

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 26 października 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 września 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest: Centrum Medyczne im. Bitwy Warszawskiej 1920 r. w Radzyminie – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*zakup i dostawę sprzętu medycznego dla Centrum Medycznego im. Bitwy Warszawskiej 1920 r. w Radzyminie*” w zakresie zadania nr 1 z dnia 11 września 2018 r., znak: UZP/DKZP/KND/4/18

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Jolanta Markowska

Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 24 września 2018 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2018 r. w odniesieniu do stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego – Centrum Medyczne im. Bitwy Warszawskiej 1920 r. w Radzyminie – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej (dalej jako „Zamawiający”) na „zakup i dostawę sprzętu medycznego dla Centrum Medycznego im. Bitwy Warszawskiej 1920 r. w Radzyminie”, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej „ustawa Pzp”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję do wykonawców będących w stanie zaoferować łóżka szpitalne elektryczne producenta Linet spol. s r.o. model Eleganza 1 i Eleganza 2, co w konsekwencji ograniczyło konkurencję do jednego podmiotu - Wykonawcy KONKRET D. F. M.M.sp.j., przedstawiciela producenta Linet spol. s r.o. na rynku polskim;
- 2) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie złożenia pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez pana Grzegorza Kryckiego - Kierownika Zamawiającego, który dokonywał czynności w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) poprzez żądanie przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, wobec braku określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Uzasadniając stwierdzenie ww. naruszeń przepisów ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał w szczególności, co następuje:

Ad. 1. Naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wszczął postępowanie na „zakup i dostawę sprzętu medycznego dla Centrum Medycznego im. Bitwy Warszawskiej 1920 r. w Radzyminie” w dniu 6 lipca 2016 r. ogłoszeniem o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 122591-2016. Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, do przedmiotowej sprawy zastosowanie miała ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). W rozdziale III pkt 2 SIWZ wskazano, że przedmiotem zamówienia była dostawa i montaż sprzętu medycznego szczegółowo określonego w załączniku nr 2 do SIWZ, a także zastrzeżono, że *oferowany sprzęt medyczny i urządzenia medyczne muszą być przeznaczone do stosowania w służbie zdrowia zgodnie z obowiązującymi przepisami i ustawą z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679) oraz muszą odpowiadać warunkom jakościowym zgodnie z obowiązującymi atestami i normami, posiadać wymagane świadectwa rejestracji oraz być oznaczone znakiem CE lub deklaracją zgodności dla wyrobów klasyfikowanych jako wyrób medyczny. (...) Dostarczony sprzęt i urządzenia medyczne zostaną objęte 24 miesięczną gwarancją (USG - 12 miesięcy) liczoną od daty protokółarnego odbioru zainstalowanych i uruchomianych urządzeń. W okresie gwarancji Wykonawca zobowiązany jest według własnego wyboru, do naprawy lub wymiany na swój koszt każdego elementu, podzespołu lub zespołu urządzeń które uległy uszkodzeniu z przyczyn wad konstrukcyjnych, produkcyjnych, wynikających z normalnego użytkowania w okresie gwarancji. W okresie obowiązywania gwarancji Wykonawca bezpłatnie wykona serwis i przeglądy okresowe zalecane przez producenta, nie mniej niż raz w roku, jak również zapewni na swój koszt części niezbędne do serwisu i przeglądów okresowych lub części konieczne do prawidłowego funkcjonowania urządzenia, które ujawni się w trakcie wykonywania serwisu i przeglądów okresowych. Gwarantowany czas reakcji serwisu Wykonawcy wynosi (w dni robocze) max 24 godz. Oferowany sprzęt musi być fabrycznie nowy - rok produkcji 2016. Wraz z ofertą należy złożyć kartę charakterystyki zestawu urządzeń. Termin wykonania zamówienia w zakresie zadania nr 1 został określony w rozdziale IV SIWZ następująco: 20 dni od dnia podpisania umowy - łóżka szpitalne typu „A”, 30 dni od dnia podpisania umowy - łóżka szpitalne typu „B”.*

Prezes Urzędu wskazał, iż w trakcie analizy niniejszej sprawy przeprowadzono rozeznanie rynkowe, występując na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 oraz art. 163 ust. 3 ustawy Pzp do łącznie 5 podmiotów prowadzących działalność sprzedaży elektrycznych łóżek szpitalnych na rynku polskim. Uwzględniając przesłane do Urzędu odpowiedzi oraz informacje zawarte

we wniosku o kontrolę doraźną należy wskazać, iż 2 podmioty działające w branży sprzedaży sprzętu medycznego stwierdziły, że opisane w specyfikacji parametry wskazują na łóżka szpitalne producenta Linet spol. s r.o. model Eleganza 1 i Eleganza 2, natomiast 1 podmiot - na łóżka firmy Stieglmeyer Sp. z o.o. Jednocześnie, należy podkreślić, iż Spółka Stieglmeyer Sp. z o.o. w piśmie z dnia 1 grudnia 2017 r. poinformowała Urząd, iż nie posiada łóżek spełniających wymagania zawarte w udostępnionej specyfikacji technicznej.

Z uwagi na powyższe, w niniejszej sprawie zlecono wykonanie opinii Biegłej Sądowej specjalizującej się w zakresie oceny aparatury medycznej. W przekazanej do Urzędu opinii Biegła stwierdziła, że *wyspecyfikowany sprzęt (łożka szpitalne) oraz udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytania przez oferentów nie dają możliwości złożenia oferty na inny asortyment niż łożka firmy Linet w zakresie zadania nr 1A - Eleganza 1 oraz w zakresie zadania nr 1B - Eleganza 2.*

Jednocześnie Biegła podkreśliła, iż: *na rynku jest kilku producentów tożsamego sprzętu - łożek szpitalnych, których zakup zaplanował zamawiający w drodze przetargu nieograniczonego. Zamawiający - Centrum Medyczne SP ZOZ w Radzyminie, ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien brać pod uwagę przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia i parametrów technicznych opisanych i wymaganych w SIWZ przynajmniej kluczowych producentów łożek takich jak np. Stieglmeyer, Proma Reha, Pardo, Stryker. Zdaniem biegłej przy opisie przedmiotu zamówienia nie należy przepisywać danych technicznych z ulotki konkretnego producenta wprost wskazujących na konkretny produkt czy rozwiązanie techniczne tylko jednego producenta Linet, tak jak to uczynił zamawiający (Zadanie nr 1 B poz. 6, 7, 1 8, 39). Ponadto, opis przedmiotu zamówienia winien być podyktowany realnymi potrzebami zamawiającego. Wpisywanie do SIWZ parametrów technicznych nie mających znaczenia, a będących tylko u jednego producenta prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Sytuacja taka miała miejsce w SIWZ w zakresie parametrów w zadaniu nr 1A - poz. 3 (mechanizm zwalniania barierki w jej górnej części, składanie jedną ręką), poz. 7 (min. 3 oznaczone innymi kolorami strefy w panelu sterowania, pilot przewodowy dla pacjenta podświetlane przyciski, pilot wyposażony w latarkę 1 dioda LED). Wskazać należy, że parametry w zakresie poz. 4 (leże podparte w 8 punktach) oraz poz. 11 (wymiary leża) i poz. 9 (funkcja przedłużenia leża), a także poz. 18 i poz. 19 (funkcja zaawansowanej autoregresji w celu eliminowania odleżyn stopnia 1 -4) i wskazane w tych pozycjach wartości zostały wprost przepisane z katalogu parametrów technicznych Linet Eleganza 1.*

Podobnie w zakresie zadania nr 1 w części B w opisie przedmiotu zamówienia doszło do analogicznej sytuacji jak wskazano powyżej. W zakresie zadania nr 1 B parametry wprost wskazujące na ograniczenie uczciwej konkurencji zostały wyspecyfikowane w SIWZ w zakresie poz. 6 (barierki boczne ze zintegrowanymi uchwytami na worki urologiczne), poz. 7 (wskaźnik kątowy z wykorzystaniem cieczy), poz. 12 (min. 3 oznaczenia innymi kolorami strefy w panelu sterowania), poz. 18 (panel sterowniczy wyposażony w funkcję automatycznego zatrzymania oparcia pleców pod kątem 30° przy regulacji w dowolnym kierunku), poz. 39 (system elektryczny łóżka wyposażony w pamięć 1000 ostatnich funkcji, przeciążeń oraz błędów), poz. 40 (możliwość rozbudowy łóżka o integrowany system przekazujący zdalnie podstawowe parametry życiowe pacjenta np. do dyżurki, na tablet, lub smartfona), poz. 41 (możliwość rozbudowy łóżka o integrowany system przekazujący zdalnie informacje o sytuacjach niebezpiecznych takich jak opuszczone barierki, odblokowane koła, wysokie położenie leża). Ponadto inne parametry w zadaniu nr 1 część B takie jak: poz. 7, 8, 9, 10, 11, 31, 32, 39, 40, 41 wyspecyfikowane w siwz, zostały także wprost przepisane z katalogu producenta Linet.

