

Sygn. akt: KIO 2210/17

Wyrok

z dnia 6 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę: **MEDEN-INMED Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** (ul. Wenedów 2, 75-847 Koszalin), w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego: **Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (Al. Piłsudskiego 12 lok. 515, 90-051 Łódź)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **MEDEN-INMED Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego: **Inwestycji Medycznych Łódzkiego Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, na rzecz odwołującego: **MEDEN-INMED Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Dostawa sprzętu medycznego. Numer referencyjny: 8/ZP/PN/17*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”]. Zamówienie zostało podzielone na 2 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2017 roku pod numerem 2017/S 119-239407. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 października 2017 roku zamawiający przekazał wykonawcy - MEDEN-INMED Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie [zwanym dalej: „Odwołującym”] - listem poleconym, informację o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania w części 1 zamówienia, którą Odwołujący otrzymał w dniu 13 października 2017 roku.

W dniu 23 października 2017 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo, że zaoferowany sprzęt spełnia wymagania techniczne określone w SIWZ;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z unieważnieniem postępowania pomimo, że w postępowaniu złożono ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 11.10.2017 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, co winno prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że Zamawiający jako podstawę odrzucenia jego oferty wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia podał, że w Załączniku nr 1 do SIWZ wymagał, aby oferowany sprzęt był kompatybilny z posiadanym sprzętem firmy STORZ, podczas, gdy oferta Odwołującego nie spełnia wymagań w tym zakresie. Dalej, Odwołujący zauważył, iż w treści odrzucenia, Zamawiający polemizując ze złożonymi wyjaśnieniami co do treści oferty, stwierdza, m.in., że wymóg kompatybilności został dostatecznie jasno i klarownie opisany, a wykonawca nie skorzystał z trybu zapytań do SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do samej czynności odrzucenia oferty Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wymagał, aby przedmiotem oferty były następujące elementy: 1) tor wizyjny składający się z kamery wraz z głowicą, monitora, źródła światła, wózka co stanowi komplet; 2) resektoskop monopolarny 24/26 Charr (w treści SIWZ znajduje się stwierdzenie, że jest to komplet, na który składa się: optyka, płaszcze resektoskopowe, napęd, obturator, elektrody i kable - które zgodnie z wymogiem SIWZ tworzą komplet); 3) resektoskop monopolarny 24/26 Charr bierny (Zamawiający również w tym przypadku używa pojęcia komplet i wymienia elementy składowe); 4) resektoskop bipolarny 26 Charr aktywny; 5) giętki videoureterorenoskop 2 szt.; 6) videocystoskop giętki -1 komplet; 7) ureterorenoskop 8 Fr - 2 komplety; 8) ureterorenoskop 9,5 Fr -1 zestaw; 9) cystoskop kompaktowy - 2 szt.; 10) narzędzia laparoskopowe.

W nagłówku „nazwa parametru” Zamawiający wpisał, że oferowany sprzęt powinien być kompatybilny z posiadanym sprzętem firmy STORZ.

