Sygn. akt KIO 2529/22

WYROK

z dnia 12 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę ArjoHuntleigh Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki imienia Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ArjoHuntleigh Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę ArjoHuntleigh Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2529/22

UZASADNIENIE

W dniu 26 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ArjoHuntleigh Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach (dalej jako „Odwołujący") na dokonaną w dniu 19 września 2022 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup sprzętu dla

Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki imienia Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „Zamawiający") czynność zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ").

Odwołujący zarzucił „naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez sformułowanie SWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez wskazanie

w załączniku nr 4 do SWZ (formularz cenowo - techniczny dla zadania nr 3) parametrów technicznych nieuzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji na gruncie przedmiotowego

postepowania".

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Zakup sprzętu dla Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii", a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie". Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że wniosek o unieważnienie Postępowania „dotyczy zadania 3".

Zamawiający wniósł o „1. oddalenie odwołania w całości, 2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego".

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co

następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 września 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00342230/01.

W załączniku nr 4 do SWZ Formularz cenowo - techniczny - zadanie nr 3 określono wymagania, jakie parametry techniczne mają spełniać oferowane w Postępowaniu łóżka do intensywnej terapii:

1) w wierszu oznaczonym nr 7 - „Konstrukcja umożliwiająca wykonanie przechyłów bocznych. Przechyły boczne wykonywane za pomocą materaca powietrznego zintegrowanego z leżem",

2) w wierszu oznaczonym nr 10 - „Długość zewnętrzna regulowana w zakresie min. 230 - 242 cm, szerokość zewnętrzna 100-103 cm",

3) w wierszu oznaczonym nr 21 - „Szczyty tworzywowe wykonane z polipropylenu wyjmowane od strony nóg i głowy z akcentem kolorystycznym do wyboru",

4) w wierszu oznaczonym nr 22 - „Szczyt łóżka od strony głowy nieruchomy przy przechodzeniu do pozycji Trendelenburga w celu zabezpieczenia przed nieświadomym uderzeniem w ścianę lub inną aparaturę medyczną",

5) w wierszu oznaczonym nr 26 - „Regulacja elektryczna wysokości leża, z pozycją ekstra-niską mierzoną od podłoża do górnej powierzchni leża w zakresie min. 36-80 cm",

6) w wierszu oznaczonym nr 27 - „Koła o średnicy 150 mm +/- 10 mm. Do wyboru koła

pojedyncze lub podwójne",

7) w wierszu oznaczonym nr 30 - „Regulacja elektryczna części nożnej (dot. uda wraz z podudziem) w zakresie min. 0-36°”,

8) w wierszu oznaczonym nr 35 - „Regulacja elektryczna pozycji Trendelenburga min.

12°”,

9) w wierszu oznaczonym nr 38 - „Segment oparcia wyposażony w sprężynę gazową, która po uruchomieniu CPR dźwignią ręczną stabilizuje ruch oparcia w dół tak by nie doszło do gwałtownego uderzenia segmentu o ramę leża”,

10) w wierszu oznaczonym nr 44 - „Bezpieczne obciążenie robocze dla wszystkich segmentów leża na poziomie min. 270 kg, pozwalające na wszystkie możliwe regulacje przy tym obciążeniu”,

11) w wierszu oznaczonym nr 46 - „Konstrukcja podwozia zapewniająca prześwit pod leżem identyczny w każdym punkcie (od koła do koła) na całej powierzchni pod łóżkiem - min. 18 cm”,

12) w wierszu oznaczonym nr 47 - „Metalowe uchwyty worków urologicznych po dwa z każdej strony łóżka min. 4 umieszczone pod leżem. Każdy uchwyt z dwoma haczykami na worki min. 7 haczyków w łóżku”,

13) w wierszu oznaczonym nr 48 - „Dodatkowe szyny typu DIN min. 4 montowane obustronnie ze stali nierdzewnej do montażu akcesoriów w środkowej części łózka (przekrój prostokątny) o dopuszczalnym obciążeniu min. 5 kg”,

14) w wierszu oznaczonym nr 49 - „Prosty wieszak kroplówki - 4 haki ze stali nierdzewnej, zakres regulacji wysokości min. 1045-1880mm”,

