

Warszawa, dnia 27 stycznia 2021 r.

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

**Zamawiający:**    **Szpital 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@szpitalpomorskie.eu](mailto:zp@szpitalpomorskie.eu);  
[akorolczuk@szpitalpomorskie.eu](mailto:akorolczuk@szpitalpomorskie.eu)

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

## **ODWOŁANIE**

<b>Dotyczy:</b>	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 anestezjologicznych 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, w zakresie Zadania 1 zwanego dalej: „Postępowaniem”.
<b>Ogłoszenie o zamówieniu:</b>	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 245-606677 w dniu 16 grudnia 2020 r.
<b>Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:</b>	czynność Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2021 r. polegająca na faktycznej modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami poprzez opublikowanie odpowiedzi na pytania do SIWZ, które to zmodyfikowały treść SIWZ i obecnie postanowienia SIWZ ukształtowane zostały w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
<b>Termin:</b>	22 stycznia 2021 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. 513 pkt 1) w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020; dalej jako: „**Przepisy wprowadzające Pzp**”), jednocześnie mając na względzie, że Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zm., dalej: „**ustawa PZP**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”), zgodnie z art. 180 ust. 1 i 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1) tej ustawy Pzp, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na zmodyfikowaniu, w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców, SIWZ w sposób prowadzący do ukształtowania w Postępowaniu treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych – wymaganych i ocenianych” (dalej jako: „**Załącznik nr 4 do SIWZ**” lub „**OPZ**”) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

sformułowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, 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 w związku z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.*

W związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 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) 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;

3) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) Odwołania wniesionego przez Getinge Polska Sp. z o.o. wraz z odpowiedzią Zamawiającego oraz postanowieniem KIO z dnia 8 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3430/10)
  - w celu wykazania, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający uprzednio opisał przedmiot zamówienia w sposób dyskryminujący wykonawców innych niż Klaromed Sp. z o.o.;
- 2) Katalogu produktu Schaerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski
  - w celu wykazania, że modyfikacja SIWZ dokonana dnia 22 stycznia 2021 r. miała na celu ograniczenie konkurencyjności w niniejszym Postępowaniu poprzez ukształtowanie wymagań technicznych określonych w OPZ w taki sposób, że jedynie Klaromed Sp. z o.o. będzie w stanie złożyć ważną ofertę w niniejszym Postępowaniu.

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

#### **Termin na wniesienie odwołania:**

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 22 stycznia 2021 r., tj. w dniu opublikowania na Platformie Zakupowej Zamawiającego pliku pdf pod nazwą „Wyjaśnienia treści SIWZ i Projektu umowy z dn. 22.01.21\_37-69”, w którym Zamawiający zawarł odpowiedzi na pytania zadane w toku Postępowania przez wykonawców, a które faktycznie zmodyfikowały treść SIWZ. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp został dochowany.

#### **Interes we wniesieniu odwołania:**

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 Zamawiającego, 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 anestezjologicznych 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”. W ocenie Getinge SIWZ w ówczesnym brzmieniu w sposób istotny naruszała podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też w dniu 23 grudnia 2020 r. Wykonawca wniósł odwołanie od treści SIWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Opisanie przedmiotu 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 wytłumaczyć takiego opisu przedmiotu zamówienia usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego.
- 2) Skonstruowanie pakietów stanowiących 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) Ukształtowanie kryteriów 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.

W odwołaniu z dnia 23 grudnia 2020 r. Getinge domagało się dokonania przez Zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą następujących czynności, które w ocenie Spółki doprowadziłyby SIWZ w niniejszym Postępowaniu do stanu, w którym będzie ona zgodna z zasadami prowadzenia postępowania wyrażonymi w Prawie zamówień publicznych, z szczególności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:

1. Zmiany 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. Zmiany 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.

