

Sygn. akt: KIO 2132/11

WYROK
z dnia 14 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę Promed Spółkę Akcyjną w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia oznaczeń wskazujących na znaki towarowe lub pochodzenie od konkretnego producenta lub na konkretne rozwiązania techniczne: „Movita Lift”, „Agila Head”, „Media Docking”, „Ponta E/S”,**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Promed Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - Promed Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 w Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane, stanowiące „Przebudowę i rozbudowę Kujawsko – Pomorskiego Centrum Pulmunologii w Bydgoszczy Etap I” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 września 2011 r. pod nr 2011/S 181-294150, w tej samej dacie Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

W dniu 30 września 2011r. Odwołujący wniósł odwołanie na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zarzucił:

- 1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, pomimo że nie jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i można było dokonać tego opisu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a ponadto w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty Odwołującemu, a przy tym nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;
- 2) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny, oraz (z ostrożności) nie określający jakie kryteria będą decydować o równoważności oferty, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1-3, art. 30 ustawy w zw. z art. 5 k.c.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia, tj. ze wszystkich opracowań składających się na dokumentację projektową i STWiORB, nazw własnych konkretnych modeli urządzeń medycznych oraz opisów konkretnych rozwiązań technicznych charakterystycznych dla wyrobów jednego producenta (np. automatycznego podłączenia wszystkich mediów jednym szybkim podłączeniem Media Docking - jedynym producentem na świecie wytwarzającym kolumny kompatybilne z tym systemem jest właśnie firma Dräger), w szczególności poprzez wykreślenie z projektu budowlanego ZP03/D/GM/PB - „INSTALACJE GAZÓW MEDYCZNYCH BUDYNKU D - ETAP I” określeń Movita Lift, Agila Head, Media

Docking, Ponta E/S), przy jednoczesnym podaniu parametrów właściwych dla więcej niż jednego wytwórcy sprzętu medycznego;

- 2) w sytuacji uznania, że niniejszej sprawie dopuszczalne było zastosowanie do opisu przedmiotu zamówienia nazw własnych (znaków towarowych, pochodzenia) - nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez wskazanie (dla urządzeń objętych odwołaniem) parametrów i ich zakresów oraz innych cech zamawianego produktu (w tym ewentualnie funkcjonalności, które chce Zamawiający uzyskać lub przeznaczenie sprzętu), które będą decydować o równoważności.

W uzasadnieniu Odwołujący podał:

- Dokonując opisu kolumn anestezyjologicznych, laparoskopowych, sufitowych jednostek zasilających i innego sprzętu Zamawiający wykorzystał znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, pomimo że nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń;

- Movita Lift, Agila Head, Media Docking, Ponta - to nazwy własne określające konkretne modele urządzeń firmy Dräger, czy też, jak w przypadku Media Docking - konkretne rozwiązanie techniczne (polegające na sprzęgu mechanicznym mediów podczas podnoszenia przez kolumnę aparatu do znieczulenia), stosowane wyłącznie w produktach ww. wytwórcy. Kwestia ta była przedmiotem odwołania rozpatrywanego przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdzie skład orzekający jednoznacznie uwzględnił w tym zakresie odwołanie dzieląc opinię Odwołującego (wyrok o sygn. KIO 1164/11 z 17.06.2011 r.).

- Wymóg systemu dokowania mediów umieszczony przez Zamawiającego w SIWZ opisuje konkretne rozwiązanie techniczne, a nie opis wymagań funkcjonalnych. Opracowana przez firmę Dräger koncepcja połączenia zasilania pneumatycznego i elektrycznego w jednym elemencie z jednej strony teoretycznie mogłoby być rozwiązaniem nieco bardziej praktycznym, z drugiej jednak zwiększa niebezpieczeństwo stosowania gazów anestetycznych i prądu elektrycznego bez odpowiedniej separacji. System dokowania mediów z powodzeniem może zostać zastąpiony osobnym podłączeniem gazowym, elektrycznym i sieci informatycznej, który także stosuje firma Dräger, który przy pozornie znikomo mniejszym komforcie, gwarantuje zminimalizowanie ryzyka w zakresie bezpieczeństwa w obrębie „styku” gazów z elektrycznością. Nie wpływa to jednocześnie w żaden sposób na funkcjonalność aparatu do znieczulenia, systemu monitorującego i przesyłania danych.