15) w wierszu oznaczonym nr 51 - „Sterowniki nożne do regulacji wysokości łóżka zlokalizowane obustronnie w celu regulacji wysokości beż użycia rąk”,

16) w wierszu oznaczonym nr 52 - „Łóżko wyposażone w gniazda pod wysięgnik do kroplówek, uchwyt na rękę oraz podwójną ramę ortopedyczną w standardzie. Rozkład uchwytów od strony głowy pacjenta po dwa uchwyty na narożnik w celu jednoczesnego zamontowania wieszaka kroplówki i uchwytu na rękę. Rozkład uchwytów od strony nóg pacjenta po jednym na narożnik w celu zamontowania ramy ortopedycznej lub innych akcesoriów”,

17) w wierszu oznaczonym nr 54 - „Materac powietrzny, przeciwodleżynowy, zintegrowany z leżem łóżka, wyposażony w pompę z modułem sterowania, zainstalowaną od strony szczytu nóg, bez widocznych przewodów łączących pompę z materacem”,

18) w wierszu oznaczonym nr 56 - „Bezpieczne obciążenie robocze gwarantujące skuteczność terapeutyczną min. 227 kg”,

19) w wierszu oznaczonym nr 58 - „Budowa materaca umożliwiająca jego przedłużenie np. po wydłużeniu leża. Materac poprzez wbudowane przewody powietrzne dopompowujący dodatkowe komory materaca”,

20) w wierszu oznaczonym nr 59 - „Materac wyposażony w rękaw rentgenowski umożliwiający umieszczenie kasety RTG bez potrzeby zdejmowania pacjenta z materaca oraz odpinania zamka materaca”,

21) w wierszu oznaczonym nr 63 -„ Indywidualny przycisk do aktywacji funkcji transportowej, który pozwala na pracę materaca w czasie gdy łóżko zostaje odłączone od zasilania”,

22) w wierszu oznaczonym nr 67 - „Zawór natychmiastowego spustu powietrza tzw. CPR zintegrowany z łóżkiem, uruchomienie go powodujace wypoziomowanie leża, obniżenie go i wypuszczenie powietrza z materaca”,

23) w wierszu oznaczonym nr 69 - „Możliwość programowania czasowego terapii ciągłej rotacji bocznej pacjenta (przechyły boczne), w której cykle obrotu można regulować w przedziałach czasowych”,

24) w wierszu oznaczonym nr 71 - „Materac z funkcją wspomagającą krążenie limfy, z możliwością ustawienia nasilenia i czasu pracy pulsacji”

25) w wierszu oznaczonym nr 77 - „Złącze do podłączenia pokrycia na materac służące do

zarządzania mikroklimatem pod pacjentem umieszczone pod leżem od strony nóg pacjenta”,

26) w wierszu oznaczonym nr 78 - „Łóżko wyposażone w zasilane pokrycie nakładane na materac. Nieprzepuszczalne dla cieczy, stanowiące barierę dla wirusów i bakterii, redukujące temperaturę oraz wilgoć na styku skóry pacjenta z powierzchnią pokrycia”,

27) w wierszu oznaczonym nr 79 - „Pokrycie wyposażone w gumki do montażu na materacu”,

28) w wierszu oznaczonym nr 80 - „Pokrycie złożone z trzech warstw: - górna warstwa wykonana z nylonu pokrytego poliuretanem, - wewnętrzna warstwa wykonana z pianki poliuretanowej, - dolna warstwa wykonana z paro-nieprzepuszczalnej, wodoodpornej tkaniny”,

29) w wierszu oznaczonym nr 81 - „Pokrycie wykorzystujące technologię negatywnego

przepływu powietrza dla poprawy właściwości odprowadzania wilgoci”

30) w wierszu oznaczonym nr 82 - „Pokrycie wielokrotnego użytku”

31) w wierszu oznaczonym nr 83 - „System wyposażony w wentylator zasilany elektrycznie umieszczony od strony stóp pacjenta. W komplecie zasilacz z przewodem elektrycznym”.

