

sygn. akt: KIO 1322/23

WYROK
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2023 r. przez wykonawcę **SINMED sp. z o.o., ul. Graniczna 32B; 44-178 Przyszowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II, ul. Daleka 11; 05-825 Grodzisk Mazowiecki**, przy udziale wykonawcy **Skamex sp. z o.o., ul. Częstochowska 38/52; 93-121 Łódź**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia w części dotyczącej Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie pakietu 24 pozycja 1 i 2 w sposób umożliwiający zachowanie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II, ul. Daleka 11; 05-825 Grodzisk Mazowiecki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SINMED sp. z o.o., ul. Graniczna 32B; 44-178 Przyszowice**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II, ul. Daleka 11; 05-825 Grodzisk Mazowiecki** na rzecz wykonawcy **SINMED sp. z o.o., ul. Graniczna 32B; 44-178 Przyszowice** kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) 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 1322/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II w Grodzisku Mazowieckim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku 2 dla Szpitala Zachodniego w Grodzisku Mazowieckim*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 5 maja 2023 r., pod nr 2023/BZP 00202673.

Dnia 10 maja 2023 roku, wykonawca SINMED sp. z o.o., ul. Graniczna 32B; 44-178 Przyszowice (dalej *Odwołujący*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie pakietu 24, zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, m.in. poprzez wskazanie na jeden konkretny wyrób, co doprowadza do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania odwołującego, który w wyniku w/w czynności zamawiającego nie może złożyć oferty w postępowaniu,
 - a zakwestionowane „parametry” nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, lecz są nakierowane wyłącznie na wyeliminowanie konkurencji z postępowania. Finalnie wywołuje to skutek w postaci uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- 2.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3.art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”),
- 4.art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na różnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,

2)nakazanie zamawiającemu dokonania w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w tym sposobu dokonania jego oceny w ramach sporządzonych kryteriów oceny ofert oraz usunięcia

z treści opisu przedmiotu zamówienia tych elementów, które nie są w zobiektywizowany sposób niezbędne zamawiającemu zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla zamawiającego parametrami w jak najszerszych zakresach, które nie będą odpowiadały z góry określonemu wyrobowi określonego producenta, w szczególności poprzez eliminację wskazanych w treści odwołania dyskryminacyjnych zapisów SIWZ, w sposób opisany w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencji określonych rozwiązań technicznych, czym preferuje wyłącznie jedną firmę, co nie jest usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Tym samym uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone ww. przepisy w ustawy Pzp. Zapisy SWZ zawarte w pakiecie 24 wskazują w sposób jednoznaczny na opis produktów Sage, której wyłącznym dystrybutorem jest firm Skamex Sp. z o.o. Wszystkie zapisy zawarte w pozycjach 1, 2 zsumowane ze sobą w specyficzny sposób wykluczają pozostałych wykonawców. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest w orzecznictwie jednoznacznie oceniany jako niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że następujące elementy opisu przedmiotu zamówienia wykluczają wszystkich innych – poza firmą Sage– wykonawców lub producentów sprzętu medycznego, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, gdyby zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadnienie ograniczający uczciwą konkurencję.

Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na szkodę. Interes odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Wobec powyższego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany treści SWZ. Uniemożliwienie złożenia oferty konkurencyjnej naraża Odwołującego na szkodę i tym samym odwołujący posiada interes w skutecznym złożeniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż kwestionuje postanowienia SWZ w zakresie pakietu 24, pozycje 1 i 2. Zdaniem odwołującego Szczegółowy opis ilości otworów bocznych, pojemności saszetki z płynem, sposobu pofałdowania gąbki czy składu oraz sposobu pakowania nie ma żadnego uzasadnienia praktycznego. Jest to jednoznacznie opisany produkt firmy Sage Products, której wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex. Oferowane zestawy mają za zadanie wykonanie toalety jamy ustnej u osób zaintubowanych przebywających na oddziałach Intensywnej Terapii jako profilaktyki przed odrespiratorowym zapaleniem płuc (VAP). Istotne w tym przypadku są jedynie składowe zestawów, tak aby możliwe było wykonanie pełnej procedury. Sama budowa, pojemności czy skład nie wpływają w żadnej sposób na funkcjonalność produktu.

