymentu w okresie obowiązywania niniejszej umowy. Wykonawca nie może wnosić z tego tytułu roszczeń w stosunku do Zamawiającego”* oraz § 7 ust. 10 *„Wartość przedmiotu umowy może ulec zmniejszeniu stosownie do postanowień, o których mowa w § 2 ust. 2 niniejszej umowy”*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności, poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, polegające na wprowadzeniu do jednego zamówienia produktów dostępnych tylko u jednego lub bardzo ograniczonej liczby podmiotów bez podziału tego zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
3. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez wadliwe opisanie

- przedmiotu zamówienia, polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych/nieudzielenie zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
4. art. 29 ust. 1, 2 w zw. z art. 34 ust.5 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, polegające na nieokreśleniu minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co w konsekwencji nie pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty.

Odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami Pzp, w tym podział zamówienia na części i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych/udzielenie zamówienia w częściach, tj. wydzielenie produktów dostępnych tylko u jednego bądź ograniczonej liczby podmiotów do osobnych pakietów/części i tym samym dopuszczenie większej liczby wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu w celu zapewnienia konkurencyjności (wydzielenie tlenów medycznych w butlach aluminiowych z zintegrowanych zaworem z pozycji nr 18, 19 i 20 Specyfikacji asortymentowo-cenowej do osobnej części zamówienia/pakietu, wydzielenie mieszaniny tlenu medycznego i podtlenu azotu medycznego 50/50 wraz z dzierżawą butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym i ustnikiem z pozycji nr 8, 20 i 21 Specyfikacji asortymentowo-cenowej do osobnego pakietu/części, wydzielenie tlenu medycznego w butlach 101(AL.) z pozycji 6 Specyfikacji asortymentowo-cenowej do osobnego pakietu/części, odstąpienie od żądania w przypadku azotu ciekłego do odgazowywacza z pozycji nr 12 Specyfikacji asortymentowo-cenowej kwalifikacji do co najmniej klasy IIa wyrobów medycznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych i wprowadzenie również klasy I wskazanych wyrobów medycznych jako dopuszczalnych ze względu na cel ich użytkowania oraz wyłączenia tego wyrobu medycznego do osobnego pakietu, ponadto dopuszczenie dwutlenku węgla medycznego z poz.6 Specyfikacji asortymentowo-cenowej w butlach o pojemności 50l),
- dokonania zmiany treści SIWZ, poprzez określenie minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwoli wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty.

Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W ocenie odwołującego połączenie przez zamawiającego w jedno zamówienie bez możliwości składania ofert częściowych dostawy gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą zbiorników i butli ograniczyło możliwość złożenia oferty w postępowaniu do jednego podmiotu funkcjonującego na rynku gazów medycznych.

Stwierdził, że powyższe ograniczenie w dostępie do zamówienia ma przede wszystkim miejsce w przypadku tlenów medycznych w budach aluminiowych z zintegrowanym zaworem z pozycji nr 18, 19 i 20 Specyfikacji asortymentowo-cenowej, których warunki graniczne opisane zostały w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, tj. *„W przypadku butli tlenowych 2 litry i 5 litrów Zamawiający wymaga butli aluminiowej napełnionej tlenem do ciśnienia 200 bar z zaworem zintegrowanym, tj. wmontowanym na stałe (zintegrowanym z butlą) modułem wyposażonym w reduktor ciśnienia, manometr wskazujący ciśnienie tlenu w butli, przepływomierz o zakresie pracy 0,5 – 15 l/min, wyjście do podłączenia maski tlenowej lub kaniuli donosowej oraz system szybkiego łączenia (Quick Connector) typu AGA do podłączenia urządzeń przenośnych wymagających dostarczenia tlenu medycznego np. respirator transportowy.*

*Parametry techniczne butli 2 litry z zaworem zintegrowanym, wymagane ze względu na urządzenia którymi dysponuje Zamawiający:*

*Wysokość całkowita butli wraz z zaworem zintegrowanym maksymalnie 50 cm.*

*Średnica butli wraz z zaworem zintegrowanym maksymalnie 10,5 cm*

*Waga napełnionej butli wraz z zaworem, osłoną zaworu i systemem podwieszania maksymalnie 4kg (potwierdzona stosowną dokumentacją techniczną dołączoną do oferty”*  
*eliminują wszystkich wykonawców z wyjątkiem obecnego dostawcy Zamawiającego, który jako jedyny może spełnić wszystkie wymagania w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym w zakresie wagi butli). Podobna sytuacja występuje również w przypadku mieszaniny tlenu medycznego i poddenku azotu medycznego 50/50 wraz z dzierżawą butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym i ustnikiem z pozycji nr 8, 20 i 21 Specyfikacji asortymentowo-cenowej oraz tlenem medycznym w butlach 101(AL.) z pozycji 6 Specyfikacji asortymentowo-cenowej, które znajdują się w ofercie tylko dwóch podmiotów funkcjonujących na rynku gazów medycznych i tym samym powinny zostać wydzielone do osobnych pakietów/ części zamówienia.*