W załączniku nr 4 do SWZ Formularz cenowo - techniczny - zadanie nr 3 określono także parametry techniczne łóżka do intensywnej terapii, za które, zgodnie z informacją wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowo - technicznym w badanej ofercie, oferta

miała uzyskiwać punkty:

1) w wierszu oznaczonym nr 53 - „Łóżka z materacem zmiennociśnieniowym zintegrowanym z leżem Tak - 10 pkt Nie - 0 pkt”,

2) w wierszu oznaczonym nr 60 - „Miejsce na kasetę RTG umieszczone w materacu Tak - 10 pkt Nie - 0 pkt”,

3) w wierszu oznaczonym nr 64 - „Indywidualny przycisk do aktywacji funkcji

spuszczania powietrza z sekcji wezgłowia pozwalający ułożyć głowę poniżej tułowia w

celu wykonania takich procedur jak np. intubacja Tak - 10 pkt Nie - 0 pkt”.

W dniu 19 września 2022 r. Zamawiający dokonał zmiany treści załącznika nr 4 do SWZ, w wyniku czego wymagania, jakie parametry techniczne mają spełniać oferowane w Postępowaniu łóżka do intensywnej terapii, zostały określone następująco:

1) w wierszu oznaczonym nr 7 - „Konstrukcja umożliwiająca wykonanie przechyłów bocznych. Przechyły boczne wykonywane za pomocą całego leża”,

2) w wierszu oznaczonym nr 10 - „Długość zewnętrzna regulowana w zakresie min. 230 - 242 cm, szerokość zewnętrzna 100-103 cm lub łóżko o długości zewnętrznej 2190 mm z funkcją elektrycznego przedłużenia leża o 220mm i szerokości zewnętrznej

110cm”,

3) w wierszu oznaczonym nr 21 - „Szczyty tworzywowe wykonane z polipropylenu

wyjmowane od strony nóg i głowy z akcentem kolory-stycznym do wyboru lub wyposażone w szczyty tworzywowe z akcentem kolorystycznym w kolorze niebieskim zgodnym z kolorystycznymi standardami OIOMu”,

4) w wierszu oznaczonym nr 22 - „Szczyt łóżka od strony głowy nieruchomy przy przechodzeniu do pozycji Trendelenburga w celu zabezpieczenia przed nieświadomym uderzeniem w ścianę lub inną aparaturę medyczną lub łóżko ze szczytami tworzywowymi, odejmowanymi, z możliwością zablokowania/odblokowania, poruszającymi się podczas przechyłów wzdłużnych wraz z leżem, jednakże z uwagi na konieczność zabezpieczenia ścian lub aparatury medycznej łóżko posiadające 4 krążki odbojowe w każdym narożniku łóżka”,

5) w wierszu oznaczonym nr 26 - „Regulacja elektryczna wysokości leża, z pozycją

ekstra-niską mierzoną od podłoża do górnej powierzchni leża w zakresie min. 36-80 cm lub łóżko z elektryczną regulacją wysokości leża w zakresie 43,5-81,5cm”,

6) w wierszu oznaczonym nr 27 - „Koła o średnicy 150 mm +/- 10 mm. lub koła o średnicy 100mm”,

7) w wierszu oznaczonym nr 30 - „Regulacja elektryczna części nożnej (dot. uda wraz z podudziem) w zakresie min. 0-36° lub łóżko z elektryczną regulacją części nożnej (dot. uda wraz z podudziem) w zakresie 0-30°”,

8) w wierszu oznaczonym nr 35 - „Regulacja elektryczna pozycji Trendelenburga min.

12° lub w zakresie 0-8 stopni”,

9) w wierszu oznaczonym nr 38 - „Segment oparcia wyposażony w sprężynę gazową, która po uruchomieniu CPR dźwignią ręczną stabilizuje ruch oparcia w dół tak by nie doszło do gwałtownego uderzenia segmentu o ramę leża lub łóżko z mechaniczną funkcją CPR za pomocą dźwigni ręcznej, wyposażony w system zabezpieczający segment pleców przed gwałtownym uderzeniem o ramę leża poprzez zwolnienie blokady mechanicznego opuszczenia i chowanie sworznia w siłowniku ruchem obrotowym? Segment pleców podczas manualnej funkcji CPR nigdy nie opadnie gwałtownie/bezwładnie na leże, zatem rozwiązanie spełni funkcjonalność”,

