

**WYROK**

**z dnia 13 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2015 r. przez Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie, przy udziale wykonawcy – St. Jude Medical sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Kaliszu.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę kardiowerterów-defibrylatorów oraz stymulatorów serca (znak sprawy: Te 2300-11/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 073-128691.

W dniu 16 czerwca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę St. Jude Medical sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca SJM”).

W dniu 26 czerwca 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Medtronic Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy SJM i dokonanie wyboru jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie spełniała warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) dotyczących:
  - 1.1. dostarczania przez kardiowertery-defibrylatory energii defibrylacji równej 35 J – parametr wymagany w pkt 2 i 37 załącznika nr 2a do SIWZ,
  - 1.2. bezprzewodowego programowania urządzeń (przy pomocy programatora bez dodatkowych urządzeń) – parametr wymagany w pkt 13 i 48 załącznika nr 2a do SIWZ,a tym samym zachodziła sprzeczność między treścią tej oferty a warunkami SIWZ, która obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty,
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy SJM niespełniającej postawionych w SIWZ wymagań.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia,
2. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych na część 1 zamówienia,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy SJM w zakresie części 1 zamówienia,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący stwierdził, że ma interes prawny w kwestionowaniu czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że jest wykonawcą, który złożył ofertę z zakresie części 1 zamówienia i jego oferta została oceniona jako druga. W związku z tym uwzględnienie odwołania, skutkujące ponowną oceną ofert i odrzuceniem oferty Wykonawcy SJM, spowoduje, że w zakresie części 1 zostanie wybrana oferta Odwołującego. Tym samym należy uznać, że stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na uzasadnienie sformułowanych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający sformułował w SIWZ wymagania techniczne dotyczące oferowanych przez wykonawców kardiowerterów-defibrylatorów oraz stymulatorów serca.

W załączniku nr 2a do SIWZ, w zakresie części 1 zamówienia, w pkt 2, Zamawiający podał, że oczekuje zaoferowania kardiowerterów-defibrylatorów jednojamowych dostarczających energię defibrylacyjną równą 35 J. W tej samej części, w pkt 37, taki sam wymóg został postawiony względem kardiowerterów-defibrylatorów dwujamowych.

W załączniku nr 2a do SIWZ, w zakresie części 1 zamówienia, w pkt 13, Zamawiający wskazał, że oczekuje zaoferowania kardiowerterów-defibrylatorów jednojamowych, które będą mogły być programowane bezprzewodowo (przy pomocy programatora bez dodatkowych urządzeń). W tej samej części, w pkt 48, taki sam wymóg został postawiony względem kardiowerterów-defibrylatorów dwujamowych. Dodatkowo, Zamawiający w punkcie III.3 SIWZ podał, że oczekuje udostępnienia przez wykonawcę programatora do kontroli zaoferowanych urządzeń (2 sztuki) na cały czas realizacji umowy, bez dodatkowych opłat. Potwierdzeniem tego jest postanowienie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, zgodnie z którym: „[...]W ramach wykonania przedmiotu niniejszej umowy Wykonawca zobowiązany jest udostępnić Zamawiającemu na czas realizacji umowy (bez dodatkowych opłat, to znaczy udostępnienie wliczone jest w cenę przedmiotu umowy) dwa programatory do kontroli dostarczanych urządzeń, w tym przynajmniej jeden

posiadający możliwość analizy śródoperacyjnej oraz 5 kompletów przewodów do analizy śródoperacyjnej.[...]" (§ 1 ust. 3 projektu umowy).

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca SJM zaoferował Zamawiającemu następujące urządzenia:

1. kardiowertery-defibrylatory jednojamowe – Ellipse VR CD1377-36, CD1377-36Q,
2. kardiowertery-defibrylatory dwujamowe – Ellipse DR CD2377-36, CD2377-36Q.