Zastrzeżenia biegłej budzi fakt obligatoryjnego zapisu dotyczącego serwisu: czas reakcji serwisu 24 godziny oraz zapisy dotyczące gwarancji. Zdaniem biegłej zamawiający poprzez określenie w SIWZ, że wymaga 24 miesięczną gwarancję, a w „czasie tego okresu naprawy lub wymiany każdego elementu mają odbywać się na koszt wykonawcy” w przypadku łóżek sterowanych elektrycznie może skutkować wyższą ceną sprzedaży łóżek. Wykonawca musi bowiem wkalkulować ryzyko związane z ewentualnym uszkodzeniem i zawieraną w ten sposób umową sprzedaży łóżek elektrycznych. Nie ulega wątpliwości, że parametr wskazany w taki sposób w siwz i przy takim jego określeniu ma wpływ na cenę zakupu łóżka szpitalnego w drodze przetargu nieograniczonego.

W tym miejscu należy wskazać, też na niespójność zapisów SIWZ w zakresie czasu reakcji serwisu. Zamawiający w dwóch różnych miejscach SIWZ podaje raz „czas reakcji serwisu 24 godziny”, a w innym miejscu SIWZ (załącznik nr 5) podaje „czas reakcji serwisu wynosi 48 godzin (dotyczy dni roboczych) licząc od zgłoszenia awarii”. Zdaniem biegłej brak precyzji w formułowaniu tego parametru może budzić wątpliwość potencjalnego wykonawcy, który byłby zainteresowany postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zwłaszcza w sytuacji gdy parametr serwis -10% stanowi o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z dostarczonych biegłej materiałów nie wynika także, jakoby dwie niespójne informacje były przez zamawiającego doprecyzowane przed terminem składania ofert tj. przed 14 lipca 2016 r.

Biegła Sądowa udzieliła następujących odpowiedzi na zapytania będące przedmiotem opinii:

1. Czy przygotowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia uwzględniający udzielone wyjaśnienia treści SIWZ, preferował na dzień składania ofert konkretne urządzenie na rynku? W przypadku odpowiedzi twierdzącej należy podać elementy opisu przedmiotu zamówienia sugerujące zakup tego produktu.

Po przeprowadzonej analizie parametrów technicznych wyszczególnionych przez zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ w zakresie zadania nr 1 A i zadania nr 1 B oraz treści pytań i odpowiedzi z dnia 11 lipca 2016 r., a także biorąc pod uwagę dostępność innych produktów na rynku, na który to sprzęt Zamawiający ogłosił postępowanie przetargowe, biegła stwierdza, że tak przygotowany opis przedmiotu zamówienia preferuje łóżka szpitalne firmy Linet Eleganza 1 i Eleganza 2. Fakt ten komunikowali zamawiającemu wykonawcy na etapie składanych zapytań w postępowaniu przetargowym. Zamawiający nie wyciągnął z tego żadnych wniosków i nie dopuścił rozwiązań równoważnych. Należy dodać, że w piśmie z dnia 12.07.2016 r. jeden z wykonawców z dużą dokładnością - poprzez wskazanie dokładnych pozycji SIWZ - wskazał zamawiającemu parametry techniczne, które uniemożliwiają czołowym producentom łóżek szpitalnych złożenie ważnej oferty. Ponadto Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania nie dopuścił rozwiązań innych producentów w zakresie poz. wskazanych powyżej w niniejszej opinii tak w części zadania nr 1 A, jak i zadania nr 1 B.

Z powyższego wynika wprost, że tabela opisująca przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1 wskazuje na łóżka szpitalne firmy Linet. Ponadto, tabela opisująca przedmiot zamówienia zawiera opisy nieistotne z punktu widzenia jakościowego i funkcjonalnego łóżek szpitalnych, a które to wprost wskazane są w katalogach Linet i które stawiają produkty tej firmy w ogłoszonym postępowaniu przetargowym w uprzywilejowanej pozycji. Nadmienić należy, że zamawiający opisując parametry techniczne w sposób subiektywny, bez podania realnego uzasadnienia w zakresie zadania nr 1 B poz. 39-41 oraz zadania nr 1 A poz. 3, 7, 4, 18, 19 zdaniem biegłej naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Zdaniem biegłej zamawiający w SIWZ określił wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując w opisie przedmiotu zamówienia na konkretnego producenta zamawiający nie dopuszcza możliwości zaoferowania innego sprzętu niż konkretnie wybrany przez niego model urządzenia, ze ściśle określonymi rozwiązaniami technicznymi jednego producenta (mechanizm zwalniania barierki w jej górnej części, składanie jedną ręką), co potwierdzają udzielane odpowiedzi na zadawane pytania z dnia 11.07.2016 r., gdzie w znacznej mierze

zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w SIWZ i nie dopuszcza tym samym urzędzeń firm konkurujących ze sobą na rynku.

W ogłoszonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w drodze przetargu nieograniczonego zdaniem biegłej doszło do sytuacji takiej, że zamawiający przed ogłoszeniem postępowania zaplanował dokładnie jakie łóżka szpitalne chce otrzymać (konkretny model), a następnie ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dokładnie na ten konkretnie wybrany przez siebie model urzędzeń bez dopuszczenia modeli firm konkurencyjnych, co zdaniem biegłej jest niedopuszczalne w świetle udzielenia zamówienia w drodze postępowania przetargowego.

2. Które urzędzenia dostępne na dzień składania ofert spełniały wszystkie wymagania SIWZ (proszę o podanie producentów i modeli urzędzeń)?

Z wiedzy biegłej wynika, że na dzień składania ofert 14.07.2016 r. wyłącznie sprzęt wyspecyfikowany przez zamawiającego spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Zamawiający pomimo wskazania tego przez potencjalnie zainteresowanych wykonawców w zadanych pytaniach i odpowiedziach z dnia 11.07.2016 r. oraz piśmie z dnia 12.07.2016 r. nie wyprowadził żadnych wniosków, co przełożyło się na preferowanie konkretnych modeli łóżek producenta Linet, a przez to utrudnianie uczciwej konkurencji w ogłoszonym postępowaniu przetargowym. Zamawiający także w wyniku zadanych pytań i odpowiedzi nie dopuścił rozwiązań równoważnych chociażby w zakresie: w zadaniu nr 1 A - poz. 3 (mechanizm zwalniania barierki w jej górnej części, składanie jedną ręką), poz. 7 (min. 3 oznaczone innymi kolorami strefy w panelu sterowania, pilot przewodowy dla pacjenta podświetlane przyciski, pilot wyposażony w latarkę 1 dioda LED) oraz w zadaniu nr 1 B - poz. 6 (barierki boczne ze zintegrowanymi uchwytami na worki urologiczne), poz. 7 (wskaźnik kątowy z wykorzystaniem cieczy), poz. 12 (min. 3 oznaczenia innymi kolorami strefy w panelu sterowania), poz. 18 (panel sterowniczy wyposażony w funkcję automatycznego zatrzymania oparcia pleców pod kątem 30° przy regulacji w dowolnym kierunku), poz. 39 (system elektryczny łóżka wyposażony w pamięć 1000 ostatnich funkcji, przeciążeń oraz błędów). Zdaniem biegłej także w zakresie zadania nr 1 B w sposób abstrakcyjny zamawiający określił wymogi zawarte w poz. 40, 41 SIWZ. Parametry te nie mają żadnego znaczenia w polskiej rzeczywistości, gdyż oddziały szpitalne nie są dostosowane do pracy z wykorzystaniem rozwiązań teleinformatycznych z wykorzystaniem tabletu czy smartfona, co prowadzi do konkluzji że parametry te zostały wpisane wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom złożenia ważnej oferty. Zdaniem biegłej parametry te jedynie utrudniają uczciwą konkurencję i ograniczają liczbę potencjalnych wykonawców, którzy mogliby

dostarczyć do Zamawiającego łóżka szpitalne. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że wpisanie do SIWZ parametrów technicznych niemających znaczenia dla jakości i funkcjonowania łóżka miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający finalizuje w drodze zamówienia publicznego zakup sprzętu, którego wyboru już dokonał wcześniej.

3. Ile podmiotów na rynku polskim było w stanie dostarczyć urządzenia spełniające wszystkie wymagania SIWZ w terminie określonym w SIWZ przez Zamawiającego?