W dniu 5 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie, zgodnie z którym postępowanie odwoławcze zostało umorzone na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

- Dowód:
- Odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2020 r.;
  - Pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z dnia 4 stycznia 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
  - Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r. (sygn. akt: KIO 3430/20) – umorzenie postępowania odwoławczego.

W wyniku uwzględnienia odwołania w dniu 5 stycznia 2021 r. Zamawiający opublikował modyfikację SIWZ, o której dokonanie wносił Odwołujący w odwołaniu, a która przywróciła konkurencyjność niniejszego Postępowania i umożliwiła złożenie oferty szerszemu kręgowi wykonawców niż tylko Klaromed Sp. z o.o.

W dniu 22 stycznia 2021 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, które de facto spowodowały modyfikację SIWZ w następujących punktach w zakresie punktu 3, 8 oraz 14 OPZ.

Odwołujący nie posiada wiedzy o tym, który z wykonawców zadał niniejsze pytania, jednakże w jego ocenie pytania te zostały zadane w sposób tendencyjny, tak aby zdyskredytować wielu dostawców stołów ortopedycznych, które działają na polskim rynku, w tym Getinge Polska Sp. z o.o.

Odpowiedzi Zamawiającego zaś powodują, że w rzeczywistości ważną ofertę będzie mógł złożyć jedynie jeden wykonawca. W ocenie Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego zapisy w sposób nieuprawniony ograniczają uczciwą konkurencję oraz potwierdzają, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty przez jeden podmiot – tj. Klaromed Sp. z o.o.

## **I. ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCÓW JAKO MODYFIKACJA TREŚCI SIWZ**

Zgodnie z treścią art. 38 ust. 2 ustawy Pzp treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytania Wykonawców, które wpłynęły w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią integralną treść SIWZ i de facto stanowią jej modyfikację w rozumieniu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, nawet gdy Zamawiający literalnie nie opublikuje zmiany SIWZ poprzez publikację dokumentu o nazwie „Modyfikacja SIWZ”.

Powyższą interpretację przepisów potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych w tym zakresie:

a) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1615/18:

*„Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych stanowi integralną część SIWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian SIWZ dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi.”*

b) Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2016 r., XXV C 1293/13:

*„Zapytania do SIWZ, a w konsekwencji odpowiedzi na nie, mają na celu doprecyzowanie lub uszczegółowienie intencji zamawiającego zawartych w specyfikacji. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania i jeżeli w wyniku odpowiedzi dochodzi do modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest ona wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego.”*

c) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2014 r., KIO 2321/14:

*„Przepis art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) nie określa szczególnego trybu wprowadzenia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla jej wiążącego charakteru wystarczy bowiem dokonanie zmiany i powiadomienie o niej wykonawców oraz zamieszczenie tej zmiany na stronie internetowej.”*

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO 657/14 potwierdziła jednoznacznie, że możliwe jest również wniesienie odwołania od zmiany treści SIWZ w zakresie w jakim została ona zmieniona i kształtuje nowe obowiązki dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; niemożliwe jest jedynie skarżenie tej części, która pozostała bez zmian.

*„Odwołanie wniesione wobec zmienionej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć tej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która pozostała bez zmian. Przyjęcie stanowiska przeciwnego*



*oznaczałoby jednocześnie przywrócenie terminu na wniesienie odwołania wbrew przepisowi art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)”.*

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, udzielone odpowiedzi na pytania w sposób istotny modyfikują treść specyfikacji, dlatego też Odwołujący ma pełne prawo do złożenia niniejszego odwołania w terminie 10 dni od daty opublikowania przez Zamawiającego na stronie internetowej odpowiedzi, które w sposób znaczący zmodyfikowały treść SIWZ, tj. w terminie 10 dni od 22 stycznia 2021 r.