Zdaniem Odwołującego, w związku z powyższym, oraz w związku z zakupem w poszczególnych pozycjach kompletów zabiegowych, a nie ich poszczególnych części (elementów poszczególnego kompletu), to komplety muszą być kompatybilne z posiadanym torem wizyjnym firmy STORZ. Odwołujący stwierdził, iż spełnia wymagania SIWZ, ponieważ oferowane przez niego produkty są kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego torem wizyjnym firmy STORZ, co zostało potwierdzone w udzielonej Zamawiającemu odpowiedzi z dnia 6.10.2017 roku. Jednocześnie podkreślił, że każdy kompletny resektoskop, ureterorenoskop, cystoskop czy narzędzia zostały dostarczone w pełnych kompletach zgodnie z wymogami SIWZ i nie potrzebują dodatkowego uzupełniania o jakiegokolwiek elementy oraz, że każdy z kompletów za pomocą wyspecyfikowanego światłowodu można podłączyć (jest kompatybilny) do toru posiadanego przez Zamawiającego, a zatem oferowany sprzęt spełnia też wymóg kompatybilności. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie dokonuje zakupu poszczególnych elementów danego urządzenia np. resektoskopu bez optyki, a gdyby tak było, to wówczas musiałby określić rodzaj [typ, model] posiadanych urządzeń optycznych tak aby oferowany resektoskop mógł być z nimi kompatybilny. Tymczasem w treści SIWZ brak jest wymienienia konkretnych posiadanych rozwiązań. Następnie Odwołujący stwierdził, że nie kwestionował tego na etapie SIWZ, jak również nie zadawał pytań w tym zakresie, ponieważ mając na uwadze zakres dokonywanych zakupów (kompletne urządzenia) nie miał żadnych wątpliwości na czym polegać ma kompatybilność „sprzętu oferowanego ze sprzętem posiadanym”. Tym samym zaoferował urządzenia kompatybilne z posiadanym przez Zamawiającego sprzętem firmy STORZ. Podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zadał kilkadziesiąt pytań do SIWZ, w ramach których w sposób bardzo szczegółowy i precyzyjny zapytał Zamawiającego, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie poszczególnych rozwiązań, zaś Zamawiający wyrażał zgodę na proponowane przez Odwołującego rozwiązania, w żadnym miejscu nie wskazując, że zaproponowane rozwiązania mają być kompatybilne ze sprzętem firmy STORZ. Zamawiający udzielał odpowiedzi poprzez sformułowanie „TAK, Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie” nie podkreślając, np. „pod warunkiem spełnienia pozostałych wymagań SIWZ”, albo

„przy uwzględnieniu innych wymogów granicznych”, albo „przy założeniu, że urządzenie to będzie kompatybilne ze sprzętem firmy STORZ” lub jakkolwiek inaczej zaznaczając, że oprócz dopuszczonego rozwiązania musi ono spełniać jakieś inne wymagania. Odwołujący także wskazał, że istotne dla rozstrzygnięcia sporu jest pytanie 13 i udzielona na nie odpowiedź, a mianowicie: Na pytanie: „Czy Zamawiający może odstąpić od wymogu: „- Moduł sterownika do podłączenia wideoureterorenoskopu CMOS, kompatybilny z modułem centralnym sterownika typu Connect TC200EN -1 szt.

- Możliwość podłączenia po doposażeniu do modułu sterownika dedykowanej, pendularnej głowicy kamery endoskopowej 1 x CMOS”, który wskazuje na tylko jednego oferenta, a w zamian dopuścić kompatybilność oferowanego wideoureterorenoskopu z torami wizyjnymi oferowanymi w podpunktach 1a oraz 2a, odpowiedź brzmi: Tak, Zamawiający odstępuje od tego wymogu”. W ocenie Odwołującego odpowiedź ta przesadza o tym, iż Zamawiający odstąpił od kompatybilności kompletów, które z założenia nie mogą być kompatybilne z posiadanym torem wizyjnym firmy STORZ, co oznacza, że wszystkie inne urządzenia muszą być kompatybilne z torem wizyjnym. Jednocześnie Zamawiający kupuje nowy tor wizyjny. Zdaniem Odwołującego przypadek ten wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego, albowiem zakwestionował kompatybilność wszystkich urządzeń, podczas, gdy sam z tego wymogu zrezygnował. Nie zmienia to jednak jego stanowiska, że oferowane przez niego urządzenia Zamawiający może wykorzystywać łącznie z posiadanym w swojej placówce torem wizyjnym firmy STORZ. Tym samym zaoferowane produkty spełniają wszystkie wymagania SIWZ.

Ponadto, Odwołujący odniósł się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzając, że skutki nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą obciążać wykonawcy.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że wykonawca ubiegający się o zamówienie stara się złożyć ofertę zgodną z SIWZ i maksymalnie starannie odczytać oczekiwania stawiane wobec przedmiotu postępowania. Tym samym, konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie konkurowanie operatywnością, czy wykonawcy uda się wpasować w nieczytelne wymagania

postawione przez Zamawiającego, te bowiem nie powinny dawać pola do snucia domysłów. Odwołujący stwierdził, że w tym przypadku takim niedookreślonym polem, które powoduje negatywne konsekwencje dla wykonawcy jest to jaki sprzęt jest w posiadaniu Zamawiającego i ewentualnie z jakimi jego elementami coś co jest oferowane ma być kompatybilne.