Biegła nie jest w stanie odpowiedzieć na tak zadane pytanie. Można na podstawie przeprowadzonej analizy wnioskować, że wymagany termin realizacji zamówienia „do 20 dni od podpisania umowy” dla zadania nr 1A i „do 30 dni od podpisania umowy” dla zadania nr 1 B jest stosunkowo krótki i mało prawdopodobny do wykonania - produkcji i instalacji łóżek szpitalnych u zamawiającego bez wcześniejszego przygotowania się wykonawcy do sprzedaży takiej ilości sprzętu medycznego jednorazowo. Zamawiający mimo zadawanych przez oferentów pytań w tym zakresie nie wyrażał zgody na wydłużenie terminu. W opinii biegłej zadane w piśmie z dnia 11.07.2016 r. pytanie 1 i pytanie 24 wynika z faktu, konieczności złożenia przez producenta określonej liczby łóżek (w zakresie zadania nr 1 A- 14 szt. i zadania nr 1B- 2 szt.) pracujących na podzespołach elektronicznych. Stosunkowo rzadko w obecnych realiach sprzęt utrzymywany jest na stanach magazynowych firmy, bez wcześniejszej gwarancji jego sprzedaży w takiej ilości. Z doświadczenia biegłego wynika, że zakupy łóżek szpitalnych w takich ilościach są planowane i nie dochodzi do sytuacji takiej jakoby pacjent nie miał na oddziale szpitalnym na czym leżeć z powodu braku łóżka. Dla biegłej nie zrozumiałe jest dlaczego w zakresie terminu realizacji zamówienia zamawiający nie wyraził zgody na jego wydłużenie.

4. Czy uwzględniając zapisy dotyczące terminu realizacji zamówienia oraz opisu przedmiotu zamówienia można uznać, iż Zamawiający ograniczył krąg podmiotów mogących wykonać zamówienie do jednego konkretnego wykonawcy? W przypadku odpowiedzi twierdzącej należy wskazać uprzywilejowany zapisami SIWZ podmiot.

Uwzględniając zapisy dotyczące terminu realizacji zamówienia oraz opisu przedmiotu zamówienia można uznać, iż Zamawiający ograniczył krąg podmiotów mogących wykonać zamówienie do jednego dostawcy, który jest w stanie zaoferować konkretny model łóżek - firmy Linet dla zadania nr 1 A - Eleganza 1 i dla zadania nr 1B Eleganza 2. Preferowanie konkretnych modeli łóżek szpitalnych wynika wprost z parametrów technicznych SIWZ przytoczonych powyżej. Biegła nie jest w stanie z nazwy wskazać podmiotu, który mógłby

dostarczyć tak wyspecyfikowany przez Zamawiającego asortyment, gdyż współpraca handlowa firm z producentem i szczegóły tych transakcji objęte są tajemnicą handlową.

We wnioskach końcowych Biegła Sądowa stwierdziła, że: ogłoszone postępowanie przetargowe w zakresie zadania nr 1 preferowało konkretnego producenta i rozwiązanie techniczne tego producenta (wskaźnik kątowy z wykorzystaniem cieczy, zintegrowany uchwyt na worki urologiczne, mechanizm zwalniania barierki, system zapamiętywania 1000 ostatnich funkcji, leże podparte w 8 punktach, szczelne kolumny cylindryczne), a zamawiający wybrał przed ogłoszeniem postępowania konkretny model łóżek szpitalnych, które zostały szczegółowo opisane w siwz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich potencjalnych oferentów.

Zamawiający nie dopuścił w wyniku udzielanych odpowiedzi rozwiązań technicznych innych producentów (kątomierz umieszczony na leżu, uchwyt na worki urologiczny umieszczony bezpiecznie pod ramę leża, leże podparte w 4 punktach, kolumny prostokątne), a więc nie dopuścił rozwiązań równoważnych, co w konsekwencji zdaniem biegłej doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania oferentów i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 16 lipca 2018 r. Urząd wystąpił do Biegłej Sądowej o zajęcie stanowiska w kwestii wprowadzonych w dniu 11 lipca 2016 r. modyfikacji treści SIWZ w zakresie poz. 6 i 7 zawartych w zestawieniach parametrów technicznych na zadanie nr 1 - łóżko szpitalne elektryczne typu „B”.

W opinii uzupełniającej z dnia 7 sierpnia 2018 r. Biegła Sądowa wskazała, że pytania i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego dotyczące poz. 6 i 7 zadania nr 1 - łóżko szpitalne elektryczne typu „B” nie wpływają na treść sporządzonej opinii. Biegła Sądowa stwierdziła, że:

Wprowadzone modyfikacje (udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi) w żaden sposób nie wpłynęły na krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Należy zauważyć, że przytoczone w piśmie dwie pozytywne odpowiedzi na zapytania firmy Prestige-Med oraz Stieglmeyer nie skutkują tym, że firmy te mogłyby złożyć ważną ofertę w ogłoszonym postępowaniu ze swoim asortymentem. Zamawiający wprawdzie udzielił odpowiedzi twierdzącej na zadane pytania, ale nie oznacza to, że dopuścił produkty innych producentów na zasadzie równoważności. Świadczy o tym chociażby pytanie nr 17 z dnia 11.07.2016 r. dotyczące poz. 6 „Czy zamawiający dopuści łóżko szpitalne elektryczne typu B wyposażone w barierki boczne oraz metalowe uchwyty na worki urologiczne zamocowane na stałe po obu stronach łóżka - odpowiedź zamawiającego - zgodnie z SIWZ”. Stąd

konkluzja, że w zakresie zadania nr 1 B poz. 6 - Zamawiający wprawdzie dopuszcza uchwyty na worki urologiczne pod leżem, ale wymóg podtrzymany przez Zamawiającego dotyczący „barierki bocznej ze zintegrowanym uchwytem na worki urologiczne”. Wymóg ten nie został zmodyfikowany. Z wiedzy biegłej wynika, że łóżka elektryczne firmy Stiegemeyer nie mają zintegrowanych uchwytów na worki urologiczne lecz mają możliwość zawieszania dodatkowego wyposażenia w sposób bezpieczny na profilowanych rurach wykonanych ze stali nierdzewnej od strony głowy i nóg. Nie jest to w rozumieniu SIWZ zapis równoważny, a zamawiający takiego rozwiązania nie dopuszczał. Zdaniem biegłej dopuszczenie łóżka z uchwytami na worki urologiczne znajdującymi się pod leżem, które to uchwyty nie są zintegrowane z barierką boczną nie spełnia wymogów SIWZ, chociaż udzielona przez Zamawiającego odpowiedź mogła stwarzać w sposób pozorny wrażenie, że produkt firmy Stiegemeyer został dopuszczony na zasadach równoważnych. W świetle powyższego treść sporządzonej opinii pozostaje bez zmian.

W zakresie zadania nr 1B poz. 7 - Zamawiający dopuścił łóżko szpitalne posiadające bariery boczne wyposażone w wbudowany zintegrowany wskaźnik kątowy z wykorzystaniem kulki z wyraźnym zaznaczeniem kąta 30° dla segmentu oparcia pleców oraz wskaźnik pochylenia leża. Jednak samo dopuszczenie wskaźnika kąтового z wykorzystaniem kulki przy pozostałych parametrach zawartych w siwz bez istotnych zmian w tym zadaniu nie daje możliwości złożenia ważnej oferty na produkty firmy Prestige-Med. Ponadto, udzielane odpowiedzi na pytania wzajemnie się wykluczają, co także prowadzi do konkluzji, że zamawiający nie dopuści w rezultacie rozwiązań równoważnych.

Należy zauważyć, że na pytanie „Czy zamawiający dopuści łóżko wyposażone w kątomierz umieszczony na leżu zamiast podświetlanego wskaźnika - odpowiedź zamawiającego - Nie”. Z powyższego wynika, że rozwiązania równoważne nie zostały więc dopuszczone przez zamawiającego, a parametr wyspecyfikowany w SIWZ poz. 7 jako „barierki boczne wyposażone w wbudowany zintegrowany wskaźnik kątowy z wykorzystaniem ciecicy z wyraźnym zaznaczeniem kąta 30° dla segmentu pleców oraz wskaźnik pochylenia leża” pozostał w istocie bez zmian. Zamawiający nie dopuścił bowiem mechanicznego wskaźnika kąta nachylenia oparcia pleców (z kulką) i kątomierzem umieszczonym na leżu, co pozwalałoby na regulację kąta nachylenia ze skalą skokową np. co 5°. Słusznie więc zauważył jeden z wykonawców, że zatrzymanie oparcia pleców pod kątem 30° stopni jest funkcją nieistotną z punktu widzenia medycznego, a dopuszczenie urządzeń, które na zasadach równoważnych pozwoliłoby ten proces realizować nie zostało przez Zamawiającego dopuszczone w niniejszym postępowaniu przetargowym. Wobec

powyższego treść sporządzonej opinii pozostaje bez zmian, a przytoczone dwa pytania wraz z odpowiedzią zamawiającego w piśmie nie wpłynęły na zmianę kręgu wykonawców. Przy tak konstruowanych postępowaniach przetargowych, gdy w zadaniu nr 1 mamy poz. A i poz. B w jednym pakiecie, jedna odpowiedź twierdząca czy dopuszczająca parametr przy jednoczesnej odpowiedzi negatywnej na inaczej sformułowane pytanie skutkuje tym, że de facto dane rozwiązanie nie zostaje dopuszczone na zasadach równoważnych, chociaż pozornie można byłoby taką konkluzję wyprowadzić.

