

Sygn. akt: KIO/KD 35/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 stycznia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 grudnia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Świętokrzyskie Centrum Onkologii, ul. Artwińskiego 3C, 25-734 Kielce

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 listopada 2022 r.,
KND/156/22/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: **„Zakup wraz z montażem systemu eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni działający w oparciu o aktywną technologię RCI dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Joanna Gawdzik – Zawalska
Członkowie:	Przemysław Dzierzędzki
	Emilia Garbala

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 listopada 2022 r. zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „organem kontrolującym”) wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup wraz z montażem systemu eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni działający w oparciu o aktywną technologię RCI dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach” prowadzonego przez Świętokrzyskie Centrum Onkologii, ul. Artwińskiego 3C, 25-734 Kielce (zwane dalej „zamawiającym”).

Postępowanie to było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej „ustawą Pzp z 2004 r.” lub „Ustawą”).

W dniu 28 listopada 2022 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazał, że stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz brak dokładnego sprecyzowania wymagań dla rozwiązań równoważnych.

Prezes UZP ustalił, że przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu był zakup wraz z montażem Systemu eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni działający w oparciu o aktywną technologię RCI, stosownie do:

- Pakietu nr 1 - Activ pure - zakup i montaż,
- Pakietu nr 2 - Kasety podsufitowe i matryce systemu oczyszczania powietrza RCI - zakup i montaż.

Zakres przedmiotu zamówienia obejmował: zakup, dostawę, wyładunek, wniesienie, montaż urządzenia i uruchomienie we wskazanym przez zamawiającego miejscu, świadczenie usług gwarancyjnych/serwisowych oraz instruktaż szkoleniowy z zakresu obsługi dostarczonego urządzenia personelu zamawiającego w miejscu dostawy, w terminie przewidzianym dla realizacji zamówienia. Szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia został opisany w załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącym „Zestawienie parametrów i warunków technicznych”.

Prezes UZP ustalił również, że: w pkt 111.5. SIWZ zamawiający wskazał, że:

„1) W przypadku gdy z załączonej dokumentacji wynika, iż Zamawiający opisał materiały, urządzenia, technologie ze wskazaniem konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, to należy je traktować jako przykładowe i Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez wykonawcę rozwiązań równoważnych w stosunku do wskazanych przez Zamawiającego/projektanta, pod warunkiem, że będą one posiadały co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne i funkcjonalne i nie obniżą określonych standardów.

2) Wykonawcy mogą składać oferty zawierające rozwiązania równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia przedstawionego w SIWZ-zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 Ustawy.

3) Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 Ustawy, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym.

4) Zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w składanej ofercie, że oferowane przez niego dostawy, usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku gdy Wykonawca w złożonej ofercie nie powoła się na rozwiązania równoważne oraz nie wykaże, że oferowane przez niego dostawy, roboty budowlane, usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oznacza, że wykonawca stosuje materiały, urządzenia, technologie i rozwiązania podane w SIWZ. Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ.

5) Wszystkie zaproponowane przez wykonawcę równoważne urządzenia, materiały, technologie i inne elementy równoważne muszą posiadać stosowne dopuszczenia i atesty"; Pismem z dnia 19.11.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejsze oferty zamawiający uznał jedyne oferty złożone w tym postępowaniu przez wykonawcę Activtek Medica Sp. z o.o. na poszczególne pakiety, tj.:

- w zakresie pakietu nr 1 - ofertę wykonawcy Activtek Medica Sp. z o.o. z ceną brutto 292.594,86 zł;
- w zakresie pakietu nr 2 - ofertę wykonawcy Activtek Medica Sp. z o.o. z ceną brutto 1.455.582,00 zł..

Prezes UZP w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego uznał, że w świetle zarzutów podniesionych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej oraz przedłożonych przez zamawiającego dokumentów, ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych i na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. zwrócił się do biegłego sądowego z wnioskiem o wydanie opinii w przedmiotowej sprawie, mającej na celu ustalenie i odpowiedź na nw. pytania (przy uwzględnieniu zarzutów zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej z dnia 05.11.2020 r.):

1. Uwzględniając zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „siwz”, proszę o wyjaśnienie, czy zarzuty opisane we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej można uznać za zasadne?
2. Czy zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów wskazujących na wybór konkretnego produktu (tj. konkretnej marki i modelu)? Jeśli tak, to które parametry o tym przesądzają?
3. Czy opis przedmiotu zamówienia zawierał takie oznaczenia lub sformułowania, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź eliminować innych, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowały uprzywilejowanie jednego z wykonawców?
4. Jeśli opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?
5. Czy Zamawiający sformułował Opis Przedmiotu Zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uprzywilejowujący konkretnego wykonawcę, mimo dopuszczenia rozwiązań równoważonych?
6. Czy istniały podstawy do zastosowania art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004 w przedmiotowym postępowaniu, tj. czy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń?
7. Czy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz kryteria oceny ofert faworyzują jednego wykonawcę tj. Activtek Sp. z o.o.?
8. Czy na rynku funkcjonują inni wykonawcy, którzy byliby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, proszę o wskazanie nazw takich podmiotów.

Prezes UZP stwierdził, że odnosząc się do powyższych pytań, biegły w opinii z dnia 11.10.2022 r. przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

Ad. 1.

„Na podstawie analizy zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegły stwierdza, iż faktycznie zamawiający w siwz wskazuje na chęć nabycia konkretnego rozwiązania, konkretnego produktu. W specyfikacji jako przedmiot zamówienia wskazano system eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni działający w oparciu o aktywna technologie RCI stosowana do:

Pakiet nr 1- Active pure - zakup i montaż

Pakiet nr 2- kasety podsufitowe i matryce systemu oczyszczania powietrza - zakup i montaż.

Jak widać powyżej, zamawiający wskazał konkretne rozwiązanie techniczne, tj. technologię aktywnego oczyszczania powietrza RCI i konkretnego producenta, tj. firmę Activtek oferującego technologię Active Pure. Technologia Active Pure jest przywołana w siwz kilkakrotnie. Zgodnie z tym wniosek o wszczęcie postępowania wyjaśniającego można uznać za zasadny".

Ad. 2.

„Taki opis wskazuje na chęć zamówienia konkretnego rozwiązania od konkretnego producenta. Zamawiający w opisie zamówienia posługuje się nazwą technologii (RCI), oraz wskazuje konkretne rozwiązanie, konkretny produkt ActivePure. Wskazane rozwiązanie jest oferowane przez jednego producenta na rynku, tj. firmę ActMek. Takie sformułowanie przedmiotu zamówienia wskazuje konkretny produkt".

Ad. 3.

„Jak już wskazywano powyżej zamawiający w przedmiocie zamówienia wpisał system eliminacji mikrobiologicznej pracującej w oparciu o konkretną technologię, a dalej wskazał konkretne urządzenie, które jest dystrybuowane przez jedną firmę Activtek. Powyższe wskazywały konkretnego wykonawcę lub powodował przynajmniej uprzywilejowanie jednego z wykonawców, ze względu na (w ocenie biegłego) utrudnienie złożenia oferty opartej o produkty równoważne".

Ad. 4

„Należy jest stwierdzenie, iż zamawiający dopuszczał złożenie oferty w przetargu w oparciu o rozwiązanie równoważne. Jednak brak informacji dotyczących zakresu równoważności, brak wskazania wymaganych parametrów, którym mają sprostać wymagania równoważne, ponadto w siwz brak parametrów i wymagań dla rozwiązania opartego o technologię RCI, wskazywanego

wcześniej przez zamawiającego. Brak jasnych i szczegółowych wskazań wymagań technicznych dla instalacji znacząco utrudnia złożenie oferty opartej o rozwiązania równoważne, gdyż oferent nie ma wiedzy jakie równoważne rozwiązania może zaoferować, a jakie zostaną odrzucone przez zamawiającego ze względu na niespełnienie założonych wymagań. Powyższe może również powodować nieuzasadnione podwyższenie oferowanej ceny rozwiązania równoważnego, gdyż niektórzy oferenci mogą przygotować kalkulację opartą o znacznie droższe rozwiązania i produkty, dlatego że zaoferują produktu o bardzo dobrych parametrach, aby ich oferta nie została odrzucona, jako niespełniająca norm.

Podsumowując należy uznać, iż możliwe było złożenie oferty w oparciu o rozwiązania równoważne, jednak ze względu na brak określenia wymaganych parametrów, taka oferta mogła nie odpowiadać zamawiającemu i być odrzucona, lub zaoferowana cena mogłaby być zawyżona".

Ad. 5.

„Na podstawie dostarczonej dokumentacji można stwierdzić, iż złożenie oferty z rozwiązaniem równoważnym było utrudnione względem złożenia oferty na wskazany przez zamawiającego konkretny produkt. Związane to jest z zobowiązaniem oferentów składających oferty na rozwiązania równoważne do udokumentowania, iż ich usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Dalej w SIWZ Zamawiający zaznacza: Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ. Należy tu zaznaczyć, iż Zamawiający nie wskazał jednoznacznie wymagań jakie powinny spełnić dostarczone produkty i usługi. Podstawowym parametrem, którym można charakteryzować urządzenia wentylacyjne (a do takich można zaliczyć produkty będące przedmiotem zamówienia) jest wydajność, określająca ilość (wyrażoną w strumieniu objętościowym, np. w m³/h) powietrza, którą w jednostce czasu urządzenie jest w stanie przetłoczyć i oczyścić. Biorąc pod uwagę efekt pracy urządzenia, innym parametrem, którym można by scharakteryzować dostarczony produkt jest skuteczność działania, tj. skuteczność oczyszczania powietrza, skuteczność usuwania mikroorganizmów. Można również wskazać inne parametry: takie jak sposób montażu- sposób zasilania (parametry prądu), sposób sterowania. W specyfikacji brakuje powyższych informacji, dlatego podmiot chcący złożyć ofertę na rozwiązanie równoważne, prócz przygotowania samej oferty musiałby indywidualnie kontaktować się z zamawiającym celem ustalenia konkretnych zamówienia, ustaleniem wymaganych parametrów lub przeprowadzić czynności związane z ustaleniem parametrów wskazanego przez zamawiającego

w specyfikacji rozwiązania i względem tych parametrów przygotować ofertę, jednak bez pewności, czy uwzględnił odpowiednie, oczekiwane przez zamawiającego parametry. Ponadto zamawiający w SIWZ nakłada na oferenta rozwiązanie równoważnego obowiązek dostarczenia stosownych dopuszczeń i atestów, jednak bez wskazania jakich konkretnie będzie wymagał.

Na podstawie powyższego można ocenić, iż podmiot chcący zaoferować rozwiązanie równoważne musiał włożyć większy nakład pracy na przygotowanie oferty w porównaniu do oferenta dostarczającego rozwiązanie wskazane dokładnie w SIWZ".

Ad. 6.

„W ocenie biegłego możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia bez wykorzystania znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkt lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Jak już było wskazywane w pkt. 5) możliwe było opisanie zamawianego urządzenia poprzez wskazanie wymaganych parametrów, takich jak wydajność, skuteczność oczyszczania powietrza, sposób montażu, zasilania, sterowania, interwałów pracy między robotami konserwacyjno - serwisowymi (co przekłada się na realny czas wykorzystania urządzeń), kosztami eksploatacji, itp.".

Ad. 7.

„SIWZ wskazuje konkretne rozwiązania - produkty, zakupu których dotyczy postępowanie. Co prawda, zamawiający wskazał możliwość złożenia oferty na rozwiązanie równoważne, jednak brak sprecyzowanych wymagań dla zamawianych produktów powoduje, iż przygotowanie oferty na rozwiązanie równoważne jest bardziej skomplikowane, wymaga większego nakładu pracy, bez pewności czy efekt końcowy będzie dopuszczalny dla zamawiającego, czy spełni wymagania zamawiającego - wymagania, które nie zostały dokładnie sprecyzowane. Jednocześnie podmiot oferujący rozwiązanie wskazane przez zamawiającego w SIWZ mógł przygotować ofertę znacznie łatwiej, mając pewność, że produkt oferowany przez niego na pewno spełni wymagania zamawiającego. To ułatwia wskazanie adekwatnej i konkurencyjnej ceny".

Ad. 8.

„Zamawiający w SIWZ wskazał konkretną technologię oczyszczania mikrobiologicznego, tj. technologię ActivePure® RCI, która jest chroniona znakiem towarowym. Dlatego tej technologii może używać jedynie podmiot będący jej właścicielem, inne przedsiębiorstwa nie mogą zaoferować produktu opartego dokładnie o tę technologię. Nie jest to jedyna technologia oczyszczania powietrza i powierzchni z zanieczyszczeń mikrobiologicznych, w tym zwalczania koronawirusa. Jednak ze względu na brak jasno określonych kryteriów stawianych przez

zamawiającego oferowanym produktom, biegły nie jest w stanie wskazać konkurencyjnych podmiotów, czy technologii, które mogłyby być wykorzystane do wykonania przedmiotu zamówienia". „Wnioski: Podsumowując powyższe można stwierdzić, że:

- Zamawiający w SIWZ wskazał konkretną technologię i produkt, która miała być przedmiotem zamówienia;
- Zamawiający w SIWZ dopuszcza złożenie oferty na rozwiązanie równoważne, jednak nie wskazał parametrów, które powinny takie rozwiązanie charakteryzować, dlatego złożenie takiej oferty było utrudnione i nie gwarantowało powodzenia - podmiot składający taką ofertę nie miał pewności, czy zaoferowane rozwiązanie spełni nieokreślone wymagania zamawiającego.
- Zamawiający miał możliwość scharakteryzowania przedmiotu zamówienia za pomocą wymaganych parametrów (wskazanych w treści odpowiedzi biegłego), bez wskazywania konkretnej technologii."

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes UZP stwierdził, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zawarł dokładnego sprecyzowania wymagań dla rozwiązań równoważnych, naruszając treść art. 29 ust. 2 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. a wykazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

II.

W dniu 7 grudnia 2022 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł, w zakresie ustaleń naruszenia:

a) art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. błędne ustalenie, że zamawiający był zobowiązany do stosowania ustawy PPZ z 2004 r., podczas gdy był zwolniony z jej stosowania stosownie do art. 46c ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi w brzmieniu z dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

i z ostrożności procesowej:

b) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. błędne przyjęcie, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz błędne przyjęcie, że opis przedmiotu zamówienia nie był wystarczająco precyzyjny;

c) art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. błędne ustalenie, że wskazanie konkretnych znaków towarowych przez zamawiającego nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz błędne ustalenie, że zastosowany przez zamawiającego opis równoważności był niewystarczający.

Zamawiający podkreślał, że kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte we wrześniu 2020 r. w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii oraz, że kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było współfinansowane ze środków UE w ramach projektu Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego „Rozbudowa i doposażenie na potrzeby Kliniki Kardiochirurgii Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” w ramach działania 7.3. Nr RPSW.07.03.00-26-0001/17, zadanie 3 Działania związane z zapobieganiem rozszerzania wirusa COVID-19 w SCO, co aktualizuje wyłączenie stosowania Ustawy PZP z 2004 r. w oparciu o przywołany powyżej art. 46c ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi i tym samym niedopuszczalność stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy PZP z 2004 r.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał w szczególności, że: celem art. 46c ww. ustawy było stworzenie instytucjom publicznym szybkiej ścieżki do pozyskania niezbędnych zasobów do przeciwdziałania epidemii; organy władzy publicznej zamawiały na podstawie art. 46c tej ustawy usługi, dostawy i roboty budowlane z pominięciem prawa zamówień publicznych, pod warunkiem, że: 1) w momencie składania zamówienia obowiązywał stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii; 2) usługi, dostawy i roboty budowlane przeznaczone były do zadań publicznych związanych z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii; 3) usługi, dostawy i roboty budowlane miały być wykorzystywane na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii; w kontrolowanym postępowaniu wszystkie trzy przesłanki zostały spełnione.

W zakresie zarzutu podniesionego z ostrożności procesowej zamawiający wskazywał, że w opisie przedmiotu zamówienia nie zawęzał wymaganej technologii do produktów jednego producenta. Posłużenie się sformułowaniem „technologia RCI ActivePure” wynikało z konieczności zachowania tożsamej terminologii, jaka została przyjęta w umowie o dofinansowanie (poz. 1.39, poz. 1.41 aneksu nr 2 umowy o dofinansowanie), co było uzasadnione dbałością zamawiającego o kwalifikowalność wydatków rozliczanych w tym

projekcie; Zamawiający nie ograniczał tym sformułowaniem przedmiotu zamówienia tylko do technologii ActivePure RCI jednego producenta bowiem w Załączniku nr 2 do SIWZ - „Zestawienie parametrów i warunków technicznych” zamawiający dla Pakietu nr 1 opisał przedmiot zamówienia poprzez określenie oczekiwanego efektu i wymagał jedynie:

- udokumentowanej skuteczności eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni (pkt 12 Tabeli nr 1).
- udokumentowanej skuteczności w eliminacji *Klebsiella pneumoniae* NDM-1 (New Delhi) z powietrza i powierzchni (pkt 13 Tabeli nr 1),
- udokumentowanej skuteczności w eliminacji surogata dla wirusa Sars-Cov-2, czyli Bakteriografu MS2, potwierdzonymi wynikami badań w laboratorium akredytowanym przez FDA (pkt 14 Tabeli nr 1).

Wobec powyższego zamawiający określił wymaganą funkcjonalność systemu, jak również wyspecyfikował rodzaje dokumentów, w oparciu o które miała być weryfikowana okoliczność, czy oferowany system funkcjonalność tą posiada. W ocenie zamawiającego nie było obowiązku określania parametrów tak, jak wskazuje się we wniosku o przeprowadzenie kontroli oraz jak wskazuje biegły (ad 5 i 6 opinii z 11 października 2022 r.) ani poprzez narzucenie ilości oczyszczonego powietrza w m³ na 1h pracy urządzenia, pracy ciągłej urządzenia, energochłonności, liczby trybów pracy urządzenia, wymiarów, maksymalnego poziomu, hałasu, wymagań związanych z zasilaniem urządzeń, czy wreszcie określania parametru skuteczności na poziomie 99,9% - tak, jak twierdzi TOMED Sp. z o.o.

W ocenie zamawiającego to właśnie odniesienie się do wyżej przywołanych parametrów byłoby działaniem zawężającym konkurencję a opis przedmiotu zamówienia w postaci udokumentowanej skuteczności eliminacji określonych patogenów, ale bez narzucania sztywnych parametrów pracy urządzeń, ich wymiarów, etc., jak również poziomu tej skuteczności, powoduje że opis przedmiotu zamówienia jest jasny i wyczerpujący i nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego było bowiem otrzymanie systemu eliminacji zagrożeń mikrobiologicznej i z punktu widzenia potrzeb zamawiającego istotne było to, by system w pomieszczeniach bez wentylacji mechanicznej zapewniał ciągłą 24 godzinną czystość mikrobiologiczną powietrza w kanałach wentylacyjnych, pomieszczeniach oraz na powierzchniach, zaś to jak system ten jest skonstruowany, jakie są jego wymiary, sposób zasilania, poziom hałasu, energochłonność, etc., nie było dla zamawiającego kluczowe i narzucanie szczegółowych wymagań w tym zakresie nie znajdowało podstaw w potrzebach zamawiającego, bo zamawiający oczekiwał jedynie systemu posiadającego skuteczność, a więc

systemu dającego efekt w postaci eliminacji zagrożeń mikrobiologicznej a nie ingerował w sposób osiągnięcia tego efektu.

Zamawiający podkreślał w Załączniku nr 2 do SIWZ, że technologia musi posiadać deklarację zgodności z polskimi normami, certyfikat PZH wydanym przez Państwowy Zakład Higieny, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez producenta lub autoryzowanego dystrybutora, certyfikat autentyczności oraz dokument potwierdzający skuteczność technologii na powietrze oraz powierzchnię (pkt 9 Tabeli nr 1) a więc rodzaje dokumentów przedmiotowych (przytoczone powyżej z Rozdziału VI lit. B SIWZ) zostały określone przez zamawiającego. Analogicznie zamawiający postąpił opisując Pakiet nr 2 (Załącznik nr 2 do SIWZ, Tabela 2), stąd ww. wyjaśnienia pozostają aktualne także względem Pakietu nr 2.

Dalej zamawiający wskazywał, że zarzuty TOMED Sp. z o.o. zawarte we wniosku o przeprowadzenie kontroli wykonawca ten zgłosił zamawiającemu już w ramach pytań do SIWZ. Pismem z dnia 16 października 2020 r., w odpowiedzi na pytanie 3, zamawiający udzielił wyjaśnień, co do przedmiotu zamówienia, jak również wyjaśnił znaczenie równoważności, w tym określił sposób oceny równoważności. Udzielając odpowiedzi zamawiający wskazał, iż za rozwiązanie równoważne może być uznane takie urządzenie, które oparte zostanie o technologię aktywną (a nie pasywną). Jako technologię aktywną zamawiający nie wskazywał technologii ActivePure RCI, lecz jakąkolwiek technologię aktywną, gdyż właśnie cecha aktywności była dla zamawiającego istotna. Istotą posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia określeniem „Active” nie było więc zawężanie przedmiotu zamówienia do technologii jednego producenta, lecz opisanie rodzaju technologii, tj. że zamawiający zamawia technologię aktywną, a nie pasywną. Wyłączenie możliwości oferowania technologii pasywnej znajdowało uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Zamawiający zdecydował się na technologię aktywną, gdyż ta eliminuje wirusy nie tylko z powietrza, ale także z powierzchni, co w działalności zamawiającego ma bardzo istotne znaczenie. Z treści odpowiedzi udzielonej w postępowaniu przetargowym wynikało, że zamawiający położył nacisk na rodzaj technologii (aktywna, a nie pasywna) i nie zawężał przedmiotu dostawy do technologii jednego producenta. Z treści udzielonej odpowiedzi wynikał także sposób oceny równoważności. Zamawiający wskazał kryteria, jakie będzie w tym przypadku brał pod uwagę, tj. 1) cecha aktywności technologii (eliminacja drobnoustrojów także z powierzchni, nie tylko powietrza), 2) względem urządzeń dedykowanych do pomieszczeń bez wentylacji - montaż na suficie, sterowanie pilotem. W świetle postanowień SIWZ i odpowiedzi na pytania każdy potencjalny wykonawca

miał więc informację, co jest wystarczające do spełnienia równoważności i miał możliwość złożenia wskazanych przez zamawiającego środków dowodowych.

III.

W dniu 23 grudnia 2022 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes UZP podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. W zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 podtrzymał dotychczasowe stanowisko, ponownie powołując się na wnioski z opinii biegłego z dnia 11 października 2022 r. oraz opinię uzupełniającą z dnia 22 grudnia 2022 r.

W zakresie zarzutu zwolnienia z obowiązku stosowania przepisów Ustawy PZP z 2004 r. wskazał, że na żadnym etapie prowadzonego postępowania kontrolnego zamawiający nie podnosił faktu, że nie jest zobowiązany do stosowania tejże ustawy, a przedmiotowe stanowisko nie wynika również z dokumentacji postępowania.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał Izbie 23 grudnia 2022 r. odpowiedź na zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli. Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą wraz z dokumentacją postępowania kontrolowanego zostały przekazane Izbie w dniu 27 grudnia 2022 r.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 listopada 2022 r. zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny był niesporny.

Postępowanie podlegające kontroli doraźnej wszczęte zostało we wrześniu 2020 r.

Postępowanie współfinansowane jest ze środków UE w ramach projektu Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego „Rozbudowa i doposażenie na potrzeby Kliniki Kardiologii Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” w ramach działania 7.3. Nr RPSW.07.03.00- 26-0001/17, zadanie 3 Działania związane z zapobieganiem rozszerzania wirusa COVID-19 w SCO.

Przedmiotem postępowania był zakup wraz z montażem systemu eliminacji mikrobiologicznej z powietrza i powierzchni działający w oparciu o aktywną technologię RCI dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach.

Zgodnie z art. 46c ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi z dnia 5 grudnia 2008 r. (Dz.U. Nr 234, poz. 1570 z późn. zm.) dodanym ustawą z dnia 2.03.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 374), która wchodzi w życie 8.03.2020 r.; zmieniony ustawą z dnia 31.03.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 567), która wchodzi w życie 1.04.2020 r. i obowiązującym na dzień udzielenia zamówienia, do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. W przypadku gdy zamówienie dotyczy inwestycji, o której mowa w art. 95d ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, nie stosuje się także warunku uzyskania opinii o celowości inwestycji, o której mowa w tym przepisie.

Jednocześnie zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. (DZ.U. z 2020 r. poz. 374): W zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 284 i 322).

Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii na podstawie art. 46 ust. 2 i 4 ustawy z dnia

5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2021 r. poz. 2069 i 2120 oraz z 2022 r. poz. 64) w okresie od dnia 20 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłasza się stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że kontrolowane postępowanie prowadzone było w bezpośrednim związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii w rozumieniu art. 46c ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi i tym samym stosowanie Ustawy PZP z 2004 r. do udzielenia przedmiotowego zamówienia było wyłączone. Wobec powyższego niedopuszczalne było stwierdzenie naruszenia przepisów Ustawy PZP z 2004 r.

Zamawiający z mocy prawa nie był zobowiązany ani uprawniony do stosowania w postępowaniu przetargowym przepisów Ustawy PZP z 2004 r., a to czy zamówienie podlega Ustawie PZP z 2004 r. Kontrolujący powinien brać pod uwagę z urzędu wszczynając kontrolę, a nie na wniosek. Okoliczność, że zamawiający zamieszczał ogłoszenia, sformułował SIWZ, czy też podejmował inne czynności charakterystyczne dla postępowania przetargowego prowadzonego w trybie Ustawy PZP z 2004 r. nie zmienia faktu, że nie mógł zmienić skutecznie prawa, które wyłączało to zamówienie spod regulacji Prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego dotyczące wyłączenia stosowania przepisów Ustawy PZP z 2004 r. do prowadzonego postępowania, a tym samym dokonanej w ramach kontroli oceny zgodności czynności zamawiającego z przepisami tejże ustawy, zasługiwały na uwzględnienie. Wobec braku możliwości badania zgodności postępowania przetargowego z Ustawą PZP z 2004 r. odnoszenie się przez Izbę do pozostałych poczynionych w toku kontroli ustaleń i stwierdzonych naruszeń stało się bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....