Wniósł o powołanie biegłego z zakresu funkcjonowania rynku gazów medycznych na okoliczność ustalenia, że tlen medyczny w butlach aluminiowych z zintegrowanym zaworem z pozycji nr 18, 19 i 20 Specyfikacji asortymentowo-cenowej oraz mieszanina tlenu medycznego i podtlenku azotu medycznego 50/50 wraz z dzierżawą butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym i ustnikiem z pozycji 8, 20 i 21 Specyfikacji asortymentowo-cenowej oraz tlen medyczny w butlach 10l (AL.) z pozycji 6 Specyfikacji

asortymentowo-cenowej są dostępne w bardzo ograniczonym kręgu podmiotów funkcjonujących na rynku gazów medycznych (odpowiednio u jednego i dwóch podmiotów), Załączył ulotkę dot. zintegrowanego zaworu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający stwierdził, iż żądając modyfikacji określonych zapisów SIWZ składający wniosek powinien kierować się nie tylko własnym interesem, ale winien dostrzec interes i cele zamawiającego.

Dowód: *Zestawienie pytań i odpowiedzi w postępowaniu z 09.12.2016 r.*

Podniósł, iż to właśnie interes i cel zamawiającego miał na uwadze odwołujący, gdyż racjonalnym wydaje się dopuszczenie jak największej liczby wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu, co prowadzi do uzyskania konkurencyjnej ceny produktów i obniżenia wydatków środków publicznych – stwierdził, że na powyższe wskazuje postępowanie przetargowe w Świętokrzyskim Centrum Onkologii w Kielcach, w którym uwzględniono prośby o modyfikację SIWZ odwołującego i podzielono zamówienie na części w celu dopuszczenia jak największej liczby podmiotów, co znalazło odzwierciedlenie w cenach ofertowych, które stanowiły jedną trzecią kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dowód: *SIWZ, Pakiety przed zmianą, Pakiety po zmianie, Zmiana treści SIWZ, Zbiorcze zestawienie ofert w sprawie AZP 241-165/16 (postępowanie: AZP 241/165/16, zabawiający: Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach).*

Stanął na stanowisku, że pomimo niewątpliwych korzyści ekonomicznych z dzielenia zamówienia na części i dopuszczenia do udziału w postępowaniu dużej liczby wykonawców, takie działanie w zakresie opisu i podziału przedmiotu zamówienia to przede wszystkim obowiązek zamawiającego w świetle art. 7 ust., 29 ust. 1-3 oraz art.36aa ust. 1 z uwzględnieniem art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Powołał się na uchwałę KIO z dnia 17 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 38/15: *„Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia poprzez posługiwanie się parametrami i rozwiązaniami technicznymi wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Naruszenie powyższego przepisu może również polegać na do określeniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani*

*w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego.”*

Za komentarzem do art. 29 W. Dzierżanowskiego, Prawo zamówień publicznych wskazał: *„Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie zasady uczciwej konkurencji”.*

Powołał się na uchwałę KIO z dnia 17 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 41/16 KIO: *„Dla uznania niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadą wynikającą z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.”*, uchwałę KIO z dnia 15 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 42/16: *„Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. może nastąpić w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.”*

Podkreślił, iż produkty dostępne wyłącznie u jednego lub ograniczonej liczby podmiotów na rynku gazów medycznych powinny zostać wydzielone do osobnych pakietów/części, gdyż w przeciwnym razie żaden inny wykonawca nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty.

Ocenił, że działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu, polegające na połączeniu wszystkich dostaw produktów w jedno zamówienie nie znajduje również uzasadnienia organizacyjnego, technicznego czy też medycznego.

Wskazał, że w postępowaniu na dostawę gazów medycznych i technicznych wraz z dzierzawą zbiorników i butli z zeszłego roku, zamawiający podzielił zamówienie na części i wydzielił dostawę produktów dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu do osobnego pakietu/ części.