Zdaniem Odwołującego w świetle przytoczonych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy SJM. W jego ocenie niezgodność oferty Wykonawcy SJM z SIWZ przejawia się w dwóch aspektach:

1. oferowane przez niego kardiowertery-defibrylatory, zarówno jednojamowe, jak i dwujamowe, nie spełniają warunku SIWZ opisanego jako „[...]dostarczona energia defibrylacji 35 J[...]” z uwagi na fakt, że pierwsza dawka energii defibrylacji (pierwszy szok), dostarczana pacjentowi jest niższa niż 35 J,
2. programator który miałby zostać udostępniony Zamawiającemu nie pozwala na programowanie kardiowerterów-defibrylatorów bezprzewodowo w rozumieniu SIWZ, tj. bez dodatkowych urządzeń z uwagi na to, że niezbędne jest podłączenie do programatora dodatkowego urządzenia w postaci anteny.

Odwołujący wyjaśnił, że kardiowerter-defibrylator jest stosowany w leczeniu tzw. szybkich arytmii, czyli szybkich i nieprawidłowych rytmów serca. Łączy on w sobie funkcję elektrostymulacji z terapią wysokoenergetyczną. Oznacza to, że w momencie, w którym pojawia się nagła, zagrażająca życiu arytmia komorowa (np. częstoskurcz komorowy, migotanie komór), kardiowerter-defibrylator wysyła szoki umiarawiające. Właśnie w odniesieniu do szoków mówi się o dostarczanej energii defibrylacji. Kardiowertery-defibrylatory wyposażone są w funkcjonalność dostarczania kilku następujących po sobie szoków w przypadku, w którym poprzedni szok nie przyniósł spodziewanego efektu.

Zamawiający wymagał, aby oferowane kardiowertery-defibrylatory dostarczały pacjentowi energię defibrylacyjną równą 35 J (jako wymóg bezwzględny, niepodlegający ocenie – pkt 2 i 37 załącznika nr 2a do SIWZ), podczas gdy zaoferowane przez Wykonawcę SJM kardiowertery-defibrylatory w pierwszym szoku dostarczają energię o wartości 30,7 J, czyli niższą od wymaganej. Dopiero kolejne szoki dostarczają energię powyżej 35 J, wynoszącą maksymalnie 35,9 J. Potwierdził to sam Wykonawca SJM w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego. Potwierdza to również wyciąg z instrukcji obsługi dla urządzeń Ellipse.

Z powyższego wynika, że kardiowertery-defibrylatory zaoferowane przez ww. nie spełniają wymogu Zamawiającego, aby dostarczały energię o wartości co najmniej 35 J. Należy zauważyć, że nie można uznać za spełniające to wymaganie urządzenia, które dopiero w kolejnym szoku dostarcza wymaganą energię. Wymóg sformułowany przez Zamawiającego był jasny i nie pozostawiający wątpliwości co do tego jakie są jego oczekiwania.

Gdyby uznać odmiennie, tj. że Zamawiającemu było wszystko jedno w którym momencie (wraz z którym szokiem) pacjent otrzyma dawkę energii defibrylacyjnej równą 35 J, a tym samym, że oczekiwał energii defibrylacji równej 35 J docelowo, teoretycznie można byłoby zaoferować Zamawiającemu kardiowerter-defibrylator, który w pierwszym szoku dostarcza energię 5 J, kolejnym 10 J, następnym 15 J i tak aż do momentu osiągnięcia docelowej wartości 35 J. Taka interpretacja jednak będzie oczywiście sprzeczna z założeniami, które musiał mieć na uwadze Zamawiający tworząc SIWZ, a które wynikają z potrzeb pacjentów. Zamawiający będąc podmiotem profesjonalnie świadczącym obsługę medyczną, bez wątplenia musi zdawać sobie sprawę, że takie urządzenia mogą być wręcz niebezpieczne dla pacjentów. Podobnie jest w przypadku kardiowerterów-defibrylatorów, które – tak jak zaoferowany przez Wykonawcę SJM – dostarczają najpierw niższe dawki energii i zwiększają je wraz z kolejnymi szokami. Podkreślić bowiem należy, że każda defibrylacja (szok) dostarczana do serca pacjenta, która nie przynosi efektu, jest dla pacjenta szkodliwa, a ponadto powoduje znaczny dyskomfort życia pacjenta, w przypadku bowiem nieskutecznej terapii niezbędne będą kolejne. Stąd, terapia powinna być tak samo wysokoenergetyczna od samego początku, od pierwszego szoku, który jest pacjentowi aplikowany.

