

WYROK
z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **NayaMed Poland Sp. z o.o.**

ul. Marszałkowska 111, 00-102 Warszawa,

B. w dniu 20 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **St. Jude Medical Sp. z o.o.**

ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne

Al. Wincentego Witos 26, 45-418 Opole

przy udziale

A. wykonawcy **St. Jude Medical Sp. z o.o. ul. Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1259/14 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Medtronic Poland Sp. z o.o. ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1274/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1259/14 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1274/14,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1259/14 i w sprawie o sygn. akt KIO 1274/14 obciąża St. Jude Medical Sp. z o.o. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NayaMed Poland Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 1259/14,
 - 3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez St. Jude Medical Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 1274/14,
 - 3.3. zasądza od St. Jude Medical Sp. z o.o. na rzecz NayaMed Poland Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.4. zasądza od St. Jude Medical Sp. z o.o. na rzecz Medtronic Poland Sp. z o.o. 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę sprzętu medycznego dla potrzeb Pracowni Elektrofizjologii z zabezpieczeniem depozytu-magazynu sprzętu medycznego określonego w zadaniach 1-8, 10, 13-15, przez okres trwania umowy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 072-123740.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

odwołanie o sygn. akt KIO 1259/14 – dotyczy zadania nr 7

Zadanie nr 7 obejmowało dostawę kardiowerterów – defibrylatorów jednojamowych z elektrodą ICD VR i kardiowerterów – defibrylatorów dwujamowych z elektrodą ICD DR.

Odwołujący – NayaMed Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty odwołującego odpowiadającego wymogom przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy zamawiający zobowiązany jest do odpowiedniego uzasadnienia czynności odrzucenia wykonawcy w taki sposób, aby wykonawca mógł poznać wiedzę na temat przyczyn odrzucenia jego oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy jej treść odpowiada w pełni treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, spełniającej wszystkie postawione przez zamawiającego wymagania, jak również podaniem lakonicznego, nieprawidłowego i niespełniającego wymagań ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnienia czynności odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego dla zadania nr 7,

3

-
2. ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie zadania nr 7,
 3. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 7.

Odwołujący wskazał, że zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez St. Jude Medical Sp. z o.o. jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego jako niezgodną z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako uzasadnienie odrzucenia podając, że treść oferty „nie odpowiada treści SIWZ tj. Zamawiający wymagał zaoferowania elektrod do defibrylacji jedno-dwukoilowe do wyboru, łącznie DF1, DF4 do wyboru. Wykonawca nie zaoferował elektrod defibrylujących jednokoilowych pasywnych o łączy DF1 i DF4 oraz dwukoilowej pasywnej DF4.”

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania nr 7, poz. 1., 2. zamawiający podał następujące wymagania dotyczące elektrod: w punkcie 10. „elektrody do defibrylacji aktywne/pasywne – do wyboru” oraz w punkcie 12. „elektrody do defibrylacji jedno/dwukoilowe do wyboru, łącznie DF1, DF4 do wyboru”, a w poz. 3., 4., 5. w punkcie 11. „elektrody do defibrylacji pasywne/aktywne – do wyboru, łącznie DF1, DF4 do wyboru” i w punkcie 13. „elektrody do defibrylacji jedno/dwukoilowe do wyboru”.

Odwołujący zaoferował kardiowertery – defibrylatory wraz z następującymi elektrodami: model NDX101 DF-1, aktywne, jednokoilowe; model NDX102 DF-1, aktywne dwukoilowe; model NDX401 DF-4, aktywne, jednokoilowe; model NDX402 DF-4, aktywne, dwukoilowe; model 6946M DF-4, pasywne, dwukoilowe; model 6944A DF-1, pasywne, dwukoilowe.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający, zamiast prawidłowego uzasadnienia, przekazał lakoniczną informację, która jest niekompletna i nakazuje odwołującemu snuć domysły na temat tego, z jakich konkretnie przyczyn jego oferta została odrzucona. W uzasadnieniu zamawiający nie wskazuje, że żądał zaoferowania elektrod pasywnych czy aktywnych, ale ogranicza się do wskazania wyłącznie wymogów, które zostały sformułowane w punkcie 12. i 13. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania nr 7. Wymóg co do tego, aby zamawiający miał wybór w zakresie elektrod aktywnych/pasywnych został zamieszczony w punkcie 10. i 11., nie ma zatem sprzeczności oferty ze wskazanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty wymaganiem. Z uzasadnienia pisma informującego o odrzuceniu oferty trudno wywnioskować, na czym polega niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na jakich przesłankach zamawiający oparł takie rozstrzygnięcie. Zgodnie z orzecnictwem samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podanie określonych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia, nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