10) w wierszu oznaczonym nr 44 - „Bezpieczne obciążenie robocze dla wszystkich segmentów leża na poziomie min. 270 kg, pozwalające na wszystkie możliwe regulacje przy tym obciążeniu lub łóżko z bezpiecznym obciążeniem roboczym na poziomie 250 kg”,

11) w wierszu oznaczonym nr 46 - „Konstrukcja podwozia zapewniająca prześwit pod leżem identyczny w każdym punkcie (od koła do koła) na całej powierzchni pod łóżkiem - min. 18 cm lub łóżko z konstrukcją podwozia zapewniająca prześwit po leżem 14,2cm, który w pełni umożliwia współpracę z podnośnikami pacjenta”,

12) w wierszu oznaczonym nr 47 - „Metalowe uchwyty worków urologicznych po dwa z każdej strony łóżka min. 4 umieszczone pod leżem. Każdy uchwyt z dwoma haczykami na worki min. 7 haczyków w łóżku lub łóżko z dwoma szynami, lakierowanymi proszkowo o przekroju owalnym, do montażu haczyków na worki urologiczne oraz innego wyposażenia po obu stronach leża, na każdej szynie zamontowane 2 haczyki”,

13) w wierszu oznaczonym nr 48 - „Dodatkowe szyny typu DIN min. 4 montowane obustronnie ze stali nierdzewnej do montażu akcesoriów w środkowej części łózka (przekrój prostokątny) o dopuszczalnym obciążeniu min. 5 kg lub łóżko z dwoma szynami, lakierowanymi proszkowo o przekroju owalnym, do montażu haczyków na worki urologiczne oraz innego wyposażenia po obu stronach leża, na każdej szynie zamontowane 2 haczyki”,

14) w wierszu oznaczonym nr 49 - „Prosty wieszak kroplówki - 4 haki ze stali nierdzewnej, zakres regulacji wysokości min. 1045-1880mm lub prosty oraz dodatkowy wieszak kroplówki z regulacją wysokości w zakresie 890-1431mm”,

15) w wierszu oznaczonym nr 51 - „Łóżko w którym przechyły boczne realizowane są za pomocą sterowników nożnych”,

16) w wierszu oznaczonym nr 52 - „Łóżko wyposażone w gniazda pod wysięgnik do kroplówek, uchwyt na rękę oraz podwójną ramę ortopedyczną w standardzie. Rozkład uchwytów od strony głowy pacjenta po dwa uchwyty na narożnik w celu jednoczesnego zamontowania wieszaka kroplówki i uchwytu na rękę. Rozkład uchwytów od strony nóg pacjenta po jednym na narożnik w celu zamontowania ramy ortopedycznej lub innych akcesoriów lub łóżko z dwoma gniazdami na akcesoria w narożnikach od strony głowy i dwoma w narożnikach od strony nóg”,

17) w wierszu oznaczonym nr 53 - „Łóżka z materacem zmiennociśnieniowym zintegrowanym z leżem lub materaca, który nie jest zintegrowany z leżem łóżka, wyposażony w osobną pompę z własnym panelem sterowania zawieszaną na szczycie łóżka od strony nóg, pompa połączona z materacem widocznymi przewodami powietrznym”,

18) w wierszu oznaczonym nr 56 - „Bezpieczne obciążenie robocze gwarantujące skuteczność terapeutyczną min. 200 kg”,

19) w wierszu oznaczonym nr 59 - „Miejsce na kasetę RTG umieszczone w segmencie

pleców wyposażonym w uchwyt”,

20) w wierszu oznaczonym nr 60 - „Miejsce na kasetę RTG umieszczone w łóżku”,

21) w wierszu oznaczonym nr 63 - „Indywidualny przycisk do aktywacji funkcji transportowej, który pozwala na pracę materaca w czasie gdy łóżko zostaje odłączone od zasilania lub materac z funkcją transportową polegającą na zamknięciu przewodów powietrznych i wprowadzenie materaca w stan statyczny”,