W myśl art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na możliwość sporządzenia oferty. Wskazana norma prawna wymaga więc dokonania odpowiednio precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując lub ograniczając jednocześnie możliwość zaofiarowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku

z powyższym, przyjmuje się, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też przy opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Odwolujący zdaje sobie sprawę, że zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału

w postępowaniu. Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest, wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, w warunkach poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisując przedmiot zamówienia zamawiający winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert przez wykonawców, w związku z czym na zamawiającym spoczywa obowiązek unikania sformułowań utrudniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zatem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw 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 niego. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Jako przykłady działań sprzecznych z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, w doktrynie wymienia się m. in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 16 ust. 1 i art. 99 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Urząd Zamówień Publicznych w jednej z opinii prawnych stwierdził, że: *„Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP (art. 99 ust. 4 ustawy z 2019 r.), zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.*

Pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję jest utrwalony w orzecznictwie. Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: *„Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny*

i nieutrudniającej uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich

sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów odwołania należy również zwrócić uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Otóż w świetle dotychczasowych rozważań postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 459 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności

z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdecydowanie należy stwierdzić, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 16 ust. 1 i art. 99 ust. 4 ustawy stanowi czynność zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09 stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując

w uzasadnieniu, że: „Zamawiający, który tak jak w niniejszej sprawie pozwany, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowana, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy”.

W tym stanie rzeczy z powołaniem na stanowisko doktryny (literaturę komentarzową, orzecznictwo sądów powszechnych i orzecznictwo KIO) należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że w niniejszym postępowaniu dochodzi do ewidentnego naruszenia zasad poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W obowiązujących zasadach przetargowych podnosi się, że nie można opisywać przedmiotu zamówienia tak by utrudnić uczciwą konkurencję, a w konsekwencji opisywać przedmiot zamówienia, w sposób, który nie wynika z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregokolwiek z potencjalnych oferentów.

Mając na uwadze powyższe, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu odwołujący wnosi o zmianę zapisów poprzez dopuszczenie produktów alternatywnych / równoważnych. Modyfikacja swz/opz pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi odwołującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany. Jak również otwarcie postępowania na konkurencję, będzie z całą pewnością korzystne dla zamawiającego zarówno ze względów finansowych, jak również ze względu na jakość produktów oferowanych przez poszczególnych dostawców. W konsekwencji pozwoli to zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, albowiem do momentu dokonania zmiany SWZ jest *tode facto* niemożliwe, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia w najwyższy sposób utrudnia czyni “bezpiermiotowym” złożenie oferty przez wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja opisu przedmiotu zamówienia” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

Ponadto odwołujący w piśmie procesowym, uzupełniając swoje stanowisko, jednocześnie odpowiadając na stanowisko przystępującego wskazał co następuje.

1. „szczoteczka do zębów z odsysaniem z poziomą zastawką do regulacji siły odsysania”

Zastawka do regulacji siły ssania ma za zadanie kontrolę siły ssania za pomocą kciuka. Jej budowa i kształt mają umożliwić jedynie kontrolę siły odsysania w trakcie wykonywania procedury toalety jamy ustnej. Bez żadnego znaczenia klinicznego jest to czy zastawka ta ma kształt poziomy czy ukośny. Wynika to z budowy samej rękojeści. Pozioma zastawka faworyzuje produkt firmy Sage.

2. opis: „z 3 otworami ssącymi oraz pofalowaną gąbką na górnej powierzchni”.