Dowód: *SIWZ, Zapytania do S1WZ, Specyfikacja asortymentowo-cenowa po modyfikacji,*



*rozstrzygnięcie postępowania (sprawa nr MSB/PN/91/11/2015 Makowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie Sp. z o. o.).*

Wskazał także, że inne nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu to żądanie przez zamawiającego azotu ciekłego do odgazowywacza z pozycji nr 12 Specyfikacji asortymentowo-cenowej z kwalifikacją do co najmniej klasy IIa wyrobów medycznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych, w sytuacji gdy taki wyrób medyczny posiada tylko i wyłącznie jeden podmiot, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Uznał, że wyrób ten powinien zostać wyłączony do osobnego pakietu/części, a przedmiot zamówienia w tym zakresie powinien zostać opisany w sposób zapewniający poszanowanie podstawowych zasad ustawy Pzp, poprzez wskazanie do jakich celów dany wyrób medyczny jest przeznaczony, jak również poprzez dopuszczenie azotu ciekłego w klasie I.

Stwierdził, że zarówno klasa I jak i klasa IIa obejmuje dokładnie takie samo zastosowanie azotu ciekłego medycznego, tj. krioterapię i do tego właśnie celu zamawiający używa danego wyrobu medycznego.

Podniósł, że zamawiający, wybierając klasę IIa bez podania przyczyny niedopuszczenia klasy I podważa decyzję Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych i Wyrobów Medycznych, który dopuścił azot ciekły medyczny do zastosowań w krioterapii w obydwu klasach.

*Dowód: Dokumenty dotyczące ciekłego azotu ZP/101/2016, Deklaracja łagodności EC z Dyrektywą 93/42/EEC, Komunikat Prezesa Urzędu Rejestracji produktów leczniczych, wyrobów medycznych i produktów biobójczych z dnia 2 sierpnia 2012 r.*

Zdaniem zamawiającego zmodyfikowanie parametrów i wymagań w zakresie innych niż powyżej wskazanych produktów stanowiących przedmiot zamówienia również jest zasadne. Uznał, że bardziej elastyczny opis przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu parametrów dostępnych na rynku gazów oraz butli zdecydowanie działa na korzyść zamawiającego w aspekcie ekonomicznym, jak również umożliwia uzyskanie najlepszych jakościowo produktów.

Wskazał, iż dwutlenek węgla medycznego z poz. 7 Specyfikacji asortymentowo-cenowej dostępny jest również (obok butli 40l) w butlach o pojemności 50 l.

Stanął na stanowisku, że większe butle ograniczają ilość dzierżawionych butli, a tym samym obniżają koszty zamawiającego oraz umożliwiają złożenie oferty przez większą liczbę wykonawców.

Odwołujący przytoczył fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 752/11: „*Zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została naruszona*”,
- wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 2/09: „*Określenie przedmiotu zamówienia jest jego suwerenną decyzją i to w gestii Zamawiającego leży ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, które ten przedmiot zamówienia ma spełniać. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może jednak prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców*”,
- wyrok z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. KIO/UZP 434/09: „*Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ZamPublU, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. 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*”.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na nieokreśleniu minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany (§ 2 ust. 2 oraz § 7 ust. 10) odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp „*jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji*”.

Stwierdził, że zamawiający przewidując prawo opcji jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia i wskazania, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach.

Uzupełnił, że instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty oraz wskazuje jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

Wskazał, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania, w konsekwencji czego, SIWZ oraz Projekt umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego.

Odwołujący przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07: *„Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.“*

Odwołujący stwierdził, że prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji; skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków, poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 16 grudnia 2016 r., dokumentów załączonych do odwołania oraz pisma odwołującego z dnia 22 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020 (wejście w życie – 28 lipca 2016 roku).

Zarzuty:

- przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności,
- sformułowania postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
- wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na wprowadzeniu do jednego zamówienia produktów dostępnych tylko u jednego lub bardzo ograniczonej liczby podmiotów bez podziału tego zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
- wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych/ niezdzielenie zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu

w odniesieniu do pozycji 6, 7, 8, 12, 18, 19, 20 i 21 Specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ częściowo się potwierdziły, tj. w odniesieniu do pozycji 12, 18-20.

