

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 14 czerwca 2018 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 11 maja 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego im. gen. Stanisława Taczaka w Poznaniu, ul. Norwida 14, 60-867 Poznań

dotyczących Informacji z dnia 26 kwietnia 2018 r. o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej w piśmie znak UZP/DKZP/KND/16/17 w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa 40 sztuk zestawów zautomatyzowanych defibrylatorów AED”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący:

Andrzej Niwicki

Członkowie:

Katarzyna Odrzywolska

Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego im. gen. Stanisława Taczaka w Poznaniu prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa 40 sztuk zestawów zautomatyzowanych defibrylatorów AED” oraz przeprowadzenie szkolenia z podstawowej obsługi sprzętu dla przedstawicieli użytkowników. Postępowanie zostało wszczęte dnia 18 listopada 2015 r., a jego wynikiem było zawarcie dnia 30 listopada 2015 r. umowy z dostawcą.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję do wykonawców będących w stanie zaoferować przedmiot zamówienia (dostawy) producenta Philips HeartStart model FRx oraz mogących dostarczyć urządzenia w terminie do 4 grudnia 2015 r. (4 dni od zawarcia umowy, 9 dni od terminu składania ofert), co w konsekwencji ograniczyło konkurencję do jednego podmiotu – wykonawcy MAX HARTER s.c. K. .P., G.. D., który od 2010 roku odpowiada za dystrybucję defibrylatorów AED Philips HeartStart na rynku polskim.

Organ kontroli wskazał na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w szczególności parametry techniczno-użytkowe zestawów wymagane przez zamawiającego, które zostały opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w tym „minimalne wymagania techniczno-użytkowe zestawu zautomatyzowanego defibrylatora AED” opisane w załączniku nr 3 do siwz. Ponadto w pkt 4 rozdziału II siwz zawarto wymagania, by oferowane zestawy sprzętu ratownictwa odpowiadały parametrom określonym w siwz, były fabrycznie nowe i opatrzone rokiem produkcji 2015, a wykonawca dostarczył najpóźniej w terminie składania ofert dokumentów zgodnych z aktualną ustawą o wyrobach medycznych.

Wskazano także, iż wymagany serwis gwarancji na urządzenie AED wynosi minimum 96 miesięcy oraz min. 12 miesięcy na pozostałe elementy wyposażenia zestawu. Zastrzeżono również, iż wymagany okres żywotności baterii wynosi minimum 4 lata przy zapewnieniu w sumie nie mniej niż 400 wyładowań maksymalną energią (rozdział II pkt 8 siwz).

Termin składania ofert upływał dnia 25 listopada 2015 r., godz. 10, a termin wykonania zamówienia wyznaczono na dzień 4 grudnia 2015 r. Umowa w sprawie zamówienia została zawarta dnia 30 listopada 2015 r., co oznacza, że termin realizacji zamówienia wyniósł 4 dni od dnia zawarcia umowy.

Po opublikowaniu siwz wykonawcy, w trybie art. 38 ustawy pzp zwrócili się do zamawiającego o wyjaśnienia podnosząc także zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję (29 ust. 2 ustawy pzp). Spółka Aerodynamika sp. z o.o. zarzuciła zamawiającemu, że określił parametry defibrylatorów, które może zaoferować tylko jedna firma Max Hunter sc., a wymagania zamawiającego wskazują na konkretny model HeartStart FRx producenta Philips. Wykonawca Boxmet Medical sp. z o.o. wskazał, że wg jego wiedzy na rynku dostępny jest tylko jeden model defibrylatora wg wymagań siwz, zapytał także, czy dopuszcza się możliwość wydłużenia terminu realizacji zamówienia do 15.12.2015 r.

W udzielonych wyjaśnieniach z dnia 20 i 23 listopada 2015 r. zamawiający podtrzymał ustalone wymogi w zakresie parametrów technicznych i zasad realizacji zamówienia uznając je za minimalne. Jednocześnie odmówił udzielenia odpowiedzi na pytanie o dopuszczenie na zasadzie równoważności defibrylatora o opisanych przez zadającego pytaniem cechach stwierdzając, że ocena równoważności może nastąpić tylko na podstawie konkretnej złożonej w postępowaniu oferty.

W postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca – MAX HARTER s.c. K. P., G. D.. oferujący dostawę defibrylatorów producenta Philips model HeartStart FRx za łączną cenę w kwocie 293.068,80 zł brutto. Oferta została wybrana dnia 26 listopada 2015 r. jako najkorzystniejsza i dnia 30 listopada strony zawarły umowę. Dnia 4 grudnia 2015 r. sporządzono Protokół odbioru faktycznego potwierdzający dostarczenie defibrylatorów.

Organ kontroli wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Urzędu Zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie wymagania zawarte w siwz spełnia 6 urządzeń tj.: Philips HeartStart FRx, Cardiac Science model G5, Zoll model AED PRO, Physio Control model Lifepak 1000, Primedic HeartSaver model AED KSRG, Telefunken model HR1. Przedstawił porównanie sześciu defibrylatorów wg wymaganych warunków technicznych. Ponadto zamawiający przesłał do Urzędu porównanie wymagań przyjętych w niniejszym postępowaniu z ramowymi minimalnymi wymaganiami techniczno-użytkowymi dla defibrylatorów w Krajowym Systemie Ratowniczo-Górnicy.

Kontrolujący przeprowadził rozeznanie rynkowe i wystąpił do łącznie 12 podmiotów zajmujących się dystrybucją defibrylatorów na polskim rynku, w tym urządzeń Philips HeartStart FRx, HeartSine – modele Samaritan, Telefunken HR1, Primedic modele HeartSave AED, Mindrey – BeneHeart, Lifeline Defibtech, Metrax GmbH–HeartSave AED, Physio Control – Lifepak 1000, Zoll AED Pro i AED Plus, Cardiac Science – Powerheart AED G5 Semi Automatic i G5 Automatic.

W odpowiedziach uzyskanych od dziewięciu podmiotów wskazano m.in., że nie można określić, które defibrylatory spełniają wszystkie wymagania z siwz (5 podmiotów); nie dysponują urządzeniami spełniającymi wszystkie wymogi specyfikacji (5 podmiotów);

opisana specyfikacja określa defibrylator producenta Philips (3 podmioty); możliwe jest zaoferowanie defibrylatora spełniające wszystkie wymagania po doposażeniu urządzenia w dodatkowe/niestandardowe elementy, jednak termin dostawy wynosi od 4 do 6 tygodni (1 podmiot).

W badaniu nie uczestniczył producent Philips Polska sp. z o.o. Philips Health Systems.

Ponadto kontrolujący zlecił wykonanie opinii biegłemu sądowemu w zakresie oceny aparatury medycznej.

Z treści opinii wynikało, że wymóg siwz wyposażenia aparatu w baterię z wymaganym okresem żywotności baterii min. 4 lat przy zapewnieniu nie mniej niż 400 wyładowań uniemożliwia złożenie oferty przez podmioty oferujące sprzęt o podobnych parametrach i właściwościach; wskazano 4 modele.

Ponadto biegły stwierdził, że na dzień otwarcia ofert na rynku istniało kilka modeli defibrylatorów zautomatyzowanych AED w klasie określonej w siwz, jednakże jak wynika z analizy wymagań technicznych zawartych w załączniku nr 3 do siwz szereg z nich – wymienionych w opinii – spełnia wyłącznie aparat Philips HeartStart FRx. Biegły w konkluzji stwierdził, że uwzględniając zapisy dotyczące terminu realizacji zamówienia oraz opisu przedmiotu zamówienia można uznać, że zamawiający ograniczył krąg podmiotów mogących wykonać zamówienie do jednego konkretnego modelu aparatu Philips HeartStart FRx, a ofertę na tak wyspecyfikowany sprzęt mógł złożyć Philips Polska sp. z o.o. lub współpracująca z tym podmiotem spółka np. pośrednicząca w sprzedaży urządzeń tego producenta.

Organ kontroli zauważa, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem opis przedmiotu zamówienia powinien być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Zgodnie zaś z art. 29 ust. 2 ustawy pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio naruszałby zasadę uczciwej konkurencji. Jak wynika z literalnej wykładni przepisu, użyty zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż do naruszenia przepisu wystarczające jest takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Za wystarczające uznaje się zatem uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia.