Reasumując, Odwołujący wywodził, że ubieganie się o zamówienie przez wykonawcę musi opierać się na czytelnych, precyzyjnie i klarownie postawionych wymaganiach wobec oferowanego przedmiotu, postawionych przez Zamawiającego i znajdować wyraz w treści opracowanych dokumentów postępowania. W przeciwnym razie prawidłowość złożonej oferty należy odczytywać zgodnie z ostateczną treścią postawionych wymagań, w tym również przy uwzględnieniu udzielonych odpowiedzi, a tym samym dokonanej modyfikacji postawionych wymagań.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron w dniu 3 listopada 2017 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie jako bezzasadnego oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym szczególności: protokół postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), pytania i wyjaśnienia do SIWZ udzielone na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, ofertę Odwołującego, wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 29 września 2017 roku skierowane do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 6 października 2017 roku, informację Zamawiającego z dnia 11 października 2017 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania w części 1, jak również biorąc pod uwagę odwołanie, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, a także oświadczenia

i stanowiska Stron wyrażone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, albowiem przedstawione w nim zarzuty okazały się uzasadnione.

Odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ramach części 1 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z sekcją II Ogłoszenia o zamówieniu pkt II.1.4) oraz rozdziałem III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 1 lit. a) „*Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego.*”

a) Część I:

Zestaw endoskopowy do elektroresekcji: przenośny tor wizyjny -1 szt., głowica kamery -1 szt., wózek aparaturowy -1 szt., resektoskop monopolarny 24/26 Fr aktywny- 1 komplet, resektoskop monopolarny 24/26 Fr bierny -1 komplet, resektoskop bipolarny 26 Fr aktywny -1 komplet, giętki wideoureterenoskop -2 szt. Zestaw do PCNL z płaszczami bez zapinki, przystosowany do procedur w tzw. systemie otwartym. Diagnostyka dróg moczowych: wideocystoskop giętki -1 komplet, Uretrotom opyczny Sasch'a z wyposażeniem -1 komplet, ureterorenoskop 8 Fr -2 komplety, ureterorenoskop 9,5 Fr – 1 zestaw, cystoskop kompaktowy -2 szt., cystoskopy – 1 zestaw. Narzędzia laparoskopowe.”

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – formularz asortymentowy stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ, który zawiera tabelę z wyszczególnionymi wymaganiami

(parametrami) odnoszącymi się do przedmiotu dostawy, z podziałem na wymagania graniczne i oceniane oraz na parametry/warunki oferowane.

Tabela, o której mowa powyżej, składa się z 4 kolumn: 1) Lp., 2) Nazwa parametru, 3) Wymagania graniczne i oceniane, 4) Parametr/Warunek oferowany (podać). Dodatkowo w drugiej rubryce tabeli w kolumnie 2 określono, iż: „**oferowany sprzęt powinien być kompatybilny z posiadamy sprzętem firmy STORZ**”.

Lp.	Nazwa parametru	Wymagania graniczne i oceniane	Parametr/Warunek oferowany (podać)
	CZĘŚĆ I oferowany sprzęt powinien być kompatybilny z posiadamy sprzętem firmy STORZ		

W kolejnych rubrykach tabeli Zamawiający opisał poszczególne elementy przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem wymaganych parametrów.

W pozycji 1 wymieniono: *Zestaw endoskopowy do elektroresekcji*, na który składają się: pod poz. 1a: *Przenośny tor wizyjny -1szt.*, pod poz. 1 b: *Głowica kamery*, pod poz. 1c: *Wózek aparaturowy -1szt.*, pod poz. 1 d: *Resektoskop monopolarny 24/26 Fr, aktywny-1 komplet*, pod poz. 1e: *Resektoskop monopolarny 24/26 Fr, bierny-1 komplet*, pod poz. 1f: *Resektoskop bipolarny, 26 Fr, aktywny*, pod poz. 1g: *Giętki wideoureterorenoskop-2szt.*

W pozycji 2 wymieniono: *Diagnostyka dróg moczowych*, na którą składają się: pod poz. 2a: *Wideocystoskop giętki – 1 komplet*, pod poz. 2c: *Ureterorenoskop 8 Fr - 2 komplety*, pod poz. 2d: *Ureterorenoskop 9,5 Fr -1 zestaw*, pod poz. 2e: *Cystoskop kompaktowy -2szt.*

Pozycja 3 odnosi się do gwarancji min. 24 miesiące, pozycja 4 do szkoleń personelu, z kolei pozycja 5 do narzędzi laparoskopowych.