Zamawiający wskazując najniższy wymagany poziom energii, określił minimalny próg, poniżej którego defibrylacja przy pomocy oferowanych kardiowerterów-defibrylatorów nie może mieć miejsca. Gdyby Zamawiający oczekiwał lub dopuszczał odmiennie rozwiązania, w tym polegające na zastosowaniu niższej dawki energii w pierwszym szoku, tak jak ma to miejsce w przypadku kardiowerterów-defibrylatorów oferowanych przez Wykonawcę SJM, dałby temu wyraz w treści SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że interpretacja SIWZ dokonana przez Wykonawcę SJM, której ów dał wyraz w wyjaśnieniach z dnia 9 czerwca 2015 r., została dokonana w sposób dowolny i nieuprawniony. Jest ona niezgodna z literalnym brzmieniem SIWZ, jak również pomija istotne aspekty medyczne związane z korzystaniem z kardiowerterów-defibrylatorów. Od wykonawców należy oczekiwać profesjonalizmu, w przypadku zaś wykonawców działających na rynku medycznym, dostarczając sprzęt medyczny, powinno oczekiwać się również uwzględniania interesów pacjentów, którzy będą docelowymi użytkownikami tego

sprzętu. Przychylenie się Zamawiającego do tej interpretacji jest niezgodne z Pzp i narusza interesy nie tylko Odwołującego, ale i pacjentów.

W związku z powyższym należy uznać, że oferta SJM w części 1 zamówienia nie spełnia warunków SIWZ w zakresie parametru bezwzględnie wymaganego określonego w pkt 2 i 37 załącznika 2a do SIWZ. Tym samym powinna być odrzucona, zaś Zamawiający nie czyniąc tego dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Trzeba mieć na uwadze, że oferowane przez Wykonawcę SJM kardiowertery-defibrylatory nie zapewniają realizacji zamówienia w sposób zgodny z SIWZ, ze sprecyzowanymi wymaganiami Zamawiającego i potrzebami pacjentów.

Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy SJM, pomimo tego, że zaoferowany przez niego programator nie pozwala na programowanie kardiowerterów-defibrylatorów „bezprowadowo” w rozumieniu SIWZ, tj. bez dodatkowych urządzeń.

W powyższym zakresie Odwołujący wyjaśnił, że obok kardiowertera-defibrylatora i elektrod programator jest trzecim komponentem systemu defibrylacji. Jest to zewnętrzny komputer znajdujący się w gabinecie lub poradni, wykorzystywany do programowania urządzenia i pobierania z niego informacji pomocnych w leczeniu niewydolności serca. Wymiana danych między kardiowerterem-defibrylatorem a programatorem może odbywać się bezprzewodowo, za pomocą funkcji telemetrii, polegającej na tym, że ani programator ani kardiowerter-defibrylator nie muszą być wyposażane w dodatkowe oprzyrządowanie. Taki wymóg postawił Zamawiający w SIWZ, doprecyzowując, że oczekuje „[...]bezprowadowego programowania urządzenia (przy pomocy programatora bez dodatkowych urządzeń)[...]”.