## **II. KWESTIA OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NARUSZAJĄCY ZASADĘ UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW**

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 w Postępowaniu wykonawców innych niż preferowany przez Zamawiającego Klaromed Sp. z o.o.. Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ ukształtował brzmienie wymogów w postępowaniu w sposób eliminujący niektórych wykonawców. Aby postanowienia takie utrzymać w mocy Zamawiający winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Powyższy opis przedmiotu zamówienia w OPZ w zakresie Zadania 1, który w sposób ostateczny został ukształtowany poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania skierowane do Zamawiającego w trakcie Postępowania, 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 nr 4 do SIWZ w pkt 3, 8 oraz 14 wymagania ponownie stanowią cechy charakterystyczne dla stołu produkcji Schaerer Axis, których jedynym dystrybutorem w Polsce jest Klaromed Sp. z o.o. Poniżej Odwołujący wskazuje w jaki sposób udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi do SIWZ zmieniają kształt OPZ i ponownie wskazują na

preferowanego przez Zamawiającego, jednego dostawcę. 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.

### **Pkt II.3**

#### **Dotychczasowy wymóg:**

*„Podstawa stołu monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, wykonana ze stali nierdzewnej”.*

#### **Zadane pytanie nr 54:**

*„(...) Czy Zamawiający dopuści dwuczęściową podstawę stołu, z czego górna część jest wykonana ze stali nierdzewnej, a dolna stanowi metalowy odlew lakierowany proszkowo, gdzie pomiędzy nimi występuje niewielki odstęp?”*

#### **Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 54:**

*„Zamawiający nie dopuszcza. Zamawiający wymaga podstawy stołu monolitycznej, gładkiej, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, w całości wykonany z jednolitego materiału ze stali nierdzewnej.”*

Odwołujący pragnie wskazać, że pierwotny zapis tego punktu był neutralny i pozwalał odwołującemu oraz wielu innym wykonawcom na złożenie ważnej oferty. W wyniku dokonania modyfikacji SIWZ poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 54 doszło do ograniczenia konkurencyjności. W wyniku sugestii zawartej w niniejszym pytaniu Zamawiający odniósł się do elementów konstrukcyjny podstawy, o których pierwotnie w punkcie 3 nie było mowy. Zamawiający zmodyfikował wobec powyższego SIWZ i wskazał, że wymaga aby podstawa stołu wykonana była w całości z jednolitego materiału – stali nierdzewnej i nie zgadzają się na zaoferowanie dwuczęściowej podstawy, której górna część wykonana byłaby ze stali nierdzewnej, a dolna część stanowił metalowy odlew malowany proszkowo.

Odwołujący pragnie wskazać, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda aby podstawa stołu w całości wykonana była z jednolitego materiału stali nierdzewnej i aby podstawa nie posiadała innych elementów konstrukcyjnych wykonanych z innych materiałów niż stal nierdzewna. Nie istnieją również obiektywne powody, dla których Zamawiający nie zgadza się na zaoferowanie dwuczęściowej podstawy, w której górna część wykonana jest ze stali nierdzewnej, a dolna część stanowi metalowy odlew malowany proszkowo.

Zdaniem Odwołującego treść pytania 54 jest celowym działaniem, którego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a tym samym wykluczenie innych Wykonawców z

udziału w tym Postępowaniu, poprzez uniemożliwienie im złożenia ważnej oferty. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 54 ograniczył konkurencyjność poprzez wskazanie cechy charakterystycznej stołu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o., podczas gdy nie jest to w żaden sposób uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami.