- Korzystając w opisie przedmiotu zamówienia ze znaków towarowych Zamawiający nie sprecyzował jakie urządzenia zostaną uznane za równoważne. W punkcie 3.2. SIWZ podano, że przez urządzenia równoważne Zamawiający rozumie urządzenia o nie gorszych

parametrach technicznych i jakościowych gwarantujących poprawną realizację zamówienia. Określenie „nie gorszych” świadczy, że Zamawiający dopuszcza wyroby, które posiadają tylko lepsze parametry. Jeśli więc zdarzy się, że choćby jeden parametr w wymienionych z nazwy urządzeniach okaże się najlepszy z występujących na rynku (najbardziej wyśrubowany niezależnie od obiektywnej potrzeby), wówczas nie będzie żadnej możliwości rywalizacji o zamówienie przez innych producentów niż Dräger. Obowiązkiem Zamawiającego, który odwołuje się do nazw własnych jest dookreślenie, obok zgody na składanie ofert równoważnych, jak takie oferty będą badane.

Zamawiający w dniu 13 października 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, załączając pismo projektanta wskazujące na niezasadność – w ocenie projektanta – zarzutów odwołania. W uzasadnieniu pisma projektanta, które Zamawiający uczynił częścią swego stanowiska, podano:

- Zastosowanie nazw własnych ze wskazaniem dopuszczenia w ofertach wykonawców (a w konsekwencji w budowie) wyrobów i urządzeń równoważnych (nawet, jeżeli Zamawiający nieprecyzyjnie opisał, co należy rozumieć pod pojęciem „równoważności”) nie ma żadnego znaczenia w postępowaniu przetargowym: przy ocenie ofert składanych przez wykonawców i jest dla tej procedury nieistotne. Wykonawca nie ma tytułu prawnego, aby skarżyć zapisy SIWZ z powodu występowania w jej treści (w załącznikach do SIWZ) nazw własnych produktów lub urządzeń. Zgodnie z SIWZ wykonawca może bowiem stosować urządzenia równoważne (to jest takie, jakie sam uzna za równoważne). Zamawiający na etapie oceny ofert nie bada ani nie ocenia tego zakresu oferty i nie może z powodu rodzaju dobranych (zaoferowanych) urządzeń odrzucić oferty;

- Zgodnie z SIWZ wykonawca w ofercie podaje wyłącznie cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie wskazując i nie określając co się w tej cenie mieści i za nią kryje. Przy ocenie ofert w/g kryterium cena = 100% (pkt 19 SIWZ) Zamawiający nie wie, albowiem wykonawca nie ujawnia, czy przyjął on urządzenie opisane w SIWZ, czy urządzenie równoważne, a jeżeli równoważne - to w/g jakich kryteriów. Zamawiający o ten zakres oferty nie pyta i tego zakresu oferty nie ocenia. Nie ma on żadnego (nawet najmniejszego) wpływu na wynik oceny ofert. Zapisy SIWZ w zakresie materiałowym nie naruszają interesów prawnych wykonawcy w postępowaniu dotyczącym wyboru oferty.

- Oferta w zakresie przyjętych rozwiązań materiałowych i urządzeń (takich samych jak w dokumentacji projektowej, lub równoważnych wobec nich) będzie miała znaczenie dopiero w procesie realizacji robót budowlanych, w trakcie budowy. Jednak ten obszar i zakres relacji pomiędzy Zamawiającym i wyłonionym już wykonawcą budowlanym nie podlega regulacjom zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych, a Prezes Krajowej Izby Odwoławczej nie jest organem właściwym do jej rozstrzygnięcia. Przyszłe stosunki wykonawcy z Zamawiającym, w trakcie trwania budowy nie są przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO.

Zakres kompetencji KIO dotyczy bowiem wyłącznie procedur i czynności mających miejsce od daty ogłoszenia przetargu do daty zawarcia umowy lub unieważnienia przetargu. Na etapie budowy wykonawcy będą przysługiwały inne procedury odwoławcze od decyzji Zamawiającego dla niego niekorzystnych (w tym sądy powszechne).

- Wykonawca skarży zapisy SIWZ zawarte w opracowaniu pod nazwą: „Projekt gazów medycznych”. Jednak przedmiotem tej dokumentacji nie jest dobór urządzeń technologii medycznej, ale wykonanie instalacji doprowadzających media do takich urządzeń. Opisane w projekcie urządzenia są przykładowe i nie są treścią tego projektu. Zaprojektowana instalacja gazów medycznych może zasilić każdą, dowolnie wybrane przez wykonawcę urządzenie.