Wobec powyższego należy wskazać, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ pn. Zadanie nr 1. Opis przedmiotu zamówienia. Zestawienie parametrów technicznych wskazuje na elektryczne łóżka szpitalne producenta Linet spol. s r.o. model Eleganza 1 i Eleganza 2, co potwierdza opinia sporządzona przez Biegłą Sądową w niniejszej sprawie. Należy podkreślić, iż udzielone w dniu 11 lipca 2016 r. wyjaśnienia treści SIWZ nie wpłynęły na krąg wykonawców mogących złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu w niniejszym postępowaniu.

Polegając na ocenie Biegłej Sądowej należy stwierdzić, iż parametry dotyczące:

1. zadania nr 1 - Łóżko szpitalne typu „A” w ilości 14 szt.:
 - poz. 3 - mechanizm zwalniania barierki w jej górnej części, składanie jedną ręką,
 - poz. 7 - min. 3 oznaczone innymi kolorami strefy w panelu sterowania, pilot przewodowy dla pacjenta podświetlane przyciski, pilot wyposażony w latarkę 1 dioda LED,
2. zadania nr 1 - Łóżko szpitalne typu „B” w ilości 2 szt.:
 - poz. 6 - barierki boczne ze zintegrowanymi uchwytami na worki urologiczne,
 - poz. 7 - wskaźnik kątowy z wykorzystaniem cieczy,
 - poz. 12 - min. 3 oznaczenia innymi kolorami strefy w panelu sterowania,
 - poz. 18 - panel sterowniczy wyposażony w funkcję automatycznego zatrzymania oparcia pleców pod kątem 30° przy regulacji w dowolnym kierunku,
 - poz. 39 - system elektryczny łóżka wyposażony w pamięć 1000 ostatnich funkcji, przeciążeń oraz błędów,
 - poz. 40 - możliwość rozbudowy łóżka o zintegrowany system przekazujący zdalnie podstawowe parametry życiowe pacjenta, np. do dyżurki, na tablet lub smartfona,
 - poz. 41 - możliwość rozbudowy łóżka o zintegrowany system zdalnie przekazujący informację o sytuacjach niebezpiecznych takich jak opuszczone barierki, odblokowane koła, wysokie położenie leża,

służyły ograniczeniu konkurencji do wykonawców będących w stanie zaoferować elektryczne łóżka szpitalne producenta Linet spol. s r.o. modele Eleganza 1 i Eleganza 2. Należy podkreślić, iż w dniu składania ofert, tj. w dniu 14 lipca 2016 r., na rynku polskim były dostępne łóżka szpitalne o tym samym standardzie jakościowym produkowane przez inne firmy, np. Stieglmeyer, Proma Reha, Pardo, Stryker, jednakże ww. zapisy SIWZ uniemożliwiły ich dystrybutorom złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie należy stwierdzić, iż przywołane zapisy opisu przedmiotu zamówienia nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Biorąc pod uwagę cel jakemu służy zakup elektrycznych łóżek szpitalnych nie można uznać, iż wymóg zwalniania barierek łóżka w jej górnej części, pilot posiadający podświetlane 3 przyciski i funkcję latarki, czy też system elektryczny łóżka wyposażony w pamięć 1000 ostatnich funkcji, przeciążeń oraz błędów - należą do parametrów niezbędnych, a nie służą jedynie ograniczeniu konkurencji do konkretnego modelu urządzenia. Zatem, zawarcie w specyfikacji technicznej zapisów preferujących urządzenia konkretnego producenta oraz nieznajdujących merytorycznego uzasadnienia z punktu widzenia funkcji jakiej ma służyć będący przedmiotem zamówienia sprzęt medyczny należy zakwalifikować jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy podkreślić, iż termin wykonania zamówienia został określony w przypadku zadania nr 1 - łóżka szpitalne typu „A” jako 20 dni od dnia podpisania umowy, a w przypadku zadania nr 1 - łóżka szpitalne typu „B” jako 30 dni od dnia podpisania umowy. W ocenie Biegłej Sądowej przywołany zapis SIWZ dotyczący terminu realizacji zamówienia mógł służyć ograniczeniu konkurencji, gdyż jest: *mało prawdopodobny do wykonania - produkcji i instalacji łóżek szpitalnych u zamawiającego bez wcześniejszego przygotowania się wykonawcy do sprzedaży takiej ilości sprzętu medycznego jednorazowo. Zamawiający mimo zadawanych przez oferentów pytań w tym zakresie nie wyrażał zgody na wydłużenie terminu. W opinii biegłej zadane w piśmie z dnia 11.07.2016 pytanie 1 i pytanie 24 wynika z faktu konieczności złożenia przez producenta określonej liczby łóżek (w zakresie zadania nr 1 A - 14 szt. i zadania nr 1 B - 2 szt.) pracujących na podzespołach elektronicznych. Stosunkowo rzadko w obecnych realiach sprzęt utrzymywany jest na stanach magazynowych firmy, bez wcześniejszej gwarancji jego sprzedaży w takiej ilości.*

Z uwagi na powyższe należy uznać, iż wyznaczony w rozdziale IV SIWZ termin realizacji zamówienia eliminował z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadali w swoim asortymencie urządzenia spełniające wymagania SIWZ, jednakże na żadaną przez Zamawiającego ilość musieli złożyć specjalne zamówienie u producenta. Można zatem

uznać, że termin realizacji preferował Wykonawcę KONKRET D. F. M. M. sp.j., przedstawiciela producenta Linet spol. s r.o. na rynku polskim, który jako jedyny złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania nr 1, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Należy podkreślić, iż naruszenie zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może również nastąpić w wyniku określenia terminu realizacji zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę, co potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane w wyroku z dnia 12 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 361/10.

Ad. 2 i 3. Naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz naruszenie przepisów art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231)

Z uwagi na fakt, iż w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 2 i 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń, uzasadnienie przedstawione w tym zakresie przez Prezesa Urzędu zostaje pominięte.

II. Pismem z dnia 24 września 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, stwierdzając w szczególności co następuje:

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że stan faktyczny ustalony przez Kontrolującego nie pozwala na przyjęcie, że Wykonawca KONKRET D. F.M. M. sp.j. jako jedyny mógł złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Powołana w niniejszym postępowaniu Biegła Sądowa wyjaśniła, że „nie jest w stanie z nazwy wskazać podmiotu, który mógłby dostarczyć tak wyspecjalizowany przez Zamawiającego asortyment, gdyż współpraca handlowa firm z producentem i szczegóły tych transakcji objęte są tajemnicą handlową”. Zatem, w ocenie Zamawiającego, biegła nie mogła przedstawić opinii w tym zakresie, natomiast organ kontroli nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla przyjętego stanowiska.

Ponadto Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z informacjami zawartymi w sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień w 2016 r. odsetek postępowań na dostawy, w których złożono tylko jedną ofertę wynosił 45,14%. Z uwagi na powyższe, fakt złożenia tylko jednej oferty w postępowaniu nie może być

potwierdzeniem ustaleń poczynionych przez Urząd w zakresie naruszeń stwierdzonych w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Odnosząc się do przeprowadzonego przez Urząd rozeznania rynkowego Zamawiający zakwestionował rzetelność przeprowadzonego badania wskazując, iż odpowiedzi uzyskane w grudniu 2017 r. od podmiotów zajmujących się dystrybucją łóżek szpitalnych nie odzwierciedlają sytuacji rynkowej panującej w lipcu 2016 r. i nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie. Ponadto Zamawiający podkreślił, że *przeprowadzenie rozeznania rynku wśród podmiotów, które nie uzyskały zamówienia jest obarczone ryzykiem otrzymania informacji zniekształconych, sformułowanych pod potwierdzenie hipotezy podmiotu kontrolującego - o wykorzystaniu opisu przedmiotu zamówienia ograniczającego konkurencję w sposób niezgodny z wymogami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. (...) W ocenie Zamawiającego, samo zapytanie o posiadanie w ofercie łóżek spełniających kryteria nie zmienia faktu, że wielokrotnie możliwe jest dostosowanie przez producentów oferowanych przez siebie łóżek do wymogów postawionych przez zamawiającego. (...) Prawdopodobna jest zatem sytuacja, w której inni producenci i dostawcy mieli możliwość zaoferowania łóżek dostosowanych do wymogów zamawiającego, lecz tego nie uczynili, gdyż z góry uznali, że koszt takiego dostosowania przy tak małej liczbie sztuk (14) zamawianych łóżek uczyni ich ofertę nieatrakcyjną dla zamawiającego.* Zamawiający podkreślił, iż również powołana w niniejszej sprawie Biegła Sądowa nie wypowiedziała się w powyższej kwestii.

