

Sygn. akt: KIO 1518/18

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Paramedica Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-815 Warszawa, ul. Żołądki 11**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla części pierwszej: Defibrylator AED/ manualny plus torba do defibrylatora AED/ manualnego, w ramach załącznika nr 5a do SIWZ w taki sposób, że pkt 3 otrzyma brzmienie: „Energia defibrylacji - dorośli do min. 150J i dzieci do min. 70J”, pkt 15 „Rejestracja sygnału EKG i dźwięków z otoczenia przez min. 15 min.”, pkt 29 „maksymalnie 80 x 240 x 240 mm”, pkt 30 „Waga urządzenia z zainstalowaną baterią maksymalnie 2,8 kg”, przy jednoczesnym dokonaniu odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Paramedica Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-815 Warszawa, ul. Żołny 11** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od zamawiającego **Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** na rzecz wykonawcy **Paramedica Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-815 Warszawa, ul. Żołny 11** kwotę w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów 05-430 Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57** prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę defibrylatorów”, znak sprawy WOFiTM/20/2018/PN - dalej: „Postępowanie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 13 czerwca 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 111-252640. W tym też dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). Następnie 24 lipca 2018 r. dokonał zmiany treści SIWZ, w tym między innymi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla części pierwszej, zamieszczonego w załączniku nr 5a do SIWZ.

Paramedica Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-815 Warszawa, ul. Żołądki 11 (zwany dalej „odwołującym”), działając na podstawie art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców oraz poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać a wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na określony produkt jednego producenta, mające wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez zmianę zakłócających uczciwą konkurencję parametrów opisanych w załączniku nr 5a do SIWZ,

charakterystycznych dla preferowanego produktu i dopuszczenie produktów producentów spełniających pozostałe zapisy SIWZ, tj. dokonanie zmian w:

- 1) Pkt 3 na „Energia defibrylacji - dorośli do min. 150J i dzieci do min. 70J”;
- 2) Pkt 15 na „Rejestracja sygnału EKG i dźwięków otoczenia przez minimum 15 minut”;
- 3) Pkt 29 na „maks. 80 x 240 x 240 mm”;
- 4) Pkt 30 na stan sprzed modyfikacji „Waga urządzenia z zainstalowaną baterią maksymalnie 2,8 kg”.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazywał, że wymagane w załączniku 5a do SIWZ parametry techniczne, traktowane łącznie, opisują defibrylator FRED EasyPort oferowany przez firmę Schiller. W szczególności dotyczy to między innymi niżej wymienionych parametrów: Pkt 3: Niska energia defibrylacji - dorośli do 150 J i dzieci do 70 J; Pkt 15: Rejestracja sygnału EKG i dźwięków z otoczenia przez minimum 30 min.; pkt 29: Wymiary (wys. x dług. x szer.) maksymalnie 50 x 150 x 150 mm.; Pkt 30: Waga urządzenia z wyposażeniem do 800 g.

Zdaniem odwołującego żaden inny defibrylator dostępny na rynku, poza urządzeniem FRED Easy Port, nie spełnia łącznie wymienionych wyżej zapisów SIWZ. Jako dowód przedłożył tabelaryczne zestawienie różnych defibrylatorów, prezentujące ich parametry techniczne, wskazujące, że wszystkie powyższe wymagania spełnia jedynie sprzęt produkowany przez firmę Schiller.

Zamawiający, w dniu 2 sierpnia 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do postawionego przez odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia ma swoje źródło w jego uzasadnionych potrzebach. W dalszej części pisma argumentował, że w takim przypadku ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji, albowiem wynika ze specyficznych potrzeb w tym zakresie. W skrajnym przypadku, jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, że wymagania spełnić może tylko jeden wykonawca.

