

Warszawa, dnia 23 grudnia 2020 r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.**  
ul. Powstania Styczniowego 1  
81-519 Gdynia  
Tel.: (058) 726-04-67  
Faks: (058) 726-03-38  
e-mail: [zp@szpitalepomorskie.eu](mailto:zp@szpitalepomorskie.eu);  
[akorolczuk@szpitalepomorskie.eu](mailto:akorolczuk@szpitalepomorskie.eu)

**Odwołujący: Getige Polska Sp. z o.o.**  
ul. Osmańska 14  
02-823 Warszawa  
  
reprezentowany przez  
Katarzynę Wasilewską  
**CZUBLUN TRĘBICKI**  
**Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.**  
ul. Solec 18 lok. U12  
00-410 Warszawa  
Faks: 48 22 826 08 87  
e-mail: [k.wasilewska@cztr.pl](mailto:k.wasilewska@cztr.pl)

## ODWOŁANIE

- Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia), w trybie przetargu nieograniczonego na: Zakup stołów operacyjnych, łóżek transportowych oraz łóżek anestezyjologicznych na Blok Operacyjny w lokalizacji Szpitala Św. Wincentego a'Paulo w Gdyni w ramach programu: „Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych”, znak sprawy: D25M/251/N/37-69rj/20, zwanego dalej: „Postępowaniem”.
- Ogłoszenie o zamówieniu:** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 245-606677 w dniu 16 grudnia 2020 r.
- Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:** czynność Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2020 r. polegająca na przygotowaniu i opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami której postanowienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- Termin:** 16 grudnia 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Getinge Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 14, 02-823 Warszawa, dalej: „Getinge” lub „Odwołujący” lub „Wykonawca”, zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp” lub „Prawo zamówień publicznych”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego

polegającej na ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ (dalej: „**OPZ**”), w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu poprzez dobór w OPZ parametrów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu jednego producenta, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości złożenia oferty przez podmioty konkurencyjne, będące producentem lub dystrybutorem sprzętu w pełni spełniającego potrzeby Zamawiającego

– *co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*

2. skonstruowanie pakietu (części/zadań Zamówienia), tj. dobór produktów stanowiących części składowe Zadania 1 w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców, tj. w sposób de facto uniemożliwiający złożenie oferty w Postępowaniu więcej niż jednemu wykonawcy; w pakiecie tym znajduje się sprzęt opisany w sposób opisany w pkt. 1 powyżej, tj. poprzez dobór cech charakterystycznych właściwych wyłącznie dla jednego producenta, niezależnie od tego, że inne produkty wchodzące w skład pakietów mogłyby zostać dostarczone przez wielu oferentów

– *co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*

3. ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminacyjny, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzenia, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent

– *co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z art. 91 ust. 2 ustawy PZP.*

W związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1) modyfikacji SIWZ w zakresie załącznika nr 4 „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w treści odwołania;
- 2) modyfikacji SIWZ w zakresie pkt III.1.1 poprzez wyodrębnienie takich pakietów, które umożliwią złożenie oferty jak najszerzej liczbie oferentów, tj. w sposób wskazany w treści odwołania;
- 3) zmiany ustanowionych w sposób dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert w sposób określony w treści odwołania;
- 4) dokonania odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania;
- 5) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Nadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 16 grudnia 2020 r., tj. w dniu opublikowania na Platformie Zakupowej Zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 ustawy Pzp został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego SIWZ, Wykonawca, może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Getinge wykazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych, może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

## UZASADNIENIE

W dniu 16 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej SIWZ dla postępowania na zakup stołów operacyjnych, łóżek transportowych oraz łóżek anestezyjologicznych na Blok Operacyjny w lokalizacji Szpitala Św. Wincentego a'Paulo w Gdyni w ramach programu: „Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. w celu zapewnienia kompleksowej diagnostyki i leczenia chorób cywilizacyjnych”. Integralną część SIWZ stanowiły załącznik, w tym załącznik nr 4 , tj. „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych”. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego Postępowania wprowadził do SIWZ postanowienia, które w sposób jawny naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niniejsze naruszenia podstawowych zasad, jakimi winien kierować się każdy zamawiający przy przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przejawiają się w następujący sposób:

- 1) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy poprzez zastosowanie w opisie wymagań parametrów charakterystycznych wyłącznie dla sprzętu (stołów operacyjnych) dystrybuowanych przez Klaromed Sp. z o.o. Jednocześnie, różnice pomiędzy sprzętem Klaromed a sprzętem innych producentów (w tym sprzętem, którego producentem jest Odwołujący) są na tyle nieistotne z punktu widzenia przeznaczenia stołu operacyjnego, że nie sposób wy tłumaczyć takiego opisu przedmiotu zamówienia usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego.
- 2) Zamawiający skonstruował pakiety stanowiące części niniejszego zamówienia w taki sposób, że w zakresie zadania 1, jedynym wykonawcą będącym w stanie złożyć ofertę uwzględniającą wszystkie postanowienia SIWZ będzie Klaromed Sp. z o.o. W pakiecie tym bowiem znajdują się stoły operacyjne opisane w sposób określony w pkt 1 powyżej oraz łóżka transportowe. Odwołujący wskazuje, że istnieje wielu producentów łóżek, którzy mogliby złożyć ofertę w niniejszym Postępowaniu, zgodnie z opisanymi przez Zamawiającego wymaganiami (tym bardziej, że przedmiotem Zadania 2 również są łóżka). Jednakże, ze względu na zaproponowaną przez Zamawiającego konstrukcję pakietów, nie będą mogli złożyć ważnej oferty, a jedynym wykonawcą, który sprosta w ten sposób określonym wymaganiom będzie Klaromed.