Co do zasady, to zamawiający jest uprawniony do decydowania o pożądanym przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji, który chce uzyskać

w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak podstawową materialną miarę i ograniczenie swobodnego kształtowania sposobu realizacji potrzeb zamawiającego w postanowieniach specyfikacji, w tym dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, stanowi nakaz zachowania uczciwej konkurencji. Konkurencyjność polegająca na zapewnieniu jak najszerszego dostępu do zamówienia wykonawcom działającym na rynku, może zostać z różnych względów ograniczona przez zamawiającego, z tym że stopień ograniczenia winien być analizowany w odniesieniu do kryterium uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający może ustalić wymogi, które zawężają grono potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji danego zamówienia, jednak zawężenie to nie może nastąpić w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, w szczególności przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania któregokolwiek z potencjalnych wykonawców, którzy mogą być zainteresowani ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający z góry niektórym wykonawcom złożenie oferty bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz uprzywilejowanie zapisami siwz danych wykonawców w sposób przekreślający jakąkolwiek konkurencję.

Przenosząc powyższe stwierdzenia na grunt przedmiotowej sprawy Prezes Urzędu wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 3 do siwz – Minimalne wymagania techniczno-użytkowe zestawu zautomatyzowanego defibrylatora AED, wskazuje ewidentnie na defibrylator producenta Philips model HeartStart FRx, co potwierdziło wykonane przez Urząd rozeznanie rynkowe, jak i opinia biegłego sądowego.

Kontrolujący podkreślił, że defibrylatory innych marek niż Philips są tak samo skuteczne w wykonywaniu działań ratowniczych straży pożarnej, jak i innych firm, dostępnych na rynku, co potwierdza fakt, iż jednostki Państwowej Straży Pożarnej nabywają urządzenia od różnych dystrybutorów defibrylatorów. Tu wskazano na zestawienie przygotowane przez zamawiającego stanowiące zał. Do pisma z dnia 29.10.2015 r. pn. „Ustalenie wartości zamówienia dla planowanego przetargu nieograniczonego w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawę 40 sztuk zestawów zautomatyzowanych defibrylatorów AED”.

Jedynym ograniczeniem jest spełnienie przez urządzenia wytycznych zawartych w ramowych minimalnych wymaganiach techniczno-użytkowych dla zautomatyzowanych defibrylatorów (AED) w KSRG przygotowanych przez Komendę Główną PSP. Wskazuje się, że opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania, których nie przewidują przedmiotowe wytyczne, tj. takie jak:

- urządzenia dostarczone w twardej walizce o kształcie prostopadłościanu z zaokrąglonymi krawędziami, koloru pomarańczowego lub czerwonego, walizka musi spełniać wymogi IP 67 oraz DEF STAN 81-41, STANAG 4280 (pkt 10 załącznika 3 do siwz);
- defibrylator wyposażony w zestaw treningowy – konwersja urządzenia w tryb szkoleniowy lub defibrylator treningowy tożsamy z oferowanym (pkt 11 załącznika 3 do siwz);
- obudowa defibrylatora nie może posiadać ruchomych lub zdejmowanych elementów w celu uniknięcia przypadkowego uszkodzenia podczas akcji ratowniczej (pkt 12 załącznika nr 3).

Zatem, jak stwierdził organ kontroli, wprowadzenie w treści siwz zapisów preferujących konkretny model urządzenia, a jednocześnie niewymaganych w wytycznych ramowych dla KSRG oraz nieznajdujących merytorycznego uzasadnienia (np. kolor i kształt walizki) należy zakwalifikować jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy pzp.

Ponadto podkreślono, iż termin wykonania zamówienia został wyznaczony na dzień 4 grudnia 2015 r. z możliwością wcześniejszej realizacji. Umowa w sprawie zamówienia została zawarta dnia 30 listopada 2015 r., zatem rzeczywisty termin realizacji zamówienia wyniósł w tym przypadku 4 dni. Stwierdzono, iż w przypadku złożenia więcej niż jednej oferty w postępowaniu oraz skorzystania przez któregoś z wykonawców z przysługującego środka ochrony prawnej, termin dostawy wyznaczony na 4 grudnia mógłby być niemożliwy do spełnienia.

Z uwagi na powyższe uznano, iż wyznaczony termin realizacji zamówienia eliminował z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadali w swoim asortymencie urządzenia spełniające wymagania siwz, jednak na żadaną ilość musieliby złożyć specjalne zamówienie u producenta. Na podstawie informacji od biegłego stwierdzono, że termin realizacji zamówienia u wykonawców nieposiadających na stanie wymaganej liczby urządzeń (40 szt.) wykaczał poza wyznaczony przez zamawiającego.