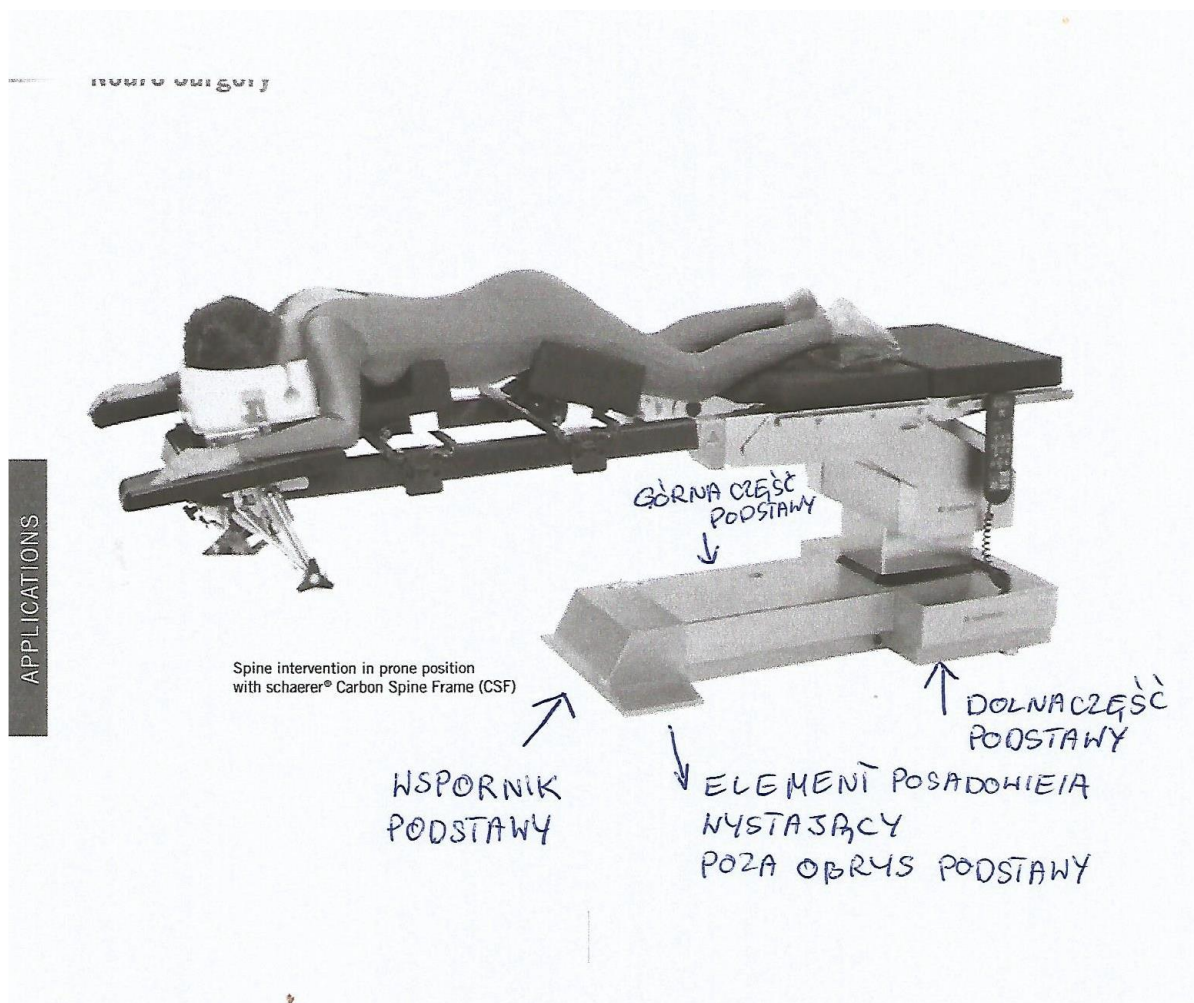
Odwołujący wskazuje, że w wyniku ciągłego rozwoju technologii wielu producentów stołów operacyjnych powszechnie stosuje rozwiązanie polegające na produkcji podstawy stołu ze stali nierdzewnej zaś obudowy podstawy czy też jej wzmocnienia – z innych materiałów. Zastosowanie takiej technologii pozwala na zwiększenie maksymalnego dopuszczalnego obciążenia stołu do ponad 450 kg, gwarantując jednocześnie doskonałą stabilność oraz jeszcze lepszą odporność podstawy na korozję. Odwołujący podkreśla, że każda podstawa stołu operacyjnego, w tym również podstawa stołu Axis 400/500/600/700/800, którego maksymalne dopuszczalne obciążenie wynosi jedynie 220 kg, musi gwarantować przede wszystkim stabilność oraz łatwy dostęp do części znajdujących się w jej wnętrzu, chociażby dla celów serwisowych. W związku z tym producenci stołów operacyjnych stosują różne rozwiązania.