- 3) Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert w taki sposób, że dodatkowe punkty za parametry techniczne oferowanych stołów operacyjnych będzie w stanie uzyskać jedynie Klaromed Sp. z o.o. Wobec powyższego, zmiana zapisów SIWZ winna dotyczyć nie tylko samych wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych sprzętu, ale również kryteriów oceny ofert, gdyż brak zmiany w zakresie kryteriów również będzie skutkował wyborem Klaromed Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej ze względu na fakt, iż jako jedyny dystrybutor na rynku oferuje sprzęt o parametrach technicznych, za które Zamawiający przyzna dodatkowe punkty.

**I. Kwestia opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**

Zdaniem Odwołującego przygotowanie OPZ w Postępowaniu we wskazany sposób jest niczym nieuzasadniony i postanowienia wskazane przez Odwołującego w dalszej części niniejszego odwołania winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań Odwołującego. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w załączniku nr 4 do SIWZ, uniemożliwiają Odwołującemu udział w Postępowaniu i złożenie oferty. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia w nieuprawniony sposób ograniczają uczciwą konkurencję oraz potwierdzają, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty przez jeden podmiot – tj. Klaromed Sp. z o.o. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego wykonawcy.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które uniemożliwiają udział, innych niż preferowany przez Zamawiającego Klaromed Sp. z o.o., wykonawców w Postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Powyższy opis przedmiotu zamówienia w OPZ w zakresie Zadania 1 stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i

równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Opisane w załączniku 4 w zakresie zadania 1 stoły operacyjne posiadają charakterystyczne cechy dla stołu produkcji Schaerer Axis, których jedynym dystrybutorem w Polsce jest Klaromed Sp. z o.o. Poniżej Odwołujący wskazuje na elementy charakterystyczne wyłącznie dla wskazanych stołów. Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że parametry te nie są na tyle kluczowe dla przeznaczenia stołu do operacji ortopedycznych, aby już na etapie SIWZ uniemożliwić złożenie oferty wszystkim pozostałym producentom stołów operacyjnych.

1) Pkt II. 1:

*„Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia lub przemieszczania blatu.”*

W ocenie Odwołującego nie istnieją obiektywne okoliczności, które usprawiedliwiałyby konieczność braku przemieszczania blatu. Odwołujący posiada w swojej ofercie sprzęt, który spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego, tj. zapewnia dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia, przy czym funkcjonalność tę umożliwia przesuw wzdłużny blatu. Należy zauważyć, że taką funkcjonalność posiada w swoim asortymencie wielu producentów stołów operacyjnych do operacji ortopedycznych, które są z powodzeniem stosowane w wielu szpitalach w całej Polsce, aby uzyskać odpowiedni i wygodny zakres dostępu dla aparatu RTG. Opisany w SIWZ stół, którego wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest Klaromed Sp. z o.o., ze względu na swoje cechy konstrukcyjne nie posiada funkcji przesuwu wzdłużnego.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę tego zapisu na zaproponowany poniżej, umożliwiającą poszanowanie zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, jaką to zasadą winno cechować się każde zamówienie o udzielenie zamówienia publicznego:

*„Stół do operacji ortopedycznych z asymetrycznie umieszczoną kolumną stołu, zapewniającą dostęp aparatu RTG od stóp pacjenta do klatki piersiowej, bez konieczności zmiany jego pozycji ułożenia z możliwością wykorzystania funkcji przesuwu wzdłużnego blatu”.*

2) Pkt II.4

*„Kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej (bez dodatkowych osłon mieszkowych wykonanych z gumy lub tworzywa sztucznego), odporna na wnikanie płynów.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda aby kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej nie posiadała dodatkowych osłon wykonanych z gumy lub tworzywa sztucznego.

Jest to kolejny przejaw gdy Zamawiający ogranicza konkurencję poprzez wskazanie cechy charakterystycznej stołu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o., podczas gdy nie jest to w żaden sposób uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami. Dodatkowe osłony kolumny stosowane są powszechnie przez producentów stołów operacyjnych, gdyż bardzo często dochodzi do uszkodzeń czy też zalania kolumny stołu w trakcie zabiegu lub też w trakcie mycia stołu po zabiegu. Z tego też powodu stosuje się dodatkowe zabezpieczenia kolumny, dbając jednocześnie o to aby nie utrudniały one czyszczenia i zapewniały możliwość zachowania aseptycznych warunków.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Kolumna stołu wykonana w całości ze stali nierdzewnej bez gumowych lub gumo podobnych elementów harmonijkowych osłaniających całą kolumnę stołu ze względów aseptycznych, wyjątek może stanowić mała osłona siłownika. Dodatkowo kolumna zabezpieczona przed zalaniem i wnikaniem płynów obudową z tworzywa sztucznego w górnej części kolumny”.*