Na tej podstawie stwierdzono, że termin realizacji był warunkiem preferującym wykonawcę MAX HARTER s.c. K. P., G. D. – dystrybutora defibrylatorów AED Philips HeartStart na rynku polskim, który jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu. Naruszeniem zasady z art. 7 ust. 1 ustawy pzp może być również określenie terminu realizacji zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę, co potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 12 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 361/10).

W konkluzji stwierdzono, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję do wykonawców, będących w stanie zaoferować 40 szt. Defibrylatorów AED producenta Philips HeartStart model FRx oraz mogących dostarczyć te urządzenia w terminie do 4 grudnia 2015 r. tj. w ciągu 4 dni od podpisania umowy. Powyższe naruszenia ustawy pzp miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż doprowadziły do ograniczenia

konkurencji do tylko jednego podmiotu, wyżej wskazanego, który od 2010 roku odpowiada z dystrybucją defibrylatorów AED Philips HeartStart na rynku polskim i jako jedyny złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

W złożonych zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający zakwestionował ustalenia dokonane przez biegłego sądowego działającego na zlecenie organu kontroli.

Wskazał, co następuje.

1/ W zakresie wymaganych parametrów baterii zamawiający stwierdził, że wymóg dotyczący żywotności i liczby wyładowań spełniają defibrylatory Primedic HeartSave AED (2x200=400 wyładowań przy dwóch bateriach oferowanych w standardzie), Zoll AED Plus 2 (2 komplety baterii dające łącznie 600 wyładowań), Lifepak 1000 (2x425 wyładowań). Warunku nie spełnia defibrylator Samaritan PAD;

2/ Zamawiający uznał za niezrozumiałe kwestionowanie przez biegłego zapisów poz. 6 wymagań techniczno-użytkowych w brzmieniu: „posiada możliwość przechowywania defibrylatora z podłączonymi elektrodami oraz urządzenie posiada możliwość przeprowadzania testów obwodów elektrycznych inicjowanych przez użytkownika”, które są zgodne z Ramowymi minimalnymi wymaganiami techniczno-użytkowymi dla zautomatyzowanych defibrylatorów (AED) w KSRG zatwierdzonymi przez KG PSP z lipca 2013 r.;

3/ W ocenie zamawiającego zapis: „dopuszczalna konwersja do trybu pediatrycznego przez klucz pediatryczny/adapter wielorazowego użytku nie sugeruje konkretnego dostawcy ponieważ jest neutralny – określa wymóg, nie zawiera żadnych nazw handlowych. Zamawiający podkreślił, iż nie miał wiedzy, że tożsamy zapis zawarto w katalogu produktów Philips. Wymóg nie eliminuje defibrylatorów, które nie mają klucza pediatrycznego, lecz jedynie rozszerza krąg potencjalnych wykonawców o urządzenia posiadające klucz pediatryczny/ adapter wielorazowego użytku;

4/ W kwestii zapisu poz. 9 minimalnych wymagań w brzmieniu: „wyposażony w uchwyt umożliwiający przymocowanie w dostarczonej walizce do pionowej powierzchni (wnętrze kabiny) na czas transportu zamawiający podniósł, że traktuje zarówno walizkę, jak i uchwyt jako akcesoria, a zapis nie sugeruje ani tego, kto ma być producentem tego uchwyty, ani tego kto ma być producentem walizki. Podniósł brak wymogu, że producentem ma być ta sama firma, która dostarcza defibrylator, a każdy z potencjalnych dostawców defibrylatorów powinien rozwiązać to kierując się interesem swojej firmy i dostarczając produkty zgodnie z wymogami zamawiającego, które w niczym nie ograniczały mu takiej możliwości. Uznał za niezrozumiałe stwierdzenie, że wymogu nie spełniają lub spełniają te lub inne defibrylatory, skoro wymóg mógł być zaspokojony w różny sposób;

5/ Odnośnie wymaganych parametrów walizki, w tym co do kształtu i koloru zamawiający podkreślił, że warunek nie uprawnia do oceny spełniania wymagań siwz, ponieważ walizka jest akcesorium a nie elementem bryły defibrylatora jako zespołu połączonych ze sobą części stanowiących funkcjonalną całość. Zdaniem zamawiającego zapis nie sugeruje kto ma być producentem walizki i nie było wymogu co do tożsamości producenta zestawu i walizki;