- Jest prawdą, że w opracowaniu ZP03/D/GM/PB (gazy medyczne) na stronie Nr 9 znalazł się zapis: „sale operacyjne, wyposażone w: kolumny anestezyjologiczne KA Movita Lift z kolumną Agila Head - 2 szt- zasilane w O₂, N₂O sprężone powietrze med. 5bar, próżnię oraz system odciągu gazów anestetycznych (AGSS), kolumny laparoskopowo KCH Movita Lift z systemem Media Docking-2 szt.” oraz zapis: „...sale OIT, wyposażone: ...w sufitowe jednostki zasilające Ponta E/S - 7 szt — zasilane w O₂, sprężone powietrze med. 5bar i próżnię”. Jednak w projekcie budowlanym I wykonawczym instalacji gazów medycznych zaistniał błąd: w szpitalu Kujawsko - Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy - etap I nie przewiduje się (nie projektuje się) kolumn laparoskopowych - co wynika z dokumentów: „Przedmiar robót instalacji gazów medycznych” oraz „Zestawienie wyposażenie technologicznego szpitala - etap I”, co ponadto zostało wyjaśnione przez projektanta w odpowiedziach na pytania wykonawców. Wykonawca nie musi ujmować w swojej ofercie powyższego urządzenia. Odwołanie jest w tym zakresie przedwcześnie: zostało złożone bez podjęcia jakiegokolwiek próby wyjaśnienia powyższej kwestii z Zamawiającym.

- Wskazanie nazwy kolumny anestezyjologicznej (KA Movita Lift z kolumną Agila Head) miało na celu określenie wykonawcom wymaganego standardu urządzeń (także innych, o podobnych, nie gorszych parametrach) W dokumentacji gazów medycznych (na str. 16) jednoznacznie napisano, że dobrane urządzenia mogą być zastąpione przez inne urządzenie - równoważne.

- Urządzenie KA Movita Lift z kolumną Agila Head nie jest jedynym, dostępnym na rynku polskim, można zastosować co najmniej kilka innych produktów o tej samej jakości i porównywalnych parametrach: np. KENDROPORT K60S-ALFA 60/80, klinoPORT. PAMIRERA CP8000. Zatem Zamawiający - wbrew temu co skarży wykonawca - nie wskazał wyłącznie jednego, niezastępowalnego urządzenia i nie ograniczył zasad konkurencyjności produktów. Wskazał natomiast wymagany standard techniczny i technologiczny urządzenia - do czego ma niekwestionowane prawo.

- Wskazanie nazwy sufitowej jednostki zasilającej PONTA E/S miało także na celu opisanie standardu urządzenia. Nie jest to jedyny produkt tego typu dostępny na rynku polskim. Może on być zastąpiony np. kolumnę sufitową Pamirera CP 6000, Abitus, ASMEDICA - jednostka TLV, itp. zatem Zamawiający- wbrew temu co skarży wykonawca - nie wskazał wyłącznie jednego, niezastępowalnego urządzenia i nie ograniczył zasad konkurencyjności produktów. Wskazał natomiast wymagany standard techniczny i technologiczny urządzenia - do czego ma niekwestionowane prawo.

- Urządzenie Media Docking (po polsku: system szybkiego dokowania) ma zastosowanie także dla kolumny anestezyjologicznej. Jest to urządzenie umożliwiające natychmiastowe (poprzez włączenie wtyczki do gniazdka - co trwa zaledwie kilka sekund) podłączenie do kolumny anestezyjologicznej wszystkich wymaganych instalacji, w tym: gazów medycznych, elektrycznej i systemów komputerowych. Inne urządzenia dostępne na rynku (tradycyjne) są natomiast tak skonstruowane, że wymagają podłączenia do kolumny anestezyjologicznej każdej z tych instalacji (gazów medycznych, elektrycznej i systemów komputerowych) osobno - a doświadczona osoba wykonuje tę czynność w czasie nie krótszym niż 5 minut.