22) w wierszu oznaczonym nr 67 - „Zawór natychmiastowego spustu powietrza tzw. CPR zintegrowany z łóżkiem, uruchomienie go powodujące wypoziomowanie leża, obniżenie go i wypuszczenie powietrza z materaca lub materac z zaworem CPR w postaci dwóch mechanicznych zrywek? Funkcja uruchamiana bezpośrednio przy materacu”,

23) w wierszu oznaczonym nr 69 - „Możliwość programowania czasowego terapii ciągłej rotacji bocznej pacjenta (przechyły boczne), w której cykle obrotu można regulować w przedziałach czasowych lub bez funkcji programowania przechyłów bocznych w czasie”,

24) w wierszu oznaczonym nr 71 - „Materac z funkcją wspomagającą krążenie limfy, z możliwością ustawienia nasilenia i czasu pracy pulsacji lub materac z funkcją wspomagającą krążenie limfy poprzez regulację ciśnienia w komorach oraz pracę w trybie zmiennociśnieniowym 3 do 1”,

zaś wymagania, jakie parametry techniczne mają spełniać oferowane w Postępowaniu łóżka do intensywnej terapii, określone w wierszach oznaczonych nr nr 54, 58 oraz 77 - 83

usunięto.

Zmianą treści załącznika nr 4 do SWZ Formularz cenowo - techniczny - zadanie nr

3 dokonaną w dniu 19 września 2022 r. Zamawiający zmienił także parametr techniczny łóżka do intensywnej terapii w wierszu oznaczonym nr 64, za który, zgodnie z informacją wskazaną przez Wykonawcę w formularzu cenowo - technicznym w badanej ofercie, oferta miała uzyskiwać punkty - „Indywidualny przycisk do aktywacji funkcji spuszczania powietrza z sekcji wezgłowia pozwalający ułożyć głowę poniżej tułowia w celu wykonania takich procedur jak np. intubacja lub inny sposób umożliwiający spuszczenie powietrza celem wykonania procedur intubacji Tak - 10 pkt Nie - 0 pkt”.

Termin składania ofert w Postępowaniu upłynął 23 września 2022 roku.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji

Postępowania.

Izba oddaliła wniosek o dopuszczenie dowodu „z załączonych do odpowiedzi na odwołanie ofert - zrzutów treści stron znajdujących się na stronach 9-13 odpowiedzi na odwołanie”. Na stronie 13 dokumentu znajdującego się w przesłanym do Izby pliku o nazwie „Odpowiedź na odwołanie 2529_22-sig.pdf” napisane jest „Załącznik: Odpis z KRS Zamawiającego”, co świadczy o tym, że strona 13 tego dokumentu nie stanowi załącznika do odpowiedzi na odwołanie, lecz część tej odpowiedzi. W konsekwencji należy przyjąć, że również poprzedzające ową stronę strony 9 -12 ww. dokumentu stanowią część przedmiotowej odpowiedzi. Rzeczone „zrzuty treści stron” należy więc uznać za fragmenty odpowiedzi na odwołanie, czyli część zawartych w nim twierdzeń co do faktów, wobec czego nie można ich uznać za dokument który ma służyć udowodnieniu tychże faktów.

Izba oddaliła również wniosek o dopuszczenie dowodu „z przesłuchania stron i przesłuchanie w charakterze strony J. P. i P. K.”.

Zgodnie z art. 540 ust. 2 pkt 3) Pzp, „świadkami nie mogą być przedstawiciele ustawowi stron lub uczestników postępowania oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej legitymację do wniesienia odwołania”. W ocenie Izby z przepisu tego wynika, że w przypadku, gdy stroną postępowania jest osoba prawna, w charakterze strony

może być przesłuchiwana osoba, które wchodzi w skład organu tej osoby prawnej. Zarówno J. P. jak i P. K. nie wchodzą w skład organu Zamawiającego. Ponadto reprezentowali oni Zamawiającego na rozprawie jako pełnomocnicy, a nie sposób uznać za prawidłowe, aby było możliwe udowadnianie faktów objętych twierdzeniami przedstawianymi przez pełnomocnika strony poprzez przesłuchanie jako strony postępowania osoby będącej pełnomocnikiem strony.