Aby zapewnić skuteczne odsysanie płynu z jamy ustnej po przeprowadzonym szczotkowaniu nie tyle istotna jest ilość otworów bocznych co ich wielkość i umiejscowienie. Najistotniejszy jest otwór od strony włosia, ponieważ za jego pomocą jest aplikowany płyn do płukania jamy ustnej oraz wykonywane szczotkowanie. Większość płynu będzie więc odessana za pomocą tego otworu. W oferowanym przez odwołującego produkcie łączna powierzchnia otworów odsysających jest większa od produktu firmy Sage (pomimo posiadania mniejszej liczby otworów). Gąbka na tylnej części szczoteczki ma za zadanie w pierwszej kolejności dostarczyć do jamy ustnej dodatkową ilość płynu do płukania jamy ustnej. Taka sama informacja znajduje się również na oficjalnej stronie producenta, tj. firmy Sage. Dodatkowo

pomaga oczyścić z nalotu powierzchnię języka. Kształt gąbki nie ma tutaj żadnego znaczenia. Sama struktura gąbki i jej porowatość umożliwia skuteczne dostarczenie płynu do płukania jamy ustnej oraz umożliwia oczyszczenie języka.

3. opis: „7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem diglukonianu chlorheksydyny”

Nie ma na świecie żadnych jednoznacznych rekomendacji dotyczących właściwej dawki płynu do płukania jamy ustnej jaka powinna być aplikowana w trakcie toalety jamy ustnej pacjenta wentylowanego mechanicznie. Niemniej jednak m.in. w dokumencie: *„Zalecenia Grupy Roboczej do spraw Praktyki w Pielęgniarstwie Anestezjologicznym i Intensywnej Opieki PTPAiO w sprawie wytycznych pielęgnacji jamy ustnej u pacjentów dorosłych leczonych w oddziale intensywnej terapii”*, opublikowanego w czasopiśmie *„Pielęgniarstwo w Anestezjologii i Intensywnej Opiece”* 2015;1(1):13–20, sugeruje się stosowanie „około 10-15 ml” płukanki, natomiast w: *„Strategia zapobiegania lekooporności w oddziałach intensywnej terapii. Rekomendacje profilaktyki zakażeń w oddziałach intensywnej terapii”* wydanych przez Narodowy Program Ochrony Antybiotyków w analizie publikacji

w następstwie, których wydano odpowiednie rekomendacje znalazły się roztwory chlorheksydyny o pojemności 10-15ml, *„Komercyjnie dostępny wodny roztwór 0,12% chlorheksydyny (z dodatkiem 11,6% alkoholu etylowego), roztwór w objętości ok. 15 ml był wcierany przez 30 sekund dwa razy dziennie na powierzchnie jamy ustnej gardła, języka, zębów, dziąseł; w innym badaniu objętość roztworu wynosiła 10 ml [159,160]”* Na podstawie tych dwóch krajowych ośrodków naukowych można zauważyć, iż mianownikiem wspólnym jest pojemność 10-15ml płynu do płukania jamy ustnej.

4.opis: „Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcje pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania”

Dla użytku klinicznego nie ma najmniejszego znaczenia sposób otwarcia opakowania. Rozerwanie saszetki przed otwarciem opakowania powoduje niekontrolowany rozbryzg płynu wewnątrz opakowania co skutkuje rozlaniem się płynu na inne elementy znajdujące się

w środku. Tym samym realna ilość płynu do wykonania toalety jamy ustnej staje się relatywnie mniejsza. Otwarcie saszetki z płynem po otwarciu opakowania z całym zestawem do toalety jamy ustnej umożliwia aplikację płynu do konkretnej przegródki dla niego przeznaczonej i tym samym zaaplikowanie całej dawki pacjentowi.

5.opis: „Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP”

Zestaw do toalety jamy ustnej będący przedmiotem powyższego postępowania przetargowego jest klasyfikowany jako wyrób medycznych w części dotyczącej szczoteczki, gąbki i aplikatorów oraz wyrobów kosmetycznych w części dotyczącej płynów, żeli. Przywoływane przez przystępującego wymogi odnośnie produktów leczniczych są całkowicie bezzasadne w tym przypadku. Obowiązują, wobec tego, wymagania dotyczące wyrobów medycznych i kosmetycznych. Zgodnie z wymaganiami przed wprowadzeniem do obrotu wyrobu medycznego należy opracować dokumentację techniczną zawierającą zarówno elementy techniczne jak budowa, skład materiałowy, technologię produkcji jak i kwestie bezpieczeństwa samego wyrobu medycznego. Nieodzownym jest przygotowanie m.in. oceny klinicznej udowadniającej skuteczność przewidzianego zastosowania wyrobu. W ocenie tej znajduje się szeroki przegląd rynku, wszelkich dostępnych literatur oraz zaleceń / wytycznych. Podobnie w przypadku produktu kosmetycznego przed wprowadzeniem do obrotu wymagane jest przeprowadzenie oceny zgodności zakończone Raportem bezpieczeństwa. Dokumenty te są nieodzowne, aby wyrób mógł zostać wprowadzony na rynek. Tym samym zarówno skuteczność jak i bezpieczeństwo produktów zostają potwierdzone. Nie ma jednak wymogu prawnego w przypadku wyrobów medycznych oraz kosmetycznych przeprowadzania badań klinicznych.