Ponadto podłączenie (lub przełączenie) ręczne aparatury do kolumny anestezyjologicznej sprzętu tradycyjnego wymaga specjalistycznej wiedzy i musi to wykonać osoba przeszkolona (w tym także w zakresie instalacji komputerowych, czego może nie umieć nawet wykwalifikowana pielęgniarka), a co może opóźnić to podłączenie nawet o kilkadziesiąt minut. Problem ten nie występuje w systemie Media Docking. Kolejnym powodem dla zastosowania systemu Media Docking w projekcie są względy higieniczne pomieszczeń sterylnych. System ten eliminuje z sal operacyjnych wiązki różnych przewodów i kabli (wymagających częściej dezynfekcji i sterylizacji), występujących w tradycyjnych systemach. Czas wykonania czynności medycznej: z jednej strony - kilka sekund, z drugiej strony - minimum 5 minut. Higiena, wymagania wobec personelu obsługującego sprzęt - mają istotne znaczenie dla jakości świadczenia usług medycznych. Postawiony wymóg (zastosowania systemu szybkiego dokowania na salach operacyjnych) nie ma zatem nic wspólnego i nie może być traktowany jako ograniczanie konkurencyjności dla innych wyrobów. Celem powyższego zapisu jest zapewnienie jak najlepszych warunków obsługi pacjentów, w tym ratowania ich życia. Zamawiający ma prawo postawić wykonawcom wymóg wyposażenia szpitala w nowoczesną instalację i oprzyrządowanie oraz określić ich standard. Nowobudowana sala operacyjna będzie po raz kolejny remontowana i przezbierana w zakresie zainstalowanego oprzyrządowania dopiero za kilkanaście lat, o czy należy pamiętać. Zamawiający nie musi się godzić na dostawę urządzeń jakościowo i funkcjonalnie gorszych od najlepszych, jakie są dostępne na rynku - a działanie takie nie może być utożsamiane z ograniczaniem konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, 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 Prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania ma miejsce wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów, zachodzą podstawy do przypisania działaniom Zamawiającego w postępowaniu takich naruszeń ustawy.

I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono następujące okoliczności:

Osią sporu między stronami jest opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania, znaki towarowe, pochodzenie.

Bezspornym jest, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego roboty budowlane – w myśl art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych: *„Szczegółowy zakres robót określony został w dokumentacji budowlanej stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji (forma elektroniczna). – projekcie budowlanym i wykonawczym – przedmiarach robót, - specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót – innych opracowaniach opracowanej przez Przedsiębiorstwo Projektowo – Realizacyjne Budownictwa „PION” sp. z o.o. 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2”* (pkt 3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Cel dokumentacji projektowej w tym wypadku obejmuje zatem dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dla celów procedury

przetargowej i musi czynić zadość brzmieniu przepisów oraz zasadom wyrażonym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to regulacji zawartej w art. 29-31 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jeden z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma zasadniczy wpływ na kształt postępowania a następnie zasady wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Poza pozytywnymi przesłankami określającymi sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wyrażonymi w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca wprowadził przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy) oraz co do zasady nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu winno wtedy towarzyszyć sformułowanie „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia). Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”*. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, iż zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09, lex nr 532694).

Odnosząc powyższe rozważania do dokonanego w analizowanej sprawie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, iż bezspornie w dokumentacji budowlanej opisującej przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu posłużono się oznaczeniami wskazującymi na znaki towarowe lub pochodzenie od konkretnego producenta lub na konkretne rozwiązania techniczne: „Movita Lift”, „Agila Head”, „Media Docking”, „Ponta E/S”. W części dokumentacji „projekt budowlany rozbudowy Kujawsko – Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy ZPO/3/D/GM/PB – „Instalacje gazów medycznych budynku D – Etap I”” podano, iż „Na I piętrze system zasilac będzie blok operacyjny z salami wybudzeń oraz OIT: sale operacyjne, wyposażone w: kolumny anestezyjologiczne KA Movita Lift z kolumną Agila Head – 2 szt. – zasilane w O₂, N₂O sprężone powietrze med. 5bar, próżnię oraz system odciągu gazów anestetycznych (AGSS) , kolumny laparoskopowe KCH Movita Lift z systemem Media Docking – 2 szt – zasilane w sprężone powietrze med. 5 i 8 bar, próżnię oraz odprowadzenie powietrza zużytego do napędu narzędzi pneumatycznych (Air Motor), podtynkowe tablice poboru gazów TPG – 2 szt. – zasilane w O₂, sprężone powietrze med. 5bar, próżnię oraz gniazdo odprowadzenia gazów anestetycznych (gniazda poboru tlenu), powietrza oraz próżni występują podwójnie); (...) sale OIT, wyposażone w sufitowe jednostki zasilające Ponta E/S – 7 szt. – zasilane w O₂, sprężone powietrze med. 5bar i próżnię (...)” Niewątpliwie wymienione oznaczenia nie stanowią nazw i określeń języka powszechnego, nie zastrzeżonych dla konkretnych produktów i rozwiązań. Wniosek taki wynika także – w odniesieniu do systemu Media Docking ze złożonych przez Odwołującego materiałów informacyjnych wraz z ich tłumaczeniem dotyczących produktów firmy Dräger, gdzie podano, iż „Unikalna opcja MediaDocking™ oferuje dodatkowy poziom komfortu, polegających na możliwości automatycznego podłączenia wszystkich mediów jednym szybkim podłączeniem, eliminując czasochłonne ręczne podłączanie przewodów, kabli i zasilaczy.”. Wreszcie, potwierdzone to zostało w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1164/11: „w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący, w ocenie Izby, uprawdopodobnił w sposób wystarczający własne twierdzenia. W ocenie Izby za przyjęciem takiego stanowiska przemawia analiza treści przedłożonego przez Odwołującego wyciągu z katalogu kolumn anestezyjologicznych Przystępującego wraz z tłumaczeniem na język polski. Znalazło się tam stwierdzenie, iż opcja MediaDockig (zastrzeżony przez Przystępującego znak towarowy dla systemu automatycznego podłączania mediów – okoliczność nie kwestionowana tak przez Zamawiającego, jak i Przystępującego) jest unikalna. Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością, jest, w uznaniu Izby, również przyznanie przez Zamawiającego, że jemu także nie są znane produkty innych firm, które posiadałyby taką opcję. Tym samym, biorąc za podstawę