4

publicznych. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak, aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Odwołujący przypuszcza, że zamawiającemu chodziło o to, że formułując wymóg dotyczący parametrów elektrod do wyboru wymagał zaoferowania mu ośmiu rodzajów elektrod: jednokoilowe aktywne DF1, jednokoilowe aktywne DF4, jednokoilowe pasywne DF 1, 1 jednokoilowe pasywne DF4, dwukoilowe aktywne DF 1, dwukoilowe aktywne DF4, dwukoilowe pasywne DF1, dwukoilowe pasywne DF4. Nieprawdziwe jest twierdzenie zamawiającego, że odwołujący nie zaoferował elektrod dwukoilowych pasywnych DF4. Taka elektroda (model 6946M) została zaoferowana. Co do zarzutu, iż odwołujący nie zaoferował elektrod jedno- i dwukoilowych do wyboru o łączu DF1 i DF4 do wyboru, to odwołujący zaoferował elektrody spełniające te kryteria. Zamawiającemu zostało zaoferowanych sześć rodzajów elektrod, spełniających taki wymóg, aby zamawiający miał wybór elektrody jednokoilowej bądź dwukoilowej, jak również elektrody o łączu DF1 bądź DF4, a także elektrody aktywnej i pasywnej. Jedynie przy założeniu, że zamawiający wymagał ośmiu rodzajów elektrod, można dopatrywać się sensu w odrzuceniu oferty odwołującego, odwołujący bowiem rzeczywiście nie zaoferował elektrod jednokoilowych pasywnych DF1 i jednokoilowych pasywnych DF4. Jednak postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozwalają na taką interpretację, gdyż wymogi dotyczące elektrod wskazują wyłącznie, iż zamawiającemu powinny zostać dostarczone takie elektrody, aby miał wybór: co najmniej jednej elektrody jednokoilowej i jednej elektrody dwukoilowej, co najmniej jednej elektrody o łączu DF1 i jednej elektrody o łączu DF4, co najmniej jednej elektrody aktywnej i jednej elektrody pasywnej. Interpretację, zgodnie z którą wykonawca powinien zaoferować taki zestaw elektrod, wśród których zamawiający będzie miał wybór pomiędzy postawionymi wymogami, ale nie we wszystkich możliwych ośmiu wariantach, należy uznać za uzasadnioną. Nie tylko zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazują jasno, że zamawiający oczekiwał ośmiu rodzajów elektrod, ale także praktyka rynkowa, w tym praktyka zamawiającego w ubiegłym roku, wskazują na zasadność takiej interpretacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli zamawiający oczekiwał zaoferowania ośmiu rodzajów elektrod, to intencja ta nie została wyrażona w sposób czytelny i nie budzący wątpliwości. W zakresie dotyczącym braku precyzji w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia orzecznictwo wskazuje, że zamawiający powinien formułować swoje wymagania w sposób jasny i precyzyjny, a nieuzasadnione jest odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, w której zapisy te są

5

niejednoznacznie interpretowane. Zamawiający powinien w sposób jasny wyrażać swoje

intencje, których wykonawca nie powinien być zmuszony domniemywać.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest oświadczeniem woli zamawiającego, które podlega regułom interpretacyjnym wynikającym z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Biorąc pod uwagę fakt, iż specyfikacja jest adresowana do nieokreślonej liczby odbiorców, jej interpretacji należy dokonywać kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców. W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający, nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Niejasne, niejednoznaczne czy pozwalające na różną wykładnię postanowienia muszą być interpretowane na korzyść wykonawców.

Przy tym w niniejszej sprawie zamawiający w rażąco sposób naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucając ofertę odwołującego, jednocześnie wybierając ofertę St. Jude Medical Sp. z o.o. w sytuacji, w której ten wykonawca również nie zaoferował wszystkich ośmiu rodzajów elektrod – nie zaoferował on elektrody jednokoilowej, pasywnej w standardzie DF1.

Żaden wykonawca nie wnioskował o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym wymagań dla elektrod, co wskazuje, że żaden wykonawca nie miał wątpliwości co do rozumienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, przy czym żaden wykonawca nie założył, że zamawiający mógłby wymagać wszystkich możliwych potencjalnie ośmiu rodzajów elektrod.

Interpretacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie liczby i rodzajów elektrod wymaganych przez zamawiającego, dokonana przez odwołującego, jest w pełni zgodna z praktyką zakładów opieki zdrowotnej udzielających zamówień na kardiowertery – defibrylatory z elektrodami. Sposób sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozostawiał w ocenie odwołującego żadnych wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego dotyczących elektrod.

Naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący upatruje w naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia postępowań w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady poszanowania uczciwej konkurencji między wykonawcami. Naruszenie to jest konsekwencją czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz braku jej uzasadnienia. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zamawiający w sposób budzący wiele zastrzeżeń dokonał badania ofert NayaMed Sp. z o.o. i St. Jude

6

Medical Sp. z o.o. Skoro oferty te w spornym zakresie nie przewidywały zaoferowania wszystkich potencjalnie możliwych ośmiu rodzajów elektrod, to niezrozumiałe jest odrzucenie oferty odwołującego z jednoczesnym zaniechaniem odrzucenia oferty St. Jude Medical Sp. z o.o.

odwołanie o sygn. akt KIO 1274/14 – dotyczy zadania nr 10

Przedmiotem zamówienia dla zadania nr 10 jest kardiowerter – defibrylator resynchronizujący 35 J z elektrodami CRT-D.

Odwołujący – St. Jude Medical Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., mimo iż treść oferty złożonej przez ten podmiot w zakresie zadania nr 10 nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w konsekwencji czego dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert w ramach zadania nr 10,
2. odrzucenia oferty Medtronic Poland Sp. z o.o. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. powtórzenia czynności wyboru ofert w ramach zadania nr 10 z uwzględnieniem oferty złożonej przez St. Jude Medical Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania nr

10, w punktach 7. i 9. przewidywała: punkt 7 „elektrody do defibrylacji pasywne/aktywne – do wyboru”, punkt 9. „elektrody jedno/dwukoilowe – do wyboru”.

Ze względu na sposób mocowania elektrody do defibrylacji dzielą się na aktywne (fiksacja aktywna) oraz pasywne (fiksacja pasywna/bierna). Wśród elektrod aktywnych i pasywnych wyróżnia się dodatkowo elektrody jedno- i dwukoilowe (koil to spirala defibrylacyjna). Biorąc pod uwagę rodzaje elektrod oraz fakt, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obydwu punktach dodano zastrzeżenie „do wyboru”, należy uznać, iż intencją zamawiającego było sformułowanie wymogu, by oferta każdego z oferentów obejmowała wszystkie cztery rodzaje elektrod. Zastrzeżenie „do wyboru”, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego należy rozumieć w ten sposób, iż po złożeniu oferty obejmującej wszystkie cztery wymienione rodzaje elektrod i zawarciu umowy, to zamawiający, w zależności od przyszłych potrzeb, będzie dokonywał wyboru, jakiego rodzaju elektroda powinna być dostarczona w wykonaniu zawartej umowy. Inne próby interpretacji tego zastrzeżenia prowadzą do nielogicznych i nie dających się pogodzić z zasadami doświadczenia życiowego wniosków.

7

Na taki sposób rozumienia zastrzeżenia „do wyboru” wskazuje też sposób sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść rozstrzygnięcia przetargu w zakresie zadania nr 7. Z uzasadnienia rozstrzygnięcia przetargu w zakresie zadania nr 7 jednoznacznie wynika, iż oferta NayaMed Poland Sp. z o.o. została odrzucona, albowiem podmiot ten nie zaoferował zamawiającemu wszystkich czterech rodzajów elektrod defibrylujących, a intencją zamawiającego było, by każdy podmiot biorący udział w przetargu w zakresie zadania nr 7 zaoferował wszystkie cztery rodzaje elektrod, tj. aktywne jednokoilowe, aktywne dwukoilowe, pasywne jednokoilowe oraz pasywne dwukoilowe. W tym samym przetargu, w zakresie zadania nr 10, oferty złożyły St. Jude Medical Sp. z o.o. i Medtronic Poland Sp. z o.o.