Ponadto Zamawiający zauważył, iż *nie bez znaczenia pozostaje ilość łóżek stanowiących przedmiot postępowania. W tym przypadku było to 14 sztuk, co uzasadnia przekonanie, że potencjalny wykonawca dysponuje taką ilością w swoich zasobach magazynowych. Fakt ten potwierdza również rozeznanie rynku dokonane przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.*

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że opinia wykonana przez Biegłą Sądową jest nierzetelna oraz wykracza poza obszar kompetencji biegłej, gdyż zawiera interpretacje przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, zaprezentowany przez Biegłą Sądową *sposób myślenia o ustawie Prawo zamówień publicznych negatywnie wpływa na zdolność do obiektywnego osądu kwestii technicznych, a zatem do oceny których biegły został powołany. Wnoszący zastrzeżenia podkreślił, iż Biegła Sądowa jednoznacznie oceniła z punktu widzenia tylko swojej osoby, które udogodnienia dla pacjenta i personelu medycznego są uzasadnione, a które, cytując jej własne słowa, „nadmiernie rozpieszczają pacjentów i personel medyczny”. To dosyć groźny i wątpliwy sposób formułowania ocen. Nauki psychologiczne ustaliły istnienie prawidłowości pomiędzy pewnością wygłaszanych*

przez siebie osądów a poziomem wiedzy danej osoby w tym zakresie zwane efektem Dunninga-Krugera i wynika z niego, że wraz ze wzrostem wiedzy w danej dziedzinie maleje pewność osoby do wygłaszania kategoriycznych sądów. Powinno to dotyczyć zwłaszcza takich sytuacji jak ocena potrzeby pacjentów i personelu medycznego. Tu jednak biegła sądowa formułuje opinie jakby sama miała w głowie wzorzec uzasadnionych potrzeb pacjentów i personelu medycznego, co jednak niezwykle istotne - stwierdzenia biegłej, istotne z punktu widzenia przedmiotu kontroli, nie zostały w żaden sposób umotywowane. (...)

Odnosząc się do twierdzeń biegłej sądowej, że Zamawiający powinien brać pod uwagę przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia i parametrów technicznych opisanych i wymaganych w SIWZ przynajmniej kluczowych producentów łóżek takich jak np. Stiegemeyer, PromaReha, Pardo, Stryker, oraz że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedopuszczający do udziału w postępowaniu modeli firm konkurencyjnych, Zamawiający podkreślił, iż ma prawo opisać przedmiot zamówienia kierując się swoimi potrzebami, dbając jednocześnie by nie ograniczać konkurencji poprzez formułowanie zapisów nieznajdujących oparcia w jego potrzebach, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, czy dany wykonawca zainteresowany udzieleniem zamówienia jest „kluczowym producentem łóżek”, czy też nie. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż dopuszczenie „dwóch kluczowych producentów łóżek” nie daje gwarancji prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tak samo nawet ewentualny brak możliwości złożenia oferty przez wskazane w opinii spółki Stiegemeyer, PromaReha, Pardo, Stryker nie świadczy o jego wadliwości. Kluczowa jest analiza cech produktu i potrzeb Zamawiającego.

W zakresie postawionego w SIWZ wymogu czasu reakcji serwisu 24 godziny oraz 24-miesięcznej gwarancji Zamawiający podniósł, że w obecnej sytuacji rynkowej jest to standard i powyższe okresy nie mają żadnego wpływu na cenę oferowanych urządzeń. Natomiast, odnosząc się do wskazanych w wyniku kontroli doraźnej parametrów uznanych za ograniczające konkurencję (łóżko typu A: poz. 3 i 7; łóżko typu B: poz. 6, 7, 12, 18, 39, 40, 41) Zamawiający podkreślił, iż Biegła Sądowa nie uzasadniła dlaczego ww. parametry nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Ponadto Zamawiający podkreślił, iż w zakresie parametrów dotyczących elektrycznych łóżek szpitalnych typu B Biegła Sądowa ograniczyła się jedynie do stwierdzenia, że ograniczają konkurencję, bez odniesienia się do potrzeb Zamawiającego w powyższym zakresie. Tymczasem, ocena czy dany zapis SIWZ ogranicza konkurencję jest wnioskiem prawnym, a zadaniem Biegłej Sądowej było odniesienie się do kwestii, które łóżka dostępne na rynku spełniają podane

parametry techniczne oraz czy stawianie takich wymagań jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, iż z listy dziewięciu wskazanych przez Urząd pozycji specyfikacji technicznej, które stanowiły podstawę do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w opinii Biegłej Sądowej tylko trzy zawierają argumentację przeciw zasadności ich żądania:

1. poz. 18 opisu łóżka typ B - panel sterowniczy wyposażony w funkcję automatycznego zatrzymania oparcia pod kątem 30° przy regulacji w dowolnym kierunku.

Opinia Biegłej Sądowej: *zatrzymanie oparcia pleców pod kątem 30 stopni jest funkcją nieistotną z punktu widzenia medycznego.*

Ocena Zamawiającego: *nachylenie segmentu pleców pod kątem 30 stopni jest najczęściej używaną pozycją, zwłaszcza w przypadku Pacjentów kardiologicznych, ale nie tylko. Taki stopień nachylenia jest wygodny i bezpieczny dla Pacjenta. Funkcja automatycznego zatrzymania pleców pod kątem 30 stopni ułatwia również pracę personelu medycznego, który nie musi obserwować wskaźników nachylenia czekając na osiągnięcie oczekiwanego poziomu, bowiem wystarczające jest uruchomienie segmentu nachylenia pleców.*

2. poz. 40 opisu łóżka typ B - możliwość rozbudowy łóżka o zintegrowany system przekazujący zdalnie podstawowe parametry życiowe pacjenta np. do dyżurki, na tablet lub smartfona. poz. 41 opisu łóżka typ B - możliwość rozbudowy łóżka o zintegrowany system zdalnie przekazujący informację o sytuacjach niebezpiecznych takich jak opuszczone barierki, odblokowane koła, wysokie położenie leża.

Opinia Biegłej Sądowej: *parametry te nie mają żadnego znaczenia w polskiej rzeczywistości, gdyż oddziały szpitalne nie są dostosowane do pracy z wykorzystaniem rozwiązań teleinformatycznych z wykorzystaniem tabletu czy smartfona.*

Ocena Zamawiającego: *w żadnym z wymogów nie wymagano konkretnie dostosowania do komunikacji z tabletami lub smartfonami, zostały one jedynie wskazane przykładowo jako sposób realizacji funkcji zdalnego przekazywania informacji przez system dostępny dla łóżka. Co więcej, biegła nie wzięła pod uwagę sytuacji Zamawiającego tylko swój subiektywny obraz przeciętnego szpitala. Skoro biegła wydaje opinię tak istotną dla losu postępowania kontrolnego powinna się postarać bardziej i poznać sytuację Zamawiającego w tej mierze. Do tego wszak sprowadza się istota ustalenia potrzeb Zamawiającego. Na marginesie wypada zaznaczyć, że przy takim podejściu nie ma żadnej szansy na dalszą informatyzację polskich szpitali. W końcu jaki jest cel zamawiania tabletów medycznych,*

skoro sprzęt nie jest przystosowany do komunikacji z nimi i w jakim celu zamawiać sprzęt zapewniający taką komunikację skoro nie ma zamówionych tabletów. (...) Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że Oddział Chorób Wewnętrznych, podobnie jak cała placówka Centrum Medycznego w Radzyminie, od kilku lat jest z informatyzowana, a tablety, smartfony i inny sprzęt medyczny pomagają w codziennej pracy personelu medycznego. W siedzibie Zamawiającego prowadzona jest pełna elektroniczna dokumentacja medyczna, praktycznie wszystkie urządzenia są wpięte do systemu i działają w sieci. Ponadto placówka posiada zarządzane zdalnie wydzielone strefy dostępu do pomieszczeń oraz system zdalnego elektronicznego zarządzania mediami (energiją elektryczną, ciepłą i wodą). Zatem, mając na uwadze dalszy rozwój placówki, Zamawiający miał podstawy do oczekiwania dostawy nowoczesnego sprzętu medycznego, w tym w szczególności łóżek rozbudowanych o zintegrowany system przekazujący zdalnie podstawowe parametry życiowe pacjenta.

Zamawiający stwierdził, iż Urząd arbitralnie uznał, że brak jest uzasadnienia zakupu dla 3 z 9 parametrów, do których ma zastrzeżenia w żaden sposób jednak nie umotywiował swojej oceny. Zdaniem Zamawiającego, sposób formułowania wniosków z kontroli, oparty jedynie na swobodnym uznaniu organu kontrolnego jest wykroczeniem poza kompetencje kontrole określone w art. 161 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Podkreślenia wymaga fakt, że korzystając z własnego osądu Urząd Zamówień Publicznych nie uznał za zasadne zastrzeżenia biegłej sądowej do naruszenia zasady uczciwej konkurencji dotyczących pozycji 4, 18 i 19 opisu łóżka A (...). Na jakiej zatem podstawie Urząd Zamówień Publicznych uznał akurat te osądy biegłej sądowej za zbyt daleko idące i dlaczego nie dał im wiary? Dlaczego dał wiarę pozostałym zastrzeżeniom biegłej? Zdaniem Zamawiającego Urząd uczynił to w sposób dowolny, bez jakiegokolwiek uzasadnienia pozwalającego na ocenę procesu dochodzenia do powziętych wniosków. Taki sposób procedowania niweczy prawo Zamawiającego do podważenia rozumowania organu kontrolnego, ponieważ brak jest jakiegokolwiek merytorycznej możliwości ustalenia motywów takiej, a nie innej oceny dokonanej przez Urząd Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do wymagań zawartych w poz. 3 i 7 opisu elektrycznego łóżka szpitalnego typ A, Zamawiający przytoczył wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 10 sierpnia 2016 r., tj. potrzebę zwiększenia ergonomii i komfortu pracy personelu medycznego poprzez możliwość opuszczania barierki łóżka jedną ręką, w wygodnej pozycji ciała, oraz że w przypadku pacjentów Oddziału Chorób Wewnętrznych (zwykle osób w podeszłym wieku) podział panelu na kolory jest jedynym, który gwarantuje intuicyjną i bezstresową obsługę i jedynym, który w tym przypadku może zostać uznany za przyjazny użytkownikowi.

