

WYROK
z dnia 20 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę Dräger Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Posąg 7 Panien 1 (02-495 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Centrum Medyczne im. dr. Karola Jonschera w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Milionowej 14 (93-113 Łódź)

przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 9 (02-583 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dräger Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania; Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze 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 2938/23

Uzasadnienie

Miejskie Centrum Medyczne im. dr. Karola Jonschera w Łodzi zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Dostawa sprzętu medycznego do Miejskiego Centrum Medycznego im. dr K. Jonschera w Łodzi*, o numerze: 41/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2023 r. pod numerem 2023/S 180-564843.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 5 października 2023 r. wykonawca Dräger Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na zmianie – udzielonymi w dniu 28 września 2023 r. odpowiedziami na pytania do specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) oraz modyfikacjami SWZ – wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ) w zakresie pakietu nr 5, wyspecyfikowanych w uzasadnieniu odwołania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także wskazujący na aparat do znieczulenia CS750 oferowany przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „Wykonawca GE” lub „Wykonawca”), produkowane przez GE Healthcare (Datex-Ohmeda, Inc, GE Medical Systems Information Technologies, Inc) oraz eliminujący możliwość złożenia oferty odwołującemu lub innym wykonawcom. W efekcie dokonanych zmian wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia (zwanego dalej jako: „OPZ”) w pakiecie nr 5 spełnia jedynie sprzęt oferowany przez Wykonawcę GE.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4–6 Pzp przez opisanie w efekcie udzielonych odpowiedzi na pytania do SWZ oraz dokonanych modyfikacji przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 5 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję a w zasadzie całkowicie eliminującym jakąkolwiek konkurencję, w tym przez określenie parametrów lub funkcjonalności wskazujących na konkretne urządzenie oferowane przez Wykonawcę GE, przy jednoczesnym niedopuszczeniu równoważnych;

2) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4–6 Pzp przez opisanie – udzielonymi odpowiedziami na pytania do SWZ oraz dokonanych modyfikacjami SWZ – przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym wskazujących na sprzęt oferowany przez Wykonawcę GE;

3) art. 16 pkt 3 w zw. z art. art. 99 ust. 4–6 Pzp przez sformułowanie – udzielonymi odpowiedziami na pytania do SWZ oraz dokonanych modyfikacjami SWZ – nieadekwatnych do potrzeb zamawiającego wymagań wobec przedmiotu zamówienia, a wręcz sprzecznych

z tymi potrzebami, w tym wskazujących na sprzęt oferowany przez Wykonawcę GE, i tym samym naruszenie zasady proporcjonalności opisu przedmiotu zamówienia, a także utrudnienie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- rozpoznanie i uwzględnienie niniejszego odwołania;

- nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w sposób w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

- nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian oraz adekwatnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art.

505 ust. 1 Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. Wskazać należy bowiem, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący jako wykonawca zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, wobec modyfikacji SWZ – udzielonymi odpowiedziami na pytania do SWZ oraz dokonanymi modyfikacjami SWZ – nie jest w stanie złożyć oferty zgodnej z wymaganiami przedmiotowymi określonymi w OPZ w pakiecie nr 5. W rezultacie niewątpliwie istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w związku z brakiem możliwości złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty i pozyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe – zdaniem odwołującego – dowodziło posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody, co czyniło zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w dniu 28 września 2023 r. udzielił odpowiedzi na pytania oraz zmodyfikował SWZ w taki sposób, że w zakresie pakietu 5 zmienił w OPZ wymagane pierwotnie parametry lub funkcjonalności oraz dopuścił wnioskowane przez konkurencyjnego Wykonawcę GE. Jednocześnie zrezygnował z wielu przydatnych funkcji lub zawęził zakresy regulacji niektórych parametrów ze szkodą dla funkcjonalności zamawianego urządzenia. Być może zamawiający nie do końca był świadomy dokonanych zmian, bowiem zauważenia wymaga, że pytania sformułowane przez konkurencyjnego Wykonawcę i zawarte w nich uzasadnienia wprowadzały zamawiającego w błąd lub zostały tak sformułowane, aby uzyskać pozytywną odpowiedź i możliwość zaoferowania funkcji lub parametrów o niższej wartości niż zamawiający pierwotnie wymagał, przy jednoczesnym doprowadzeniu do sytuacji, w której zmodyfikowanych łącznych wymagań nie spełniają urządzenia oferowane przez odwołującego. Pytania sformułowane przez konkurencyjnego Wykonawcę GE zmierzały do takiej zmiany parametrów lub funkcjonalności, które spełnia wyłącznie urządzenie oferowane przez tego Wykonawcę i całkowitego wyeliminowania możliwości złożenia oferty przez odwołującego lub innych wykonawców, do czego zamawiający się przychylił. Skutkiem dokonania odpowiedzi na pytania do SWZ oraz zmiany SWZ jest jednoznaczne uprzywilejowanie Wykonawcy GE przy jednoczesnym całkowitym wyeliminowaniu konkurencji, co miało naruszać wskazane w odwołaniu przepisy Pzp.