Oferta złożona przez odwołującego zawierała wszystkie cztery rodzaje elektrod, natomiast Medtronic Poland Sp. z o.o. w ofercie wskazał następujące modele zaoferowanych elektrod: 6944A, 6947, 6935, 6947M, 6935M. Analiza oferty wskazuje na to, że model 6944A ma charakter elektrody pasywnej dwukoilowej, model 6947 ma charakter elektrody aktywnej dwukoilowej, model 6935 ma charakter elektrody aktywnej jednokoilowej, model 6947M ma charakter elektrody aktywnej dwukoilowej, model 6935M ma charakter elektrody aktywnej jednokoilowej. Zatem Medtronic Poland Sp. z o.o. nie zaoferował zamawiającemu modelu elektrody pasywnej jednokoilowej, a do oferty złożonej przez ten podmiot nie została załączona ulotka elektrody o takim charakterze.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Powyżej przedstawione argumenty jednoznacznie wskazują na to, że oferta złożona przez Medtronic Poland Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 10 nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie w niniejszej sprawie brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest tego rodzaju, iż można w tym przypadku mówić o omyłkach polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający uwzględnił oba odwołania. Obaj przystępujący, tj. St. Jude Medical Sp. z o.o. w zakresie odwołania KIO 1259/14 oraz Medtronic Poland Sp. z o.o. w zakresie odwołania KIO 1274/14, wnieśli sprzeciw.

Podczas rozprawy zamawiający wyraził stanowisko, iż jego wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 7 i nr 10 oznaczały, że wymagał zaoferowania ośmiu rodzajów elektrod,

8

spełniających wszystkie opcje „do wyboru”, tj. elektrody: pasywne jednokoilowe z łączem DF1, pasywne jednokoilowe z łączem DF4, pasywne dwukoilowe z łączem DF1, pasywne

dwukoilowe z łączem DF4, aktywne jednokoilowe z łączem DF1, aktywne jednokoilowe z łączem DF4, aktywne dwukoilowe z łączem DF1, aktywne dwukoilowe z łączem DF4.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. akt KIO 1259/14 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1274/14 nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami. Został on opisany powyżej, więc nie będzie powtarzany.

Izba stwierdziła, że przedmiotem sporu w przypadku obu odwołań i obu zadań jest wymaganie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do parametrów/rodzajów elektrod do kardiowerterów – defibrylatorów, które zamawiający określił jako „do wyboru”.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadania nr 7, poz. 1, 2 zamawiający podał następujące wymagania dotyczące elektrod: w punkcie 10. „elektrody do defibrylacji aktywne/pasywne – do wyboru” oraz w punkcie 12. „elektrody do defibrylacji jedno/dwukoilowe do wyboru, łącznie DF1, DF4 do wyboru”, a poz. 3., 4., 5. w punkcie 11. „elektrody do defibrylacji pasywne/aktywne – do wyboru, łącznie DF1, DF4 do wyboru” oraz w punkcie 13. „elektrody do defibrylacji jedno/dwukoilowe do wyboru”. Podobnie w zakresie zadania nr 10, w punktach 7. i 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał w punkcie 7. „elektrody do defibrylacji pasywne/aktywne – do wyboru”, w punkcie 9. „elektrody jedno/dwukoilowe – do wyboru”.

Sporne pozostaje, do czyjego wyboru pozostawiono rodzaj elektrod, które miałyby być zamawiającemu zaoferowane i dostarczone. W kwestii tej obaj odwołujący, a także zamawiający i przystępujący Medtronic Poland Sp. z o.o. przedstawili odmienne – przeciwne stanowiska.

Zatem, zdaniem odwołującego NayaMed Poland Sp. z o.o. i przystępującego Medtronic Poland Sp. z o.o. „do wyboru” oznaczało wybór wykonawcy – oferenta, a zdaniem

9

odwołującego/przystępującego St. Jude Medical Sp. z o.o. i zamawiającego – to wybór zamawiającego, czy też dokładniej, lekarza prowadzącego danego pacjenta.

Po zapoznaniu się z brzmieniem wymagań oraz argumentacją stron i przystępujących Izba stwierdziła, że jej zdaniem wymaganie to należy odczytywać jako pozostawienie wyboru oferentowi. W innym wypadku wpisywanie opcji „do wyboru” nie miałoby sensu.

Wystarczyłoby opisanie: „elektrody do defibrylacji aktywne/pasywne”, „elektrody do defibrylacji jedno/dwukoilowe”, „łącznie DF1, DF4”, a jeszcze lepiej – aby nie było już żadnych wątpliwości, jak odczytywać znak „/” – „elektrody do defibrylacji aktywne i pasywne”, „elektrody do defibrylacji jedno- i dwukoilowe”, „łącznie DF1 i DF4”.

Jeśli zaś zamawiający postanowił już użyć określenia „do wyboru”, powinien był sprecyzować konkretnie, która strona ma tego wyboru dokonać.