Można w tym zakresie wyróżnić podstawy takie jak w stole Axis 400/500/600/700/800 ze stali nierdzewnej, które wymagają dodatkowego ciężkiego wspornika z odlewu metali (Zdjęcie nr 1) oraz podstawy z górną i dolną częścią, ale również często występujące – podstawy z obudową, wykonaną z innych materiałów niż stal nierdzewna, w których nie ma konieczności stosowania jakichkolwiek dodatkowych wsporników stabilizujących, niezależnie od zastosowanej pozycji chirurgicznej i zamontowanych akcesoriów.

Zatem, odpowiedź Zamawiającego na bardzo tendencyjne pytanie nr 54, w korelacji z pozostałymi wymogami, tj:

- wymogami w zakresie kształtu podstawy stołu opisanymi w punkcie 2 OPZ (na marginesie należy dodać, że kształt podstawy stołu oferowanego przez Klaromed Sp. z o.o. stanowi jedno z kryteriów oraz ofert i jest dodatkowo punktowany aż 10 punktami) oraz
- wymogami wprowadzonymi w związku z odpowiedzią na pytanie nr 55 w zakresie konkretnego kształtu podstawy oraz jej najdrobniejszych elementów konstrukcyjnych

ponownie, niezbicie wskazują, że Zamawiający oczekuje zaoferowania tylko i wyłącznie stołu Axis 400/500/600/700/800.



Wobec powyższego Odwołujący wnosi o zmianę zapisu pkt 3 na zaproponowany poniżej, który, analogicznie jak pierwotne brzmienie niniejszego zapisu – umożliwi również innym wykonawcom złożyć ważną ofertę z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji

*„Podstawa stołu monolityczna, gładka, bez zagłębień i elementów sprzyjających gromadzeniu się zanieczyszczeń, łatwa do czyszczenia i dezynfekcji, wykonana ze stali nierdzewnej lub wykonana ze stali nierdzewnej z obudową wykonaną z żeliwa malowanego proszkowo lub ze wspornikiem z odlewu metali*

#### **Pkt II.8:**

##### **Dotychczasowy wymóg:**

- 1) „Centralna blokada podstawy stołu w postaci wysuwanych nóg korygujących nierówności podłoża, na których stół musi stać podczas operacji albo

- 2) *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.*"

Zadane pytanie nr 55:

*„(...) Czy Zamawiający dopuści stół z centralną blokadą, w którym cała podstawa zostaje stabilnie posadowiona na podłodze podczas operacji w celu zwiększenia stabilności stołu i zniwelowania nierówności podłoża, jednakże jego elementy posadowienia nieznacznie wystają poza obrys podstawy?”*

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 55:

*„Zamawiający wymaga, aby zarówno w stole z wysuwanymi nóżkami jak i podstawą stołu stabilnie posadowioną na podłodze żadne elementy nie wystawały poza obrys podstawy.”*

W wyniku uwzględnienia wniesionego w dniu 23 grudnia 2020 r. przez Getinge odwołania, Zamawiający zmodyfikował treść punktu nr 8 Załącznika nr 4 do SIWZ i dopuścił 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. Zamawiający zgodził się z argumentacją Odwołującego podnoszona w tamtejszym odwołaniu i w wyniku takiej zmiany ofertę w niniejszym Postępowaniu mógł złożyć szerszy krąg podmiotów.