Izba pominęła złożoną przez Odwołującego na rozprawie instrukcję obsługi i opis techniczny Eleganza 5, gdyż dokument ten nie miał znaczenia dla wykazania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Mógł on służyć wykazaniu, jakie parametry techniczne ma to łóżko, oraz że poszczególne z tych parametrów są identyczne jak poszczególne wymagania w zakresie parametrów technicznych łóżka do intensywnej terapii określone w załączniku nr 4 do SWZ Formularz cenowo - techniczny - zadanie nr 3. Jak wskazano poniżej, nie są to okoliczności mające znaczenie dla oceny zgodności postanowień SWZ z art. 99 ust. 4 i art. 16 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 10 października 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp, „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów". Art. 16 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny".

Izba uznała, że odwołanie rozpoznawane w niniejszym postępowaniu zostało wniesione na dokonaną w dniu 19 września 2022 r. czynność zmiany treści SWZ, gdyż jak wynika zawartych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie, zarzuty odwołania dotyczą wyłącznie postanowień zawartych w załączniku nr 4 do SWZ w brzmieniu po dokonaniu tych zmian. W takim stanie rzeczy Izba nie była uprawniona do dokonywania oceny zgodności z wyżej wymienionymi przepisami tych postanowień załącznika nr 4 do SWZ, których dotyczyło odwołanie w brzmieniu sprzed tych zmian, a mogła wyłącznie dokonać oceny zmian w zakresie tych postanowień.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść odwołania należało przyjąć, że okolicznością faktyczną stanowiącą podstawę zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 Pzp było to, że zmiany w zakresie wymienionych w odwołaniu parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 do SWZ, ograniczają konkurencję w Postępowaniu ze względu na to, że są „nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia", „ukierunkowane na produkt oferowany przez jednego z wykonawców", „wykluczając produkt oferowany przez Odwołującego i innych wykonawców".

Konieczne jest przy tym wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp, „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22).

Ponadto należy zauważyć, że - jak Izba wskazywała wielokrotnie w wydanych wyrokach - z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny oraz art. 534 ust. 1 Pzp wynika, że obowiązkiem strony, która powołuje się na fakt, powodujący powstanie określonych skutków prawnych, jest wykazanie tego faktu oraz wskazanie dowodów dla jego wykazania. Na Odwołującym ciążył zatem ciężar wykazania, że dokonane w dniu 19 września 2022 r. zmiany treści SWZ w zakresie parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 do SWZ w wierszach oznaczonych numerami 7, 10, 21, 22, 26, 27, 30, 35, 38, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 59, 60, 63, 64, 67, 69 i 71 są „nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia", „ukierunkowane na produkt oferowany przez jednego z wykonawców" i „wykluczają produkt oferowany przez Odwołującego i innych wykonawców".

Wymaga podkreślenia, że dla oceny zgodności postanowień SWZ z art. 99 ust. 4 i art. 16 Pzp istotna jest wyłącznie treść tych postanowień, czyli w niniejszej sprawie - parametrów technicznych stanowiących wymagania, które łóżko do intensywnej terapii musi spełniać oraz służących ocenie ofert. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest więc okoliczność, czy zmiana treści SWZ nastąpiła na skutek złożenia przez jednego z wykonawców wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, jak również to, w jakim zakresie (części) Zamawiający uwzględnił zawarte w takim wniosku prośby o zmianę treści SWZ. Istotnego znaczenia nie ma także to, jakie są parametry określonego łóżka do intensywnej terapii oferowanego przez wykonawcę, który złożył wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, ani identyczność danego parametru technicznego tego łóżka z parametrem technicznym stanowiącym wymaganie, które łóżko do intensywnej terapii musi spełniać czy służącemu ocenie ofert, gdyż żadna z tych okoliczności nie uzasadnia przyjęcia, że inne łóżko niż łóżko oferowane przez tego wykonawcę nie posiada parametrów technicznych zgodnych z parametrami stanowiących wymagania, które łóżko do intensywnej terapii musi spełniać, czy - w zakresie parametrów służących ocenie ofert - pozwalających uzyskać punkty w związku z posiadaniem określonych parametrów.