Przechodząc do meritum, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że pierwotne wymagania określone w OPZ (dokument, pn. D41.Opis_predmiotu_zamowienia_Zalacznik_nr_10_19-09-2023_09.50.54), mogły być spełnione przez sprzęt odwołującego, poza jednym akcesorium, określonym w pkt. 67 OPZ. W punkcie tym zamawiający wymagał zaoferowania: *Jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, z pułapkami 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm)*. Wobec nieposiadania w ofercie tego akcesorium do aparatu, odwołujący zadał pytanie do SWZ o treści: *Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie jednorazowych, anestetycznych zestawów oddechowych o długości 1,8 m (z workiem oddechowym 2 L) w zestawie 25 szt.?* Zamawiający w odpowiedzi *podtrzymał zapisy SWZ* Udzielona odpowiedź powoduje konieczność dokupienia jednego z akcesoriów, którego nie posiada aparat odwołującego, spełniający pozostałe wszystkie parametry. Stanowi to utrudnienie

i oczywiste podrożenie ceny oferty odwołującego, ale jeszcze nie wyeliminowanie możliwości złożenia niepodlegającej złożeniu oferty. Jednocześnie w tym samym miejscu (po cyt. wyżej odpowiedzi na pytanie odwołującego), zamawiający na inne pytanie o treści: *Pakiet V - Aparat do znieczulenia 6 szt. Pkt 67. Czy Zamawiający dopuści jednorazowe układy oddechowe, współosiowe bez pułapek?* udzielił odpowiedzi pozytywnej: *Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza jednorazowe układy oddechowe, współosiowe bez pułapek.*

Takie odpowiedzi, tj. dopuszczające rozwiązanie konkurencji (Wykonawcy GE)

i niedopuszczające rozwiązania odwołującego nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, a jedynie utrudniały złożenie oferty odwołującemu, stanowiąc

o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że oba rodzaje układów są często wykorzystywane na zasadzie równoważności, wobec czego nie ma istotnych zalet podnoszących jakość pracy przy dopuszczeniu wnioskowanego przez konkurencję odwołującego. Wręcz przeciwnie, nieszczelności w układach współosiowych są trudniejsze do zlokalizowania, co w przypadku presji czasowej ma istotne znaczenie na sali operacyjnej.

Żądanie: Wobec powyższego odwołujący wniósł o zmianę wymagania określonego w pkt 67 na: *Jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, z pułapkami 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm) lub jednorazowe, anestetyczne zestawy oddechowe o długości 1,8 m (z workiem oddechowym 2 L), 10 szt. lub jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm).*

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że w udzielonych wyjaśnieniach zamawiający w odniesieniu do pkt 3, 4, 6, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 48, 49, 50, 53, 57, 60, 62, 63, 68, 71, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 86, 88, 90, 91, 93, 95, 97, 99, 100 OPZ – dopuścił parametry lub funkcjonalności oferowane przez Wykonawcę GE. Odwołujący wskazał, że właśnie w wielu tych punktach zamawiający zrezygnował z istotnych funkcji lub zawęził zakresy regulacji parametrów: np. poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące pkt. 25, 26, 28, 29, 31, 32 OPZ (odpowiednio pytania i odpowiedzi nr 11, 12, 14, 15, 17, 18). Zamawiający z niewiadomych przyczyn zrezygnował również (na rzecz tego wykonawcy) ze swoich korzyści, dopuszczając możliwość zaoferowania 5 szt. wkładów jednorazowych zamiast 25 szt. (pkt 68 OPZ, pytanie nr 40,40. Pkt 68. *Czy Zamawiający dopuści jednorazowe standardowe wkłady workowe*

w ilości po 5 szt na aparat? Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza). W opinii odwołującego, zamawiający – w odpowiedzi na wprowadzające w błąd pytanie – dopuścił także możliwość zaoferowania funkcji o niższej wartości, którą to posiada aparat Wykonawcy GE (pkt 68 OPZ, pytanie nr 37 i 38 Pkt 63. *Czy Zamawiający ze względu na bezpieczeństwo pacjenta dopuści test z interakcją z użytkownikiem w trakcie trwania procedury testowania? Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza* 38. *Wymóg opisany przez Zamawiającego charakterystyczny dla firmy Dräger to również test interaktywny tylko podzielony na 2 etapy*

i nazywany (jego 2 etap - testem automatycznym) Pierwszy etap to czynności przygotowawcze przed wykonaniem testu które wymagają kilkunastominutowej interakcji

z użytkownikiem (dokładnie to samo jest wykonywane podczas testów interaktywnych

u innych producentów) oraz drugi etap bez ingerencji użytkownika. Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza). Odwołujący wskazał, że trudno jest w tym przypadku w ogóle ocenić o jakim, bezpieczeństwie pisze pytający, skoro testy urządzeń, czy to z interakcją czy też bez interakcji, nie mogą być prowadzone z podłączonym pacjentem. Takie sztuczne podniesienie rangi pytania wprowadzało zamawiającego w błąd. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że test w aparacie firmy Dräger jest testem automatycznym, a czynności przygotowawcze, które

w postawionym pytaniu określono jako pierwszy etap testu, to nie jest test tylko właśnie czynności przygotowawcze,

które w każdym aparacie, także aparacie oferowanym przez Wykonawcę GE trzeba przeprowadzić – np. podłączyć rury oddechowe, sprawdzić butle rezerwowe czy podłączenie linii próbkującej. Po wykonaniu takich czynności aparat oferowany przez odwołującego – w przeciwieństwie do aparatu Wykonawcy GE – przeprowadza właśnie test automatyczny.