### 3) Pkt II.6

*„Stół wyposażony w układ jezdny realizowany przez trzy zestawy podwójnych kół o średnicy min. 120 mm, na obrotnicach, umieszczone wewnątrz obrysu podstawy stołu.”*

Z treści SIWZ nie sposób wywnioskować powodu, dla którego Zamawiający oczekuje, aby w ramach niniejszego Postępowania dostarczony został sprzęt, o tak specyficznym określonym układzie jezdnym, gdyż powszechnie stosowanym i sprawdzonym rozwiązaniem jest układ jezdny realizowany przez cztery zestawy podwójnych kół. Natomiast ich średnica jest zależna od technologii wykonania sprzętu i w żaden sposób nie ogranicza funkcjonalności stołu.



Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Stół wyposażony w układ jezdny realizowany przez trzy lub cztery zestawy podwójnych kół o średnicy min. 100 mm, na obrotnicach, umieszczone wewnątrz obrysu podstawy stołu.”*

4) Pkt II.8

*„Centralna blokada podstawy stołu w postaci wysuwanych nóżek korygujących nierówności podłoża, na których stół musi stać podczas operacji”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda aby stół podczas operacji stał na wysuwanych nóżkach korygujących nierówności podłoża, gdyż istnieją również inne rozwiązania gwarantujące bezpieczną pracę stołu oraz pełną jego stabilizację podczas zabiegu, które jednocześnie nie wymagają kompensacji nierówności podłoża.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Centralna blokada podstawy stołu w postaci wysuwanych nóżek korygujących nierówności podłoża, na których stół musi stać podczas operacji lub stół z centralną blokadą w którym cała podstawa stołu zostaje stabilnie posadowiona na podłodze podczas operacji w celu zwiększenia stabilności stołu i zniwelowania nierówności podłoża.”*

5) Pkt II.10

*„Wychylenie blatu poza kolumnę stołu 1550 mm (+/- 50 mm) – blat stołu w układzie kolumna – podstawa w kształcie leżącej litery U.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda aby podstawa stoły posiadała konkretnie kształt leżącej litery U, gdyż wskazane wychylenie blatu lub nawet większe można uzyskać również w stołach

z innym kształtem podstawy, która jednocześnie zapewnia pełną stabilizację stołu i gwarantuje łatwy dostęp operatora do pola operacyjnego.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Wychylenie blatu poza kolumnę stołu min. 1500 mm - blat stołu w układzie kolumna – podstawa w kształcie leżącej litery U lub podstawa w kształcie litery H”.*

6) Pkt II.13

*„Długość x szerokość blatu stołu (bez szyn bocznych): 2000 x 500 mm (+/- 50 mm).”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda blatu o wskazanej długości i szerokości, gdyż jest to znaczne ograniczenie jego funkcjonalności. Konkretnie – brak możliwości operowania pacjentów, których wzrost przekracza dopuszczoną do postępowania długość blatu. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że posiada blat którego elementy można konfigurować w taki sposób aby dostosować je do wzrostu każdego pacjenta. Jednak przy takim opisie nie może złożyć ważnej oferty.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Długość x szerokość blatu stołu (bez szyn bocznych) min: 1950 x 500 mm, maksymalnie: 2355x 540 mm”.*

7) Pkt II.18

*„Zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem dodatkowego (awaryjnego) układu sterującego blatu. Dodatkowy panel sterujący zabezpieczony osłoną – obudową”.*

Opisane rozwiązanie jest typowe dla stołu dystrybuowanego przez Klaromed Sp. z o.o. Obudowa panelu awaryjnego w znacznym stopniu ogranicza do niego dostęp. Z założenia dostęp do panelu awaryjnego powinien być szybki i prosty, gdyż korzysta

się z niego w sytuacjach awaryjnych. Odwołujący posiada zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem w postaci tzw. funkcji świadomego wyboru, która nie wymaga zastosowania dodatkowej obudowy czy też osłony.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem dodatkowego (awaryjnego) układu sterującego blatu (dodatkowego panelu sterującego) bez konieczności stosowania obudowy czy też osłony panelu w celu maksymalnie szybkiego użycia w awaryjnych sytuacjach lub z osłoną czy też obudową.”*

8) Pkt II.20

*„Regulacja z pilota następujących ruchów: wysokości w zakresie 685 – 1100 mm (+/-50mm); pochylenie wzdłużne (pozycja Trendelenburga, antyTrendelenburg) +/- 25° (+/- 5°); pochylenie poprzeczne „lewo-prawo” +/- 18°(+/- 2°); regulacja płyty siedziska / pleców w zakresie min. -45° / +75° (+/- 10°); regulacja tzw. funkcji „flex” / „reflex”, powrót blatu do pozycji wyjściowej „0” po naciśnięciu jednego przycisku na pilocie”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający ogranicza dopuszczalne zakresy regulacji stosując zapis np. (+/- 50 mm), co w konsekwencji uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom, którzy w swojej ofercie posiadają stoły o znacznie szerszym zakresie regulacji ustawień stołu.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Regulacja z pilota następujących ruchów: wysokości w zakresie min: 685 – 1050 mm pochylenie wzdłużne (pozycja Trendelenburga, antyTrendelenburg) min 20° ; pochylenie poprzeczne „lewo-prawo” min: 18° ; regulacja płyty siedziska / pleców w zakresie min. -40° / +70°; regulacja tzw. funkcji „flex” / „reflex”, powrót blatu do pozycji wyjściowej „0” po naciśnięciu jednego przycisku na pilocie.”*