Jednakże w dniu 22 stycznia 2021 r., Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 55 ponownie zmodyfikował SIWZ i wprowadził wymóg, który uniemożliwia złożenie ważnej oferty Odwołującemu oraz innym wykonawcom poza firmą Klaromed Sp. z o.o., która jest jedynym dystrybutorem na Polskę stołów Axis 400/500/600/700/800, produkowanych przez firmę Schaerer.

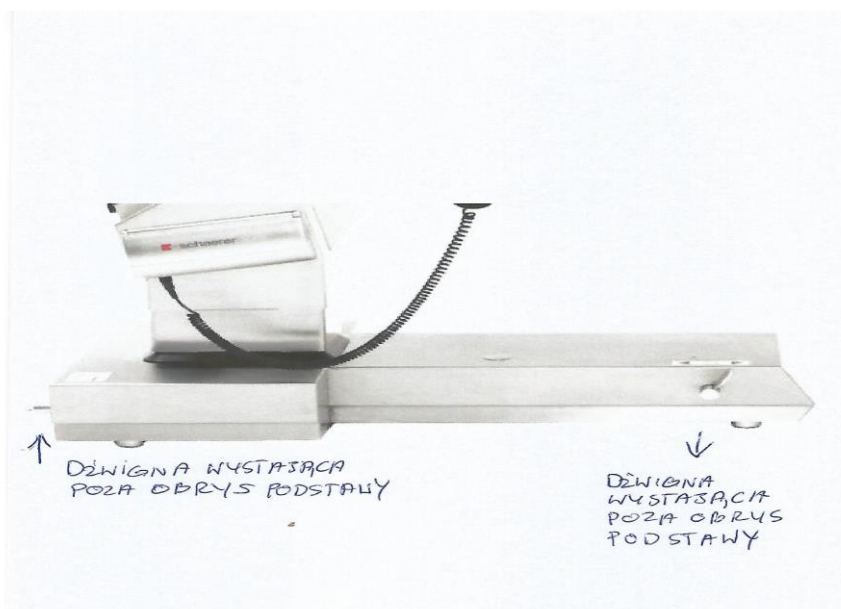
Odwołujący pragnie zaznaczyć, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający żąda aby żadne elementy posadowienia nie wystawały poza obrys podstawy, tym bardziej że Zamawiający dopuszcza w punkcie 7:

*„Układ jezdny stołu wyposażony w mechanizm blokujący do jazdy kierunkowej uruchamiany za pomocą dźwigni nożnej lub pilota ”.*

W związku z powyższym, Odwołujący nie znajduje racjonalnego uzasadnienia dla faktu dopuszczenia przez Zamawiającego wystającej poza obrys podstawy dźwigni nożnej (punkt 7 OPZ) i jednocześnie niedopuszczenia elementów posadowienia wystających tylko nieznacznie poza obrys podstawy (pkt 8 zmienionego OPZ). Należy podkreślić iż dźwignia nożna wskazana

w punkcie 7 Załącznika nr 4 do SIWZ jest elementem kilku centymetrowym zaś elementy posadowienia podstawy wystają poza jej obrys znacznie mniej niż wymiar dźwigni.

Odwołujący podkreśla, że każda dźwignia nożna stołu operacyjnego, w tym stołu Axis 400 /500/600/700/800 wystaje poza obrys podstawy. (zdjęcie nr 2 )



Zdaniem Odwołującego pytanie nr 55 odnoszące się wprost do modyfikacji z dnia 5 stycznia 2021 r., której Zamawiający dokonał w wyniku uznania odwołania Getinge, zadane zostało w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz ograniczenia i wyeliminowania konkurencji. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie Nr 55 doprowadziła do przywrócenia pierwotnych wymogów SIWZ zgodnie z którymi jedynym stołem spełniającym zapisy punktu nr 8 oraz wszystkich pozostałych punktów łącznie jest stół Axis 400/500/600/700/800.