Odwołujący podniósł, że zdaje sobie sprawę z tego, że dopuszczenie przez zamawiającego określonych rozwiązań czy proponowanych przez wykonawców parametrów, obok wymaganych pierwotnie, co do zasady nie może stanowić podstawy odwołania. Niemniej jednak opisane powyżej działania wskazują na pewną metodykę w zadawaniu pytań do SWZ i udzielaniu odpowiedzi, której efektem jest uprzywilejowanie pozycji jednego wykonawcy, kosztem pozostałych czy nawet rezygnacji z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień. Co istotne jednak, zamawiający – sugerując się treścią zadanych pytań – wprowadził modyfikacje SWZ, wprowadzając takie parametry lub funkcjonalności, które spełnia jedynie urządzenie oferowane przez Wykonawcę GE, a które uniemożliwiają odwołującemu złożenie konkurencyjnej i zgodnej

z warunkami zamówienia oferty. Są to zmiany wprowadzone (odpowiednio przez przekreślenie lub dopisane czerwoną czcionką) w dokumencie zamieszczonym na stronie postępowania, pn. D.41.Opis_przedmiotu_zamowienia_Zalacznik_nr_10_po_modyfikacji_-_ostateczny_28-09-2023_13.15.14.docx, a dokonane w:

a. pkt. 53 OPZ, pytanie 32:32. Pkt 53. Czy ze względu na bezpieczeństwo pacjenta Zamawiający będzie wymagał również alarmu objętości pojedynczego oddechu niezwykle istotnego np przy zabiegach laparoskopowych? Odpowiedź: Zamawiający wymaga, jednocześnie zmienia zapisy SWZ;

b. pkt. 62 OPZ, pytanie 36,36. Pkt 62. Czy Zamawiający ze względów bezpieczeństwa oczekuje, aby gniazda zabezpieczone były automatycznymi indywidualnymi bezpiecznikami oraz posiadały transformator separacyjny jako dodatkową ochronę przeciwporażeniową? Odpowiedź: Zamawiający wymaga, jednocześnie zmienia zapisy SWZ;

c. pkt 81 OPZ, pytanie 56:53. Pkt. 86. Prosimy o wyjaśnienie, czy kardiomonitoring mają być wyposażone w opcję analizy arytmii przedsionkowych? Odpowiedź: Zamawiający wymaga i jednocześnie modyfikuje zapisy SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że dodatkowy wymóg alarmu pojedynczego oddechu ma na celu jedynie uniemożliwienie złożenia mu ważnej oferty. Urządzenie, które może zostać zaofiarowane przez odwołującego zapewnia całkowite bezpieczeństwo pacjenta, posiada alarmy niskiej objętości minutowej, odzwierciedlające także objętość poszczególnych oddechów, ponadto obecna funkcja wolumetru umożliwia kontrolę oddechów, jeśli zachodzi taka konieczność.

Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego aparat nie wymaga transformatora separacyjnego, ponieważ jego konstrukcja, przy zachowaniu całkowitego bezpieczeństwa elektrycznego, nie wymaga separacji obwodów elektrycznych aparatu i gniazd dodatkowych. Natomiast aparat Wykonawcy GE wymaga takiego transformatora, co nie stanowi jednak uzasadnienia, aby od wszystkich wykonawców wymagać takich samych rozwiązań technicznych. Odwołujący zwrócił uwagę, że jego urządzenie jest sklasyfikowanym, zgodnym z odnośnymi normami, urządzeniem medycznym, oznaczonym znakiem CE, czyli bezpiecznym i dopuszczonym do obrotu. Urządzenie to jest wyposażone w elektryczne gniazda dodatkowe zabezpieczone bezpiecznikami standardowymi oraz jednym głównym automatycznym, zapewnia to pełną funkcjonalność i bezpieczeństwo pracy. Podobnie jak

w przypadku transformatora separacyjnego, wymóg posiadania automatycznych bezpieczników ma na celu jedynie uniemożliwienie złożenia ważnej oferty odwołującemu. Również wymaganie w zmodyfikowanym pkt 81 OPZ dostarczenia pomiaru reakcji pacjenta na bodźce bólowe jedną z dostępnych metod (SPI lub ANI), właściwą tylko dla urządzenia oferowanego przez Wykonawcę GE, całkowicie i bez obiektywnego uzasadnienia blokuje możliwość złożenia konkurencyjnej lub ważnej oferty wszystkim wykonawcom oprócz Wykonawcy GE.

W odniesieniu do wprowadzonych w pkt. 53, 62, 81 OPZ zmian odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a. przywrócenia pierwotnego wymogu, określonego w pkt. 53 OPZ, tj. nadanie mu brzmienia: *Alarm objętości minutowej;*

b. przywrócenia pierwotnego wymogu określonego w pkt. 62 OPZ, tj. nadanie mu brzmienia: *Dodatkowe gniazda elektryczne, co najmniej 4 szt., zabezpieczone bezpiecznikami;*

c. przywrócenia pierwotnego wymogu określonego w pkt. 81 OPZ, tj. nadanie mu brzmienia: *Możliwości monitorowania parametrów.*

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający (najprawdopodobniej kontynuując ciągłość odpowiedzi na pytania od Wykonawcy oferującego urządzenia firmy GE), dopuścił funkcjonalność, która nie znajduje zastosowania na sali operacyjnej. Mianowicie wprowadził wymóg w pkt 86 OPZ, aby urządzenie analizowało również migotanie przedsionków. Wymóg ten całkowicie nie znajduje obiektywnego uzasadnienia, bowiem funkcją monitorowania różnorodnych zaburzeń rytmu jest rozpoznawanie napadów arytmii, czy to pochodzenia komorowego czy pochodzenia przedsionkowego w sytuacjach gwałtownych. Informacja

o migotaniu przedsionków jest weryfikowana przy kwalifikacji pacjenta do zabiegu i jest statystycznie najczęściej wyłączanym alarmem podczas operacji. W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu przywrócenia pierwotnego wymogu, określonego w pkt. 86 OPZ, tj. nadanie mu brzmienia: *Monitorowanie arytmii z rozpoznawaniem przynajmniej 10 różnych arytmii.*