9) Pkt II.23

*„Pilot wyposażony we wskaźniki naładowania akumulatorów. Pilot winien posiadać min. 12 stopniowy wskaźnik”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wymaga aby pilot posiadał akurat 12 stopniowy wskaźnik naładowania akumulatorów. Wspomniany wskaźnik powinien być w ocenie Odwołującego prosty, czytelny i zrozumiały dla użytkownika. Zastosowanie aż 12 stopniowej skali znacznie utrudnia ocenę stanu naładowania akumulatorów.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Pilot i/lub panel sterowania awaryjnego wyposażony we wskaźniki naładowania akumulatorów . Wskaźnik naładowania akumulatorów min. 5 stopniowy.”*

#### 10) Pkt II.24

*„Sekcja podgłówka łatwo demontowana i regulowana manualnie ze wspomaganiem pneumatycznym w zakresie +/-30° (+/- 5%)”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wymaga tylko pneumatycznego wspomagania regulacji podgłówka i to w konkretnym zakresie. Odwołujący, pomimo posiadania podgłówka którego regulacja jest wspomagana mechanicznie (dzięki czemu dokonanie odpowiednich ustawień podgłówka jest bardzo szybkie i łatwe) i którego zakres regulacji jest znacznie szerszy niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ nie może złożyć ważnej oferty w niniejszym Postępowaniu.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Sekcja podgłówka łatwo demontowana i łatwo regulowana manualnie ze wspomaganiem pneumatycznym lub mechanicznym w zakresie min . +/-30°.”*

#### 11) Pkt II.25

*„Sekcja pod nogi łatwo demontowana i regulowana manualnie ze wspomaganie  
pneumatycznym w zakresie min. - 90° ÷ +15° (+/- 5%) w płaszczyźnie pionowej i  
45° w płaszczyźnie poziomej”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający ogranicza zakres regulacji do wspomaganych manualnie i pneumatycznie, nie dopuszczając tym samym znacznie bardziej wygodnej dla użytkownika regulacji segmentu nóg sterowanej z pilota o znacznie szerszym zakresie.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Sekcja pod nogi łatwo demontowana i regulowana manualnie ze wspomaganie  
pneumatycznym lub regulowana z pilota w zakresie min. - 90° ÷ +15° w  
płaszczyźnie pionowej i min : 45° w płaszczyźnie poziomej.”*

#### 12) Pkt II.28

*„Materace bezszwowe antystatyczne o właściwościach przeciwoleżynowych,  
demontowane, o grubości 65 mm (+/- 5mm)”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający ogranicza grubość materacy do wskazanego zakresu. Odwołujący pomimo posiadania materacy o znacznie lepszych właściwościach dla pacjenta niż wymagane przez Zamawiającego nie może złożyć ważnej oferty w niniejszym Postępowaniu, gdyż ich grubość wynosi 80 mm.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Materace bezszwowe antystatyczne o właściwościach przeciwoleżynowych,  
demontowane, o grubości min: 60 mm.”*

#### 13) Pkt II.29

*„Materace mocowane do stołu za pomocą gniazd w materacach i czopów  
osadzonych na ramie/elementach nośnych blatu lub odwrotnie”.*

Odwołujący pragnie wskazać, że wymagane przez Zamawiającego mocowanie materacy do stołu jest przede wszystkim bardzo trudne do utrzymania w czystości i zachowania aseptycznych warunków. Wszystkie zagłębienia typu gniazda czy czopy są idealnym miejscem do namnażania bakterii. Mocowanie materacy na rzepy pozwala użytkownikowi łatwo i szybko je umyć. Mocowanie materacy na rzepy jest stosowane przez wielu czołowych producentów stołów operacyjnych na całym świecie.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Materace mocowane do stołu za pomocą gniazd w materacach i czopów osadzonych na ramie/elementach nośnych blatu lub odwrotnie lub materace mocowane na rzepy.”*