Odwołujący stwierdził, że choć opis parametrów technicznych programatora nie został ujęty wprost w SIWZ w postaci odrębnej tabeli z wyszczególnionymi wymaganiami, to parametry te stanowią część opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z punktem III.3 SIWZ Zamawiający przewidział, że wykonawca będzie zobowiązany udostępnić mu na czas realizacji umowy, bez dodatkowych opłat, dwa programatory do kontroli zaoferowanych urządzeń. Następnie projekt umowy, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, precyzuje, że „[...]bez dodatkowych opłat[...]” oznacza, że „[...]udostępnienie wliczone jest w cenę przedmiotu umowy[...]” (§ 1 ust. 3 projektu umowy). Tym samym, choć pozornie nieodpłatnie, wykonawca udostępnia Zamawiającemu urządzenie za wynagrodzeniem, które zostało przez wykonawcę w kalkulowane w cenę oferowanych kardiowerterów-defibrylatorów. W związku z tym programator stanowi część przedmiotu zamówienia, co pozwala, a wręcz obliuguje Zamawiającego do weryfikacji zgodności z SIWZ parametrów programatora, a w konsekwencji zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podał, że załącznik nr 2a do SIWZ w pkt 13 i 48 (odpowiednio dla kardiowerterów-defibrylatorów jedno- i dwujamowych) stawia wymóg, aby urządzenia te łączyły się z programatorem bez konieczności stosowania dodatkowych urządzeń. Zatem Zamawiający określając parametr techniczny bezpośrednio odnoszący się do samych kardiowerterów-defibrylatorów, pośrednio określił wymóg dotyczący również samego programatora. Zamawiający oczekuje zatem dostarczenia mu pełnego zestawu do defibrylacji, składającego się ze wskazanych wprost w opisie przedmiotu zamówienia: kardiowerterów-defibrylatorów i elektrod, oraz pośrednio – programatorów. Urządzenia zestawu (kardiowerter-defibrylator i programator) muszą komunikować się bezprzewodowo, bez żadnych dodatkowych urządzeń, które musiałyby zostać podłączone do któregośkolwiek z tych elementów. Taki wniosek wynika wprost z brzmienia pkt 13 i 48 załącznika nr 2a do SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że programator, z którym współpracują kardiowertery-defibrylatory oferowane przez Wykonawcę SJM, czyli Merlin™ Patient System Care, wymaga podłączenia dodatkowego akcesorium w postaci anteny, która umożliwi komunikację radiową między programatorem a kardiowerterem-defibrylatorem. Jest to akcesorium niezbędne do korzystania z programatora. Przypomina ono niewielki głośnik, który jest podłączany do programatora. Tym samym programator nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania, aby stanowił on samodzielne urządzenie, które nie wymaga żadnego dodatkowego oprzyrządowania niezbędnego do zapewnienia komunikacji bezprzewodowej.

Z powyższego wynika, że programator, jaki miałby zostać dostarczony przez SJM do Zamawiającego, to programator Merlin™ Patient System Care, który wymaga podłączenia dodatkowego urządzenia – anteny Merlin. Wobec tego należy uznać, że mamy do czynienia z niezgodnością oferty Wykonawcy SJM z treścią SIWZ, tj. z wymogiem bezprzewodowości programatora. Tym samym oferta ta powinna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego, czego Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zaniechał.

Odwołujący podkreślił następnie, że zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp upatruje w naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady poszanowania uczciwej konkurencji między nimi. Naruszenie to jest konsekwencją nieprawidłowego badania oferty Wykonawcy SJM i zaniechania jej odrzucenia pomimo niezgodności z SIWZ.

Nie sposób, w ocenie Odwołującego, pominąć, że wybór oferty wspomnianego wykonawcy skutkuje naruszeniem zasad uczciwego i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. W sposób nieuzasadniony Zamawiający pomija fakt, że jego oferta nie

spełnia wymagań SIWZ określonych w pkt 2, 13, 37 i 48 załącznika nr 2a do SIWZ, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w niniejszej sprawie.