Dlatego też, Odwołujący wnosi o utrzymanie w mocy zapisów punktu 8 zgodnie z modyfikacją z dnia 5 stycznia 2021 r., które pozwalają również innym wykonawcom złożyć ważną ofertę z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, tj.

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

**Pkt II.14:**

**Dotychczasowy wymóg:**

*„Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania)”.*

Zadane pytanie nr 58:

*„(...) Co Zamawiający rozumie przez spełnienie wymogu „dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania”?*

Odpowiedź Zamawiającego:

*„Zamawiający wymaga stołu, w którym są dwa niezależne systemy akumulatorów oraz dwa niezależne układy pomp hydraulicznych i dwa niezależne systemy sterowania elektrycznego”.*

W drodze odpowiedzi na pytanie nr 58 Zamawiający wymaga jednak rozwiązania technologicznego stosowanego jedynie przez firmę Schaerer w stołach Axis 400/500/600/700/800, tj. dwóch niezależnych układów pomp hydraulicznych. O ile dwa niezależne układy zasilania i sterowanie są raczej standardowym rozwiązaniem, stosowanym powszechnie przez wielu dostawców stołów operacyjnych, o tyle dwa niezależne systemy pomp hydraulicznych są rozwiązaniem stosowanym tylko przez firmę Schaerer w stołach Axis 400/500/600/700/800. I nie stosowanym już przez wiodących producentów stołów operacyjnych.

Na dowód, że niniejsza modyfikacja miała na celu ograniczenie konkurencji poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko jednemu podmiotowi Odwołujący pragnie zacytować fragment katalogu producenta stołów Axis 400/500/600/700/800 - firmy Schaerer, w którym na str. 4 w sposób jednoznaczny wskazano, że jedynie ten producent stosuje dwa niezależne systemy pomp.

***“Only Schaerer operating tables have two independent motor pump systems that can work powered by batteries for several operating days”.***

Tłumaczenie:

***„Tylko stoły operacyjne Schaerer mają dwa niezależne systemy pomp, które mogą pracować na zasilaniu bateryjnym przez kilka dni”***

Dowód: — Katalog Shraerer Axis wraz z tłumaczeniem na język polski – str. 4.;

Odwołujący pragnie zaznaczyć, że nie istnieją obiektywne powody, dla których Zamawiający wskazuje na to konkretne przestarzałe rozwiązanie technologiczne z przed kilkunastu lat. Opisana przez Zamawiającego w punkcie 14 Załącznika nr 4 do SIWZ funkcjonalność jest obecnie uzyskiwana dzięki różnym, czasem bardzo nowatorskim rozwiązaniom technologicznym, które gwarantują dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania bez konieczności stosowania dwóch niezależnych systemów pomp. Poprzez stosowanie najwyższej jakości podzespołów i podwójnych systemów zabezpieczeń gwarantuje niezawodną pracę stołu.

Zdaniem Odwołującego pytanie nr 58 zostało zadane w celu wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji, a odpowiedź Zamawiającego w rzeczywistości modyfikuje SIWZ i uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom, którzy co prawda stosują podwójny (podstawowy i awaryjny) elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania), jednakże nie stosują dokładnie takiego samego systemu technologicznego jak firma Schaerer.

Dlatego też Odwołujący wnosi o przywrócenie pierwotnej treści punktu 14 który pozwalał również innym wykonawcom złożyć ważną ofertę z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, tj.

*„Podwójny, podstawowy i awaryjny, elektrohydrauliczny system przemieszczania blatu stołu (dwa niezależne elektrohydrauliczne układy sterowania i zasilania)”.*

Biorąc pod uwagę całokształt zmodyfikowanej treści Załącznika nr 4 do SIWZ należy dojść do przeświadczenia, że każdy z wymaganych przez Zamawiającego 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.