W ocenie Zamawiającego, *osoby starsze zdecydowanie łatwiej przyswajają fakt, że wciśnięcie określonego koloru powoduje określony ruch konkretnej części łóżka, niż potrzebę wyszukiwania na panelu konkretnego symbolu.*

Reasumując, Zamawiający podkreślił, iż posiadając wiedzę o przeznaczeniu łóżek szpitalnych, ich lokalizacji, warunkach przyszłego wykorzystania, jak i wiedzę o potrzebach personelu medycznego oraz potrzebach swoich Pacjentów, uprawniony był do stawiania takich wymagań, które mają służyć celowi prowadzonego postępowania, tj. uzyskaniu sprzętu o odpowiednich funkcjonalnościach, dostosowanego do warunków istniejących w jego placówce.

III. Pismem z dnia 12 października 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 września 2018 r. Uzasadniając ww. stanowisko Prezes Urzędu wskazał w szczególności, co następuje:

„Odnosząc się do zastrzeżeń (...) w zakresie rzetelności przeprowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych rozeznania rynkowego należy wyjaśnić, iż pisma kierowane do wytypowanych przez Urząd podmiotów zawierały prośbę o udzielenie informacji czy sprzedawane przez nich modele łóżek szpitalnych, w okresie lipiec-sierpień 2016 r., spełniały wszystkie parametry wyspecyfikowane w załączonych do pisma specyfikacjach technicznych. Zatem, odpowiedzi udzielone na wezwanie Urzędu dotyczyły okresu określonego w wezwaniu, o czym świadczy chociażby użycie w piśmie z dnia 1 grudnia 2017 r. przez Spółkę Stiegelmeyer Sp. z o.o. sformułowania *nie byłibyśmy w stanie zaoferować łóżek szpitalnych (...)*. Natomiast, za niezrozumiałe należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że *przeprowadzenie rozeznania rynku wśród podmiotów, które nie uzyskały zamówienia jest obarczone ryzykiem otrzymania informacji zniekształconych, sformułowanych pod potwierdzenie hipotezy podmiotu kontrolującego - o wykorzystaniu opisu przedmiotu zamówienia ograniczającego konkurencję w sposób niezgodny z wymogami ustawy Prawo Zamówień Publicznych.* Należy podkreślić, iż prośba o uczestnictwo w rozeznaniu rynkowym została przekazana zarówno podmiotom zainteresowanym udzieleniem niniejszego zamówienia, jak i sprzedawcom elektrycznych łóżek szpitalnych, o których wzmianka nie pojawiła się w dokumentacji postępowania. W pismach kierowanych do producentów i dystrybutorów sprzętu medycznego nie podano informacji, które postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest poddawane analizie, a dane specyfikacji technicznej dodatkowo zanonimizowano. Wobec powyższego

można uznać, iż udzielone odpowiedzi są odzwierciedleniem sytuacji rynkowej. Należy podkreślić, iż przeprowadzenie rozeznania rynku zawsze następuje wśród podmiotów, które nie uzyskały zamówienia, ponieważ właśnie wyjaśnienia wykonawców, z którymi zawarto umowę nie gwarantują obiektywnej oceny sytuacji.

Odnosząc się do kwestii możliwości dostosowania przez producentów łóżek szpitalnych do wymagań zawartych w SIWZ należy zauważyć, iż Zamawiający pominął dwie istotne kwestie. Po pierwsze, w specyfikacji technicznej dotyczącej elektrycznych łóżek szpitalnych zawarto parametry charakterystyczne tylko dla produktów jednego producenta, zatem zastosowanie w innych łóżkach rozwiązań producenta Linet spol. s r.o. może być niewykonalne z uwagi na zastrzeżone przez tego producenta patenty. Należy zaznaczyć, iż Zamawiający nie dopuścił w kluczowych pozycjach opisu rozwiązań równoważnych, a wierne odzwierciedlenie konkretnych modeli łóżek mogłoby sprowadzać się do podrobienia produktu. W drugiej kolejności należy zauważyć, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przyjęto krótki termin realizacji zamówienia (w zależności od typu łóżka: do 20-30 dni), który w ocenie Biegłej Sądowej jest niewystarczający do dostarczenia zamawianych łóżek, jeśli dany podmiot nie posiada ich na stanie. Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku potrzeby modyfikacji elektrycznych łóżek szpitalnych powyższy termin jest niemożliwy do spełnienia. Ponadto należy podkreślić, iż dostosowanie elektrycznych łóżek szpitalnych do wszystkich wymagań Zamawiającego, a więc w zasadzie wykonanie ich na indywidualne zlecenie, doprowadzi do znaczącego wzrostu ceny.”

„(...) [D]ostarczona przez Zamawiającego dokumentacja postępowania nie zawiera ww. rozeznania rynku, z którego wynikałoby, iż dostawcy elektrycznych łóżek szpitalnych posiadają na stanie łóżka szpitalne w wymaganej zapisami SIWZ ilości. Ww. dokument nie został również załączony do pisma z dnia 24 września 2018 r. stanowiącego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania. Zatem, w powyższej kwestii Prezes Urzędu uznaje stanowisko Biegłej Sądowej specjalizującej się w zakresie oceny aparatury medycznej, która na potrzeby wydania opinii dokonała własnego rozeznania rynkowego, za wiążące.”

„W zakresie przywołanych przez Wnoszącego zastrzeżenia pozycji opisu przedmiotu zamówienia łóżek typu B należy wyjaśnić, że:

Ad 1. Odpowiadając na zapytania Urzędu dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do poz. 7 specyfikacji: barierek boczne wyposażone w wbudowany zintegrowany wskaźnik kątowy z wykorzystaniem cieczy z wyraźnie zaznaczeniem kąta 30° dla segmentu pleców oraz wskaźnik pochylenia leża - Biegła

Sądowa wyjaśniła, że Zamawiający *nie dopuścił mechanicznego wskaźnika kąta nachylenia oparcia pleców (z kulką) i kątomierzem umieszczonym na leżu, co pozwalałoby na regulację kąta nachylenia ze skalą skokową np. co 5°*. Słusznie więc zauważył jeden z wykonawców, że *zatrzymanie oparcia pleców pod kątem 30° jest funkcją nieistotną z punktu widzenia medycznego, a dopuszczenie urządzeń, które na zasadach równoważnych pozwoliłoby ten proces realizować nie zostało przez Zamawiającego dopuszczone w niniejszym postępowaniu przetargowym*. (...) Należy zatem zauważyć, iż przywołany przez Zamawiającego fragment wypowiedzi dotyczył innej pozycji opisu przedmiotu zamówienia oraz innej funkcjonalności łóżka - wskaźnika kąтового. Natomiast, odnosząc się do funkcji zatrzymania pleców pod kątem 30° należy zauważyć, iż Zamawiający poza stwierdzeniem, iż jest to pozycja wygodna i bezpieczna nie podał żadnych argumentów za uznaniem, iż funkcja automatycznego zatrzymania pleców pod tym kątem jest niezbędna dla zachowania prawidłowej opieki medycznej, w tym nie wyjaśnił zależności jaka zachodzi od nachylenia pleców pod kątem 30° a stanem zdrowia pacjenta, np. czy stopień nachylenia pleców wynoszący 35° czy 40° wpływa na pogorszenie sytuacji zdrowotnej pacjentów. Jako uzasadnienie dla „automatycznego” zatrzymania leża podano ułatwienie pracy personelu medycznego, który nie musi obserwować wskaźników nachylenia czekając na osiągnięcie oczekiwanego poziomu. Powyższe wyjaśnienia należy uznać za niewystarczające do zakwalifikowania potrzeby automatycznego zatrzymywania poziomu pleców pod kątem 30° jako potrzebę niezbędną i uzasadniającą ograniczenie konkurencji.