Ponadto, jego zdaniem, celem zapewnienia możliwie jak największej konkurencji dokonał on podziału zamówienia na sześć części, dopuszczając składanie ofert częściowych bez wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń w tej kwestii. Umożliwił w ten sposób złożenie oferty każdemu z wykonawców, w zakresie oferowanego przez niego rodzaju sprzętu. Odwołujący, który nie dysponuje sprzętem opisywanym w SIWZ (część pierwsza) próbuje, poprzez wniesienie odwołania, zmusić zamawiającego do takiej zmiany opisu przedmiotu zamówienia, która umożliwi mu złożenie oferty w tej części, ale spowoduje, że zamawiający nie będzie mógł tego sprzętu wykorzystywać zgodnie ze swoimi potrzebami w tym zakresie. Argumentował ponadto, że zakup sprzętu niespełniającego wymagań zamawiającego, będzie objawem niegospodarności, niecelowości i będzie stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Uzasadniając swoje obiektywne potrzeby wskazywał na okoliczności, które spowodowały ustalenie parametrów sprzętu w sposób opisywany w załączniku nr 5a do SIWZ tj. fakt, że sprzęt służyć będzie na potrzeby oddziałów specjalnych i wykorzystywany podczas realizacji zadań związanych z ochroną delegacji VIP. Z tych powodów musi on posiadać możliwie najmniejsze wymiary i wagę, albowiem będzie przenoszony w niewielkim plecaku. Plecak ten nie może rzucać się w oczy. Oprócz defibrylatora AED w plecaku tym przenoszony jest inny sprzęt medyczny, a zatem tylko sprzęt o rozmiarach wskazanych przez zamawiającego będzie mógł być wykorzystany dla celów, którym ma służyć.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, odwołaniem wniesionym w postępowaniu przez wykonawcę Paramedica Mil-Sys Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-705 Warszawa, ul. Czemiowiecka 9 z dnia 25 czerwca 2018 r., postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1268/18, zmianami SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu

w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest jednym z dostawców sprzętu ratownictwa medycznego w Polsce. W wyniku opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwi odwołującemu złożenie oferty dla części pierwszej zamówienia, zostając pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia poniesie on szkodę w postaci utraconych korzyści.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści wprowadzonych w toku postępowania zmian do SIWZ, dowodów zgłoszonych przez odwołującego i przedłożonych na posiedzeniu w postaci instrukcji obsługi różnego rodzaju defibrylatorów występujących na rynku, wskazanych w odwołaniu, celem wykazania, że SIWZ została sformułowana w ten sposób, iż pośrednio wskazuje na urządzenie Fred EasyPort oferowane przez firmę Schiller.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III SIWZ jest dostawa defibrylatorów. Zamówienie zostało podzielone na sześć pakietów (części), szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla poszczególnych części zawarto w załącznikach nr 5, 5.1, oraz 5a, 5b, 5c, 5d do SIWZ.

W zakresie spornej części zamawiający, w załączniku nr 5a do SIWZ – Wymagania eksploatacyjno-techniczne dla defibrylatora AED z opcją defibrylacji w trybie manualnym, opisał szczegółowe wymagania które winien spełniać dostarczony przez wykonawcę produkt. W tym zakresie, zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ (zamieszczona na stronie zamawiającego w dniu 13 czerwca 2018 r.), Zamawiający wskazał: pkt. 3 Niska energia defibrylacji - dorośli do 150 J i dzieci do 70 J - impulsową falą dwufazową, zapewniającą fizjologiczną kompatybilność; pkt 15 Rejestracja sygnału EKG i dźwięków z otoczenia przez

minimum 30 minut; pkt 29 Wymiary (wys. x dług. x szer.) maksymalnie 40 x 140 x 140 mm.; pkt 30 Waga urządzenia z wyposażeniem do 600 g. Ponadto w pkt 27 zapisał: torba transportowa z pasem na ramię i chwytem do powieszenia na pasku i elektrody dla dorosłych w komplecie dostawczym.

Izba ustaliła ponadto, że zapisy niniejszej SIWZ były przedmiotem odwołania wniesionego w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę: Paramedica Mil-Sys Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 02-705 Warszawa, ul. Czemiowiecka 9. Zarzucono wówczas zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać a wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję i wskazuje na produkt jednego wykonawcy. Wykonawca wnoszący odwołanie kwestionował opis przedmiotu zamówienia dla części pierwszej, w tym między innymi parametry sprzętu z pkt 3, pkt 29, pkt 30. W wyniku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (sygn. akt KIO 1268/18).