Jednocześnie należy zauważyć, że w ramach poz. 1d, 1e i 1f odnoszących się do resektoskopów, (których m.in. dotyczy spór pomiędzy Stronami), zostały wyszczególnione w kolejnych rubrykach tabeli, o której mowa powyżej, a stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, elementy tych urządzeń (resektoskopów), m.in.: optyka, element pracujący resektoskopu, przewód HF do elementu pracującego, obturator

standardowy, płaszcz resektoskopowy, pętla tnąca, elektroda koagulacyjna, pojemnik plastikowy do sterylizacji i przechowywania resektoskopu, kosz druciany wraz z wyspecyfikowaniem wymaganych względem nich parametrów.

Dodatkowo, zauważyć należy, że pod tabelą zawarte zostało oświadczenie o następującym brzmieniu: *„Oświadczam, że oferowane powyżej wyspecyfikowane urządzenie jest fabrycznie nowe, niepowystawowe, niegenerowane, nie demonstracyjnie kompletne, kompatybilne i będzie gotowe do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów poza materiałami eksploatacyjnymi oraz jego rok produkcji to 2017”*. Ponadto, pod tabelą sformułowane zostały 4 uwagi, przy czym pierwsza z nich o treści: *„Wszystkie parametry graniczne oraz zaznaczone “Tak/podać” w powyższej tabeli są parametrami bezwzględnie wymaganymi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.”*.

W dniu 29 września 2017 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) czy zaoferowany sprzęt (firmy Richard Wolf) - optyka (dot. pkt 1d, 1e, 1f – Załącznika nr 1 do SIWZ) jest kompatybilny z elementami pracującymi resektoskopów firmy STORZ?
- 2) czy zaoferowany sprzęt (firmy Richard Wolf) - elementy pracujące (dot. pkt 1d, 1e, 1f – Załącznika nr 1 do SIWZ) do resektoskopów są kompatybilne z optykami i płaszczami resektoskopowymi firmy STORZ?
- 3) czy oświadczenie (str. 147 oferty) dotyczy kompatybilności z wykorzystaniem optyki nr 8654.422 S01, która nie została przez Państwa zaoferowana?
- 4) czy zaoferowany sprzęt (firmy Richard Wolf) - płaszcze resektoskopowe (dot. pkt 1d, 1e, 1f – Załącznika nr 1 do SIWZ) są kompatybilne z elementami pracującymi resektoskopowymi firmy STORZ?
- 5) czy zaoferowany sprzęt (firmy Richard Wolf) - pętle tnące (dot. pkt 1d, 1e – Załącznika nr 1 do SIWZ) są kompatybilne z elementami pracującymi firmy STORZ?
- 6) czy zaoferowane (firmy Richard Wolf) - źródło światła (dot. pkt 1a – Załącznika nr 1 do SIWZ) jest kompatybilne ze światłowodem firmy STORZ, czy konieczne jest zastosowanie adaptera, który nie został zaoferowany?