ustalony w toku postępowania stan rzeczy, Izba uznała, iż zostało uprawdopodobnione w stopniu wystarczającym, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”

Przyznał to również projektant odpowiedzialny za sporządzenie dokumentacji projektowej w swoim stanowisku, w którym podał: *„Zastosowanie nazw własnych ze wskazaniem dopuszczenia w ofertach wykonawców (a w konsekwencji w budowie) wyrobów i urządzeń równoważnych (nawet, jeżeli Zamawiający nieprecyzyjnie opisał, co należy rozumieć pod pojęciem „równoważności”) nie ma żadnego znaczenia w postępowaniu przetargowym: przy ocenie ofert składanych przez wykonawców i jest dla tej procedury nieistotne.”* oraz w innych elementach stanowiska, w których wyraźnie przyznano posłużenie się nazwami własnymi producentów oferujących konkretne urządzenia.

Nie podzielono w tym zakresie argumentacji zawartej w *Piśmie wyjaśniającym* pochodzącym od projektanta, zmierzającej do wykazania, iż nazwy i znaki towarowe zawarte są w opracowaniu *„Projekt gazów medycznych”*, a przedmiotem tej dokumentacji nie jest dobór urządzeń technologii medycznej, ale wykonanie instalacji doprowadzających media do takich urządzeń; opisane w projekcie urządzenia są przykładowe i nie są treścią tego projektu a zaprojektowana instalacja gazów medycznych może zasilić każde, dowolnie wybrane przez wykonawcę urządzenie. Okoliczność, że oznaczenia wskazujące na konkretnego producenta czy konkretne rozwiązanie zawarto w opracowaniu dotyczącym instalacji gazów medycznych i nie zawarto ich już w *Zestawieniu ilościowym wyposażenia – Przedmiarze*, gdzie posłużono się ogólnymi kategoriami jak przykładowo *„Kolumna anestezjologiczna z windą na wózek do znieczulenia ogólnego lub wózka endoskopowego”* nie czyni użytych sformułowań przykładowymi, czy nie wiążącymi i nieistotnymi dla złożenia oferty. Dla ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, znaczenie mają wszystkie dokumenty, których zadaniem jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Ma to szczególne znaczenie przy przedmiocie zamówienia, stanowiącym roboty budowlane. Zgodnie bowiem z treścią art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zatem treść oferty nie jest pozostawiona takiej swobodzie, jak zaprezentowano to w *Piśmie wyjaśniającym* projektanta, że zastosowane urządzenia i rozwiązania równoważne są bez znaczenia na etapie oceny ofert, skoro nie bada się na tym etapie ani nie ocenia tego zakresu oferty i Zamawiający nie może z powodu rodzaju dobranych (zaoferowanych) urządzeń odrzucić oferty.