Zamawiający, w związku z uwzględnieniem odwołania, dokonał modyfikacji treści SIWZ i pismem z dnia 12 lipca 2018 r. poinformował, że dokonuje zmian w treści załącznika nr 5a do SIWZ, nadając spornym punktom następujące brzmienie: Pkt 3 Energia defibrylacji - dorośli do min.150 J i dzieci do min.70 J; pkt 15. Rejestracja sygnału EKG i dźwięków z otoczenia przez minimum 30 minut; pkt 29. Wymiary (wys. x dług. x szer.) maks. 80 x 240 x 240 mm.; pkt 30. Waga urządzenia z zainstalowaną baterią maks. 2,8 kg.

Następnie zamawiający 24 lipca 2018 r., działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o zmianie treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Wskazał, iż mając na uwadze skuteczną realizację postępowania i ostatecznie pozyskanie sprzętu dostosowanego do planowanych potrzeb i warunków użytkowania przez personel medyczny (ratownik medyczny/lekarz) jednostek specjalnych, który będzie realizował zadania bezpośredniego zabezpieczenia medycznego VIP, (sprzęt będzie przenoszony przez żołnierza w małym podręcznym plecaku) dokonuje zmiany parametrów zamawianych defibrylatorów, opisanych w załączniku nr 5a do SIWZ. Zgodnie ze zmienioną treścią załącznika pkt 3. otrzymał brzmienie: Energia defibrylacji - dorośli do 150 J i dzieci do 70 J; pkt 15. Rejestracja sygnału EKG i dźwięków z otoczenia przez minimum 30 minut; pkt 29. Wymiary (wys. x dług. x szer.) maksymalnie 50 x 150 x 150 mm. 30. Waga urządzenia z wyposażeniem do 800 g.

Ze zmianą tą nie zgodził się odwołujący, wnosząc w dniu 1 sierpnia 2018 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, co podkreślano było niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 podnosząc, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w SIWZ, w zakresie części pierwszej (załącznik nr 5a do SIWZ) powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie rynku potencjalnych wykonawców do jednego tylko producenta, oferującego defibrylator o wskazanych tam parametrach. Na okoliczność powyższego przedstawił zestawienie tabelaryczne oferowanego i dostępnego na rynku polskim sprzętu, z którego to wynikało, że jedynie defibrylator FRED EasyPort firmy Schiller jest w stanie spełnić wymagania zamawiającego. Przedstawił również dowody w postaci wydruków ze stron internetowych producentów, stanowiące specyfikacje techniczne tych urządzeń na potwierdzenie powoływanych w treści odwołania wniosków: Schiller Fred EasyPort, Meducore Standard Weinmann, Zoll AED Pro Lifepak 1000 Physio Control, Cardiac Science Powerheart G3 Pro, Lifeline Pro Defibtech, FR3 Philips oraz CU-SP2 CU Medical. W toku rozprawy zamawiający nie kwestionował, iż przy tak ukształtowanych parametrach jedynym modelem sprzętu, który spełni jego wymagania będzie defibrylator Fred EasyPort, jednakże

w jego ocenie jest wielu wykonawców (dostawców tego sprzętu) na rynku polskim, którzy są w stanie zrealizować zamówienie na rzecz zamawiającego. Ponadto wskazywał, że z uwagi na jego specyficzne potrzeby tylko to urządzenie, ze względu na swoją niewielką wagę i nieznaczne rozmiary, będzie odpowiednie dla finalnych użytkowników. Powoływał się przy tym na uzgodnienia, które miały miejsce pomiędzy zamawiającym a finalnym odbiorcą, który to określił swoje potrzeby na wskazanym poziomie.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut przede wszystkim zwraca uwagę na treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba podziela w pełni pogląd istniejący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, na co wskazywał zamawiający w tym przypadku. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb, poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się też należy, że zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji.

Izba wskazuje, iż zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ich poszanowanie nie oznacza, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, ma oczywiście prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt KIO 729/17, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 969/16).