#### 14) Pkt II.32

*„Możliwość doposażenia w przyszłości stołu o następujące elementy, nie występujące na obecnym etapie wyposażenia stołu : - dedykowaną karbonową ramę do operacji kręgosłupa – rama bez dodatkowego podparcia, o nośności min. 200 kg, mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów - dedykowaną karbonową płytę o długości 1400 mm (+/- 100 mm) mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający ogranicza konkurencyjność poprzez wymóg doposażenia stołu w przyszłości w ramę karbonową do operacji kręgosłupa mocowaną bez adapterów i bez podparcia. Podkreślenia wymaga fakt, że rama karbonowa do kręgosłupa, której producentem jest Odwołujący, jak również dedykowana płyta karbonowa, mimo iż literalnie w chwili obecnej nie spełniają zapisów pkt. 32, posiadają znacznie większe możliwości funkcjonalne niż wymagane przez Zamawiającego, np. większy udźwig, możliwość zastosowania dodatkowo 2 różnych długości blatów do ramy, możliwość zastosowania tzw. poduszki Allena. Natomiast dedykowana płyta karbonowa długości 1150 mm montowana bezpośrednio do stołu operacyjnego jest nie tylko łatwiejsza w montażu ale również (pomimo iż jest krótsza od opisanej przez Zamawiającego) po zamontowaniu do blatu stołu, który jest dłuższy niż obecnie dopuszczony do postępowania zwiększa długość obszaru przeziernego dla promieni RTG znacznie powyżej wskazanego przez Zamawiającego minimum.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Możliwość doposażenia w przyszłości stołu o następujące elementy, nie występujące na obecnym etapie wyposażenia stołu : - dedykowaną karbonową ramę do operacji kręgosłupa – rama bez dodatkowego podparcia, o nośności min .200 kg, mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów , lub dedykowaną karbonową ramę do operacji kręgosłupa z podparciem o nośności min. 250 kg mocowaną do stołu za pomocą adapterów . - dedykowaną karbonową płytę o długości min 1150mm mocowaną bezpośrednio do stołu bez dodatkowych adapterów.”*

15) Pkt II.33

*„Stolik do chirurgii ręki, mocowany do szyny bocznej, bez dodatkowej podpory podłogowej, przezierny dla ramienia C, z prowadnicami do kasety RTG . Materac 65 mm (+/- 5 mm), wymiary : 700 x 340 x 70 (+/-10 mm).”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wymaga opisanego stolika do chirurgii ręki. Odwołujący posiada stół wyposażony w podporę która znacznie zwiększa jego stabilność podczas zabiegów .

Jednocześnie nie ma również uzasadnienia dla wymogu stosowania prowadnic do kaset RTG w przeziernym stoliku gdyż obecnie powszechnie stosowane cyfrowe aparaty RTG nie wymagają użycia kaset RTG.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Stolik do chirurgii ręki, mocowany do szyny bocznej, bez dodatkowej podpory podłogowej lub z podporą , przezierny dla ramienia C, z prowadnicami do kasety RTG lub bez prowadnic na kasety RTG z dedykowanym materacem. Wymiary stolika do chirurgii ręki min: długość 700 mm x szerokość 340 mm x grubość 50 mm.”*

16) Pkt II.34

*„Podpora pod rękę, do ułożeń pacjenta w pozycji bocznej. Umożliwiająca ustawienie ręki nad lub pod blatem stołu operacyjnego. Z pasem mocującym zapinanym na rzep i zaciskiem obrotowym mocowanym na szynie bocznej. Wymiary podpory 390 x 130 x 10 mm (+/- 10 mm).”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający ogranicza dopuszczony wymiar podpory pod rękę stosując zapis np. (+/- 10 mm). Zapis ten powoduje, że inni wykonawcy, w tym Odwołujący, pomimo posiadania podpór pod rękę o tych samych parametrach użytkowych nie mogą złożyć ważnej oferty w niniejszym Postępowaniu, tylko ze względu na jej inny niż dopuszczony wymiar .

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Podpora pod rękę, do ułożeń pacjenta w pozycji bocznej. Umożliwiająca ustawienie ręki nad lub pod blatem stołu operacyjnego. Z pasem mocującym zapinanym na rzep i zaciskiem obrotowym mocowanym na szynie bocznej. Wymiary podpory min : 380 x 120 x 10 mm.”*

#### 17) Pkt II.39

*„Przystawka ortopedyczna w skład której wchodzi: siedzisko ortopedyczno-traumatologiczne (1 szt.), płyty pod nogi z szynami bocznymi (2szt.), belka wyciągowa do kości udowej (2szt.), mechanizm wyciągowy (2 szt.), wspornik oporowy z poduszką (1szt.), uchwyt boczny do wspornika oporowego (1szt.), buty wyciągowe skórzane dla dorosłych (1para), belka wyciągowa do kości piszczelowo-strzałkowej z poduszką (1szt.), wspornik oporowy z poduszką do ułożeń bocznych (1szt.), podpory teleskopowe do trakcji ortopedycznej (1szt.), wspornik do podpory pod nogę „Goepel” z szynami bocznymi (1 szt.), przedłużenie szyny bocznej (1szt.), ortopedyczna podpora pod nogę z poduszką (1szt.), uchwyt klamry „Kirschener”(1szt.), podpora pod nogę „Goepel” z przegubem kulkowym i mocowaniem do szyny bocznej, wózek na wszystkie części składające się na przystawkę ortopedyczną ( 1 szt) – 1 kpl.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wymaga szyn bocznych w płytach pod nogi tzw. podnózkach tymczasowych, ponieważ są one wykorzystywane tylko na czas przygotowania