Zamawiający w pkt 2.2. *Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego* (co powielono w *Odpowiedzi na odwołanie*) wskazał następujące przyczyny niedokonania podziału zamówienia na części: *„Przedmiotem zamówienia są dostawy gazów medycznych i technicznych. W celu zapewnienia prawidłowej gospodarki gazami medycznymi, technicznymi oraz usługami z nimi związanymi Zamawiający powinien*

mieć zabezpieczone wszystkie produkty i usługi, które są przez Szpital wymagane. Kompleksowe zabezpieczenie w gazy gwarantuje bezpieczeństwo wszystkich terapii. Podział na pakiety doprowadziłby do sytuacji, w której szpital byłby narażony na brak kompleksowej oferty na wszystkie gazy i usługi z nimi związane, co mogłoby zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia i w konsekwencji spowodować nieprawidłowe funkcjonowanie Szpitala. W takim przypadku wydzielenie produktów / usług do oddzielnego pakietu może w konsekwencji doprowadzić do nadmiernej eskalacji ceny tego pakietu lub też w ogóle braku złożenia oferty na ten pakiet. Istnieje ryzyko, że żaden z Wykonawców może nie być zainteresowany złożeniem oferty na okrojone zamówienie, które będzie stanowiło „mało atrakcyjny pakiet”. Na każdą część zamówienia składane są odrębne oferty, dokonywany oddzielny wybór najkorzystniejszej oferty i zawierane odrębne stosunki umowne. Szpital nie dysponuje wystarczającym personelem, by nadzorować realizację wielu umów i dokonany podział spowoduje znaczący wzrost kosztów. Taki podział groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi wysoka jakość produktu, adekwatna do celów, jakim ma służyć. Należy również dodać, iż Zamawiający nie może dostosowywać opisu przedmiotu zamówienia do warunków technicznych wygodnych dla poszczególnych wykonawców, obniżając tym samym wymagania techniczne w odniesieniu do swoich potrzeb. Przyjęcie takiej tezy prowadziłoby do konieczności ciągłej zmiany wymagań i w konsekwencji dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy nie oferują dostaw odpowiedniej jakości. Doprecyzowanie przedmiotu zamówienia nie może i nie powoduje braku możliwości złożenia przez innych potencjalnych wykonawców oferty w przedmiotowym postępowaniu, którego uzyskanie jest w zasięgu każdego potencjalnego wykonawcy, będącego podmiotem gospodarczym posiadającym koncesję na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, który uzyska dostęp do przedmiotu zamówienia, poprzez zakup od innego podmiotu. Powyższe jest bardzo ważne, gdyż w przypadku leków prawo zabrania odmowy sprzedaży leku podmiotowi uprawnionemu do jego obrotu. Zamawiający jako dysponent zamawianego w postępowaniu produktu, który finansuje ze swoich środków budżetowych to przedsięwzięcie, ma więc prawo opisać przedmiot zamówienia, biorąc pod uwagę swoje potrzeby oraz uwarunkowania, a nie ulegać presji wykonawcy, który nie będzie mógł złożyć oferty z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat takiej funkcjonalności sprzętu czy produktu żądanego przez Zamawiającego, albo będzie dla niego pewnego rodzaju utrudnieniem (technicznym, organizacyjnym czy finansowym) pozyskanie takiej funkcjonalności dla oferowanego przez siebie asortymentu. W przypadku braku podziału na części firma, która nie

*ma jednego produktu może go odkupić od konkurencji i złożyć ofertę konkurencyjną w stosunku do innych firm, gdyż ma pozostałe produkty, co oznacza, że może zaproponować „konkurencyjne ceny” i być najtańsza w całym zamówieniu. Szpitale z reguły co roku potrzebują tych samych gazów. Wykonawcy wolą wnosić o rozpakietowanie i „straszyć szpitale” niż po prostu mieć kompleksowa ofertę. Oczywiście to wymaga więcej wysiłku i nakładów.*

*Nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o którym mowa w art. 7 ustawy, nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Z samego założenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o charakterze konkurencyjno-eliminacyjnym”.*

*W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 36aa ustawy Pzp „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”.*

*Jednocześnie zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp „W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej (...) 11) powody niedokonania podziału zamówienia na części”.*

*Na powyższej podstawie uznać należy, że choć ustawodawca nie wprowadził nakazu podziału zamówienia na części, to jednak dał wyraz temu, iż jako regułę zamawiający winni traktować podział zamówienia na części.*

*Jak trafnie wskazano w odpowiedzi dotyczącej kwestii „Podziału zamówienia na części” zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp: „Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi*

*trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.*

Sporządzone przez zamawiającego uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części (pkt 2.2. *Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego*) choć dość obszerne jest bardzo ogólne i – co najistotniejsze – nie zawiera żadnych konkretnych danych, czy odesłań do prowadzonych analiz czy rozeznania rynku, nie odnosi się do konkretnych pozycji asortymentowych przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie podał, na czym opiera swoje założenia co do ryzyka i zagrożeń podziału zamówienia na części w tym konkretnym postępowaniu.