Porównanie treści załącznika nr 4 do SWZ w brzmieniu sprzed zmian dokonanych w dniu 19 września 2022 r. oraz po tych zmianach prowadzi do stwierdzenia, że w zakresie parametrów technicznych, określonych w tym załączniku w wierszach oznaczonych numerami 10, 21, 22, 26, 27, 30, 35, 38, 44, 46, 47, 48, 49, 52, 63, 67, 69 i 71, dokonane w dniu 19 września 2022 r. zmiany treści SWZ polegały na dodaniu przy użyciu spójnika „lub" sformułowań określających parametry techniczne, a sformułowania, które były zawarte w tych postanowieniach przed rzeczonymi zmianami, pozostały bez zmian. W konsekwencji zmiany te spowodowały, że w zakresie każdego z wymagań w zakresie ww. parametrów technicznych wymagania te spełniały łóżka do intensywnej terapii, które nie spełniały wymagań sprzed dokonania zmiany.

Taki sam skutek miały zmiany treści SWZ polegające na usunięciu wymagań w zakresie parametrów technicznych, określonych w załączniku nr 4 do SWZ w wierszach oznaczonych numerami 54, 58 oraz 77 - 83. W wyniku usunięcia tych wymagań, po dokonaniu zmiany przestało być możliwe uznanie, że nie spełniają tych wymagań łóżka do intensywnej terapii, które ich nie spełniały przed dokonaniem zmiany.

Identyczne konsekwencje miała zmiana dokonana w załączniku nr 4 do SWZ w wierszu oznaczonym nr 56, polegająca na określeniu niższej niż przed zmianą wartości minimalnego bezpiecznego obciążenia roboczego gwarantującego skuteczność terapeutyczną.

Podzielić należy stanowisko Zamawiającego, że każda zmiana, które nie polega „na zastąpieniu pierwotnych wymagań innymi, ale na usunięciu niektórych wymagań albo na dopuszczeniu, obok pierwotnych wymagań, również innych alternatywnych" „ w żaden sposób nie ograniczyła konkurencji ani w szczególności nie uniemożliwiła złożenia oferty Odwołującemu".

Konieczne jest zauważenie, że Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp w zakresie wielu z ww. parametrów wskazywał, że „dopuszczenie gorszego parametru nie ma żadnego logicznego uzasadnienia". Z twierdzeń tych wynika niezasadność zarzutu w zakresie zmian poszczególnych tych parametrów, gdyż oczywiste jest, że gorszy, czyli mniej „wyśrubowany" parametr techniczny jest łatwiejszy do spełnienia, zatem w przypadku Postępowania czyni to możliwym zaoferowanie sprzedaży łóżka do intensywnej terapii, które, gdyby dany parametr był „lepszy", nie spełniałoby wymagania określonego w dokumentach zamówienia.

W zakresie parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 do SWZ

w wierszach oznaczonych nr 53 i nr 64 stwierdzić należy, że twierdzenia Odwołującego nie znajdowały podstaw w treści SWZ. Z treści odwołania wynika, że parametry te stanowią wymagania, a „dopuszczenie gorszego parametru nie ma żadnego logicznego uzasadnienia".

Nie może zaś budzić wątpliwości, że w wyniku zmiany dokonanej w dniu 19 września 2022 r. pierwszy z tych parametrów przestał być parametrem służącym ocenie ofert, a stał się parametrem stanowiącym wymaganie, które łóżko do intensywnej terapii musi spełniać.

Niewątpliwe jest również, że drugi z tych parametrów służy ocenie ofert, a ww. zmiana w jego zakresie polegała na dodaniu do sformułowania, które było zawarte w postanowieniu SWZ przed rzeczoną zmianą, a które pozostało bez zmian, sformułowania określającego parametry techniczne przy użyciu spójnika „lub". W konsekwencji zmiana ta spowodowała, że uzyskałyby punkty w związku z posiadaniem parametru technicznego określonego w tym postanowieniu oferty sprzedaży łóżka do intensywnej terapii, które posiadały parametru technicznego określonego w załączniku nr 4 do SWZ w wierszu oznaczonym nr 64 przed dokonaniem zmiany.