pacjenta do zabiegu. Natomiast w przypadku wspornika pod Goepel funkcje tą spełnia przedłużenie szyny akcesoryjnej.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Przystawka ortopedyczna w skład której wchodzi: siedzisko ortopedyczno-traumatologiczne (1 szt.), płyty pod nogi tzw. podnóżki tymczasowe bez szyn bocznych (2szt.), belka wyciągowa do kości udowej (2szt.), mechanizm wyciągowy (2 szt.), wspornik oporowy z poduszką (1szt.), uchwyt boczny do wspornika oporowego (1szt.), buty wyciągowe skórzane dla dorosłych (1para), belka wyciągowa do kości piszczelowo-strzałkowej z poduszką (1szt.), wspornik oporowy z poduszką do łożeń bocznych (1szt.), podpory teleskopowe do trakcji ortopedycznej (1szt.), wspornik do podpory pod nogę „Goepel” bez szyn bocznych lub z szynami (1 szt.), przedłużenie szyny bocznej (1szt.), ortopedyczna podpora pod nogę z poduszką (1szt.), uchwyt klamry „Kirschener”(1szt.), podpora pod nogę „Goepel” z przegubem kulkowym i mocowaniem do szyny bocznej, wózek na wszystkie części składające się na przystawkę ortopedyczną ( 1 szt) – 1 kpl.”*

#### 18) Pkt II.40

*„Płyta do artroskopii barku, ze zintegrowanymi zaciskami od szyn bocznych i zdejmowanymi segmentami pod barki. W komplecie z podporą pod rękę i podpórką głowy – hełmem mocującym głowę pacjenta. Podpora głowy na podwójnym przegubie, gwarantująca pełną regulację głowy pacjenta przy użyciu jednego pokrętła (zacisku). Nośność przystawki - min. 225.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wymaga płyty do artroskopii barku ze zintegrowanymi zaciskami od szyn bocznych. Odwołujący pomimo posiadania lekkiej łątwiej w montażu płyty do artroskopii barku stabilnie montowanej do ramy blatu stołu nie może złożyć ważnej oferty w przedmiotowym Postępowaniu.

Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę niniejszego zapisu SIWZ na zapis o następującej treści:

*„Płyta do artroskopii barku, ze zintegrowanymi zaciskami od szyn bocznych lub płyta montowana bezpośrednio do ramy blatu stołu i zdejmowanymi segmentami pod barki. W komplecie z podporą pod rękę i podpórką głowy – hełmem mocującym głowę*

*pacjenta. Podpora głowy na podwójnym przegubie, gwarantująca pełną regulację głowy pacjenta przy użyciu jednego pokrętła (zacisku). Nośność przystawki – min. 225*

Osobno, każdy z wskazanych wyżej parametrów jest możliwy do spełnienia przez sprzęt kilku dostawców, jednakże wszystkie łącznie są charakterystyczne wyłącznie dla jednego obecnego na rynku sprzętu, tj. stołu produkcji Schaerer Axis, których jedynym dystrybutorem w Polsce jest Klaromed Sp. z o.o., a opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w ten sposób nie jest w żaden sposób uzasadnione funkcjonalnie.

Dowód: – Katalog produktu Schaerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski.

## **II. Kwestia wyodrębnienia części Zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**

Odwołujący podkreśla, że sposób w jaki Zamawiający ukształtował treść OPZ w Postępowaniu w zakresie Zadania 1 umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi. Wymagania w zakresie każdego z produktów określonych w OPZ w omawianym zakresie uniemożliwiają złożenie w Postępowaniu ofert konkurencyjnych.

Odwołujący wskazuje, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób połączenia wszystkich wskazanych w OPZ produktów w jest niezgodny z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych i nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego jak i prawnego, a nadto jest nieracjonalny.

Zamawiający w ramach Postępowania wyodrębnił 2 części:

Zadanie nr 1, w którego skład wchodzi:

- a) stoły operacyjne ortopedyczne – 4 szt.,
- b) łóżko transportowe z przesuwającym blatem – 2 szt.,

Zadanie nr 2, w którego skład wchodzi:

- a) łóżko elektryczne z opcją transportową – 4 szt.,
- b) łóżko szpitalne wybudzeniowe dla dzieci sterowane elektrycznie z materacem – 1 szt.

Jeżeli Zamawiający dokonał podziału niniejszego zamówienia na części w celu zwiększenia konkurencyjności, zwiększenia ekonomiki Postępowania bądź zagwarantowania większej liczby ofert w Postępowaniu na poszczególne jego części (co winno stanowić podstawę rozbicia Postępowania na poszczególne części) to należy jednoznacznie stwierdzić, że cele Zamawiającego nie zostały osiągnięte w żadnym z tych aspektów. Niniejszy podział jest nieracjonalny, sztuczny, a biorąc pod uwagę sposób określenia wymagań w zakresie stołów operacyjnych – logicznym wydaje się, iż taki podział sprzyja zwiększeniu wartości zamówienia, które w przypadku braku modyfikacji SIWZ w sposób opisany w niniejszym Odwołaniu, zostanie udzielone Klaromed Sp. z o.o., gdyż zarówno stoły operacyjne jak i łóżka transportowe znajdują się w ofercie tej firmy. Przy czym zauważyć należy, że Klaromed nie posiada w swojej ofercie łóżek elektrycznych z opcją transportową ani łóżek szpitalnych wybudzeniowych dla dzieci.