Co więcej, zamawiający od początku zakłada konieczność zakupu przez niektórych wykonawców asortymentu od innego podmiotu, co samo w sobie oznacza, że ów sprzedawca jako samodzielny oferent w przedmiotowym postępowaniu ma dogodniejszą pozycję od innych wykonawców (kupujących). A przecież, jak wskazano powyżej, podział zamówienia na części ma „*zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami*”.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby przyczyny niedokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na części, pomimo – co wynika z rozprawy – dotychczasowej praktyki dopuszczania składania ofert częściowych – są nieprzekonujące.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji asortymentowych, mogących stanowić odrębne części zamówienia skład orzekający Izby wskazuje, co następuje.

#### Pozycja 6 – tlen medyczny w butlach 10l.

W odniesieniu do tej pozycji odwołujący w odwołaniu (str. 6-7) wskazał: „*Podobna sytuacja występuje również w przypadku (...) z (...) tlenem medycznym z pozycji 6 Specyfikacji asortymentowo-cenowej, które znajduje się w ofercie tylko dwóch podmiotów*

funkcjonującym na rynku gazów medycznych i tym samym powinny zostać wydzielone do osobnych pakietów/części zamówienia". Podobieństwo owo odnosiło się do pozycji 18-20, w odniesieniu do których odwołujący zakwestionował wymóg wagi butli (4 kg), co wyeksponował poprzez podkreślenie postanowienia SIWZ („Waga napełnionej butli wraz z zaworem, osłona zaworu i systemem podwieszania maksymalnie 4 kg (potwierdzona stosowną dokumentacją techniczną dołączoną do oferty)”) oraz wymóg zintegrowania zaworu z butlą. Potwierdził to przebieg rozprawy, podczas której odwołujący nie odnosił się do innych wymagań.

Innymi słowy, w przypadku pozycji 6 odwołujący nie widzi możliwości złożenia oferty ze względu na wymóg wagi butli (4 kg) oraz wymóg integracji zaworu z butlą.

Podnieść jednak należy, że wskazywane przez odwołującego podobieństwo pomiędzy wymaganiami dla pozycji 18-20 oraz dla pozycji 6 nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ, tj. *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ w odniesieniu do wagi butli, ponieważ wymóg wagi nie został przypisany butlom z tlenem o pojemności 10l. Odwołujący nie wskazał przy tym, iżby w tym zakresie nastąpiła modyfikacja SIWZ.

Nadto podnieść należy, że w przypadku pozycji 6, odmiennie niż w przypadku pozycji 19 zamawiający nie wprowadził wymogu integracji zaworu z butlą – opis pozycji 6 to „*tlen medyczny w butlach 10l (AL.)*” w ilości 106 butli, natomiast opis pozycji 19 to „*tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 10l*” w ilości 100 butli, co oznacza, że jedynie w tym drugim przypadku zamawiający żąda rozwiązania butli z zaworem zintegrowanym).

Brak jest także podstaw do przyjęcia, aby dzierżawa butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym z pozycji 20 dotyczyła pozycji 6. Brak w postanowieniach SIWZ takiego przypisania dzierżawy z pozycji 20 do pozycji 6.

Uznać zatem należało, że przeszkoda w złożeniu przez odwołującego oferty, której ten w przypadku pozycji 6 upatrywał w wymogu dotyczącym wagi butli oraz wymogu dotyczącym butli ze zintegrowanym zaworem nie występuje.

Zbędnym było dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ potwierdzenie przez biegłego, że w przypadku butli aluminiowych 10l z tlenem medycznym jedynie jeden podmiot oferuje te butle z zaworem zintegrowanym i o wadze 4 kg pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia wymogów SIWZ dla butli z tlenem tej pojemności (nie ma takich wymogów SIWZ).

Skład orzekający Izby uznał zatem, że w tym przypadku zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.



#### Pozycja 7 – dwutlenek węgla medyczny w butlach 40l

Odwołujący w odniesieniu do tej pozycji wskazał w odwołaniu (str. 10-11), że *„Bardziej elastyczny opis przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu parametrów dostępnych na rynku gazów oraz butli zdecydowanie działa na korzyść Zamawiającego w aspekcie ekonomicznym, jak również umożliwia uzyskanie najlepszych jakościowo produktów. I tak na przykład dwutlenek węgla medycznego z poz. 7 Specyfikacji asortymentowo-cenowej dostępny jest również (obok butli 40l) w butlach o pojemności 50l. Należy wskazać, iż większe butle ograniczają ilość dzierżawionych butli a tym samym obniżają koszty Zamawiającego oraz umożliwiają złożenie oferty przez większą liczbę Wykonawców”*.