6.opis: „0,05 % roztworem chlorku cetylpirydyny”

Zamawiający jako podmiot profesjonalny niewątpliwie powinien bazować na aktualnych wytycznych i zaleceniach towarzystw naukowych analizujących dostępne badania oraz doniesienia naukowe. Na ich podstawie są tworzone wytyczne działań i procedur dla konkretnych działań. I tak w obszarze toalety jamy ustnej w Polsce są dostępne 2 rekomendacje i zalecenia:

•Zalecenie w sprawie wytycznych pielęgnacji jamy ustnej u pacjentów dorosłych, wydanie 2018, wydane przez Polskie Towarzystwo Pielęgniarek Anestezjologicznych i Intensywnej Opieki,

•Strategia zapobiegania lekooporności w oddziałach intensywnej terapii. Rekomendacje profilaktyki zakażeń w oddziałach intensywnej terapii, wydanych przez Narodowy Program Ochrony Antybiotyków Zgodnie z nimi:

„Chlorheksydyna (CHG) jest najlepiej poznanym preparatem do toalety jamy ustnej. Badania nad skutecznością CHG w dezynfekcji jamy ustnej oraz w usuwaniu płytki nazębnej wykazały jej wyższość nad innymi preparatami, przy czym należy dodać, że większość badań porównawczych dotyczy stężeń chlorheksydyny. Efektywność chlorheksydyny w obniżeniu częstości występowania VAP jest bezsporna. Niezbędne jest mechaniczne usunięcie nalotu z dziąseł z wykorzystaniem szczoteczki i płukanki dezynfekcyjnej przez pełne dwie minuty. Technika szczotkowania zębów zgodna z

wytycznymi towarzystw stomatologicznych powinna opierać się na ruchach wymiatających lub obrotowych, rozpoczynając od linii dziąseł”.

„Środkami zalecanymi u pacjentów hospitalizowanych na oddziale intensywnej terapii są preparaty zawierające chlorheksydynę lub oktenidynę”.

„Brak jest badań potwierdzających skuteczność innych środków antyseptycznych stosowanych jako profilaktyka respiratorowego zapalenia płuc”.

„Nawilżanie śluzówek jamy ustnej pacjenta należy wykonywać co 2–4 godziny”.

Sugerowane jest zatem stosowanie jedynie preparatów z chlorheksydyną, gdyż jako jedyna wykazuje w powtarzających się i wiarygodnych badaniach skuteczność w usuwaniu płytki nazębnej, a tym samym obniżenia częstotliwości występowania VAP. Dodatkowo po każdym oczyszczeniu jamy ustnej sugeruje się jej nawilżenie. W żadnym wypadku nie jest wspomniana jakkolwiek interakcja preparatu nawilżającego z chlorheksydyną.

7.opis: „2 g preparatu nawilżającego do ust na bazie wodnej z cetylpirydyną i witamina E”

Poprzez podanie dokładnej ilości i składu preparatu nawilżającego konkurencyjność została ograniczona tylko do jednego produktu, tj. firmy Sage. Niezależnie od składu pojedynczych produktów w preparacie nawilżającym jego skuteczność musi być udowodniona poprzez Raport bezpieczeństwa produktu kosmetycznego.