Izba nie przeczy temu, że lekarzom pracującym u zamawiającego mogą być potrzebne wszystkie rodzaje elektrod, jednak specyfikacja istotnych warunków zamówienia to nie opis przebiegu leczenia poszczególnych pacjentów ani dokument skierowany do pacjentów czy lekarzy, lecz instrukcja przygotowania oferty przeznaczona dla wykonawców. Zatem nic dziwnego, że stwierdzenie, czy też polecenie „do wyboru” uznali oni – przynajmniej niektórzy z nich – za skierowane właśnie do nich.

Choć więc zamiar zamawiającego byłby inny, wyraził swoje oczekiwania w ten właśnie sposób. Jeżeli więc zamawiający nie potrafi jasno i precyzyjnie sformułować opisu przedmiotu zamówienia, jest to jego błąd i to on, a nie wykonawca, powinien ponieść jego konsekwencje. W kwestii tej należy podzielić stanowisko odwołującego NayaMed Poland Sp. z o.o., czy też raczej wcześniejszego i ukształtowanego w tym zakresie orzecznictwa. Należy przy tym podkreślić, że intencja zamawiającego ma wynikać z treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, a nie dopiero z treści informacji o wyniku postępowania, gdyż służyć ma poprawnemu przygotowaniu ofert.

Co do przedstawionych na „dowód” innych specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to przede wszystkim należy stwierdzić, że przesądzająca jest treść tej jednej, konkretnej specyfikacji przeznaczonej dla tego właśnie postępowania. Inne specyfikacje istotnych warunków zamówienia czy decyzje zamawiającego/zamawiających dotyczące odrzucenia lub akceptacji ofert można traktować co najwyżej w kontekście art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego jako przesłankę do stwierdzenia, jakie jest zwyczajowe rozumienie danego określenia czy wymogu i to też najczęściej pod warunkiem, że wykonawcy brali udział w tych innych postępowaniach i takie znaczenie znają (dotyczy to też zamawiających). Jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym nawet ta okoliczność nie ma zastosowania – przedstawione teksty specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazują

10

jedynie na to, że określenie „do wyboru” jest przez zamawiających stosowane, lecz nie wykazują (nie udowadniają), w jakim znaczeniu. Co prawda zamawiający i wykonawcy wspominali o tym, jakich wyborów na podstawie takich wymagań dokonywali zamawiający, do tego zupełnie odmiennie, ale nie przedstawili na to żadnego dowodu.

Na marginesie należy zauważyć, że nawet jeśli zamawiający nieprawidłowo przygotował i przeprowadził postępowanie, nie oznacza to konieczności rezygnacji z danych metod leczenia, po prostu zamawiający w innym postępowaniu będzie musiał zamówić również pozostałe rodzaje elektrod.

W zakresie zarzutu odwołującego NayaMed Poland Sp. z o.o. dotyczącego niepełnego uzasadnienia odrzucenia jego oferty Izba stwierdziła, że choć odwołujący i przy takim uzasadnieniu zrozumiał przyczyny odrzucenia jego oferty, to rzeczywiście zamawiający powinien dokładniej opisać przyczyny odrzucenia, choćby poprzez wpisanie konkluzji, że przywołane wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznaczają, że zamawiający wymagał ośmiu rodzajów elektrod i wskazanie jakich, a odwołujący nie zaoferował takich a takich rodzajów elektrod. Należy bowiem zwrócić uwagę, że nie wszystkie kwestie, które są jasne i oczywiste dla zamawiającego, muszą takie być też dla wykonawców.

Co do zarzutu odwołującego NayaMed Poland Sp. z o.o. dotyczącego nierównego potraktowania jego oraz St. Jude Medical Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. Bowiem czy to przez przeoczenie zamawiającego, czy też z innych przyczyn w takiej samej sytuacji (niezaoferowanie wszystkich ośmiu rodzajów elektrod) zamawiający postąpił w stosunku do obu wykonawców odmiennie – ofertę jednego (do tego tańszą) odrzucił, a ofertę drugiego wybrał. Jest to niedopuszczalne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie o sygn. akt KIO 1274/14 i uwzględniając odwołanie o sygn. akt KIO 1259/14 oraz nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 7 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania.

Przy czym Izba przypomina, że choć w wyroku Izba rozstrzygała spór co do zadania nr 7 i 10, to zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców.

11

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2 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).

Przewodniczący:

12