Po pierwsze, powyższe stanowisko odwołującego należy zakwalifikować raczej jako postulat zmiany SIWZ w trosce o interes ekonomiczny zamawiającego.

Po drugie, brak jest związku pomiędzy pojemnością butli a *„uzyskaniem lepszych jakościowo produktów”* – wszak dwutlenek węgla medyczny musi być taki sam niezależnie od tego, czy zostanie dostarczony w butli o większej, czy mniejszej pojemności. Żadnej specyfiki w kontekście pojemności butli w przypadku dwutlenku węgla odwołujący nie sygnalizował.

Po trzecie, odwołujący nawet nie twierdził, że nie ma możliwości dostawy dwutlenku węgla medycznego o pojemności 40l, tj. zgodnie z żądaniem zamawiającego, co oznacza, że jest w stanie złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ.

Po czwarte, odwołujący nie kwestionował, aby opis przedmiotu w tym zakresie nie był jednoznaczny i wyczerpujący.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Pozycja 8 – Mieszanina tlenu medycznego i podtlenku azotu medycznego 50/50 w butlach 10l, 11l (zamawiający zmodyfikował swój pierwotny wymóg, dopuszczając butle o pojemności 11l – pismo zamawiającego z dnia 9 grudnia 2016 r.).

W odniesieniu do tej pozycji odwołujący w odwołaniu (str. 6-7) wskazał: *„Podobna sytuacja występuje również w przypadku mieszaniny tlenu medycznego i podtlenku azotu medycznego 50/50 wraz z dzierżawą butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym i ustnikiem z pozycji nr 8, 20 i 21 (...) Specyfikacji asortymentowo-cenowej (...), które znajduje się w ofercie tylko dwóch podmiotów funkcjonującym na rynku gazów medycznych i tym samym powinny zostać wydzielone do osobnych pakietów/części zamówienia”*, przy czym owo podobieństwo odnosiło się do pozycji 18-20, w odniesieniu do których odwołujący zakwestionował wymóg wagi butli (4 kg), co wyeksponował poprzez podkreślenie postanowienia SIWZ (*„Waga napełnionej butli wraz z zaworem, osłoną zaworu i systemem podwieszania maksymalnie 4 kg (potwierdzona stosowną dokumentację techniczną*

dolączoną do oferty) oraz wymóg zintegrowania zaworu z butlą. Potwierdził to przebieg rozprawy, podczas której odwołujący nie odnosił się do innych wymagań.

Innymi słowy, w przypadku pozycji 8 odwołujący nie widzi możliwości złożenia oferty ze względu na wymóg wagi butli (4 kg) oraz wymóg integracji zaworu z butlą.

Podnieść jednak należy, że wskazywane przez odwołującego podobieństwo pomiędzy wymaganiami dla pozycji 18-20 oraz dla pozycji 8 nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ, tj. *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ ani w odniesieniu do wymogu wagi butli, ani w odniesieniu do wymogu integracji zaworu z butlą, ponieważ waga (4 kg) nie została przypisana butlom z mieszaniną tlenu medycznego i podtlenku azotu medycznego 50/50 oraz, ponieważ dla pozycji 8 zamawiający przewidział dzierżawę zaworu odrębnie (w pozycji 21), co oznacza, że zamawiający nie wprowadził wymogu integracji zaworu z butlą w przypadku pozycji 8.

Odwołujący nie wskazał przy tym, iżby w tym zakresie nastąpiła modyfikacja SIWZ.

Uznać zatem należało, że przeszkoda w złożeniu przez odwołującego oferty, której ten w przypadku pozycji 8 upatrywał w wymogu dotyczącym wagi butli oraz wymogu dotyczącym butli ze zintegrowanym zaworem nie występuje.

Zbędnym było dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ potwierdzenie przez biegłego, że w przypadku mieszaniny tlenu medycznego i podtlenku azotu medycznego 50/50 jedynie jeden podmiot oferuje ją w butlach z zaworem zintegrowanym i o wadze 4 kg pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia wymogów SIWZ dla pozycji 8 (nie ma takich wymogów SIWZ).

Skład orzekający Izby uznał zatem, że w tym przypadku zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

#### Pozycja 12 – Ciekły azot medyczny do odgazowywacza w klasie IIa

Odwołujący domagał się wydzielenia tej pozycji jako odrębnej części zamówienia oraz zmiany klasy z IIa na klasę I.