Jednocześnie, należy wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że chociaż w ustawie Pzp w żaden sposób nie wskazano reguł, których zamawiający miałby przestrzegać w zakresie dokonywania podziału zamówienia na części, to jego swobodę w tymże zakresie z pewnością winna ograniczać zasada poszanowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2018 r., KIO 2016/18:

*„Swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest jedynie zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, w tym co do ilości części nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.”*

Odwołujący podkreśla ponadto, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględnym zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmierzającego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

### **III. Sporządzenie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminacyjny**

W ocenie Odwołującego, podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie tylko opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na jednego producenta, ale

również przyznaje dodatkowe punkty za rozwiązania stosowane na rynku wyłącznie przez tego producenta.

W pkt II.2 Załącznika nr 4 do SIWZ 10 dodatkowych punktów otrzyma sprzęt posiadający następujące parametry:

*„Podstawa stołu w kształcie litry „T” lub „Y” zwężeniem skierowanym w stronę segmentu nóg.”*

Stół produkowany przez Odwołującego ma podstawę w kształcie litery H (węższa w części centralnej ułatwiająca dostęp do stołu chirurgom, szersza na końcach zwiększająca stabilność stołu podczas zabiegów), która gwarantuje Zamawiającemu osiągnięcie tych samych funkcjonalności co podstawa w kształcie litery T lub Y, zapewniając jednocześnie większą stabilność stołu. Jednakże, mimo to, składając ofertę Odwołujący (która potencjalnie w świetle powyżej opisanych okoliczności i tak zostałaby odrzucona ze względu na niezgodność z SIWZ) nie uzyskałby dodatkowych punktów za tenże parametr, pomimo że nie istnieją żadne obiektywne okoliczności, które uzasadniałyby premiowanie właśnie takiego kształtu podstawy stołu.

Podobnie kryteria oceny ofert zostały ukształtowane w stosunku do ewentualnego, przyszłego doposażenia stołu w dodatkowe elementy.

Odwołujący podkreśla, że rama karbonowa do operacji kręgosłupa oraz dedykowana płyta karbonowa nie są przedmiotem niniejszego postępowania. Mimo to Zamawiający przyznaje aż 10 punktów za parametry ramy do kręgosłupa i dedykowanej płyty karbonowej, które posiada jedynie firma Schaerer i które można zamontować jedynie do stołów firmy Schaerer. Podkreślenia wymaga fakt, że rama karbonowa do kręgosłupa produkcji Odwołującego jak również dedykowana płyta karbonowa, mimo iż literalnie nie spełniają zapisów pkt. 32 SIWZ (w jego obecnym brzmieniu – te spełniają wyłącznie produkty oferowane przez Klaromed Sp. z o.o.) posiadają znacznie większe możliwości funkcjonalne, jak np. większy udźwig, możliwość zastosowania dodatkowo 2 różnych długości blatów do ramy, możliwość zastosowania tzw. poduszki Allena.

Dlatego też Odwołujący wskazuje na zastosowanie przez Zamawiającego dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert – ze względu na fakt iż tylko jeden z potencjalnych oferentów posiada w swoim asortymencie sprzęt, któremu Zamawiający przyznałby punkty w ramach ustalonych przez siebie kryteriów oceny ofert. Odwołujący w pełni popiera w niniejszym aspekcie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 października 2016 r., KIO 1738/16 jednoznacznie wskazała na dowolność Zamawiającego w ustalaniu kryteriów oceny ofert, jednakże dowolność ta nie może prowadzić do dyskryminacji wykonawców:

*„Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być*

**obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy”.**

W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r., KIO/KD 16/20:

*„Chociaż przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, **nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.**”*

Jak wynika z powyższej analizy, Zamawiający nie tylko opisał przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (w zasadzie eliminując z Postępowania oferentów innych niż Klaromed Sp. z o.o.), ale również w sposób dyskryminacyjny ukształtował kryteria oceny ofert w Postępowaniu, premiując wyłącznie jednego wykonawcę.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej praktyki takie poczytuje się za niedopuszczalne, a określenie kryteriów oceny ofert w sposób promujący jedno konkretne rozwiązanie zawsze musi być uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego, niezależnie od tego, że z samej natury kryteriów oceny ofert wynika zwiększanie szans jednych wykonawców kosztem innych. W takim tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r., KIO 2615/19:

*„Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, **nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności**, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że **jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**”*

W ocenie Odwołującego, w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż Zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne u jednego producenta, którego dystrybutorem jest Klaromed Sp. z o.o. i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy (nawet w sytuacji gdyby Zamawiający był zmuszony do zmiany obecnych zapisów SIWZ w sposób umożliwiający złożenie ofert większej liczbie Wykonawców).