Reasumując powyższe odwołujący wskazał, że dokonane przez zamawiającego zmiany wymogów dotyczących stanowiska do znieczulania: tzn. aparatu i monitora funkcji życiowych, będących przedmiotem postępowania w pakiecie nr 5, spełnia w całości tylko sprzęt oferowany przez Wykonawcę GE. Natomiast odpowiedzi na pytania prowadzą do uprzywilejowania Wykonawcy GE kosztem możliwości złożenia konkurencyjnej oferty przez odwołującego lub innych wykonawców, a nawet kosztem rezygnacji przez zamawiającego

z uzasadnionych parametrów lub funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Zamawiający udzielając w dniu 28 września 2023 r. odpowiedzi na pytania do SWZ i modyfikując SWZ wprowadził postanowienia, które ewidentnie naruszają podstawowe zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, wyrażone w art. 99 Pzp, oraz przygotowania i prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp zamawiający przygotowuje

i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności. Przepis ten stanowi o bezwzględnym zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy będącemu w stanie je wykonać. W szczególności wymagania stawiane wobec przedmiotu zamówienia nie mogą zmierzać do nieznanego obiektywnego uzasadnienia uprzywilejowania niektórych

wykonawców bądź to wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu zamówienia oferowanego przez określonego wykonawcę, kosztem pozostałych. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. W świetle art. 99 ust. 4 Pzp niedozwolone jest nie tylko samo formułowanie wymogów co do dostarczenia konkretnie nazwanego produktu, ale także takie formułowanie wymogów opisowych (w tym parametrów technicznych lub funkcjonalności łącznie, w określonym zestawie), które *de facto* wskazują na ten właśnie produkt, pomimo braku użycia jego nazwy. Taki opis przedmiotu zamówienia jest zakazany, jako mogący prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych wymogów, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W tym zakresie odwołujący podziela poglądy wyrażane w orzecznictwie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 października 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podobnie tego samego dnia tj. 17 października 2023 r., także wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 13 października 2023 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) z załącznikami;
 - odpowiedzi na pytania do treści SWZ z dnia 28 września 2023 r.;
 - zmodyfikowany w dniu 28 września 2023 r opis przedmiotu zamówienia (zwany dalej nadal jako: „OPZ”)
 - ofertę złożoną w postępowaniu przez BFF MEDFinance S.A. z siedzibą w Łodzi;
- 2) załączniki do odpowiedzi na odwołanie:
 - informację od firmy Draeger Sp. z o.o.;
 - informację od firmy Biameditek Sp. z o.o.;
- 3) załączniki do pisma procesowego przystępującego:
 - zrzuty ekranu ze strony; ;
 - skan *Instrukcji obsługi Perseus A500 SW 1.1n*, str. 27 dotyczącej pomocniczych gniazd zasilających;
 - skan ze strony internetowej medipmet.pl;
 - skany informacji dotyczących aparatów EKG: Aspel, Zoncare oraz Edan;
- 4) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego;
 - zestawienie opracowane przez odwołującego, które zostało sporządzone w formie tabelarycznej dotyczące parametrów określonych w pkt 53 i 62 OPZ w kontekście ich niespełnienia przez urządzenia oferowane przez różnych producentów aparatów do znieczulenia;
 - pismo producenta z dnia 17 lutego 2023 r. z tłumaczeniem najważniejszej informacji na język polski.

Izba ustaliła co następuje

Pierwotnie kwestionowane w odwołaniu punkty OPZ dla pakietu nr 5 posiadały następującą treść:

- pkt 53 OPZ – *Alarm objętości minutowej*;
- pkt 62 OPZ – *Dodatkowe gniazda elektryczne, co najmniej 4 szt., zabezpieczone bezpiecznikami*;
- pkt 67 OPZ – *Jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, z pułapkami 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm)*;
- pkt 81 OPZ – *Możliwości monitorowania parametrów*;
- pkt 86 OPZ – *Monitorowanie arytmii z rozpoznawaniem przynajmniej 10 różnych arytmii*.

W dniu 28 września 2023 r. zamawiający opublikował następujące odpowiedzi na pytania dotyczące ww. punktów OPZ:

32. Pkt 53. Czy ze względu na bezpieczeństwo pacjenta Zamawiający będzie wymagał również alarmu objętości pojedynczego oddechu niezwykle istotnego np przy zabiegach laparoskopowych?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga, jednocześnie zmienia zapisy SWZ

(...)

36. Pkt 62. Czy Zamawiający ze względów bezpieczeństwa oczekuje, aby gniazda zabezpieczone były automatycznymi indywidualnymi bezpiecznikami oraz posiadały transformator separacyjny jako dodatkową ochronę przeciwporażeniową?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga, jednocześnie zmienia zapisy SWZ

(...)

53. Pkt. 86. Prosimy o wyjaśnienie, czy kardiomonytory mają być wyposażone w opcję analizy arytmii przedsionkowych?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga i jednocześnie modyfikuje zapisy SWZ

(...)

62. Pkt. 81. Czy Zamawiający wymaga dostarczenia pomiaru reakcji pacjenta na bodźce bólowe jedną z dostępnych metod (SPI lub ANI), co ma szczególne znaczenie właśnie

w obszarze Sali operacyjnej, gdzie z jednej strony ułatwia utrzymanie stabilności hemodynamicznej pacjenta, a z drugiej zabezpiecza szpital na wypadek roszczeń pacjentów – dając wymierny dowód, że pacjent był adekwatnie znieczulony?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga i jednocześnie modyfikuje zapisy SWZ

(...)

pkt. 67:

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie jednorazowych, anestezjologicznych zestawów oddechowych o długości 1,8 m (z workiem oddechowym 2 L) w zestawie 25 szt.?”

Odpowiedź: Zamawiający potrzymuje zapisy SWZ

Pakiet V - Aparat do znieczulenia 6 szt. Pkt 67. Czy Zamawiający dopuści jednorazowe układy oddechowe, współosiowe bez pułapek ?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza jednorazowe układy oddechowe, współosiowe bez pułapek

W dniu 28 września 2023 r. zamawiający opublikował także OPZ po modyfikacji. Opisane powyżej punkty OPZ posiadały ostatecznie następującą treść (fragmenty dodane

w wyniku modyfikacji zostały zaznaczone czerwonym kolorem czcionki):

- pkt 53 OPZ – Alarm objętości minutowej i **alarm objętości pojedynczego oddechu;**

- pkt 62 OPZ – **Dodatkowe gniazda elektryczne, co najmniej 4 szt., zabezpieczone bezpiecznikami – gniazda zabezpieczone automatycznymi indywidualnymi bezpiecznikami oraz posiadające transformator separacyjny jako dodatkowa ochrona przeciwporażeniowa;**

- pkt 67 OPZ – **Jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, z pułapkami 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm);**

- pkt 81 OPZ – **Możliwości monitorowania parametrów. Zamawiający wymaga dostarczenia pomiaru reakcji pacjenta na bodźce bólowe jedną z dostępnych metod (SPI lub ANI);**

- pkt 86 OPZ – **Monitorowanie arytmii z rozpoznawaniem przynajmniej 10 różnych arytmii**

z opcją analizy arytmii przedsionkowych.

Termin składania ofert w zakresie pakietu nr 5 upłynął w dniu 6 października 2023 r. Jediną ofertę złożył wykonawca BFF MEDFinance S.A. z siedzibą w Łodzi. W pkt 5 formularza ofertowego ww. wykonawca wskazał:

5) przedmiotowe zamówienie zamierzamy wykonać sami (w całości/w części). Podwykonawcom: GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ zamierzamy powierzyć następującą część zamówienia: dostawa, instalacja, szkolenie w zakresie obsługi, serwis gwarancyjny itp. z wyjątkiem usługi finansowania, którą Wykonawca wykona samodzielnie

W formularzu asortymentowo-cenowym złożonym wraz z ofertą ww. wykonawca w ramach pakietu nr 5 w kolumnie Producent wskazał: GE HEALTHCARE (Datex-Ohmeda, Inc.; GE Medical Systems Information Technologies, Inc.).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 99 ust. 4-6 Pzp – 4. 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.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności;

- art. 16 pkt 1 i 3 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

(...)

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba uznała za zasadne wskazać, że określone przez ustawodawcę w Pzp zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, przejrzystości to „szkielet” każdego z postępowań

o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych (zob. wyrok z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 351/22, KIO 360/22). Skład orzekający podkreślił również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać

z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb zamawiającego i czasu w jakim zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwie, co również należało podkreślić, zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne dla zamawiającego standardy, przy uwzględnieniu realnych jego potrzeb. 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. Redakcja powyższego przepisu ustawy koresponduje z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na

uwadze pozostaje aktualna dotychczas prezentowana w doktrynie i orzecznictwie wykładnia tychże przepisów dająca odnieść się do obecnych regulacji.

Ponadto jak słusznie wskazano w ww. wyroku z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 351/22, KIO 360/22, podkreślić należy, co również wielokrotnie przebiegało z orzecznictwa Izby, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Zamawiający nie jest zobligowany żadnymi przepisami do odstępowania nabywania dóbr, które są dostępne na rynku, które zstępują w swoich rozwiązanych technicznych starsze rozwiązania lub przedstawiają dla niego rozwiązania korzystniejsze uzasadnione jego potrzebami. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, z zapatrywaniem na przyszłość,

z przewidywaniem możliwości korzystania z przedmiotu w sposób ułatwiający mu pracę czy też polepszający jej warunki. Fakt, że zamawiający jest podmiotem publicznym nie powinien go stawiać w gorszej pozycji i pozbawiać możliwości nabywania dóbr o cech, parametrach, funkcjonalnościach, które pozwalają na rozwój i ułatwiają działania. Izba zaznacza jednocześnie, że opis przedmiotu zamówienia jak również sposób jego realizacji powinien umożliwiać wykonawcom jednokrotny dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Nie oznacza to natomiast, że zasada uczciwej konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której

o zamówienie mają koniecznie ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: *Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi*

w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami ma prawo – jak również obowiązek – sprecyzować przedmiot zamówienia. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast na podstawie art. 99 ust. 2 Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Realizacja tych postulatów prowadzi do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dającego pełen obraz oczekiwań zamawiającego. Niemniej nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy. W wyroku Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13 zostało wyartykułowane, że *Celem postępowania jest nabycie przez zamawiającego rzeczy (praw, usług), które odpowiadają jego potrzebom. Zasadnie podnosi skarżący, iż stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie może prowadzić do nabycia dostaw czy usług, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Przez sformułowanie potrzeb zamawiającego w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy, w ocenie Sądu, rozumieć nie tylko określenie rodzaju urządzeń, które zamawiający zamierza nabyć oraz zasad serwisu gwarancyjnego tych urządzeń. Zamawiający ma prawo, a jako jednostka sektora finansów publicznych i obowiązek, planowania racjonalnej pod względem finansowym i użytkowym eksploatacji urządzeń również po okresie gwarancyjnym,*

w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element. Również Izba w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są potrzeby zamawiającego, obiektywnie skonkretyzowane w przygotowanym przez zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, jednakże co należy podkreślać, opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny i jednoznaczny, dający się zidentyfikować

i określić, a obowiązki te zamawiający wykonać winien rzetelnie. Wartym odnotowania jest również to, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział

w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku (tak wyrok Izby sygn. akt KIO 2074/21). Próby rozszerzania opisu przedmiotu zamówienia mające na celu rozszerzenie postanowień SWZ będą naruszeniem owych zasad, a w konsekwencji mogą prowadzić do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych

W dalszej kolejności skład orzekający podkreśla zasadność argumentacji zwartej

w komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych ([red.] H. Nowak, M. Winiarz *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Wydanie II, Warszawa 2023, s. 348-349), w której wskazano – *Cel regulacji z art. 99 ust. 4 Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na*

konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej

z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów).

W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że modyfikacje OPZ z dnia 28 września 2023 r., które były kwestionowane przez odwołującego (pkt 53, 62, 67, 81 i 86 OPZ) wpływały ograniczająco na konkurencję w zakresie pakietu nr 5, ale miały swoje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego i odpowiadały jego zobiektywizowanym

i rzeczywistym potrzebom zakupowym związanym z realizacją przypisanych mu zadań.

W związku z tym zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad systemu zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że pytania sformułowane przez przystępującego

i zawarte w nich uzasadnienia wprowadzały zamawiającego w błąd lub zostały tak sformułowane, aby uzyskać pozytywną odpowiedź i możliwość zaoferowania funkcji lub parametrów o niższej wartości niż zamawiający pierwotnie wymagał. Skład orzekający uznał przedmiotową argumentację za chybioną. Izba doszła do przekonania, że dokonane przez zamawiającego modyfikacje, które były kwestionowane przez odwołującego, zostały przez zamawiającego przeanalizowane w wyniku czego zamawiający uznał je za wychodzące naprzeciw jego uzasadnionym potrzebom oraz prowadzące do otrzymania optymalnych rozwiązań. Warto przypomnieć, że przedmiot zamówienia dotyczył dostawy sprzętu medycznego, a dokładniej w zakresie pakietu nr 5 dostawy obejmowały aparaty do znieczulenia, które mają być stosowane podczas zabiegów chirurgicznych. Tym samym parametry zamawianego w postępowaniu sprzętu w kontekście uzasadnionych potrzeb zamawiającego nie mogły ograniczać się do komfortu pracy lekarzy, ale również do zaspokajania potrzeb szerszej zbiorowości, czyli pacjentów i to w kontekście ochrony ich zdrowia i życia. Stąd też uzasadnione było wymaganie przez zamawiającego jak najlepszego sprzętu. W taki też sposób Izba oceniła modyfikacje kwestionowane przez odwołującego, tj. jako zmierzające do uzyskania sprzętu o lepszych parametrach i przez to w wystarczającym stopniu uzasadniające nie tylko potrzeby zamawiającego, ale również zaspokajające potrzeby szerszej społeczności. Dodatkowo jak słusznie podkreślił przystępujący na rozprawie, odwołujący nie przedstawił argumentacji, która kwestionowałaby kliniczną zasadność zmodyfikowanych parametrów OPZ. W związku z powyższym Izba uznała, że stopień szczegółowości kwestionowanych przez odwołującego modyfikacji OPZ był niezbędny do osiągnięcia zamierzonych przez zamawiającego celów związanych z przedmiotowym postępowaniem.

Przechodząc szczegółowo do poszczególnych parametrów OPZ kwestionowanych przez odwołującego skład orzekający stwierdził, że w przypadku pkt 67 OPZ, odwołujący przyznał w uzasadnieniu, że miał możliwość złożenia oferty, uwzględniając „konieczność dokupienia jednego z akcesoriów”. Ponadto odwołujący podniósł, że przez dopuszczenie jednorazowych układów oddechowych współosiowych bez pułapek, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Należało przypomnieć, że zamawiający nie zastąpił wymagania: *Jednorazowe układy oddechowe, współosiowe, z pułapkami 10 szt. (worek oddechowy 2 L, długość rur co najmniej 170 cm)* innym parametrem, lecz jedynie dopuścił jednorazowe układy oddechowe współosiowe bez pułapek. Taka odpowiedź niczego nie zmieniła w sytuacji prawnej i faktycznej odwołującego. W szczególności nie uniemożliwiła mu złożenia oferty – co sam odwołujący potwierdził. Ponadto Izba – wobec braku argumentacji przeciwnej ze strony odwołującego potwierdzonej przez adekwatne dowody – przyznała rację zamawiającemu, który akcentując walory układów współosiowych wskazał, że oszczędzają one ciepło pacjenta i zapobiegają wysuszeniu gazów, którymi oddycha pacjent, a także układy takie są dostępne na rynku. Również na stronie internetowej odwołującego można było je z łatwością znaleźć i przeczytać o ich zaletach, co wykazał przystępujący zamieszczając w treści pisma procesowego zrzuty z ekranu ze strony internetowej odwołującego.