W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia powinien być skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Ukształtowane ono zostało jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która jako zobiektywizowane potrzeby traktuje rzeczywiste, faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości. Zamówienia publiczne nie determinują kupna najtańszego przedmiotu niskiej jakości. Określenie wysokich,

ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż przy ocenie czy doszło do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję należy przede wszystkim poddać ocenie, czy zamawiający decydując się na takie ograniczenia, zawężając krąg potencjalnych wykonawców do dostawców tego jednego produktu spełniającego określone parametry, kierował się obiektywną i uzasadnioną potrzebą. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zamawiający musi każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji np. w toku rozpoznawanego przez Izbę odwołania. Nie bez znaczenia dla rozpoznawania niniejszej sprawy jest fakt, że zamawiający wielokrotnie dokonywał zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie spornych parametrów. W początkowej wersji SIWZ, opublikowanej na stronie internetowej w dniu 13 czerwca 2018 r. wskazał parametry urządzenia w sposób, który opisywał urządzenie jednego producenta. Następnie w wyniku wniesionego odwołania, po jego uwzględnieniu, dokonał korekty w zakresie tych parametrów, aby po kolejnej zmianie w dniu 24 lipca 2018 r. ponownie przywrócić pierwotne brzmienie SIWZ. Dopiero dokonując ostatniej zmiany załącznika nr 5a do SIWZ wskazał, iż w tym zakresie kieruje się specyficznymi potrzebami, albowiem sprzęt będzie wykorzystywany przez specyficzną grupę użytkowników. Nie sposób nie zauważyć zatem, że zamawiający prezentuje w tym zakresie daleko idącą niekonsekwencję. Należy zatem zgodzić się z odwołującym, że skoro zamawiający uwzględnił odwołanie i dopuścił zakup urządzeń innego typu to aktualne twierdzenia, że jedynie sprzęt o znacznie mniejszych rozmiarach i lekki, mogący zmieścić się w niewielkim plecaku spełni jego oczekiwania, skoro gotów był zakupić sprzęt inny, przy tym możliwy do zaoferowania przez większą grupę wykonawców. Izba podziela również argumentację odwołującego, że zamawiający w SIWZ – pkt 27 przewidział alternatywny sposób przenoszenia zakupionego defibrylatora tj. w torbie transportowej z pasem na ramię, zatem prezentowane przez zamawiającego aktualnie stanowisko, że zakupywany sprzęt dokonywany jest na potrzeby oddziałów specjalnych i przenoszony będzie jedynie w niewielkim plecaku stanowi argumentację prezentowaną na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

W tym miejscu Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a zamawiający, w opinii Izby, nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, iż w wyniku odbytych spotkań

z finalnym odbiorcą sprzętu, z uwagi na jego przeznaczenie, tylko tak opisany przedmiot zamówienia jest w stanie spełnić jego oczekiwania. Izba zwraca uwagę, że analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.). W konsekwencji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji w postępowaniu spoczywa w całości na zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli zamawiający albo wykaże, że odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest szczególnymi potrzebami zamawiającego. Kwestia sposobu wykazania potrzeb zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby odpowiedzialnej za dokonywanie zakupów, ale wykazanie tych wymagań musi odbyć się w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, poprzez wyspecyfikowanie co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie może stanowić takiego uzasadnienia, jak to miało miejsce w tym przypadku jedynie głoślowe oświadczenie zamawiającego. Skoro, jak podnosił zamawiający, zmiana w zakresie opisywanych parametrów, była wynikiem odbytych spotkań z gestorem sprzętu i użytkownikiem końcowym, to na tą okoliczność winien on przedstawić dowód choćby w postaci notatki służbowej czy protokołu z przebiegu takiego spotkania zwłaszcza, że kwestia ta była wcześniej przedmiotem odwołania, które zamawiający uwzględnił, dzieląc argumentację odwołującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o zmianie parametrów opisanych w załączniku nr 5a do SIWZ tj. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla części pierwszej zamówienia Izba nakazała przywrócenie parametrów zgodnie z brzmieniem SIWZ po modyfikacji dokonanej pismem z 12 lipca 2018 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności §5 ust. 2 pkt 1 w zw. z §3 pkt 2 lit. b).

Przewodniczący:

.....