Do odwołania załączony został wyciąg z instrukcji obsługi urządzeń Ellipse oraz wyciąg z podręcznika pomocy dla urządzeń stosowanych przy bradykardii i tachykardii (dokumenty w języku angielskim).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Podał, że zaoferowane przez Wykonawcę SJM kardiowertery-defibrylatory dostarczają energię defibrylacji w wysokości do 36 J, więc są w stanie wygenerować impuls energetyczny o wartości 35 J, co było wymogiem postawionym w SIWZ.

Podkreślił ponadto, że ww. urządzenia posiadają możliwość bezprzewodowej komunikacji z programatorem, a różnica pomiędzy zaoferowanymi programatorami polega na tym, że programator Odwołującego wyposażony jest we wbudowaną antenę, natomiast antena programatora Wykonawcy SJM znajduje się na przewodzie. Zaznaczył, że według jego wiedzy antena nie stanowi odrębnego urządzenia, w znaczeniu użytym w SIWZ, tym bardziej że zaoferowany przez niego programator został zarejestrowany jako jedno urządzenie medyczne, łącznie ze sporną anteną. Dodał, że nie ma dla niego decydującego znaczenia brak fizycznego wyodrębnienia jednego z akcesoriów (programatora), gdyż w jakikolwiek sposób nie wpływa to na jego funkcjonalność. Zamawiający wyjaśnił, że konstruując wymóg bezprzewodowego programowania urządzenia (przy pomocy programatora bez dodatkowych urządzeń) miał na myśli, aby stosowanie programatora nie wymagało dodatkowych urządzeń w postaci np. monitora komputerowego, komputera przenośnego lub zestawu komputerowego.

Zamawiający stwierdził również, że w przypadkach gdy postanowienia SIWZ nie są precyzyjne w ten sposób, że pozostawiają pole do interpretacji i mogą być zrozumiane inaczej przez Zamawiającego i uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba orzeka na korzyść podmiotu, którego oferta została odrzucona na podstawie nieprecyzyjnego zapisu. Hipotetyczne odrzucenie ofert Wykonawcy SJM naruszałoby w sposób oczywisty powyższą zasadę i skutkowałoby rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego na jego korzyść.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca SJM wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2015 r. przedstawił następujące stanowisko.



W odpowiedzi na zarzut dotyczący dostarczanej przez urządzenia energii przytoczył treść załącznika nr 2a do SIWZ i stwierdził, że zaoferowane kardiowertery-defibrylatory w rzeczywistości dostarczają energię defibrylacji w wysokości 36 J, przez co oczywiste jest, że spełniają one wymóg techniczny określony jako „[...]dostarczanie energii defibrylacji 35 [J][...]”.

Wykonawca SJM podał, że Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, iż z postanowień SIWZ wynika, jakoby wyższą dawkę energii urządzenie powinno dostarczyć w pierwszej terapii wysokoenergetycznej, podczas gdy taki wymóg nie został przewidziany.

Dodał również, że omawiana kwestia była przedmiotem wyjaśnień, do których złożenia został przez Zamawiającego wezwany. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień nie zgłaszał żadnych uwag, należy więc uznać, iż nie przewidział wymogu uzyskania takiej energii już w pierwszej terapii wysokoenergetycznej.

W nawiązaniu do zarzutu związanego z bezprzewodową komunikacją Wykonawca SJM stwierdził, że zaoferowane kardiowertery-defibrylatory programowane są za pomocą programatora Merlin działającego bezprzewodowo. Zakwestionował twierdzenie Odwołującego, że nie spełniają one przedmiotowego warunku z uwagi na konieczność podłączenia anteny do programatora. Wyjaśnił, że stanowi ona część programatora i stanowi część oferty, a Zamawiający nie musi dodatkowo nabywać takich anten aby programować urządzenia.