W ramach argumentacji dotyczącej parametru podanego w pkt 67 OPZ odwołujący złożył dowód w postaci pisma producenta z dnia 17 lutego 2023 r. z tłumaczeniem najważniejszej informacji na język polski, który miał potwierdzać, że producent zablokował możliwość oferowania przez niego układów współosiowych. Dowód ten pozostawał w pewnej sprzeczności ze stanowiskiem zawartym w uzasadnieniu odwołania, w którym odwołujący wskazał, że *Udzielona odpowiedź powoduje konieczność dokupienia jednego z akcesoriów, którego nie posiada aparat Odwołującego, spełniający pozostałe wszystkie parametry. Stanowi to utrudnienie i oczywiste podrożenie ceny oferty Odwołującego, ale jeszcze nie wyeliminowanie możliwości złożenia niepodlegającej złożeniu oferty.* Skład orzekający uznał, że powyżej wskazany dowód nie potwierdził zasadności zarzutu, ponieważ odwołujący ostatecznie miał możliwość złożenia oferty pomimo dopuszczenia przez zamawiającego jednorazowych układów oddechowych współosiowych bez pułapek.

W przypadku parametru określonego w pkt 53 OPZ skład orzekający doszedł do przekonania, że alarm objętości pojedynczego oddechu nie jest tożsamy z alarmem pojemności minutowej. Mimo tego przystępujący twierdził, że odwołujący posiada aparat wyposażony w alarmy niskiej objętości minutowej (MV) odzwierciedlające także objętość poszczególnych oddechów. Podobną argumentację przedstawił na rozprawie zamawiający wskazując, że jeśli chodzi o

parametr niskiej objętości minutowej, który stosuje odwołujący istotne jest to kiedy jest zgłaszany alarm niskiej objętości minutowej. Tym samym po odpowiednim wyjaśnieniu i uszczegółowieniu przez odwołującego można by było uznać, że to rozwiązanie było do przyjęcia przez zamawiającego. Tymczasem odwołujący nie wykazał, że oferowane przez niego rozwiązanie, posiadające alarm niskiej objętości minutowej, absolutnie nie jest w stanie spełnić wymogu związanego z alarmem objętości pojedynczego oddechu. Stąd też nie można było ostatecznie przyjąć, że oferowany przez niego sprzęt nie spełniał parametru określonego w pkt 53 OPZ. Poza tym przystępujący i zamawiający wykazali, że na rynku istnieje co najmniej kilku producentów, którzy posiadają w aparatach do znieczulenia alarmy pojedynczego oddechu m.in. producent Mindray w aparatach Wato 65 Pro (WATO EX-65 Pro) i A9. Ponadto Izba uznała, że wymóg ten był uzasadniony potrzebami zamawiającego ponieważ alarmy TV pojedynczego oddechu są bardzo istotne np. podczas operacji laparoskopowych czy z użyciem robota podczas, których nawet jeden oddech TV o zbyt dużej objętości może uszkodzić płuco. Stąd alarm jest tak istotny nawet po jednym oddechu, a nie po jednej minucie.

W odniesieniu do parametru określonego w pkt 62 OPZ Izba stwierdziła, że również był on uzasadniony potrzebami zamawiającego, gdyż zastosowanie transformatora separacyjnego jest rozwiązaniem służącym podniesieniu bezpieczeństwa zarówno personelu jak i pacjentów. Transformatory separacyjne mające galwanicznie oddzielone uzwojenia strony pierwotnej i wtórnej (stosunek napięcia wyjściowego do wejściowego 1:1), ograniczają prawdopodobieństwo porażenia elektrycznych i innych zagrożeń poprzez:

- ograniczenie prądów upływu przyłączonych urządzeń,
- ograniczenie prądu zwarcia, np. w przypadku przebicia w izolacji przyłączonego urządzenia,
- zmniejszenie ryzyka wybuchu lub zapłonu wywołanego urządzeniami elektromedycznymi w stosowanych jeszcze atmosferach zawierających środki wybuchowe lub łatwopalne,
- zwiększenie niezawodności zasilania sieciowego, które nie zostaje wyłączane w przypadku pojedynczego zwarcia do ziemi w odseparowanym obwodzie. Odgrywa to ważną rolę w przypadku urządzeń medycznych podtrzymujących pacjenta przy życiu, urządzeń na salach operacyjnych lub salach intensywnego nadzoru.

Po prostu rozwiązanie to stosowane jest dla bezpieczeństwa znieczulenia, ponieważ rozdzielenie zabezpieczeń obwodów zasilających poszczególne elementy wyposażenia aparatu do znieczuleń jest korzystniejsze niż jeden wspólny bezpiecznik dla wszystkich części aparatu.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że parametr ten ograniczał konkurencję wyłącznie do urządzenia oferowanego przez przystępującego. Zamawiający i przystępujący wskazywali, że rozwiązanie to stosowane jest przez producentów takich jak: GE, Getinge, a także odwołującego.