Ad 2. W poz. 40 i 41 opisu wymagano możliwości rozbudowy łóżka o zintegrowany system przekazujący zdalnie podstawowe parametry życiowe pacjenta oraz sytuacjach niebezpiecznych takich jak opuszczone bariery, odblokowane koła czy też wysokie położenie leża. W ocenie Biegłej Sądowej ww. funkcje nie mają znaczenia w polskiej rzeczywistości, gdyż oddziały szpitalne nie są dostosowane do pracy z wykorzystaniem rozwiązań teleinformatycznych. Z powyższą opinią nie sposób się zgodzić. Należy zauważyć, iż z treści pisma z dnia 24 września 2018 r. wynika, że placówka Zamawiającego jest z informatyzowana, a personel medyczny korzysta z tabletów i smartfonów, jednakże w żadnym fragmencie wypowiedzi Zamawiający nie potwierdza, że w momencie wszczęcia niniejszego postępowania posiadał w placówce warunki umożliwiające korzystanie z ww. funkcji. Natomiast, w kwestii ewentualnego wyposażenia placówki w sprzęt teleinformatyczny dostosowany do zamawianych łóżek szpitalnych Zamawiający nie doprecyzował czy zamierza zakupić sprzęt teleinformatyczny pozwalający na wykorzystanie funkcji łóżek opisanych w poz. 40 i 41 opisu, w jakim zakresie czasu jest planowa dostawa ww. sprzętu ani też czy w najbliższych latach będą zapewnione środki finansowe na taki zakup. Z uwagi

na powyższe nie można mieć pewności czy ww. funkcjonalność łóżek znajdzie w ogóle zastosowanie u Zamawiającego. Tym samym należy stwierdzić, iż wymóg określony w poz. 40 i 41 opisu łóżek szpitalnych typu B nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego. (...)

Ponadto, odnosząc się do ww. wymagań dotyczących elektrycznych łóżek szpitalnych typu A należy wskazać, iż poz. 3 i 7 opisu ograniczają konkurencję do jednego modelu łóżek na rynku polskim, natomiast w polskich szpitalach są wykorzystywane również łóżka podobnej klasy wyprodukowane chociażby przez Stiegemeyer Sp. z o.o. czy Stryker. Jak wskazuje sam Zamawiający, średnia wieku wśród zarejestrowanych pielęgniarek i położnych wynosi w Polsce 51 lat. Zatem, nie można uznać, iż zwalnianie mechanizmu bariereki dwoma rękami bądź jedną ręką, ale np. w dolnej części leża powoduje tak duży dyskomfort u personelu medycznego, że tłumaczyłby celowe ograniczenie konkurencji do jednego modelu łóżka. Ponadto, poza wskazaniem na zwiększenie ergonomii i komfortu pracy personelu, Zamawiający nie przytoczył konkretnych argumentów za uznaniem potrzeby zwalniania bariereki łóżka jedną ręką, w górnej części leża, za niezbędne w codziennej pracy na Oddziale Chorób Wewnętrznych. Podobnie, w kwestii poz. 7 opisu łóżek typu A, Zamawiający przytoczył swoją opinię, że *osoby starsze zdecydowanie łatwiej przyswajają fakt, że wciśnięcie określonego koloru powoduje określony ruch konkretnej części łóżka, niż potrzebę wyszukiwania na panelu konkretnego symbolu*, natomiast nie uzasadnił czy w powyższej kwestii były przeprowadzane badania, czy jest to wniosek wynikający z dłuższej obserwacji pacjentów, przeprowadzonych ankiet. Nie wyjaśnił również w jaki sposób osoby starsze lepiej kojarzą kolor z daną czynnością niż symbol obrazujący np. siadanie czy podnoszenie poziomu pleców, ani też dlaczego żądał oznaczenia stref w panelu sterowania min. 3 kolorami oraz pilota wyposażonego w latarkę. Z uwagi na powyższe należy uznać, iż wyjaśnienia Zamawiającego są niewystarczające do uznania, że parametry opisane w poz. 3 i 7 opisu łóżek typu A są rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego uzasadniającymi ograniczenie konkurencji wśród wykonawców do podmiotów oferujących elektryczne łóżko szpitalne Eleganza 1.”

Izba zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z uzasadnienia zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 września 2018 r. podstawą stwierdzonych przez Kontrolującego naruszeń przepisów art.

29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp były opinie wydane przez Biegłą Sądową specjalizującą się w zakresie oceny aparatury medycznej. W związku z powyższym, w celu wydania niniejszej opinii dotyczącej zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego Izba dokonała oceny ww. opinii Biegłej Sądowej, w wyniku czego stwierdziła, iż zawarte w niej ustalenia i wnioski nie mogą stanowić podstawy przyjętych przez Prezesa Urzędu wyników kontroli, z powodów które zostaną wskazaną poniżej.

Na wstępie wymaga podkreślenia, iż jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2015 r. KIO/KD 61/15 „*[w] przypadku postępowania kontrolnego biegły nie jest powoływany w celu dokonania kwalifikacji prawnej ustalonego stanu faktycznego, tj. do stwierdzania naruszeń przepisów ustawy lub ich braku. (...) Zawarte w opinii biegłego wywody na temat ocen prawnych, nie przekreślają wartości opinii w sferze okoliczności faktycznych, do których opinia biegłego może i powinna się odnosić.*” Mając na uwadze powyższe, dokonując oceny opinii Biegłej Sądowej wydanych w niniejszej sprawy, Izba pominęła w toku rozważań wszelkie stanowiska prawne, jakie zostały przez Biegłą przedstawione w treści opinii.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania Biegła miała sporządzić opinię w zakresie okoliczności stanu faktycznego występującego na dzień wszczęcia postępowania, tj. 6 lipca 2016 r., m.in. poprzez udzielenie odpowiedzi na kilka postawionych przez Kontrolującego pytań, z czego pierwsze brzmiało następująco: „*1. Czy przygotowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia uwzględniający udzielone wyjaśnienia treści SIWZ, preferował na dzień składania ofert konkretne urządzenie na rynku? W przypadku odpowiedzi twierdzącej należy podać elementy opisu przedmiotu zamówienia sugerujące zakup tego produktu.*” Udzielając odpowiedzi na to pytanie Biegła Sądowa od razu stwierdziła, iż: „*Po przeprowadzonej analizie parametrów technicznych wyszczególnionych przez zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ w zakresie zadania nr 1 A i zadania nr 1 B oraz treści pytań i odpowiedzi z dnia 11 lipca 2016 r., a także biorąc pod uwagę dostępność innych produktów na rynku, na który to sprzęt Zamawiający ogłosił postępowanie przetargowe, biegła stwierdza, że tak przygotowany opis przedmiotu zamówienia preferuje łóżka szpitalne firmy Linet Eleganza 1 i Eleganza 2.*”

Po udzieleniu tak jednoznacznej odpowiedzi należałoby oczekiwać przedstawienia konkretnego uzasadnienia, w ramach którego zostałyby zawarta analiza rynku łóżek szpitalnych – w szczególności, że udzielając ww. odpowiedzi Biegała sama stwierdziła, iż bierze pod uwagę dostępność innych produktów na rynku. Powyższe jednak nie następuje, lecz pojawia się stwierdzenie, że ww. fakt był komunikowany Zamawiającemu w trakcie

postępowania przez wykonawców na etapie zadawania pytań do SIWZ, jednakże Zamawiający nie wyciągnął z tego żadnych wniosków. Należy w tym miejscu zauważyć, iż okoliczność zadawania pytań do SIWZ, a w ich ramach postulowanie dokonania zmian wymagań postawionych przez Zamawiającego, ostatecznie nieuwzględnionych, nie może być podstawą twierdzenia o ograniczeniu przez Zamawiającego konkurencji w postępowaniu. Biegła powołuje się również na treść pisma jednego z wykonawców, który jak stwierdza „z dużą dokładnością - poprzez wskazanie dokładnych pozycji SIWZ - wskazał zamawiającemu parametry techniczne, które uniemożliwiają czołowym producentom łóżek szpitalnych złożenie ważnej oferty.” Ustalenia w tym zakresie powinny jednak zostać dokonane samodzielnie przez Biegłą w związku z posiadaniem przez nią specjalistycznej wiedzy (tzw. wiadomości specjalnych) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, na które prowadzone było postępowanie.

W podobny sposób została udzielona odpowiedź na pytanie nr 2, które zostało sformułowane w następujący sposób: „*Które urządzenia dostępne na dzień składania ofert spełniały wszystkie wymagania SIWZ (proszę o podanie producentów i modeli urządzeń)?*” W pierwszym zdaniu udzielonej odpowiedzi zostaje stwierdzone, iż „*Z wiedzy biegłej wynika, że na dzień składania ofert 14.07.2016 r. wyłącznie sprzęt wyspecyfikowany przez zamawiającego spełnia wszystkie wymagania SIWZ.*” Po czym po raz kolejny – zamiast własnego uzasadnienia sformułowanej tezy - Biegła stwierdza, iż Zamawiający nie wyciągnął żadnych wniosków z pytań zadanych przez wykonawców i nie dopuścił rozwiązań równoważnych w odniesieniu do wskazanych parametrów. W przypadku parametrów określonych w poz. 40, 41 SIWZ w zakresie zadania nr 1B Biegła przedstawia dodatkowo własne stanowisko stwierdzając: „*Parametry te nie mają żadnego znaczenia w polskiej rzeczywistości, gdyż oddziały szpitalne nie są dostosowane do pracy z wykorzystaniem rozwiązań teleinformatycznych z wykorzystaniem tabletu czy smartfona, co prowadzi do konkluzji, że parametry te zostały wpisane wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom złożenia ważnej oferty.*” W odniesieniu do tych twierdzeń należy w całości podzielić stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w piśmie zawierającym zastrzeżenia. Formułując ww. wypowiedź Biegła w żaden sposób nie odniosła się do sytuacji mającej miejsce w placówce Zamawiającego, co ma wyłączone znaczenie w kontekście postawionego wymogu. Należy zadać pytanie o sens odnoszenia się do stanu wyposażenia wszystkich czy też większości oddziałów szpitalnych w Polsce, w sytuacji gdy zamawiany sprzęt ma stanowić wyposażenie wyłącznie oddziałów szpitalnych w placówce Zamawiającego.