8.opis: „uchwyt do Yankauera, umożliwia powieszenia na plastikowej zawieszce”

Zamawiający wymaga, aby oferowany zestaw posiadał uchwyt do Yankauera nie wymagając jednocześnie samej końcówki Yankauer. Ponadto nie określa z jaką końcówką i o jakich parametrach ma być kompatybilna. Możliwość powieszenia na plastikowej zawieszce nie ma żadnego uzasadnienia klinicznego ani przewagi w stosunku do opakowań stojących.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż przedmiotowy zestaw do toalety jamy ustnej był już przedmiotem wcześniejszego postępowania przetargowego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku (znak sprawy: SPSSZ/49/D/22). W poprzednim postępowaniu zamawiający w zupełnie inny sposób opisał przedmiot zamówienia:

Pakiet 57

Pozycja 1 - Zestaw do higieny jamy ustnej składający się ze szczoteczki, saszetki z 0,12% roztworem chlorheksydyny 12ml, szpatułki i kieliszka. Szczoteczka z wbudowanym złączem do linii odsysającej oraz portem kciukowym umożliwiającym regulację siły odsysania. Cała szczoteczka wykonana z jednego odlewu, co eliminuje ryzyko wypadania włosa. Mała główka pozwalająca na stosowanie szczoteczki zarówno u dorosłych, jak i u dzieci, oraz długa, smukła szyjka umożliwiająca dotarcie do wszystkich obszarów jamy ustnej. Produkt mikrobiologicznie czysty, pakowany w folię.

Pozycja 2 - Zestaw do 24 godzinnej toalety jamy ustnej składający się z: a) 1 opakowania zawierającego szczoteczki do zębów ze złączem do linii odsysającej oraz portem kciukowym umożliwiającym regulację siły odsysania (trzonek szczoteczki i włosie wykonane z jednego odlewu co eliminuje ryzyko wypadania włosa i aspiracji do dróg oddechowych pacjenta), saszetką z 0,12% chlorheksydyny, aplikator do zwilżania ust pacjenta w formie gąbki na patyku oraz kieliszek do dozowania płynu, b) 2 opakowań zawierających aplikator czyszcząco-ssący, ze złączem do linii odsysającej oraz portem kciukowym umożliwiającym regulację siły odsysania (główka aplikatora zbudowana z miękkich silikonowych płytek umożliwia delikatne czyszczenia z równoczesnym odsysaniem zębów, dziąseł, języka i podniebienia, a jej konstrukcja ułatwia nanoszenie roztworów antybakteryjnych stosowanych do higieny j. ustnej), saszetkę z antyseptycznym płynem do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem chlorheksydyny, aplikator do zwilżania ust pacjenta w formie gąbki na patyku oraz kieliszek do dozowania płynu. Zestaw z możliwością powieszenia na plastikowej, dołączonej do zestawu zawieszce oraz sugerowaną kolejnością stosowania, Produkt mikrobiologicznie czysty, pakowany w folię.

W poprzednim postępowaniu, prowadzonym przez tego samego zamawiającego, ilość otworów ssących, budowa zastawki, kształt gąbki, badania kliniczne i zawartość w każdym zestawie 12 ml chlorheksydyny nie była przeszkodą.

Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż zaprzecza jakoby opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencji określonych rozwiązań technicznych, czym preferuje wyłącznie jedną firmę, co nie jest usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Wymagania w zakresie toalety jamy ustnej dotyczą realnych potrzeb zamawiającego, popartych badaniami klinicznymi, związanych z profilem jego działalności. Celem stosowania zestawów będących przedmiotem postępowania u wentylowanych mechanicznie pacjentów, leczonych na oddziale intensywnej terapii jest redukcja wystąpienia groźnego ryzyka, jakim jest respiratorowe zapalenie płuc.

W przypadku wystąpienia takiego powikłania ryzyko zgonu pacjenta wynosi około 50 %,

a może wzrosnąć nawet do 70 - 80% w sytuacji, gdy przyczyną zakażenia jest szczególnie zjadliwy i wielolekooporny szczep bakterii. Bakteryjny biofilm utrzymujący się na powierzchni zębów i dziąseł został zidentyfikowany, jako jedna z istotnych przyczyn rozwoju VAP. Znaczące ograniczenie ryzyka wystąpienia VAP można osiągnąć poprzez codzienne

zabiegi polegające na mechanicznym usuwaniu biofilmu z powierzchni zębów z zastosowaniem płynów zawierających środki dezynfekujące w odpowiednich dawkach.