Odwołujący nie wykazał, aby dokonanie ww. zmian prowadziło do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów, czyli do sytuacji, w której określony wykonawca czy produkt byłby w Postępowaniu traktowany korzystniej niż inny wykonawca czy produkt, ani że prowadziło do wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W szczególności, biorąc pod uwagę twierdzenia Odwołującego, z których wynika, że przed dokonaniem w dniu 19 września 2022 r. zmiany treści SWZ miał on możliwość złożenia oferty sprzedaży łóżka do intensywnej terapii, którego parametry techniczne odpowiadały wymaganiom w zakresie ww. parametrów technicznych, nie sposób uznać, że powyższe zmiany „wykluczyły produkt oferowany przez Odwołującego".

Izba nie znalazła zatem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zmiany te ograniczają konkurencję w Postępowaniu ze względu na to, że są „nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia", „ukierunkowane na produkt oferowany przez jednego z wykonawców" i „wykluczają produkt oferowany przez Odwołującego i innych wykonawców".

W ocenie Izby w zakresie parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 do SWZ w wierszach oznaczonych numerami 7, 51, 59 i 60 Odwołujący nie wykazał, że zmiany treści SWZ dokonane 19 września 2022 r., które - jak wskazał Zamawiający - polegały „na wprowadzeniu nowych wymogów lub zastąpieniu dotychczasowych wymogów innymi", ograniczają konkurencję w Postępowaniu ze względu na to, że są „nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia", „ukierunkowane na produkt oferowany przez jednego z wykonawców" i „wykluczają produkt oferowany przez Odwołującego i innych wykonawców".

W zakresie parametru technicznego określonego w ww. załączniku w wierszu oznaczonym numerem 7 w ramach zawartego w odwołaniu zarzutu w istocie ograniczono się do twierdzenia, iż zmiana ta wyeliminowała konkurencję, jej przyczyna nie jest zrozumiała, a rozwiązanie dostosowano „do konkretnego produktu oferowanego przez Wykonawcę, który zadał pytanie" oraz że „taki sposób opisu w sposób ewidentny ukierunkowany jest na rozwiązania techniczne stosowane przez jednego z oferentów". Zamawiający kwestionował te twierdzenia wskazując, że wymaganie w zakresie tego parametru spełniają nie tylko „łóżka firmy Linet", ale „m.in. również: - łóżka Vision firmy PROMA REHA; - łóżka HiTech ACT firmy PARDO; - łóżka Sicuro tera firmy Stiegelmeyer; - łóżka LE-13 firmy FAMED Żywiec".

Zamawiający kwestionował także analogiczne twierdzenia w zakresie:

a) parametru technicznego określonego w ww. załączniku w wierszu oznaczonym numerem 51, podnosząc, że „sterowniki nożne do przechyłów bocznych (...) oferowane są m.in. we wspominanych już wyżej łóżkach Vision (PROMA REHA), Sicuro tera (Stiegelmeyer) czy LE-13 (FAMED Żywiec), a nie tylko w zaoferowanych przez firmę Konkret sp. z o.o. sp.k. łóżkach Linet",

b) parametrów technicznych określonych w ww. załączniku w wierszach oznaczonych numerami 59 oraz 60, wskazując, że „wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie oferowane jest nie tylko w łóżkach firmy Linet, ale również w łóżkach Vision (PROMA REHA), HiTech ACT (PARDO) czy Sicuro tera (Stiegelmeyer)".

Mając ponadto na uwadze, że Odwołujący, nie kwestionując powyższych twierdzeń

Zamawiającego, podnosił, że wskazane przez Zamawiającego łóżka do intensywnej terapii nie spełniają wszystkich wymagań w zakresie parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 do SWZ, lecz nie tylko nie podjął nawet próby wykazania, że łóżka te nie spełniają wszystkich ww. wymagań, ale nawet nie wskazał, których spośród tych wymagań ww. łóżka nie spełniają, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że dokonane przez Zamawiającego w dniu 19 września 2022 r. zmiany treści SWZ powodują, że wymagania te spełniają wyłącznie łóżka Linet, a w konsekwencji, iż zmiany te ograniczają konkurencję w Postępowaniu ze względu na to, że są „nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia", „ukierunkowane na produkt oferowany przez jednego z wykonawców" i „wykluczają produkt oferowany przez Odwołującego i innych wykonawców".

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 Pzp w sposób wskazany w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575

Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący.

Przewodniczący: .....