Ponadto, Zamawiający w pytaniu 7 wezwał do wyjaśnień w zakresie nagrywarki medycznej.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 6 października 2017 roku złożył wyjaśnienia, w których stwierdził m.in., że: *„Zamawiający dokonuje zakupu nowych, a co najważniejsze pełnych zestawów na oddział urologii. W przypadku pełnych zestawów urologicznych nie ma zasadności sformułowanie kompatybilności (...) Po drugie, Zamawiający w załączniku nr 1 określił wszystkie parametry graniczne jakich wymaga od oferentów. Wymóg kompatybilności, o którym mowa w przedmiocie wezwania nie został zawarty przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ w tabeli – „rubryka wymagania graniczne i oceniane”, a zgodnie z uwagami zawartymi pod tabelą w załączniku nr 1, odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, która nie spełnia wszystkich parametrów granicznych oraz zaznaczonych „Tak/podać”. Po trzecie, firma Meden-Inmed Sp. z o.o. dwukrotnie zadawała pytania do toczącego się postępowania przetargowego – 24 lipca oraz 1 sierpnia 2017 roku – a Zamawiający udzielił na nie dwukrotnej odpowiedzi w dniach – 31 lipca oraz 17 sierpnia. Pierwsze dotyczyły w większości przypadków pozytywnych odpowiedzi dopuszczających sprzęt firmy Richard Wolf do postępowania przetargowego, zaś drugie wyłączyły część zakresu do innej części. W żadnej z obu odpowiedzi ze strony Zamawiającego nie padło sformułowanie ...”Tak, pod warunkiem kompatybilności oferowanego zestawu z produktami firmy Storz”. Nie padło, gdyż formalnie zapis ten nie był wymogiem a jedynie sformułowaniem. Po czwarte, Zamawiający chcąc by zaoferowany sprzęt był kompatybilny ze sprzętem, który posiada, winien podać o jaki sprzęt konkretnie chodzi. Firma STORZ ma w swojej ofercie tysiące różnych wyrobów medycznych, a ogólnikowe podanie nazwy firmy wraz z wymogiem kompatybilności podane przez Zamawiającego powoduje niemożność udzielenia jednoznacznej odpowiedzi, co przy zakupie całościowych zestawów należy traktować, iż kompatybilność np. z posiadany torem wizyjnym. A taka właśnie istnieje(...)”.* Następnie Odwołujący odniósł się do pytań nr 3 i 7.

Zamawiający w dniu 11 października 2017 roku odrzucił ofertę Odwołującego złożoną w ramach części 1 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdził, iż w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - wymagał,

aby oferowany sprzęt był kompatybilny z posiadamy sprzętem firmy STORZ. Zamawiający zauważył, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień, przy czym zacytował pytania z wezwania z dnia 29 września 2017 roku o nr 1, 2, 4, 5 i 6 oraz zacytował fragmenty wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Następnie Zamawiający stwierdził, że: „dostatecznie jasno i klarownie opisał wymóg kompatybilności, gdyż tak skonstruowany zapis:

Lp.	Nazwa parametru	Wymagania graniczne i oceniane	Parametr/Warunek oferowany (podać)
	<p style="text-align: center;">CZĘŚĆ I</p> <p style="text-align: center;">oferowany sprzęt powinien być kompatybilny z posiadamy sprzętem firmy STORZ</p>		

w ocenie Zamawiającego nie budzi żadnych wątpliwości, a zatem zarzut, iż Zamawiający nie zawarł wymogu kompatybilności w załączniku nr 1 do SIWZ jest bezzasadny. Zdaniem Zamawiającego, jeżeli Wykonawca powziął jakąkolwiek wątpliwość co do zapisów treści SIWZ to winien skorzystać z procedury zawartej w art. 38 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (...) Wykonawca nie skorzystał także z przysługujących mu środków ochrony prawnej (...).” Dalej, Zamawiający podnosił, że: „w żadnym miejscu i na żadnym etapie przedmiotowego postępowania nie podaje, że dokonuje zakupu nowych, a co najważniejsze pełnych zestawów resektoskopów na oddział urologii. Dodać należy, że to Zamawiający precyzuje co jest przedmiotem zamówienia oraz opis przedmiotu zamówienia, w tym również kwestię kompatybilności z posiadanym już sprzętem. Niezapisanie wymogu kompatybilności wiązałoby się z dokonaniem zakupu przez Zamawiającego sprzętu, który co prawda byłby nowy, jednakże zupełnie niezdatny do użytku z uwagi na brak kompatybilności, co wskazywałoby na brak celowości dokonania zakupu (...)”.

Izba zważyła, co następuje:

Podstawowym zarzutem odwołania jest naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo, że zdaniem Odwołującego, zaoferowany sprzęt spełnia wymagania techniczne określone w SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może polegać albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia zobowiązania w ofercie.