Bezsporne było, że zamawiający będzie wykorzystywał ten azot do krioterapii. Spornym było to, czy takie tylko będzie jego przeznaczenie.

Zamawiający przedstawił stanowisko Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych i Wyrobów Medycznych i produktów biobójczych z dnia 14 października 2016 r., zgodnie z którym: *„Dwutlenek węgla medyczny, ciekłe powietrze (medyczne i ciekły azot (medyczny) przeznaczone do stosowania w krioterapii są aktywnymi terapeutycznymi wyrobami medycznymi ponieważ przetwarzają energię potencjalna gazu skroplonego pod dużym ciśnieniem w energię kinetyczną cząstek gazu uwalnianego podczas jego gwałtownego*

parowania i rozprężenia. W tym adiabaticznym procesie skroplony gaz gwałtownie odparowuje, pochłaniając ciepło parowania, oraz rozpręża się, przy czym jego ciśnienie gwałtownie spada do ciśnienia atmosferycznego, a jego objętość gwałtownie wzrasta, co powoduje, że temperatura gazu gwałtownie maleje. W wyniku kontaktu gazu o niskiej temperaturze z tkanką zachodzi wymiana energii termicznej. Wobec powyższego ww. wyroby są aktywnymi terapeutycznymi wyrobami medycznymi przeznaczonymi do wymiany energii i powinny być zaklasyfikowane do klasy IIa według reguły 9 podanej w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 215, poz. 1416)".

Stanowisko to, przy głośnym twierdzeniu odwołującego o możliwości klasyfikacji ciekłego azotu medycznego z przeznaczeniem do krioterapii do klasy I, to skład orzekający Izby uznał za wystarczające do uznania za uzasadnione żądania przez zamawiającego ciekłego azotu medycznego do odgazowacza w klasie IIa.

Jednocześnie zamawiany nie kwestionował twierdzenia odwołującego, że postawiony wymóg co do klasy spełnia jedynie Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z Krakowa.

W ocenie składu orzekającego Izby uzasadnia to wydzielenie tej pozycji jako odrębnej części zamówienia, co umożliwi złożenie ofert większej liczbie wykonawców, w tym odwołującemu, w przypadku innych pozycji.

Pozycja 18 – tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 2l i 5l.

Pozycja 19 – tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 10l.

Pozycja 20 – dzierżawa butli aluminiowych z zaworem zintegrowanym.

Odwołujący głównie w odniesieniu do tych trzech pozycji opisu przedmiotu zamówienia upatrywał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp – w odwołaniu stwierdził: „Powyższe ograniczenie w dostępie do zamówienia ma przede wszystkim miejsce w przypadku (...) pozycji nr 18, 19 i 20 Specyfikacji asortymentowo-cenowej” (str. 6 odwołania trzeci akapit).

W Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ zamawiający zawarł następujący opis: „W przypadku butli tlenowych 2 litry i 5 litrów Zamawiający wymaga butli aluminiowej napełnionej tlenem do ciśnienia 200 bar z zaworem zintegrowanym, tj. wmontowanym na stałe (zintegrowanym z butlą) modulem wyposażonym

w reduktor ciśnienia, manometr wskazujący ciśnienie tlenu w butli, przepływomierz o zakresie pracy 0,5 – 15 l/min, wyjście do podłączenia maski tlenowej lub kaniuli donosowej oraz system szybkiego łączenia (Quick Connector) typu AGA do podłączenia urządzeń przenośnych wymagających dostarczenia tlenu medycznego np. respirator transportowy.

Parametry techniczne butli 2 litry z zaworem zintegrowanym, wymagane ze względu na urządzenia którymi dysponuje Zamawiający:

Wysokość całkowita butli wraz z zaworem zintegrowanym maksymalnie 50 cm.

Średnica butli wraz z zaworem zintegrowanym maksymalnie 10,5 cm

Waga napełnionej butli wraz z zaworem, osłoną zaworu i systemem podwieszania maksymalnie 4kg (potwierdzona stosowną dokumentacją techniczną dołączoną do oferty)

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że żądanie butli z zaworem zintegrowanym w przypadku butli o pojemności 10l wynika nie z Załącznika nr 7 do SIWZ, ale jedynie z opisu pozycji 19 w *Specyfikacji asortymentowo-cenowej*, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ, której nadano brzmienie: „tlen medyczny w butlach aluminiowych 200 bar z zaworem zintegrowanym 10l”.