Stanowisko w sprawie zajął również wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł m.in. następujące wymogi:

Pakiet 24, Pozycja 1 - Zestaw do toalety jamy ustnej zawierający w jednym fabrycznym opakowaniu: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z poziomą zastawką do regulacji siły odsysania, z 3 otworami ssącymi oraz pofałdowaną gąbka na górnej powierzchni, 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem diglukonianu chlorheksydyny w wyciskanej saszetce, 1 gąbka -aplikator z poprzecznym pofałdowaniem. Każde pojedyncze opakowanie zestawu pełni jednocześnie funkcje pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania. Oferowany zestaw jako element komponentów do całodobowej toalety jamy ustnej o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP.

Pakiet 24, pozycja 2 - Zestaw do 24-godzinnej toalety jamy ustnej na 3 procedury o składzie: 2 osobne opakowania każde zawierające: 1 szczoteczkę do zębów z odsysaniem z 3 otworami ssącymi, z poziomą manualną zastawką do regulacji siły ssania i pofałdowaną gąbką na górnej powierzchni, 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,12% roztworem chlorheksydyny w wyciskanej saszetce, 1 gąbka -aplikator, 1 osobne opakowanie zawierające : 1 gąbkę pokrytą dwuwęglanem sodu z odsysaniem z poziomą manualną zastawką do regulacji siły odsysania oraz zagiętą końcówką, 7 ml płynu do płukania jamy ustnej z 0,05 % roztworem chlorku cetylpirydyny w wyciskanej saszetce, 1 saszetkę z 2 g preparatu nawilżającego do ust na bazie wodnej z cetylpirydyną i witaminą E oraz 1 gąbkę aplikator. Każde pojedyncze opakowanie pełni jednocześnie funkcję pojemnika na płyn i pozwala na przygotowanie roztworu roboczego przed otwarciem opakowania. Oferowany zestaw o potwierdzonej badaniami klinicznymi skuteczności w redukcji VAP. Zestaw posiadający uchwyt do Yankauera, umożliwia powieszenia na plastikowej zawieszce oraz zawiera numerację sugerującą kolejność stosowania pojedynczych odrywanych opakowań.

W ocenie odwołującego ww. pokreślone elementy jednoznacznie wskazują na produkt firmy Sage, której wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest firma Skamex. Ograniczona w ten sposób konkurencyjność postępowania nie ma żadnego uzasadnienia klinicznego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Zdaniem Izby czynność zamawiającego nie była prawidłowa. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1, 2, 4 - 6 ustawy 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. 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. 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. 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”. 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.

Jak zasadnie wskazuje się w komentarzu do Pzp (Prawo zamówień publicznych – komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021), „Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości zamówienia. Prawidłowość opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia odpowiadać powinien uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Sporządzając opis przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasadę udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 i 99 ust. 2 Pzp oraz zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp. (...). Przepis art. 99 ust. 4 Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. 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 (wyrok z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-413/17 Roche Lietuva, ECLI:EU:C:2018:865, pkt 37 i 41)”.

Przyjmując powyższe twierdzenia za zasadne, mając na względzie specyfikę danego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje możliwości dokonywania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może wyłączać konkurencję na rynku wśród wykonawców, jednakże opis taki musi być umotywowany i uzasadniony usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Oznacza to, że jeżeli tak jak w omawianym przypadku, zamawiający decyduje się na opis przedmiotu zamówienia, który *de facto* preferuje tylko jednego producenta, bez związku z tym czy produkt ten może być oferowany przez jednego dostawcę/przedstawiciela, to zobowiązany jest swoją decyzję szczegółowo

i merytorycznie uzasadnić. Zamawiający w piśmie procesowym, ale również na rozprawie

w sposób bardzo ogólny powołał się na okoliczności uzasadniające podtrzymanie aktualnego brzmienia OPZ. Zdaniem zamawiającego dokonany przez niego opis poparty jest badaniami klinicznymi, dotychczasową praktyką i znajomością

przedmiotu zamówienia (oferowanego przez przystępującego). Jednakże są to jedynie puste deklaracje. Na pytanie Izby, zamawiający nie potrafił wskazać w dokumentacji z postępowania w oparciu o jakie opracowania kliniczne oparł swoją wiedzę wykluczającą możliwość zaoferowania produktu przez odwołującego.

Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ma na celu z jednej strony umożliwienie wykonawcom (jak najszerszemu kręgowi wykonawców z danej branży) uczestniczenie w przetargu, z drugiej zaś opis przedmiotu zamówienia ma umożliwić racjonalną konkurencję opartą o wyznaczniki rynkowego działania firm.

Odstępstwo od tej zasady jest możliwe, ale musi każdorazowo zostać szczegółowo wykazane przez organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to

o tyle ważne i istotne, gdyż tylko prawidłowa weryfikacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego może osiągnąć swój skutek w postaci ograniczenia udziału wykonawców

w danym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał zasadności, kwestionowanych przez odwołującego postanowień OPZ, pozostając na bardzo wysokim poziomie ogólności, które nie dają pewności co do racjonalności działań zamawiającego. Poszczególne elementy OPZ, kwestionowane przez odwołującego, dotyczyły opisu produktu, który ze swej istoty ma służyć zapewnieniu higieny jamy ustnej osobom, które same takich czynności wykonywać nie mogą. Wykładnia celowościowa pozwala na przyjęcie, iż skutkiem jaki zamierza osiągnąć zamawiający to prawidłowa i skuteczna czynność, która zapewni pacjentom odpowiedni stopień zabezpieczenia zdrowotnego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej cel ten może zostać osiągnięty przez zastosowanie produktów oferowanych przez przystępującego, ale również i odwołującego. Okoliczność, iż oba produkty różnią się od siebie sposobem osiągnięcia zamierzonego celu nie wpływa na ich wzajemne wykluczenie. Oczywistym jest, nie wymagającym dowodzenia, że na rynku różni producenci oferują różne od siebie produkty, które objęte są ochroną patentową. Dlatego też ich odmienności w budowie, sposobie pakowania, przygotowania do używania czy pojemności preparatów są naturalne.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu słuszne i zasadne są zarzuty odwołującego, któremu zamawiający uniemożliwił złożenie oferty. Dlatego też zamawiający powinien dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie uwzględniał różnice produktowe różnych producentów, dzięki czemu zostanie zachowana zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Co również istotne, proporcjonalne opisanie przedmiotu zamówienia do celów i zamierzeń jakie zamierza osiągnąć zamawiający ma kluczowe znaczenie w doborze partnerów handlowych.

Nie do zaakceptowania jest stanowisko prezentowane przez zamawiającego, iż z ogólnej wiedzy jaką posiada, nie popartą żadnymi konkretnymi dowodami właściwe jest przyjęcie, że OPZ odzwierciedla uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Izba wskazuje, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania/udowodnienia prawidłowości podjętych decyzji. Zamawiający w tym względzie nie może przerzucać na przystępującego, który jest przedstawicielem produktu opisanego przez zamawiającego

w SWZ/OPZ i co oczywiste zainteresowany jest wyeliminowaniem konkurencji z rynku, wykazywania racjonalności w działaniach zamawiającego. To zamawiający jest organizatorem postępowania i powinien wiedzieć jakiego produktu oczekuje, jednocześnie mając na względzie, iż opis tego produktu nie powinien bezzasadnie ograniczać konkurencji. Jeżeli jednak zamawiający decyduje się na takie ograniczenie to powinien to w sposób jednoznaczny udowodnić, tj. wykazać, że istnieją ku temu odpowiednie okoliczności (jednoznaczne opracowania naukowe, badania kliniczne, certyfikaty, opinie użytkowników, itp.). Brak takiego działania, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, wyklucza zasadność

i prawidłowość czynności zamawiającego skutkujące uwzględnieniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....