Wyjaśnił, że antena stanowi jedno z akcesoriów do programatora, tak samo jak kable EKG (służące do zapisu EKG na wyświetlaczu programatora), głowica telemetryczna (służąca do tradycyjnej komunikacji telemetrycznej ze stymulatorami lub kardiowerterami za pomocą kabla), analizator śródoperacyjny (służący do pomiarów elektrycznych elektrod serca w trakcie ich wszczepiania), czy też kabel sieciowy do zasilania. Stwierdził, że programator Merlin (wraz z anteną i pozostałymi częściami wymienionymi powyżej) został zarejestrowany jako jedno urządzenie medyczne. Zasygnalizował przy tym, że wszelkie programatory dostępne na rynku posiadają anteny, różnica sprowadza się jedynie do tego, czy antena jest wbudowana wewnątrz urządzenia, czy też znajduje się poza jego obudową i stanowi jego akcesorium.

Podkreślił również, że omawiana kwestia była przedmiotem wyjaśnień, do których złożenia został przez Zamawiającego wezwany.

Do pisma Wykonawca SJM załączył specyfikacje techniczne zaoferowanych kardiowerterów-defibrylatorów sporządzone w języku angielskim (załącznik nr 3) oraz certyfikat badania projektu WE No. 1700714607113 wraz z tłumaczeniem na język polski (załącznik nr 4)

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymały zaprezentowaną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z: (1) opisu kardiowerterów-defibrylatorów zaoferowanych przez Wykonawcę SJM wraz z tłumaczeniem na język polski (dowód nr 1) – na okoliczność niespełniania przez nie wymogu dotyczącego dostarczania energii defibrylacyjnej równej 35 J oraz (2) zdjęć programatora zaoferowanego przez Wykonawcę SJM (dowody nr 2 i 3) – na okoliczność niespełniania przez to urządzenie wymogu bezprzewodowej komunikacji z kardiowerterem-defibrylatorem.

Przystępujący złożył do akt tłumaczenia dokumentów załączonych do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego mające potwierdzać, że zaoferowane kardiowertery-defibrylatory spełniają sporny wymóg SIWZ. Ponadto dokonał prezentacji zakwestionowanego programatora, z której wynikać miało, że antena w która jest wyposażony jest komponentem tego urządzenia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę SJM (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Skład orzekający uznał, że stan faktyczny odnoszący się do brzmienia relewantnych dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania postanowień SIWZ oraz modeli sprzętów zaoferowanych przez Przystępującego nie był sporny. Osią sporu był natomiast sposób rozumienia postanowień SIWZ, z którymi Zamawiający oceniał zgodność zaoferowanych mu urządzeń.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się, co skutkowało jego oddaleniem.

Pierwszy z zarzutów oparty został na twierdzeniu o istnieniu niewyartykułowanego postanowieniami SIWZ wymagania w zakresie dostarczania energii defibrylacyjnej o określonym poziomie już przy pierwszym porażeniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego

parametr taki nie wynika z treści załącznika nr 2a do SIWZ, w którym, w poz. 2 i 37, mowa jest ogólnie o energii defibrylacyjnej na poziomie 35 J. Izba zwróciła uwagę, że przedstawione przez niego opisy (specyfikacje techniczne) urządzeń (kardiowerterów-defibrylatorów) rozróżniały energię defibrylacyjną dostarczaną przy pierwszym i kolejnych porażeniach. *Ergo*, gdyby intencją Zamawiającego było sformułowanie oczekiwania, na którego istnienie powoływał się Odwołujący, to uczyniłby to w sposób podobny do wspomnianych opisów urządzeń, tj. przez wyodrębnienie osobnego parametru dotyczącego wartości energii dostarczanej pacjentowi przy pierwszym porażeniu. W braku takiego dookreślenia skład orzekający uznał, że jeżeli zaoferowane urządzenie w ogóle generuje energię o wartości wskazanej w SIWZ (35 J), czego Odwołujący nie kwestionował, to jest ono zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Należy mieć bowiem na względzie, że opis przedmiotu zamówienia jest domeną Zamawiającego, który jest wyłącznie uprawniony do decydowania o jego kształcie i szczegółowości. Po upływie termin składania ofert postanowienia SIWZ (w tym opis przedmiotu zamówienia) są wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (zob. przepis art. 38 ust. 4 Pzp). Z zasady związania postanowieniami SIWZ płynie natomiast wniosek, że ani wykonawca nie ma obowiązku oferowania świadczenia o cechach wykraczających poza sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, ani też Zamawiający nie może oceniać ofert pod kątem spełniania przez nie wymagań, które nie były wyraźnie i wprost wyartykułowane w SIWZ. *Ad casum* Izba uznała, że uwzględnienie omawianego zarzutu i odrzucenie na jego podstawie oferty Wykonawcy SJM dokonane byłoby w oparciu o cechy, których Zamawiający nie oczekiwał od przedmiotu zamówienia, stąd obszerna argumentacja dotycząca istotności tego parametru nie mogła odnieść skutku.