Także nie sposób przyjąć dalszych twierdzeń zawartych w *Piśmie wyjaśniającym*, zgodnie z którymi:

- *wykonawca w ofercie podaje wyłącznie cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie wskazując i nie określając co się w tej cenie mieści i za nią kryje a przy ocenie ofert w/g kryterium cena = 100% (pkt 19 SIWZ) Zamawiający nie wie, albowiem wykonawca nie ujawnia, czy przyjął on urządzenie opisane w SIWZ, czy urządzenie równoważne, a jeżeli równoważne - to w/g jakich kryteriów; Zamawiający o ten zakres oferty nie pyta i tego zakresu oferty nie ocenia; nie ma on żadnego (nawet najmniejszego) wpływu na wynik oceny ofert.*

- *Zapisy SIWZ w zakresie materiałowym nie naruszają interesów prawnych wykonawcy w postępowaniu dotyczącym wyboru oferty.*

- *Oferta w zakresie przyjętych rozwiązań materiałowych i urządzeń (takich samych jak w dokumentacji projektowej, lub równoważnych wobec nich) będzie miała znaczenie dopiero w procesie realizacji robót budowlanych, w trakcie budowy. Jednak ten obszar i zakres relacji pomiędzy Zamawiającym i wyłonionym już wykonawcą budowlanym nie podlega regulacjom zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych, a Prezes Krajowej Izby Odwoławczej nie jest organem właściwym do jej rozstrzygania. Przyszłe stosunki wykonawcy z Zamawiającym, w trakcie trwania budowy nie są przedmiotem rozstrzygania przez KIO. Zakres kompetencji KIO dotyczy bowiem wyłącznie procedur i czynności mających miejsce od daty ogłoszenia przetargu do daty zawarcia umowy lub unieważnienia przetargu.*

Autor tak postawionych tez zdaje się nie dostrzegać kardynalnych zasad i regulacji zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi oferta wykonawcy każdorazowo podlega ocenie pod kątem jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym stanowiącą jej część dokumentacją budowlaną) – zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast prawidłowe określenie ceny za wykonanie zamówienia wymaga wyceny kosztów wykonania zamówienia, co może być uczynione jedynie na podstawie znanych wymagań zamawiającego wyrażonych w jednoznacznych w swej treści postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Znajomość oczekiwań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia przekłada się bezpośrednio na wycenę kosztów jego realizacji, także przy cenie ryczałtowej, zaś prawidłowa wycena podlega badaniu przez Zamawiającego (art. 90 ustawy). Kwestia zastosowania takich czy innych urządzeń lub materiałów równoważnych nie jest zatem jedynie sferą wykonania roboty budowlanej, ale także złożenia oferty, która ma odpowiadać na brzmienie jednoznacznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynika wyraźnie zasada, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać przez wskazanie znaków

towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Gdy cechy przedmiotu zamówienia opisanego za pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub jego pochodzenia za tym przemawiają, poza obowiązkiem wyraźnego podania przez Zamawiającego, że dopuszcza rozwiązania lub urządzenia równoważne, takiemu wskazaniu winno dodatkowo towarzyszyć precyzyjne określenie zakresu oczekiwanej równoważności. Zakres oczekiwanej równoważności wyznacza natomiast zestaw niezbędnych właściwości, cech fizycznych oraz funkcjonalności urządzeń, które z punktu widzenia zamawiającego w konkretnych okolicznościach są znaczące. Zastosowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia winno być ograniczone do sytuacji wyjątkowych, kiedy opisanie przedmiotu zamówienia poprzez podanie cech, właściwości i funkcjonalności wymaganego przedmiotu może nie oddać wszystkich istotnych i mających znaczenie dla zamawiającego elementów. Zastosowanie wspomnianej regulacji, zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winno zatem mieć miejsce w sytuacji, gdy specyfika danego zamówienia, cechy zamawianego przedmiotu przemawiają za tym, że jego opis będzie efektywniejszy i bardziej adekwatnie odda charakterystykę przedmiotu, gdy nastąpi odesłanie do znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, zaś typowy opis, dokonany poprzez charakterystykę i opis cech funkcjonalnych, technicznych i jakościowych może nie oddać lub oddać nie w pełni uzasadnione specyfiką zamówienia potrzeby zamawiającego.

Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może zatem być realizowane tylko w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania (wyrok z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl). Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco.

Zamawiający w analizowanym postępowaniu nie wykazał, by przedmiot zamówienia był na tyle specyficzny, że odpowiednim sposobem jego opisu jest skorzystanie z regulacji zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a Zamawiający obowiązkowi dowodowemu w powyższym zakresie nie sprostał. Tym samym, zasadną w okolicznościach analizowanej sprawy jest konstatacja, że posłużenie się przy opisie przedmiotu zamówienia nazwami własnymi urządzeń i rozwiązań

pochodzących od konkretnego producenta, znakami towarowymi nie znajdowało uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy.