W odpowiedzi na pytanie nr 3: „Ile podmiotów na rynku polskim było w stanie dostarczyć urządzenia spełniające wszystkie wymagania SIWZ w terminie określonym w SIWZ przez Zamawiającego?” Biegła wprost stwierdza, iż nie jest w stanie odpowiedzieć na tak zadane pytanie. W dalszej części zawarte są jedynie przypuszczenia, iż termin ten jest krótki i mało prawdopodobny do wykonania, jednakże nawet te przypuszczenia nie są oparte o żadne konkretne dane. Skoro w ocenie biegłego sporządzającej opinię w ramach prowadzonej kontroli określony przez zamawiającego termin jest za krótki to powinien on przede wszystkim wskazać jaki termin jest wystarczający i dlaczego. Ponadto ponownie następuje odwołanie się do treści zadanych przez wykonawców pytań na etapie poprzedzającym termin składania ofert w postępowaniu. Spostrzeżenia poczynione w ramach odpowiedzi na pytanie nr 3 są natury ogólnej i nie mają istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy. Opieranie na ich podstawie jakichkolwiek wniosków co do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie powinno mieć miejsca z tego podstawowego powodu, iż na wstępie Biegła wprost oświadczyła, że na tak zadane pytanie nie jest w stanie odpowiedzieć.

Natomiast we wstępnej części opinii zostały wymienione parametry, które w ocenie Biegłej z jednej strony ograniczają konkurencję do sprzętu jednego producenta, a z drugiej nie mają dla Zamawiającego znaczenia. Powyższej konstatacji nie towarzyszy jednak żadne uzasadnienie. Brak jest informacji odnośnie tego, które parametry eliminują których producentów, jak i nie została przedstawiona jakakolwiek argumentacja dlaczego wymienione parametry nie mogą mieć w ocenie Biegłej znaczenia dla Zamawiającego w kontekście jego uzasadnionych potrzeb.

Podsumowując należy stwierdzić, iż w treści ww. opinii nie zostały przedstawione własne ustalenia Biegłej dotyczące stanu faktycznego występującego na dzień wszczęcia postępowania, tj. 6 lipca 2016 r. Brak jest jakiegokolwiek analizy rynku łóżek szpitalnych w ww. okresie. Twierdzenia zawarte w opinii mają często bardzo ogólny charakter. Przedstawiając opinię Biegła nie odwołała się do żadnych źródeł wiedzy specjalistycznej oraz dowodów, na podstawie których została wydana opinia. Wnioskom o braku uzasadnienia dla przyjęcia poszczególnych parametrów w kontekście potrzeb Zamawiającego również nie towarzyszy jakakolwiek argumentacja. Niejednokrotnie konkluzje formułowane są w oparciu o informacje przekazane w ramach postępowania przez innych wykonawców.

Przedmiotem uzupełniającej opinii Biegłej Sądowej miało być stanowisko w kwestii wprowadzonych w dniu 11 lipca 2016 r. modyfikacji treści SIWZ w zakresie poz. 6 i 7

zawartych w zestawieniach parametrów technicznych na zadanie nr 1 - łóżko szpitalne elektryczne typu „B”. Biegła uznała, iż ww. modyfikacje nie miały wpływu na krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu. Stwierdzenie to mogłoby być przedmiotem rozważań pod warunkiem, że ww. krąg wykonawców zostałby przez Biegłą ustalony w pierwszej opinii - co jednak nie nastąpiło. Z pewnością za dokonanie ustaleń w tym zakresie nie można uznać ogólnikowego wskazania kręgu wykonawców bez przedstawienia szczegółowej i przekonującej argumentacji. Ponadto, w odniesieniu do opinii uzupełniającej można poczynić podobne uwagi jak w odniesieniu do pierwszej opinii. Przykładowo można wskazać na następujące fragmenty:

- *„Z wiedzy biegłej wynika, że łóżka elektryczne firmy Stiegemeyer nie mają zintegrowanych uchwyty na worki urologiczne lecz mają możliwość zawieszania dodatkowego wyposażenia w sposób bezpieczny na profilowanych rurach wykonanych ze stali nierdzewnej od strony głowy i nóg.”* - w odniesieniu do tego fragmentu pojawiają się liczne pytania – w szczególności: czy Biegła odwołuje się do aktualnego stanu faktycznego czy stanu faktycznego istniejącego w dniu wszczęcia postępowania? Jakie dowody potwierdzają te okoliczności?;
- *„Słusznie więc zauważył jeden z wykonawców, że zatrzymanie oparcia pleców pod kątem 30° stopni jest funkcją nieistotną z punktu widzenia medycznego, a dopuszczenie urządzeń, które na zasadach równoważnych pozwoliłyby ten proces realizować nie zostało przez Zamawiającego dopuszczone w niniejszym postępowaniu przetargowym.”*
 - jeżeli zostaje przedstawiona opinia w przedmiocie braku znaczenia określonego parametru z punktu widzenia medycznego, a zatem w kontekście potrzeb zamawiającego, to dlaczego nie towarzyszy temu przedstawienie konkretnej argumentacji, tylko zamiast tego następuje odwołanie się do opinii jednego z wykonawców. Ponadto za niewystarczające należy uznać ogólnikowe stwierdzenie, iż dane rozwiązanie jest nieistotne „z punktu widzenia medycznego”.

Ponadto, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dokonując oceny postanowień opisu przedmiotu zamówienia na gruncie regulacji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy bezwzględnie wziąć pod rozwagę również tzw. uzasadnione potrzeby zamawiającego. Przykładowo, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. (KIO 1550/13): opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego stanowi wypadkową uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji przy opisie tych potrzeb. W wyroku z dnia 10 lipca 2009 r. (KIO/UZP 807/09) Izba stwierdziła, iż: ustalenie, że tylko jeden podmiot może spełnić

wymaganie zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp – skład orzekający podziela pogląd, wielokrotnie prezentowany w orzeczeniach zarówno Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom. W orzecznictwie Izby podkreśla się dopuszczalność stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., KIO 445/17).

W konsekwencji powyższego obowiązek przestrzegania zakazu utrudniania uczciwej konkurencji nie oznacza, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest do określenia swoich potrzeb na minimalnym (niezbędnym) poziomie, byle tylko zapewnić udział w postępowaniu jak największej ilości wykonawców. Przeciwnie, to potrzeby zamawiającego wpływają na krąg potencjalnych wykonawców, jednakże pod warunkiem, że są one uzasadnione. W kontekście niniejszej sprawy należy również zauważyć, iż potrzeby zamawiającego uzasadniające przyjęcie określonych rozwiązań mogą być bardzo różnej natury. Za taką potrzebę może być uznane zwiększenie komfortu pacjentów lub pracowników służby zdrowia.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż w sytuacji, w której zamawiający argumentując przyjęcie określonych wymagań w ramach opisu przedmiotu zamówienia odwołuje się do okoliczności stanowiących jego uzasadnione potrzeby, to kwestie te – jeżeli ich ocena wymaga posiadania wiedzy specjalistycznej – również wymagają oceny w formie opinii biegłego. W odmiennym przypadku ustalenia poczynione w ramach postępowania kontrolnego są niespójne: okoliczności wskazujące na ograniczenie konkurencji poddawane są ocenie osoby posiadającej wiedzę specjalistyczną, natomiast okoliczności mogące taki stan rzeczy usprawiedliwiać oceniane są przez osobę takiej wiedzy nieposiadającej. Przy czym wymaga podkreślenia, iż biegły powinien w treści opinii odnieść się do argumentacji uprzednio przedstawionej przez zamawiającego, a nie wygłaszać ogólne sądy stanowiące w zasadzie domysły na temat przyczyn wprowadzenia konkretnych rozwiązań.

Opinie sporządzone w niniejszej sprawie przez Biegłą Sądową w minimalnym stopniu odnoszą się do argumentów przedstawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do jego

uzasadnionych potrzeb i również z tego powodu nie mogą one stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Izba uznała za zasadne i w konsekwencji nie podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu wyrażonego w tym zakresie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....