6/ W zakresie wymagania opisanego w poz. 11 Minimalnych wymagań /.../ dostarczenia defibrylatora wyposażonego w zestaw treningowy – konwersja urządzenia w tryb szkoleniowy lub defibrylatora treningowego, zamawiający stwierdził, że warunek nie ograniczał konkurencji, gdyż dawał możliwość dostarczenia defibrylatorów wyposażonych w zestaw treningowy na zasadzie konwersji (dwa w jednym) lub na zasadzie dwóch niezależnych tożsamyh urządzeń; jednym o charakterze użytkowym (do akcji), a drugim o charakterze szkoleniowym do ćwiczeń. Zamawiający podkreślił, że defibrylator treningowy lub zestaw treningowy do defibrylatora ma na celu umożliwienie strażakom OSP zapoznanie się ze sprzętem i możliwość ciągłego podnoszenia umiejętności podczas ćwiczeń wewnętrznych oraz pełni dodatkową rolę w edukacji lokalnych społeczności podczas nauki pierwszej pomocy;

7/ W zakresie warunku z poz. 13 Minimalnych wymagań /.../ w brzmieniu: „obudowa defibrylatora nie może posiadać ruchomych lub zdejmowanych elementów w celu uniknięcia przypadkowego uszkodzenia podczas akcji ratowniczej” zamawiający wskazał, że w momencie przygotowania zapisów siwz obudowy defibrylatorów Primedic HeartSave AED, Lifepak 1000, Zoll AED Plus, Samaritan PAD nie posiadały ruchomych lub zdejmowanych elementów;

8/ Odnośnie długości gwarancji zamawiający podtrzymał stanowisko, że wymóg gwarancji na poziomie 96 miesięcy nie był wymogiem wygórowanym i niemożliwym do spełnienia. Podkreślił, że okres gwarancji jest parametrem istotnym dla podmiotów takich jak OSP z uwagi na dotyczące ich ograniczenia finansowe;

9/ W zakresie poz. 16 Minimalnych wymagań /.../ zamawiający wskazał, że zapis mówi o podleganiu wymogowi przeglądu po każdorazowym użyciu i odsyłania go do serwisu zgodnie z Instrukcją producenta, nie mówi zaś o przeglądach dokonywanych przez użytkownika. Został wprowadzony ponieważ z analizy rynku w tamtym okresie wynikał, iż były w przeszłości postępowania, w których wykonawca dostarczył sprzęt w bardzo niskiej cenie – ale z powodu braku zapisów o serwisie/przeglądzie – użytkownicy sprzętu czyli OSP w celu zachowania warunków gwarancji byli zmuszeni do robienia przeglądów co roku oraz po każdym użyciu i ponoszenia niemałych kosztów. Zapis ten nie jest również sprzeczny z wymogami producentów, nie zwalania użytkownika od wykonywania zaleceń producenta w tym zakresie.

Zamawiający podkreślił również, iż aparatura medyczna przeznaczona dla ochotniczych straży pożarnych nie podlega tym samym przepisom prawa, co urządzenia używane w zakładach opieki zdrowotnej/leczniczej.

W tym świetle zamawiający podtrzymał swoje twierdzenie, iż zawarte w siwz wymagania spełniało 6 defibrylatorów, a nie, jak stwierdził biegły sądowy – tylko jeden. Ponadto zamawiający wskazał, iż przyjęty termin realizacji zamówienia wynikał z uwarunkowań umów dotacji, z których finansowany był zakup sprzętu tj.: umowa o dofinansowanie została podpisana 15 października 2015 r., pierwsze postępowanie zostało ogłoszone 2 listopada, a unieważnione 17 listopada. Drugie zostało ogłoszone 18 listopada, a rozstrzygnięte 26 listopada. Zamawiający był przy tym narażony na utratę dotacji dla OSP w przypadku niedokonania zakupów w terminach określonych w umowie dotacji.

Dnia 30 maja 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wobec uznania, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą zastrzeżenia zamawiającego zgłoszone wobec wyniku kontroli. W dokumentacji udostępniono dodatkowo opinię biegłego wydaną po zapoznaniu się autora z treścią zgłoszonych zastrzeżeń zamawiającego.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów z uwzględnieniem kolejności przyjętej w piśmie zamawiającego należy stwierdzić, co następuje.

1/ Odnośnie wymaganej wydajności baterii defibrylatora nie można podzielić poglądu o spełnieniu wymogu przez inne, wskazane przez zamawiającego urządzenia.

Defibrylator Primedic HeartSave ADEd KSRG posiada 2 baterie o żywotności do 6 lat z liczbą wyładowań 2x200 przy wymogu nie mniej niż 400. Do spełnienia warunku dla tego produktu konieczna jest dostawa dodatkowej baterii przy standardowym wyposażeniu w 2 baterie. Z wiarygodnej opinii biegłego wynika, że punkt nie jest spełniony nawet po doposażeniu w dodatkową baterię. Defibrylator miał być wyposażony w baterię główną i zapasową o żywotności min. 4 lata z zapewnieniem łącznie minimum 400 wyładowań z maksymalną energią. Aparat ma jedną główną baterię o żywotności 6 lat pozwalającą

maksymalnie do 200 wyładowań z maksymalną energią. Dodanie – dołożenie dodatkowej baterii nie rozwiązuje kwestii, jako że defibrylator w swoim rozwiązaniu nie posiada baterii głównej i zapasowej;

Kolejny wskazany przez zamawiającego defibrylator – Zoll AED Plus posiada 2 komplety baterii i zapewnia 600 wyładowań, jeden komplet: 300, przy czym zamawiający żądał 2 szt baterii nieładownych, głównej i zapasowej. Zatem dostarczenie dwóch kompletów baterii, czyli 2 szt. Baterii głównej i 2 szt. Baterii zapasowej nie spełnia przedmiotowego warunku;

Defibrylator Lifepak 1000 zapewnia, jak wskazał zamawiający, 2x425 wyładowań, przy czym z przedstawionej przez zamawiającego ulotki producenta wynika, iż typowa pojemność w pełni naładowanej nowej baterii zapewnia 440 wyładowań o wartości 200 J lub 1030 minut działania (380 wyładowań o energii 200 J lub min. 900 minut działania).

W powyższym zakresie biegły wskazał, że dane, na które powołuje się zamawiający pochodzą z ulotki, ale nie dotyczą wyładowań z maksymalną energią. Np. Lifepak 1000 posiada maksymalną energię 360 J, a 400 wyładowań podanych w ulotce dotyczy energii 200 J, co nie oznacza, że wymóg jest spełniony. Fakt, że wybrany przez zamawiającego defibrylator ma maksymalną energię 200 J nie oznacza, że defibrylatory pozostałych producentów także mają energię maksymalną 200 J. Zatem nie można obecnie odnosić zapisu zamawiającego do wyładowań przy takim poziomie energii uznając ją jako maksymalną. „Przy energii wyładowań 360J ilość wyładowań ulega skróceniu i nie będzie spełniony przy takim warunek minimum 400 wyładowań z maksymalną energią. Gdyby zamawiający określił wymóg np. minimum 400 wyładowań z energią 200J wówczas wymóg byłby spełniony.”

2/ W zakresie opisu wymogów dotyczących przechowywania defibrylatora i możliwości przeprowadzania testów obwodów elektrycznych przez użytkownika zasadny jest zarzut kontrolującego o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy pzp przez opis preferujący konkretny model urządzenia, w tym nieznajdujący merytorycznego uzasadnienia (np. kolor i kształt walizki.)

3/ Za nieprecyzyjny i prowadzący do różnych interpretacji organ opiniujący w sprawie uznaje opis zawarty w poz. 7 Minimalnych wymagań/.../, gdzie wskazano, że oferowany defibrylator musi być wyposażony w minimum trzy pary elektrod samoprzylepnych, w tym 2 komplety dla dorosłych i 1 komplet dla dzieci, Dopuszczalna konwersja do trybu pediatrycznego poprzez klucz pediatryczny/ adapter wielorazowego użytku. Brak precyzji potwierdza opinia biegłego jak i rozeznanie rynku dokonane przez kontrolującego, z których wynika, iż spełnienie warunku przez defibrylator Lifepak 1000 uzależnione jest od interpretacji zamawiającego.

Powyższe uzasadnia stwierdzenie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy pzp wobec uprawdopodobnienia, że opis może wpłynąć na ograniczenie konkurencji bez obiektywnego i rzeczywistego uzasadnienia takiego stanu potrzebami zamawiającego.