Odwołujący podkreśla, że w wyniku udzielonych odpowiedzi (tj. wprowadzonych modyfikacji SIWZ) Zamawiający doprowadził do sytuacji, która była kwestionowana przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 23 grudnia 2020 r. Mianowicie – tylko Klaromed Sp. z o.o., będąca jedynym na terenie Polski dystrybutorem stołów operacyjnych Axis produkcji Schaerer jest w stanie złożyć ważną ofertę w niniejszym Postępowaniu. Warto zwrócić uwagę na fakt, że zmiana, która w sposób znaczący modyfikuje SIWZ oraz znacznie zawęża krąg podmiotów mogących



się ubiegać o udzielenie zamówienia, została dokonana na 4 dni robocze przed terminem składania ofert. Dochodzi do sytuacji, w której termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa po terminie składania ofert.

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 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie podkreśla fakt, że swoboda zamawiającego w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia i stawianiu wykonawcom warunków, które muszą spełnić aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nieograniczona. Swobodę tę w sposób istotny ogranicza wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji. 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 opisem przedmiotu zamówienia (również w zakresie udzielonych odpowiedzi na pytania), 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 określania 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.*

Dlatego też, w niniejszym przypadku, należy uznać, że zmiana SIWZ dokonana w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców, jest ewidentnym przykładem na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Zamawiający najpierw sporządził OPZ w sposób, który jednoznacznie wskazywał na preferowanego przez niego wykonawcę. Po wniesieniu przez Getinge odwołania i jego uznaniu przez Zamawiającego – Postępowanie zyskało przymiot konkurencyjnego i zgodnego z zasadami Prawa zamówień publicznych. W wyniku modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 22 stycznia 2021 r. nastąpił powrót do sytuacji z grudnia 2020 r. – w wyniku decyzji podjętej przez Zamawiającego nastąpiła faktyczna eliminacja dużego segmentu rynku a ważną ofertę może złożyć jedynie jeden Wykonawca.

### **III. PODSUMOWANIE**

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania, w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania zadane w niniejszym Postępowaniu, wprowadził do dokumentacji Postępowania modyfikacje w treści OPZ będącego załącznikiem do 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 finalne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 i 29 ustawy PZP (w wyniku modyfikacji SIWZ w myśl art. 38 ust. 2 i 4 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 dostęp do rynku zamówień publicznych dużej ilości dostawców sprzętu medycznego, w tym również Odwołującemu. 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 bezpośrednie, jak i pośrednie, (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.”*

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., 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., 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., 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 modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznacznie 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 ogólne zapisy dopuszczające 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 zaoferowania 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 powyższą argumentację, Getinge Polska Sp. z o.o. wnosi o zmianę postanowień SIWZ poprzez 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.**

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 z Postępowania wszystkich wykonawców, poza Klaromed z o.o., 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 nowych środków dowodowych w toku rozprawy.

**Mając na względzie przedstawione okoliczności, należy uznać niniejsze odwołanie za w pełni uzasadnione oraz podyktowane wymogiem ochrony interesu publicznego i poszanowania warunków uczciwej konkurencji na rynku, stąd Getinge wnosi jak na wstępie.**

Odwołujący wskazuje, że wypełniając dyspozycję art. 516 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp odwołanie niniejsze w formie elektronicznej zostało w terminie na wniesienie odwołania przekazane jednocześnie Zamawiającemu.

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

w imieniu Odwołującego:

.....

adwokat

Joanna Hołowińska

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 15 000 zł,

- 5) odwołanie wniesione przez Getinge Polska Sp. z o.o. w dniu 23 grudnia 2020 r.;
- 6) pismo Zamawiającego – Szpitale Pomorskie sp. z o.o. z dnia 4 stycznia 2021 r. – odpowiedź na odwołanie (uwzględnienie wszystkich zarzutów podnoszonych w odwołaniu);
- 7) postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r. – umorzenie postępowania odwoławczego.
- 8) Katalog produktu Axis Schaerer wraz z tłumaczeniem na język polski;
- 9) Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu (*dot. tylko egzemplarza dla Prezesa KIO*).