Nie ulega też wątpliwości, co niejednokrotnie podkreślano w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, że postanowienia SIWZ powinny być skonstruowane w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości. Natomiast w przypadku zaistnienia jednak takich wątpliwości należy je tłumaczyć na korzyść wykonawcy. W wyroku z dnia 18 czerwca 2015 roku [sygn. akt: KIO 1148/15] Izba wskazała, że: *„Należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.(...) jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy (...) W ocenie Izby wykonawcy w żaden sposób nie mają obowiązku „domyślenia się treści specyfikacji”.*

W istocie spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do kwestii interpretacji postanowień SIWZ w zakresie wymogu kompatybilności określonego w Załączniku nr 1 do SIWZ, iż: *„oferowany sprzęt powinien być kompatybilny z posiadamy sprzętem firmy STORZ”.*

W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie opisał wymogu kompatybilności w sposób jasny i klarowny.

Przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający nie zdefiniował samego pojęcia „sprzętu”, jak również nie określił jaki sprzęt jest w jego posiadaniu.

Jak już wcześniej zostało wspomniane przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego, przy czym w ramach części 1 m.in. dostawa zestawu endoskopowego do elektroresekcji, na który składają się: przenośny tor wizyjny, głowica kamery, wózek aparaturowy, resektoskop monopolarny aktywny, resektoskop monopolarny bierny, resektoskop bipolarny aktywny, giętki wideoureterorenoskop. Powyżej wymienione elementy zestawu endoskopowego do elektroresekcji zostały wyspecyfikowane odpowiednio w pozycjach: 1a, 1b, 1c, 1d, 1e, 1f, 1g (przy ich wyszczególnieniu zastosowano pogrubioną czcionkę). W kolejnych rubrykach tabeli odnoszących się odpowiednio do pozycji 1d, 1e, 1f, czyli resektoskopów (których m.in. dotyczy spór), Zamawiający wyspecyfikował ich elementy, tj.: optyki, elementy pracujące, przewody HF, obturatory standardowe, płaszcze resektoskopowe, pętle tnące, elektrody koagulacyjne, pojemniki plastikowe do sterylizacji i kosze druciane wraz z określeniem wymaganych parametrów w stosunku do każdego z tych elementów. Np. w stosunku do optyki w pkt 1d Zamawiający postawił następujące wymagania: *„kąąt patrzenia optyki 30°, długość 30 cm, średnica 4 mm, system soczewek wałeczkowych, okular wyposażony w szkiełko szafirowe odporne na zarysowania, umieszczona na optyce słowna informacja potwierdzająca autoklawowalność, kod Data Matrix, oznaczenie graficzne na korpusie optyki kompatybilnego światłowodu, dwa nakręcane adaptory na przyłączy światłowodowym optyki, zapewniające możliwość podłączenia światłowodów różnych producentów do optyki.”*; w stosunku do elementów pracujących: *„pełne obejmę na palce, przyłączy przewodu HF u góry, z obrotowym mocowaniem do płaszcza resektoskopowego, kompatybilny z płaszczem resektoskopowym 24 / 26 Fr. i optyką 12° / 30°, śr. 4 mm, dł. 30 cm -1szt.”*.

Zamawiający wyjaśniał w toku rozprawy, że zapewnienie kompatybilności sprzętu oferowanego z posiadanym sprzętem firmy STORZ w ramach przedmiotowego zamówienia miało polegać na zapewnieniu kompatybilności

poszczególnych elementów tego sprzętu, tj. także optyk, elementów pracujących, płaszczy resektoskopów, pętli tnących, a nie tylko zestawów.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że realizuje przedmiotowy przetarg na potrzeby Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. Pirogowa w Łodzi, który posiada już sprzęt firmy STORZ, a zakup kompatybilnego sprzętu pozwoliłby Szpitalowi będącemu beneficjentem przetargu na dowolną wymianę poszczególnych części sprzętu już posiadanego przez Szpital z częściami sprzętu nowo zakupionego, co znacząco usprawniłoby pracę na oddziałach szpitalnych, ponieważ w razie, gdy popsuje się jedna część w posiadanym już sprzęcie, personel Szpitala będzie mógł zastąpić popsutą część, częścią ze sprzętu nowo zakupionego.

Rację ma Zamawiający podnosząc w odpowiedzi na odwołanie, że treść SIWZ i stawiane w niej wymogi należą do sfery intencjonalnej zamawiającego oraz są uwarunkowane od jego potrzeb.