4/ i 5/ Odnośnie pozycji 9 i 10 Minimalnych wymagań techniczno-użytkowych dotyczących wyposażenia defibrylatora w uchwyt umożliwiający przymocowanie w walizce do pionowej powierzchni na czas transportu oraz w walizkę prostopadłościenną z zaokrąglonymi krawędziami w określonym kolorze, spełniającego opisane wymogi, Izba uznaje za zasadną ocenę kontrolującego, opartą na opinii biegłego, że zastrzeżenie i wyjaśnienia zamawiającego nie powinny zasługiwać na uwzględnienie, szczególności stwierdzenie o braku wymogu tożsamości producenta uchwytu i walizki oraz defibrylatora. Defibrylator jako urządzenie medyczne powinien mieć przewidziane rozwiązanie własne producenta co do mocowania, jak i torby. Defibrylatory innych producentów nie spełniają wymogu dostarczenia ich w walizce o wymaganym kształcie i kolorze (pomarańczowym lub czerwonym). Ze względu na niezbędne parametry użytkowe urządzenia medycznego twierdzenie o swobodnej konfiguracji akcesoriów jest niezasadne.

Przypominając, że w wyjaśnieniach w tej sprawie zamawiający nie zgodził się na dopuszczenie rozwiązań równoważnych, należy stwierdzić, że również w omawianym zakresie naruszono przepisy ustawy pzp;

6/ W zakresie warunku dostarczenia defibrylatora wyposażonego w zestaw treningowy – konwersja urządzenia w tryb szkoleniowy lub defibrylatora treningowego tożsamego z oferowanym, organ opiniujący zastrzeżenia zamawiającego podziela stanowisko organu kontroli, że warunek ogranicza konkurencję. Biorąc pod uwagę, że jedynie defibrylator HeartStart FRx producenta Philips posiada funkcję konwersji w tryb szkoleniowy, pozostali dystrybutorzy innych urządzeń musieliby, zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, dostarczyć dodatkowo 40 sztuk urządzeń w celach treningowych w ciągu 4 dnia wyznaczonych na realizację zamówienia;

7/ Za nieudowodnione uznaje Izba stwierdzenia zamawiającego podniesione w zastrzeżeniach, że w momencie sporządzania treści siwz 4 typy defibrylatorów nie posiadały ruchomych lub zdejmowanych elementów przychyłając się do stanowiska biegłego powołanego w toku postępowania kontrolnego;

8/ Oceny zasadności zastrzeżenia dotyczącego długości udzielanej gwarancji nie dokonywano wobec braku stwierdzenia przez kontrolującego naruszenia przepisu ustawy pzp w tym zakresie;

9/ Jak wyżej, organ kontroli nie stwierdził naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy pzp.

Ponadto odnosząc się do ustalonego przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia, skład opiniujący Izby uznaje, że dostawa 40 szt, urządzeń w terminie do 4 dni od dnia podpisania umowy w rozpatrywanym przypadku stanowiła element ograniczający konkurencję, gdyż jest to termin znacząco skrócony w stosunku do przeciętnego terminu dostawy tego typu sprzętu, który wiarygodnie został ustalony na 4 – 6 tygodni liczonych od

dnia zgłoszenia zapotrzebowania. Powyższe dotyczy także dodatkowego sprzętu treningowego. Zauważyć przy tym należy, że zobowiązania i zasady dotyczące uzyskania dotacji na zakup przedmiotowego sprzętu ratowniczego nie mogą uzasadniać naruszenia przepisów ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku rozpatrzenia złożonych przez zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej uznaje za uzasadnione dokonane przez Prezesa UZP ustalenia odnośnie stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający konkurencję i ograniczający konkurencję jedynie do wykonawców będących w stanie zaoferować 40 szt. defibrylatorów AED produkcji Philips Heart Start model FRx oraz mogących dostarczyć te urządzenia w ciągu 4 dni od podpisania umowy. Zasadność oceny potwierdzają okoliczności tj. fakt złożenia oferty przez jeden podmiot – Max HARTER s.c. K. P., G. D., który od 2010 r odpowiada za dystrybucję defibrylatorów jw. na rynku polskim i jako jedyny złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji ustalenie organu kontroli, w ocenie Izby, są zasadne i prawidłowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....