Odwołujący natomiast, niejako w odpowiedzi na stanowisko zamawiającego

i przystępującego złożył dowód w postaci własnego zestawienia sporządzonego w formie tabelarycznej, który dotyczył obu parametrów zawartych w pkt 53 i 62 OPZ. Dowód ten miał wykazać, że tylko urządzenie oferowane przez przystępującego spełnia oba ww. parametry, a pozostałe urządzenia dostępne na rynku, albo w ogóle ich nie spełniają albo spełniają tylko jeden z nich. Przedmiotowy dowód nie przekonał składu orzekającego do stanowiska odwołującego. Z dowodu tego nie wynikało, że urządzenie A9 producenta Mindray nie może być wyposażone w transformator separacyjny. Z ww. zestawieniu wskazano, że odwołujący może zaoferować rozwiązanie w takim zakresie, ponieważ oferuje aparat w dwóch wariantach, z których jeden zawiera transformator separacyjny. Tym samym skoro odwołujący może tak wyposażyć swój aparat to potencjalnie również inni producenci mają taką możliwość (takiej możliwości odwołujący nie podważył). Poza tym, skoro odwołujący przyznał, że posiada w swojej ofercie rozwiązanie z wariantem zawierającym transformator separacyjny, a z drugiej sprawy nie udowodnił, że jego urządzenie wyposażone w alarm niskiej objętości minutowej, nie jest w stanie spełnić wymogu związanego z alarmem objętości pojedynczego oddechu, to ostatecznie nie można było stwierdzić, że urządzenie oferowane przez odwołującego nie spełnia parametrów zawartych w pkt 53 i 62 OPZ.

Jeśli chodzi o parametr określony w pkt 81 OPZ Izba za zamawiającym przyjęła, że miał on swoje uzasadnienie ponieważ wprowadzony wymóg pomiaru głębokości analgezji

z jednej strony zwiększa bezpieczeństwo pacjenta, ułatwiając utrzymanie stabilności hemodynamicznej pacjenta, z drugiej pozwala zoptymalizować zużycie środków przeciwbólowych, a z trzeciej zabezpiecza zamawiającego przed ewentualnymi roszczeniami z tytułu wybudzeń śródoperacyjnych i oskarżeń o odczuwanie bólu w trakcie zabiegu, ponieważ daje wymierny dowód na to, że pacjent był właściwie znieczulony. Jednocześnie zamawiający dopuścił dwie dostępne na rynku metody pomiarowe głębokości analgezji SPI lub ANI, a więc nie można było uznać, że ograniczył konkurencję w tym zakresie, bowiem odwołujący, podobnie jak każdy inny oferent, mógł skorzystać z urządzenia ANI obecnego na rynku. Ponadto zamawiający nie wyłączył w OPZ takiej możliwości zrealizowania ww. parametru tj. przez dostępne na rynku wolnostojące urządzenie ANI, co również przemawiało na niekorzyść odwołującego w kontekście ograniczenia konkurencji wyłącznie do urządzenia oferowanego przez przystępującego. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojej argumentacji w zakresie modyfikacji pkt 81 OPZ.

Co do zmiany treści pkt 86 OPZ skład orzekający, podobnie jak w przypadku pozostałych kwestionowanych przez odwołującego modyfikacji, uznał zasadność jej dokonania. Izba zgodziła się z argumentacją przystępującego, który wyjaśnił, że w czasie operacji może dojść do wystąpienia migotania przedsionków u osoby zdrowej, czy też osoby z napadowymi migotaniem przedsionków z powodu stresu, ubytków krwi, kardiodepresyjnego działania leków anestezjologicznych i innych czynników. Nowoczesne monitory pacjenta posiadają możliwość automatycznego rozpoznania zaburzeń rytmu w tym migotania przedsionków i poinformowania anesteziologa stosownym alarmem. Zwiększa to znacznie bezpieczeństwo pacjenta, a czasami decyduje o jego życiu. Migotanie przedsionków jest niebezpieczną arytmia i nieleczone może prowadzić do śmierci pacjenta. Jest główną przyczyną udarów niedokrwiennych mózgu. Jest jednocześnie trudne

w diagnozowaniu, ponieważ nieutralne formy migotania przedsionków mają różne formy napadowe. Im wcześniejsze stadium choroby – tym rzadsze i krótsze, ustępujące samoczynnie. Najczęściej – w tych wczesnych stadiach – diagnozowane jest zupełnie przypadkowo. Dlatego ważne jest, aby kardiomonitor umożliwiał rozpoznawanie i sygnalizowanie występowania migotania przedsionków, ponieważ może tym samym pomóc w zdiagnozowaniu potencjalnie śmiertelnej choroby. Ponadto jedną z form leczenia migotania przedsionków jest ablacja. Jest to inwazyjny zabieg prowadzony najczęściej właśnie w znieczuleniu – czyli przy użyciu aparatu do znieczulenia i kardiomonitora, które były przedmiotem tego postępowania. Dzięki temu, że monitor będzie w stanie rozpoznawać migotanie przedsionków, lekarz będzie w stanie szybko sprawdzić i ocenić skuteczność przeprowadzonego zabiegu.

Ponadto zaawansowana analiza arytmii z rozpoznawaniem arytmii komorowych

i przedsionkowych, może być realizowana również przez zewnętrzny aparat EKG z trybem pomiaru ciągłego.

Zamawiający nie wyłączył w OPZ takiej możliwości zrealizowania ww. parametru tj. przez zastosowanie zewnętrznego aparatu EKG z trybem pomiaru ciągłego, co również przemawiało na niekorzyść odwołującego w kontekście ograniczenia konkurencji wyłącznie do urządzenia oferowanego przez przystępującego. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojej argumentacji w zakresie modyfikacji pkt 86 OPZ. Tym samym skład orzekający stwierdził, że zarzuty naruszenia art. 99 ust. 4-6 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp nie znalazły potwierdzenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....