Jednakże, choć Izba przyznaje, że intencje i oczekiwania Zamawiającego były słuszne i w pełni uzasadnione, to jednak nie zostały one uwidocznione w treści SIWZ, a tym samym pozostały nieznane wykonawcom. Z tego też względu Zamawiający nie może oczekiwać by wykonawcy doszukiwali się treści tam gdzie nie została ona zwerbalizowana.

Z żadnego bowiem postanowienia SIWZ nie wynika na czym ma polegać kompatybilność (rozumiana przez Zamawiającego jako możliwość swobodnej wymiany/zamiany poszczególnych elementów w zestawach). Z treści SIWZ nie wynika nawet jaki szpital jest beneficjentem przedmiotowego przetargu, nie wynika jakim sprzętem dysponuje, oprócz ogólnikowego stwierdzenia, że „*sprzętem firmy STORZ*”, i czy wszystkimi jego elementami, ani też na czym ma polegać zapewnienie kompatybilności sprzętu oferowanego ze sprzętem posiadanym. W trakcie rozprawy Zamawiający potwierdził, że część elementów sprzętu firmy STORZ posiadanego przez Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. M. Pirogowa w Łodzi już się zużyła i została wymieniona w 2015 roku.

W związku z powyższym w ocenie Izby treść spornego postanowienia SIWZ można też było rozumieć tak jak rozumiał to wykonawca odwołujący się, a mianowicie jako zapewnienie kompatybilności nie tyle każdego z poszczególnych

elementów oferowanego sprzętu, ale jako zapewnienie kompatybilności zestawów np. z torem wizyjnym.

Nie jest zrozumiałe też stwierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż: *„w żadnym miejscu i na żadnym etapie przedmiotowego postępowania nie podaje, że dokonuje zakupu nowych, a co najważniejsze pełnych zestawów resektoskopów na oddział urologii”*. Skoro, z Załącznika nr 1 do SIWZ, jak i z treści ogłoszenia, wynika, że dostawa ma dotyczyć kompletów resektoskopów (co choćby wynika wprost ze sformułowania – *„resektoskop monopolarny 24/26 Fr, aktywny – 1 komplet”*, czy *„resektoskop monopolarny 24/26 Fr, bierny – 1 komplet*). Z kolei pod tabelą w Załączniku nr 1 do SIWZ zawarto oświadczenie, iż: *„Oświadczam, że oferowane powyżej wyspecyfikowane urządzenie jest fabrycznie nowe, niepowystawowe, niegenerowane, nie demonstracyjne kompletne, kompatybilne i będzie gotowe do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów poza materiałami eksploatacyjnymi oraz jego rok produkcji to 2017”*, wskazujące, iż dostawa ma dotyczyć nowych urządzeń. Zatem, stwierdzenie Zamawiającego, zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stoi w sprzeczności z treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ.

Reasumując, stwierdzić należy, że skoro w treści SIWZ nie zostało wyartykułowane jaki dokładnie sprzęt Zamawiający posiada (a dokładniej: Szpital będący beneficjentem przetargu) i co należy przez to pojęcie rozumieć, to tym bardziej trudno oczekiwać od wykonawcy by się tego domyślał, a tym samym by posiadał wiedzę co do wymaganego zakresu kompatybilności. Z treści SIWZ nie wynika też cel dla którego Zamawiający postawił wymóg kompatybilności, co też sprawiło, że w tym przypadku mógł być on inaczej zrozumiany przez wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp okazał się uzasadniony.

W konsekwencji, Izba uznała, iż potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zarzut naruszenia art. 93 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z unieważnieniem postępowania pomimo, że w postępowaniu złożono ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Stosownie bowiem do brzmienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Natomiast powołany przez Odwołującego przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, nie mógł zostać naruszony, albowiem Zamawiający nie dokonał wyboru żadnego wykonawcy, lecz unieważnił postępowanie.*

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. Zarzut w tym zakresie potwierdził się.*

Izba nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jednocześnie nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł.

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

poniesionych w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2) lit. b), a także § 5 ust. 2 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 ze zm.).

Przewodniczący:

.....