Dostrzeżenia także wymaga, że wymóg dotyczący wagi butli (4 kg) zawarty w Załączniku nr 7 zamawiający przypisał wyłącznie butli 2l i 5l, ponieważ tylko te pojemności wskazano (przy czym wątpliwym jest, czy wskazana waga dotyczy w ogóle butli 5l – zamawiający oczekiwałby tej samej wagi dla butli 5l co dla butli 2l, pomimo, że w butli 5l znajdowałoby się ponad dwa razy więcej tlenu niż w butli 2l).

Wymóg wagi nie dotyczy zatem butli o pojemności 10l.

Kluczową wobec powyższego jest kwestia żądania butli 2l, 5l oraz 10l z zintegrowanym zaworem.

Odwołujący załączył do odwołania ulotkę – *LIV @ Zintegrowany zawór Linde*, z której wynika, że rozwiązanie to jest stosowane przez Linde Group.

Faktu, że takie rozwiązanie stosuje Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z Krakowa zamawiający nie kwestionował.

Skład orzekający Izby, uwzględniając, że wystarczającym do uznania niezgodnego z ustawą Pzp opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego jest uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji (użycie w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp sformułowania „sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”), uwzględniając przedłożoną przez odwołującego ulotkę oraz fakt, że zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, z którego by wynikało, że inny jeszcze podmiot niż tylko Linde Gaz Polska Sp. z o.o. z Krakowa jest w stanie zaoferować kwestionowane rozwiązanie (butla ze zintegrowanym zaworem) w sytuacji, gdy to przecież zamawiający taki wymóg wprowadził, uznał, że zamawiający

naruszył przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia dla pozycji 18-20.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, opisując swoje oczekiwania dla pozycji 18-20 *Specyfikacji asortymentowo-cenowej* stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ naruszył przepis art. 7, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że żądając rozwiązania – butla z zaworem zintegrowanym – Zamawiający nie dopuścił rozwiązań równoważnych, czego odwołujący nie kwestionował.

W ocenie składu orzekającego Izby uzasadnia to wydzielenie pozycji 18-19 jako odrębnej części zamówienia, co umożliwi złożenie ofert większej liczbie wykonawców, w tym odwołującemu, w przypadku innych pozycji.

Zarzut wadliwego opisania przedmiotu zamówienia, polegającego na nieokreśleniu minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co w konsekwencji nie pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny ofert potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Specyfikacji asortymentowo-cenowej*, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ zamawiający wskazał 25 pozycji, dla których podał jednostki i ilości.

- W projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ w § 2 ust. 2 zawarł postanowienie o treści: 2 „Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia ilości zamawianego asortymentu i związanej z tym wartością umowy do faktycznie zamawianego asortymentu w okresie obowiązywania niniejszej umowy. Wykonawca nie może wnosić z tego tytułu roszczeń w stosunku do Zamawiającego” oraz w § 7 ust. 10 postanowienie o treści: „Wartość przedmiotu umowy może ulec zmniejszeniu stosownie do postanowień, o których mowa w § 2 ust. 2 niniejszej umowy”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, jest objęcie treścią SIWZ opisu przedmiotu zamówienia.

Co oczywiste, niezbędnym elementem opisu przedmiotu zamówienia jest jego opisanie w aspekcie ilościowym, np. poprzez podanie właściwych jednostek miary i ilości zamawianych towarów.

Nadto zgonie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie

oferty”, zaś zgodnie z ust. 2 art. 29: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencję”.

Ujęcie w *Specyfikacji asortymentowo-cenowej*, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ 25 zamawianych pozycji, dla których zamawiający podał jednostki i ilości należy uznać za prawidłową realizację przez zamawiającego obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie ilościowym, a jednocześnie realizację opisu przedmiotu zamówienia w tym aspekcie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odpowiadające wskazanym przez zamawiającego pozycjom asortymentowym jednostki i ilości nie budziły wątpliwości odwołującego.

Jednocześnie jednak postanowienie § 2 ust. 2 projektu umowy odbiera opisowi zamówienia w aspekcie ilościowym zawartemu w *Specyfikacji asortymentowo-cenowej* cechy jednoznaczności, o której mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zastrzeżenie przez zamawiającego w § 2 ust. 2 projektu umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się i nakazał zamawiającemu modyfikację projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, poprzez usunięcie kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy, tj. § 2 ust. 2 oraz § 7 ust. 10 albo, poprzez nadanie § 2 ust. 2 treści, która zawierała będzie wskazanie gwarantowanych, minimalnych ilości zamawianych dostaw.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponieważ zarzuty częściowo się potwierdziły orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. a) oraz 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....