Nie sposób także podzielić argumentacji przyjętej na potwierdzenie stanowiska Zamawiającego, a zawartej w *Piśmie wyjaśniającym* z dnia 13 października 2011 r. pochodzącym od projektanta, zgodnie z którym zachowano dalszy wymóg tego przepisu, to jest w prawidłowy sposób dopuszczono rozwiązania równoważne, co czyni zarzuty odwołania nieistotnymi, skoro „wykonawca może bowiem stosować urządzenia równoważne (to jest takie, jakie sam uzna za równoważne)”, a „Zamawiający na etapie oceny ofert nie bada ani nie ocenia tego zakresu oferty i nie może z powodu rodzaju dobranych (zaoferowanych) urządzeń odrzucić oferty”. Istotnie, w dokumentacji projektowej (projekt budowlany rozbudowy Kujawsko – Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy ZPO/3/D/GM/PB – „Instalacje gazów medycznych budynku D – Etap I”, str. 16), w części tytułowanej „Uwagi końcowe” postanowiono: „Do budowy zastosowano tylko wyroby i materiały budowlane posiadające: - certyfikat na znak bezpieczeństwa „B”; - certyfikat zgodności lub deklarację zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną (w odniesieniu do wyrobów nie objętych certyfikacją). **Wszystkie urządzenia i materiały mogą być zastąpione przez równoważne. Realizacja możliwa tylko na podstawie projektu wykonawczego**”. Podobnie, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 3.2 podano: „Jeżeli dokumentacja budowlana zawiera nazwy własne urządzeń, Zamawiający wyjaśnia, iż dopuszcza zastosowanie urządzeń równoważnych. Przez urządzenia równoważne rozumie urządzenia o nie gorszych parametrach technicznych i jakościowych gwarantujących poprawną realizację zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do udowodnienia równoważności proponowanych urządzeń. Dokumenty potwierdzające równoważność należy załączyć do oferty.”. Natomiast w piśmie z dnia 20 maja 2011 r. tytułowanym *Oświadczenie w sprawie zamienności materiałów i urządzeń* projektant wskazał: „niniejszym, (...) oświadczamy, że wszystkim występującym w dokumentacji budowlanej i wykonawczej *Rozbudowy Kujawsko – Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy przy ul. Seminaryjnej 1 w Bydgoszczy – etap I* wskazaniom znaków towarowych (nazw produktów, urządzeń i materiałów), patentów lub pochodzenia należy przypisać wyrazy „lub równoważny”. Podane w niniejszej dokumentacji z nazwy materiały i technologie są przykładowe (wzorcowe) dla określenia wymaganego, nieprzekraczalnego standardu technicznego lub parametrów technicznych. Parametry te nie mogą podlegać zmianie.” Zacytowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także dokumentacji budowlanej oraz uwagi zawarte w piśmie projektanta z 20 maja 2011 r. nie pozwalają uznać, że w dokumentach tych jednoznacznie zakomunikowano wykonawcom dopuszczenie równoważności urządzeń i rozwiązań w stosunku do tych, które opisano w dokumentacji budowlanej, w tym przede wszystkim, co będzie rozumiane przez „urządzenia

równoważne”. Ogólne sformułowanie, że mają mieć one parametry techniczne i jakościowe nie gorsze niż urządzenia wymienione w dokumentacji nie pozwala – przez swoją ocenność i brak wskazania co się przez to rozumie – ustalić, które cechy i właściwości innych urządzeń pozwolą uznać je za równoważne. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że tę nieprecyzyjną równoważność wykonawcy obowiązani byli wykazać dokumentami. Zasadnym zatem jawi się pytanie, jakie to dokumenty mieliby złożyć wykonawcy, skoro nie sprecyzowano jednoznacznie, jak rozumiana będzie równoważność. Powyższe czyni postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającej się na nią dokumentacji budowlanej) niejednoznaczny, i to w stopniu w znacznej mierze uniemożliwiającym ocenę zgodności oferowanych rozwiązań i urządzeń ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jak i świadomą wycenę składanej oferty. By wykonawcy mieli wiedzę, czego oczekuje od nich Zamawiający, przedmiot zamówienia musi być precyzyjnie i jednoznacznie opisany. Temu celowi służy regulacja zawarta w art. 29 – 31 ustawy, w tym wymagania dotyczące **określenia zasad i granic równoważności**. Dopuszczenie możliwości zastosowania urządzeń i rozwiązań równoważnych nie może sprowadzać się do ogólnego stwierdzenia, że wykonawcy mogą zaoferować (zastosować) urządzenia i rozwiązania o parametrach „nie gorszych”, ale winno polegać na określeniu jakie cechy i właściwości przedmiotu wyznaczają tę równoważność. Konstatacja zawarta w piśmie wyjaśniającym projektanta, iż „*wykonawca może bowiem stosować urządzenia równoważne (to jest takie, jakie sam uzna za równoważne)*” pozwala wyrażać uzasadnione wątpliwości, czy interes Zamawiającego został zabezpieczony, jeśli wykonawcy mogliby zastosować (zaoferować) bliżej nieokreślone, zależne od swej inwencji rozwiązania i materiały równoważne. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08,: „Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”. Jakkolwiek, brak jest w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych przepisu, który wprost nakładałby na zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, wskazywania określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, niemniej jednak wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 tej ustawy, zakazującego opisu

przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Tym samym, niedookreślenie zakresu równoważności poprzez brak wskazania istotnych dla Zamawiającego funkcji, cech wymaganego przedmiotu zamówienia nie spełnia warunku określonego w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wymogu, aby opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty obejmujące rozwiązania i urządzenia równoważne są zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie spełnia opisanych wyżej postulatów zawarte w piśmie projektanta z 20 maja 2011 r. *Oświadczenie w sprawie zamienności materiałów i urządzeń* stwierdzenie, zgodnie z którym „*Podane w niniejszej dokumentacji z nazwy materiały i technologie są przykładowe (wzorcowe) dla określenia wymaganego, nieprzekraczalnego standardu technicznego lub parametrów technicznych. Parametry te nie mogą podlegać zmianie.*”. Nie można bowiem mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 roku sygn. akt UZP/ZO/0-725). Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 roku (sygn. akt II Ca 587/05) istotne jest, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Nie sposób przyjmować, by w takim wypadku za równoważne należało uznawać te materiały, urządzenia, które zostały wymienione przez Zamawiającego – równoważność w takim wypadku byłaby iluzoryczną i sprowadzałaby się jedynie do możliwości zaoferowania urządzeń i materiałów jedynie producenta i typu wymienionego w specyfikacji. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w

praktyce niemożliwą do spełnienia. Tym samym uznano, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymienił wszystkich istotnych dla niego parametrów i cech wymaganego przedmiotu, które miałyby decydować o zachowaniu równoważności, nie jest dopuszczalne przyjęcie tezy, że w takim wypadku równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia.

Reasumując, posłużenie się przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeniami wskazującymi na konkretne rozwiązania i urządzenia pochodzące od jednego producenta wymaga nie tylko dodania – tak jak wymaga tego przepis art. 29 ust. 3 ustawy – wyrazów „lub równoważne”, ale także, dla uczynienia opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznym – doprecyzowania, jakie obiektywnie weryfikowalne cechy i parametry w odniesieniu do konkretnego urządzenia lub rozwiązania będą o tej równoważności decydowały.

Biorąc powyższe pod uwagę, uznano, że potwierdził się stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1-3, art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skutkiem tego jest orzeczenie o żądaniu odwołania zmierzającym do nakazania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia, tj. ze wszystkich opracowań składających się na dokumentację projektową i STWiORB, nazw własnych konkretnych modeli urządzeń medycznych oraz opisów konkretnych rozwiązań technicznych charakterystycznych dla wyrobów jednego producenta w zakresie wskazanym w odwołaniu, to jest określeń Movita Lift, Agila Head, Media Docking, Ponta E/S. W miejsce usuniętych oznaczeń właściwe jest posłużenie się konwencjonalnym opisem elementów przedmiotu zamówienia; przykładowo poprzez stworzenie definicji odpowiadających uzasadnionej potrzebie określenia odpowiednich elementów inwestycji i określenie istotnych z perspektywy Zamawiającego cech i właściwości tych elementów pozwalających wykonawcom odczytać intencje Zamawiającego i ocenić, czy oferowane rozwiązania będą odpowiadały potrzebie Zamawiającego (a w konsekwencji: będą zgodne ze specyfikacją). Sygnalizowane w piśmie wyjaśniającym projektanta całkowite odstępianie w projekcie budowlanym z kolumn laparaskopowych, jeśli dotyczyłoby kolumn KCH Movita Lift lub systemu Media Docking będzie konsumowało zarzuty odwołania oraz czyniło zadość nakazanej zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r.*

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). Uwzględniono wniosek Odwołującego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika opiewający na kwotę 4.428,00 zł jedynie do kwoty 3.600,00 zł, jako wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: