

**WYROK**  
z dnia 22 października 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r. przez **Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Specjalistycznego Szpitala im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę stymulatorów, elektrod i introduktorów.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 01.08.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr S146-243928.

W dniu 27.09.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach w części (pakiecie) nr 2 zamówienia – odrzucono ofertę Medtronic Poland Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Medtronic”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz unieważniono postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W dniu 08.10.2012 r. Medtronic wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne i niezasadne odrzucenie oferty Medtronic w związku z uznaniem, że oferta nie spełniała wymagań przewidzianych w punkcie 4 Załącznika nr 6.2. do SIWZ, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Medtronic i unieważnienia postępowania, a także nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż pakiet 2 zamówienia obejmuje dostawę urządzeń w postaci stymulatorów dwujamowych DDDR spełniających wymagania określone w załączniku nr 6.2 do SIWZ. Zamawiający wymagał, aby stymulatory oferowane przez wykonawców były wyposażone między innymi w funkcję histerezy.

Odwolujący wyjaśnił, że działanie stymulatorów serca polega na tym, iż wysyłają one do serca impulsy, które powodują pobudzenie i prawidłową jego pracę. Histereza jest to jedna z funkcji stymulatorów serca, która wykrywa własny rytm serca i go dopuszcza, aby nie było potrzebne sztuczne stymulowanie serca stymulatorem przez cały czas. Działanie histerezy polega na tym, że po wykryciu przez stymulator naturalnego pobudzenia serca, stymulator nie wysyła do serca impulsów powodujących dalsze pobudzenie, lecz czeka na kolejne naturalne pobudzenie serca przez czas wynikający z wielkości zaprogramowanej histerezy. Najprościej rzecz ujmując, histereza niejako wstrzymuje działanie stymulatorów na czas, gdy serce wykazuje naturalną aktywność.

Funkcja histerezy może występować w dwóch rodzajach:

- jako częstość stymulacji — histereza powoduje, że stymulator zmniejsza własną stymulację (tzw. stymulację podstawową) w przypadku wykrycia naturalnego pobudzenia (aktywności) serca: stymulacja następuje poprzez pobudzenie przedsionków serca;
- jako odstęp AV - histereza powoduje, że odpowiednio zmniejszane są ilości impulsów stymulacyjnych dostarczanych do serca pacjenta; stymulacja następuje przede wszystkim w komorze serca pacjenta.

Histereza może występować w trybie DDD. Tryb DDD jest to konfiguracja, w której pacjent ma wszczepione do serca dwie elektrody, jedną do przedsionka i drugą do komory. Stymulator dba o to, aby przedsionek i komora były stymulowane we właściwej sekwencji. Jeżeli histereza ma postać odstępu AV, to w trybie DDD stymulator utrzymuje zaprogramowany odstęp AV, czyli opóźnienie przedsionkowo-komorowe, pomiędzy naturalnymi pobudzeniami serca w przedsionku i w komorze. W trybie DDD może występować również histereza w postaci częstości stymulacji.

Zamawiający w załączniku 6.2. do SIWZ ustanowił dwa wymogi dotyczące parametru histerezy w stymulatorach. W punkcie 4 tego załącznika wymagał, aby stymulatory wyposażone były w program nocny i histerezę w konfiguracji DDD, zaś w punkcie 15 załącznika wymagał, aby stymulatory były wyposażone w funkcje histerezy pobudzającej rytm własny, czyli pobudzającej przedsionki serca.

Medtronic zaoferowała Zamawiającemu stymulatory dwujamowe Vitatron E60A1 wyposażone w funkcję histerezy o nazwie własnej Reduced VP+. Histereza o nazwie własnej Reduced VP+ jest to histereza w postaci odstępu AV, czyli powodująca opóźnienie przedsionkowo-komorowe. Histereza ta miała być, tak jak wymagał Zamawiający, skonfigurowana w trybie DDD, a więc miała pobudzać zarówno pracę komory, jak i przedsionków serca.

Dodatkowo, stymulatory oferowane przez Medtronic są wyposażone także w parametr Sinus Preference, który zapewnia histerezę w postaci częstości stymulacji, czyli pobudzającą przedsionki serca.

W ofercie Medtronic opisano spełnienie warunków Zamawiającego odnośnie histerezy, wypełniając załącznik 6.2. do SIWZ. W punkcie 4 Medtronic wskazała, że stymulatory posiadają program nocny i histerezę, zaś w punkcie 15 załącznika wskazano, że stymulatory wyposażone są w histerezę powodującą rytm własny (rytm zatokowy), czyli pobudzającą przedsionki serca.

Zamawiający powziął wątpliwości, czy stymulatory zaoferowane przez Medtronic spełniają wymogi postawione w SIWZ. W związku z tym, pismem z dnia 11 września 2012 r. Zamawiający wystosował do Medtronic pytanie, czy oferowane stymulatory zawierają histerezę w konfiguracji DDD.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Medtronic w piśmie z dnia 12 września 2012 r. wyjaśniła, że stymulator Vitatron E60A1 jest wyposażony w funkcję histerezy w konfiguracji DDD. Jednocześnie doprecyzowała oświadczenie wpisane do punktu 4 załącznika 6.2. do SIWZ, wskazując między innymi, że stymulatory wyposażone są w funkcję programu nocnego oraz histerezy w konfiguracji DDD (dwujamowej).

Pismem z dnia 13 września 2012 r. Zamawiający ponownie wezwał Medtronic do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących parametru histerezy o nazwie własnej Reduced VP+.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 14 września 2012 r. Medtronic ponownie wyjaśniła, iż stymulatory są wyposażone w histerezę w konfiguracji DDD, której zadaniem jest automatyczne skracanie i wydłużanie odstępu AV (a więc powodowanie opóźnienia komorowo-przedsionkowego) w celu pobudzenia aktywności własnej serca. Do wskazanego pisma Medtronic Poland dołączyła wyciąg z instrukcji obsługi stymulatorów, która opisywała dokładne działanie parametru Reduced VP+.

Pomimo powyższych wyjaśnień, Zamawiający uznał, że stymulatory oferowane przez Medtronic nie spełniają wymogów wynikających z SIWZ. Zamawiający zajął stanowisko, że Medtronic zaoferowała stymulator, który nie posiadał wymaganej przez niego funkcji histerezy w trybie DDD. Argumentował, że stymulatory oferowane przez Medtronic wyposażone w histerezę o nazwie własnej Reduced VP+ posiadają funkcję, która powoduje tzw. aktywność własną dla kanału komorowego, czyli pobudza do działania jedynie komorę serca. Tymczasem Zamawiający był zainteresowany stymulatorem, który powodowałby tzw. aktywną preferencję rytmu zatokowego, czyli pobudzałby do działania przedsionki serca. Z tego powodu Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Medtronic nie spełniała wymogów zawartych w SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego uznającym, że stymulatory oferowane przez Medtronic nie spełniały wymogów przewidzianych w punkcie 4 Załącznika nr 6.2. do SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie określił w punkcie 4 Załącznika nr 6.2. do SIWZ żadnych szczegółowych wymagań odnośnie do sposobu działania histerezy. Punkt 4 Załącznika 6.2. do SIWZ zawierał jedynie ogólne stwierdzenie, że stymulatory muszą być wyposażone w program nocny i histerezę w konfiguracji DDD. Nie było uszczegółowione w tym punkcie, ani w żadnym innym punkcie SIWZ, jakiego rodzaju histerezę Zamawiający w tym zapisie SIWZ miał na myśli, tj. histerezę pobudzającą przedsionki serca, czy też komorę serca.

Jak już było wyżej wskazywane, aktualnie na rynku stymulatorów serca występują stymulatory wyposażone w parametr histerezy powodujący pobudzenie pracy przedsionków serca (pobudzające rytm zatokowy), jak również w parametr histerezy powodujący pobudzenie pracy komory serca (tzw. aktywność własną rytmu komorowego albo aktywność własną dla kanału komorowego), a także stymulatory oferujące oba powyższe rodzaje histerezy jednocześnie. Przy tak sformułowanych przez Zamawiającego w SIWZ wymogach w zakresie histerezy, wykonawcy mogli zatem składać oferty na dostawę każdej z kategorii wyżej wymienionych stymulatorów.

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że w punkcie 15 załącznika nr 6.2. do SIWZ, Zamawiający podał, że wymaga, aby stymulatory były wyposażone w zaawansowane opcje histerezy preferującej rytm własny, a więc w histerezę pobudzającą przedsionki serca. Takie sformułowanie wymogów w omawianym punkcie wskazuje zatem, że w punkcie 4 załącznika 6.2. do SIWZ Zamawiający miał na myśli histerezę w jej drugiej postaci, tj. stymulującą komorę serca.

Stymulatory objęte ofertą Medtronic spełniały wymagania Zamawiającego określone zarówno w punkcie 4, jak i 15 załącznika 6.2. do SIWZ. Zawierały histerezę o nazwie własnej Reduced VP+, używaną w trybie DDD i stymulującą zarówno przedsionki, jak i komorę serca. Wyposażone były także w parametr Sinus Preference, stymulujący przedsionki serca. Tym samym oferta złożona przez Medtronic była w pełni zgodna z SIWZ.

W punkcie 4 załącznika 6.2. do SIWZ Zamawiający nie dookreślił, w jakiego rodzaju histerezę mają być wyposażone stymulatory oferowane przez wykonawców. Natomiast z treści oferty Medtronic, konkretnie z punktu 15 wypełnionego załącznika 6.2. do SIWZ wynikało, że stymulatory Medtronic wyposażone są także w histerezę pobudzającą przedsionki (spełniony był wymóg „zaawansowane opcje histerezy preferujące rytm własny”). Zamawiający nie wzywał Medtronic Poland do złożenia wyjaśnień w zakresie tego punktu. Oczywistym więc było, że nie ma wątpliwości co do tego, że stymulatory wyposażone są

także w funkcję pobudzającą przedsionki serca. Nie było więc potrzeby, aby Medtronic ponownie wyjaśniała i potwierdzała to, że stymulatory są wyposażone także w taką funkcję histerezy.

Złożenie wyjaśnień przez Medtronic nie może zatem powodować uznania przez Zamawiającego, że oferowany sprzęt nie spełnia postawionych wymogów w sytuacji, w której oczywistym jest, że wymogi te są spełnione.

Medtronic Poland dochowując należytej staranności przy interpretacji postanowień SIWZ, oceniła, iż Zamawiający w pkt 4 załącznika nr 6.2 żąda spełnienia wymagania wyposażenia w histerezę, której zadaniem jest automatyczne skracanie i wydłużanie odstępu AV (a więc powodowanie opóźnienia komorowo-predsionkowego) w celu pobudzenia aktywności własnej serca. Interpretacja ta wynikała m.in. z wymagania Zamawiającego postawionego w pkt 15 załącznika 6.2 do SIWZ, w którym Zamawiający wymagał zaawansowanych opcji histerezy preferujących rytm własny. Wykonawca nie powziął wątpliwości co do zamierzeń i wymagań Zamawiającego, co jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający w sposób nieprzemysłany dokonał opisu przedmiotu zamówienia, a następnie odpowiedzialność za to niedopatrzenie stara się przenieść na Medtronic Poland.

Z wyżej przytoczonego orzecznictwa wynika zatem, że to Zamawiający był zobowiązany do takiego określenia wymogów odnośnie histerezy w SIWZ, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, o który rodzaj histerezy chodzi. Jeżeli zatem Zamawiający w punkcie 4 załącznika 6.2 do SIWZ miał zamiar wymagać histerezy pobudzającej przedsionki serca, to powinien wyraźnie to zaznaczyć. Wykonawcy nie mieli bowiem obowiązku, aby się domyślać, jaki rodzaj parametru histerezy Zamawiający miał na myśli.

Skoro zatem Zamawiający nie sprecyzował wymagań zawartych w punkcie 4 załącznika 6.2 do SIWZ, to nie był uprawniony do odrzucenia oferty złożonej przez Medtronic tylko dlatego, że w złożonych wyjaśnieniach Medtronic opisała, iż oferowane przez nią stymulatory wyposażone są w funkcje histerezy pobudzającej komorę serca. W świetle literalnego brzmienia punktu 4 załącznika 6.2 do SIWZ taka funkcja stymulatorów była wystarczająca.

Odrzucenie oferty Medtronic Poland jest tym bardziej niezasadne, że z treści oferty jasno wynika, że stymulatory wyposażone są w obie funkcje histerezy. Wyjaśnienia złożone w pismach z dnia 12 i 14 września 2012 r. ograniczały się do histerezy pobudzającej komorę serca tylko dlatego, że Zamawiający zapytał o parametr histerezy w konfiguracji DDD, wskazując jednoznacznie na pkt 4 załącznika nr 6.2, zaś w uzasadnionym przekonaniu Medtronic punkt ten stanowił właśnie o parametrze histerezy pobudzającej komorę serca. Odrzucając ofertę odwołującego Zamawiający pominął zupełnie to, że w pkt 15 załącznika 6.2, wypełnionym przez odwołującego, odwołujący oświadczył, że oferowane przez niego stymulatory spełniają wymóg wyposażenia w parametr histerezy preferującej rytm własny.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W załączniku nr 6.2 do SIWZ zatytułowanym „Parametry przedmiotu zamówienia ujętego w Pakiecie nr 2”, w tabeli „Symulatory dwujamowe DDDR”, w kolumnie „Parametry wymagane”, w pkt 4, wskazano: „program nocny i histereza w konfiguracji DDD”, natomiast w pkt 15: „zaawansowane opcje histerezy preferujące rytm własny”.

W odwołaniu zgodnie z rzeczywistością opisano przedmiot oferty Medtronic (oferowany stymulator i jego właściwości) oraz postępowanie wyjaśniające zamawiającego odnośnie cech oferowanego aparatu.

W informacji z dnia 27.09.2012 r. o odrzuceniu oferty Medtronic w pakiecie nr 2 zamówienia, zamawiający wskazał, iż wykonawca zaoferował stymulator, który nie posiada funkcji histerezy w trybie DDD. Funkcja histerezy dwujamowej to algorytm pozwalający na aktywną preferencję rytmu zatokowego częstości niższej niż zaprogramowana częstość minimalna. Zaoferowana histereza o nazwie własnej „Reduced VP+” jest parametrem preferującym aktywność własną dla kanału komorowego, a nie rytm zatokowy.

Odnośnie powyższego, w trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów, przedłożone przez zamawiającego:

- pismo Biotronik Polska Sp. z o.o. w Poznaniu z dnia 12.09.2012 r.
- wyciąg z publikacji „Stymulator serca”, autorstwa dr hab. n. tech. Romana Kępskiego, rozdz. 3.3 „Histereza stymulacji”, str. 38;
- opinia lek. med. K..... M..... z dnia 19.09.2012 r. i 10.10.2012 r.;
- opinia dr n. med. P..... K..... z dnia 18.09.2012 r.;
- opinia lek. med. K..... M..... i dr n. med. P..... K..... z dnia 11.09.2012 r.

Jak wynika z pkt 3.A.3 protokołu postępowania (Druk ZP-PN) lek. med. K..... M..... i dr n. med. P..... K..... zostali powołani w trybie art. 21 ust. 2 Pzp, jako biegli uczestniczący w pracach komisji przetargowej.



## **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dalszej kolejności, podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia, należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również

tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Przedmiotem sporu w ramach niniejszego postępowania odwoławczego jest kwestia zasadniczej zgodności oferowanego przedmiotu dostawy (stymulatora) z treścią SIWZ, tj. rozstrzygnięcie czy oferowany aparat wypełnia sformułowane w pkt 4 zał. 6.2 do SIWZ wymagania, co do histerezy w trybie DDD.

Przy czym zaznaczyć należy, iż funkcje i sposób działania oferowanego urządzenia nie są pomiędzy stronami sporne. Strony na rozprawie zgodnie przyznały, iż stymulator Vitatron E60A1 w trybie DDD posługuje się histerezą uwzględniającą tzw. odstęp AV, czyli pobudza do działania komorę serca, a nie tzw. histerezę rytmu preferującą aktywną preferencję rytmu zatokowego pobudzającą do działania przedsionki serca. Nie jest również sporne, iż stymulację przedsionków aparat zapewnia dopiero w trybie DDDR.

Sporna pomiędzy stronami pozostaje interpretacja postanowień SIWZ, co do rodzaju wymaganej histerezy. Przy czym zaznaczyć należy, iż interpretacja SIWZ nie wymaga w tym zakresie wiadomości specjalnych, tzn. takich wiadomości, których na drodze wyjaśnień i ocen dowodów innego typu niż opinia biegłych, skład orzekający Izby nie mógłby zrozumieć czy uzyskać, a następnie ocenić z uwzględnieniem prawideł semantyki i logicznego myślenia, zwłaszcza w odniesieniu do podlegającego wykładni, tekstu SIWZ.

W świetle powyższego, ocena zgodności oferowanego aparatu z SIWZ lub ocena prawidłowości „okoliczność zrozumienia wymagania zawartego w pkt 4 załącznika 6.2 do SIWZ przez uczestnika obrotu” (według tezy dowodowej wniosku o powołanie biegłego zmodyfikowanej przez odwołującego w trakcie rozprawy) nie wymagała opierania się na opinii biegłych, której wynik determinowany byłby przez przyjęcie przez biegłego określonej interpretacji SIWZ.

Rozstrzygając sprawę Izba przychyliła się do interpretacji prezentowanej przez zamawiającego, opierając się w tym zakresie m.in. na przedstawionych przezeń dowodach.

Jak wynika z przedstawionej publikacji książkowej, najprostszym, podstawowym i niejako „historycznym” rozumieniem histerezy stosowanej w stymulatorach serca, jest tzw. histereza rytmu, polegająca na wydłużeniu cyklu stymulacji po odczytanym pobudzeniu własnym serca.

Jak wynika z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania, a także z pisma wykonawcy Biotronic składającego ofertę w postępowaniu – takie właśnie rozumienie pojęcia histerezy i wymogów jej pracy w trybie DDD, przyjmowali biegli i w ww. wykonawca.

Co prawda wiarygodność źródeł dowodowych, zwłaszcza co do formułowanych ocen, jest w tym przypadku, sama w sobie (tj. w oderwaniu od jakości formułowanej przy ocenach i twierdzeniach argumentacji) dosyć niska – w jednym przypadku są to eksperci zależni od zamawiającego, a w drugim wykonawca-konkurent odwołującego. Jednakże dowody te obrazować mogą w jaki sposób postanowienia te mogą być odczytywane i w rzeczywistości były odczytywane przez specjalistów i podmioty obecne na rynku, a także, iż są to interpretacje przeciwne do prezentowanej przez odwołującego.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego i wyjaśnień stron, przyjąć należało, iż wskazanie na histerezę w trybie DDD, bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń i opisów, przy jednoczesnym wymaganiu w pkt 15 zał. 6.2 do SIWZ innych, zaawansowanych opcji histerezy preferujących rytm własny (co można odczytać, jako odnoszące się do innych typów histerezy niż histereza rytmu, do której odnosił się pkt 4), oznaczało wskazanie na histerezę rytmu, jako zapewniającą najpełniejszy rodzaj stymulacji serca w trybie DDD. Tego typu histerezy stymulator zaoferowany przez odwołującego nie posiada.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła niezgodność oferty odwołującego z pkt. 4 zał. nr 6.2 do SIWZ i tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznała za niezasadny.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia w trakcie ewentualnych, przyszłych zakupów, winien raczej bardziej polegać na jasności i zupełności opisu zamawianego asortymentu, a nie na „oczywistości” własnych lakonicznych wymagań.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....