Izba uznała, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie były twierdzenia Odwołującego, jakoby przedmiotowy parametr określony został na minimalnym poziomie. Zgodnie z poz. 2 i 37 załącznika nr 2a do SIWZ bezwzględnym wymogiem (tj. takim, który decydował o zgodności oferty z postanowieniami SIWZ) było zaoferowanie urządzenia, które ogólnie dostarcza energię defibrylacji na poziomie 35 J. Natomiast wykonawca mógł otrzymać dodatkowe punkty w kryterium pozacenowym za zaoferowanie sprzętu o parametrze przewyższającym ten poziom (*vide* poz. 15 i 50 załącznika nr 2a do SIWZ), co w żaden sposób nie przeczy poprawności oceny oferty Przystępującego w zakresie tej cechy kardiowertera-defibrylatora.

Skład orzekający nie podzielił również stanowiska Odwołującego w odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołania.

Postanowienia SIWZ nasuwają wniosek, że Zamawiający, w odniesieniu do programatora, sformułował w istocie jeden wymóg – bezprzewodowego programowania

kardiowertera-defibrylatora. Należy go tłumaczyć w ten sposób, że programator ma się komunikować z programowanym urządzeniem bez użycia kabli, przewodów, gdyż tak powszechnie rozumie się komunikację bezprzewodową. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że zaoferowany przez Wykonawcę SJM programator pozbawiony jest takiej możliwości – dowody zaoferowane przez Odwołującego pozwalają jedynie na wniosek, że przedmiotowy programator komunikuje się bezprzewodowo z kardiowerterem-defibrylatorem za pomocą anteny, co *per se* nie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ, ponieważ każde urządzenie działające bezprzewodowo musi być wyposażone w komponent umożliwiający pracę w takim trybie (antena, nadajnik, karta sieciowa itp.). Istotna była natomiast udowodniona przez Przystępującego okoliczność, że zaoferowany programator został zarejestrowany jako jedno urządzenie medyczne wyposażone w szereg akcesoriów (w tym w sporną antenę) oraz że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń medycznych (argument z pkt III ppkt 1 SIWZ). Stąd, w ocenie Izby, dookreślenie „bez dodatkowych urządzeń” należy odczytywać w ten sposób, że poza programatorem (przy uwzględnieniu dedykowanych mu akcesoriów tworzących z nim łącznie urządzenie medyczne) nie jest konieczny udział jakiegokolwiek innego urządzenia w celu realizacji funkcji komunikacji bezprzewodowej. W konsekwencji prowadzony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego spór o umiejscowienie anteny (zabudowana w programatorze, czy wychodząca poza jego bryłę) nie był istotny dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania, nie przeczy bowiem możliwości komunikowania się z kardiowerterem-defibrylatorem bezprzewodowo.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający – dokonując wyboru oferty Wykonawcy SJM w części 1 zamówienia – nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....