#### **IV. Podsumowanie**

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentacji Postępowania postanowienia w treści OPZ będącego załącznikiem do SIWZ oraz SIWZ, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 i 29 ustawy PZP.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ postanowienia są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Odwołującego utrudniają bowiem one Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych,

nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Odwołujący podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

*„Nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Odwołujący jest świadom faktu, iż charakter potrzeb zamawiającego może powodować pewne ograniczenia i nie każdy wykonawca będzie w stanie złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na charakter usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. Jednakże w przypadku niniejszego Postępowania mamy do czynienia z sytuacją zgoła odmienną – Zamawiający w taki sposób manipuluje zarówno opisem przedmiotu zamówienia, jak i kryteriami oceny ofert żeby udzielić zamówienia jednemu, wybranemu przez siebie uprzednio wykonawcy. Dlatego też Odwołujący pragnie wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2020 r., KIO 1066/20, w którym Izba podkreśla, że wyłączenie z rynku nawet części wykonawców (a nie wszystkich – poza jednym – jak w obecnym przypadku) musi implikować po stronie Zamawiającego obowiązek racjonalnego oraz przekonującego wyjaśnienia przyczyn takiego działania:

*„Zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak **strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi***

***więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania.”***

Do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Ponadto w tym zakresie Odwołujący podziela pogląd wyrażony w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

1. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

*„fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać”*

2. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

*„Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.”*

3. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17:

*„Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty*



*wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”*

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na sprzęt oferowany przez Klaromed Sp. z o.o., co zostało wyżej wykazane, jednocześnie Zamawiający w Postępowaniu nie dopuścił rozwiązań równoważnych. Co prawda w samej treści SIWZ i załącznika znajdują się ogólny zapis dopuszczający rozwiązania równoważne, jednak jest to działanie pozorne Zamawiającego, gdyż Zamawiający nie wskazał istotnych elementów, parametrów równoważności, które będzie oceniał jako rozwiązania równoważne. Tym samym Zamawiający nieprawidłowo zaimplementował na gruncie Postępowania, obowiązek wynikający z art. 29 ust. 3 ustawy PZP, polegający na dopuszczeniu zaferowania rozwiązań równoważnych.

W doktrynie jak i w orzecznictwie wskazuje się, że w celu realizacji obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, należy zamieścić w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważne”, oraz szczegółowo opisać parametry w oparciu o które dokonywać będzie się weryfikacji wspomnianej równoważności.

Postanowienia SIWZ i załączników opublikowane przez Zamawiającego, w zacytowanym wyżej kształcie, nie tylko są niezgodne z literalną treścią przepisów ustawy PZP, w szczególności z art. 29 ust. 3, ale w praktyce uniemożliwiają złożenie prawidłowej oferty przez szerokie grono potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby zaproponować rozwiązania równoważne, być może znacznie lepsze od rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego, w ramach dokumentacji opublikowanej w Postępowaniu.

Z powyższego wynika, że przygotowanie OPZ w sposób jaki uczynił to Zamawiający, tj. określenie wymagań w zakresie poszczególnych elementów zamówienia oraz brak podziału zamówienia na części prowadzi do sytuacji, w której ważną ofertę w Postępowaniu może złożyć tylko jeden podmiot, co z kolei prowadzi do naruszenia podstawowych zasad określonych w ustawie PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Również Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jednoznacznie, w wyroku z dnia 29 czerwca 2020r., KIO 1051/20, że nie sposób mówić o konkurencyjności postępowania w sytuacji, gdy ofertę może w nim złożyć tylko jeden wykonawca:

*„Nie można traktować postępowania, w którym ofertę złożyć może tylko jeden podmiot (nawet gdyby działał w konsorcjum), jako postępowania otwartego na konkurencję, jeżeli pomimo zastosowania trybu przetargu nieograniczonego mechanizmy konkurencji dotyczące rynku właściwego zostają wyłączone.”*

**Mając na względzie powyższe Getinge wnosi o zmianę postanowień SIWZ, w następujący sposób:**

- 1. Zmianę parametrów określonych w załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” w sposób określony w treści niniejszego odwołania, umożliwiającą złożenie ofert więcej niż jednemu wykonawcy.**
  
- 2. Dokonanie modyfikacji podziału zamówienia na części w sposób prowadzący do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, w następujący sposób:**
  - 1) Zadanie nr 1**  
stoły operacyjne ortopedyczne – 4 szt.,
  - 2) Zadanie nr 2**  
łóżko transportowe z przesuwającym blatem – 2 szt.,  
łóżko elektryczne z opcją transportową – 4 szt.  
łóżko szpitalne wybudzeniowe dla dzieci sterowane elektrycznie z materacem – 1 szt.
  
- 3. Zmianę kryteriów oceny ofert w sposób, który umożliwi ocenę ofert i rozwiązań proponowanych przez wykonawców przez pryzmat niedyskryminacyjnych, obiektywnych kryteriów poprzez wyłączenie z „pozycji punktowanych” paramentów określonych w pkt. II.2 i II.32 Załącznika nr 4 do SIWZ, charakterystycznych tylko dla produktu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o.**

Brak zmian w treści SIWZ, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby w zakresie Zadania 1 koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jej niezgodność z treścią SIWZ oraz wykluczenie wszystkich wykonawców poza Klaromed z o.o. z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP co w konsekwencji prowadziłoby do odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy PZP . Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący dostęp do niniejszego zamówienia szerszemu kręgowi wykonawców.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:

.....  
Katarzyna Wasilewska

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15 000 zł,
- 5) Katalog produktu Schaerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski,
- 6) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu (dokument dostarczany tylko Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej).