

WYROK

z dnia 16 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2011 r. w Warszawie przez wykonawcę **OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu,**

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą 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 wykonawcę OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 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, 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości wraz z procesorem dźwięku”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 100 -163757 z dnia 25.05.2011 r.

Pismem z dnia 21 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę - MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz o przyznanej punktacji ofertom: wybranej 89,46 pkt, ofercie odwołującego - OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie 81,43 pkt.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego zarzucając naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”

- 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 91 ust. 1 przez niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający zaniechał przyznania punktów ofercie odwołującego, pomimo wypełnienia wymagań dla parametrów punktowanych. Nienaliczenie w toku badania i oceny ofert punktów w określonym przez zamawiającego kryterium „ocena techniczna” sprawiło, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu doliczenia punktów za spełnianie parametrów punktowanych, ponownego przeliczenia punktacji przyznawanej za poszczególne parametry oceniane w

ramach kryterium „ocena techniczna” i w konsekwencji powtórnej czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podał, że jest podmiotem działającym na rynku dostaw urządzeń medycznych, mogącym ubiegać się o wykonanie zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów Pzp, interes odwołującego doznał uszczerbku, gdyż został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza możliwość poniesienia szkody. Wskazał, że powyższe okoliczności dowodzą naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp, jako przesłanki do wniesienia odwołania.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cena: 60% i ocena techniczna: 40%. W ramach kryterium ocena techniczna wyszczególniono dwanaście parametrów podlegających ocenie, każdemu przyznając określoną liczbę punktów. Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełnioną tabelę - opis przedmiotu zamówienia wpisując odpowiednio: „tak”, „nie” w odniesieniu do konkretnych, punktowanych parametrów.

W zawiadomieniu z dnia 21 listopada 2011 r. podano, że w wyniku badania i oceny ofert odwołujący uzyskał łączną punktację: 81,43 pkt (cena: 60, ocena techniczna: 21,43), podczas gdy drugi wykonawca: 89,46 pkt (cena: 49,46; ocena techniczna: 40). Gdyby nie zakwestionowane przez zamawiającego spełnienie wymagań czterech z dwunastu parametrów punktowanych, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający zakwestionował, a tym samym nie przyznał punktów za następujące parametry:

1. Możliwość wykonania pomiarów stabilności implantu (metody nieinwazyjne): spełnia: 10 pkt, nie spełnia 1 pkt.

W pierwotnej wersji SIWZ zamawiający wymagał możliwości wykonania pomiarów stabilności implantu za pomocą metod nieinwazyjnych w załączniku: Tom III Opis przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, w punkcie 9.6.1 SIWZ wymagał przedłożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, zawierającego m.in. ulotki, katalogi lub inne dokumenty.

W wyniku postulatów w formie zapytań wniesionych przez wykonawcę Medicus Sp. z o.o. S.K.A., zamawiający w dniu 16 czerwca 2011 r. wprowadził dodatkowy wymóg - a mianowicie potwierdzenie możliwości wykonania nieinwazyjnego pomiaru stabilności zaoferowanego implantu badaniem naukowym, doniesieniem potwierdzonym publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej.

W tym celu odwołujący dla spełnienia wymogu możliwości wykonywania pomiarów stabilności implantu za pomocą metod nieinwazyjnych (str. 89 oferty) przedłożył badanie

naukowe w jęz. angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym pt. „Ocena zastosowania urządzenia Periotest do pomiarów ruchomości implantów twarzoczaszki w punkcie wyjściowym” (str. 31 - 60 oferty) opublikowane w The International Journal of Oral & Maxillofacial Implants. Badanie to potwierdza, w ocenie odwołującego, że za pomocą urządzenia Periotest możliwe jest dokonanie nieinwazyjnego pomiaru stabilności implantu słuchowego zakotwiczonego w kości, tj. zgodnie z wymaganiami zamawiającego - bez konieczności odkręcania wspornika od samego implantu.

Odwołujący wskazał, że istotny dla sprawy jest fakt, że zamawiający nie wymagał dostarczenia urządzenia do pomiaru stabilności implantu w ramach prowadzonego zamówienia, a jedynie w celu przyznania punktów - potwierdzenia samej możliwości wykonania nieinwazyjnego pomiaru.

Podał, że urządzenie Periotest jest elektronicznym dynamicznym przyrządem pomiarowym, który jest w stanie wygenerować powtarzalne siły uderowe umożliwiające nieinwazyjny pomiar stabilności implantu. Lekarz klinicysta przy pomocy powyższego urządzenia uderza elektronicznie sterowaną głowicą o wadze 8 g w implant 4 razy na sekundę ze stałą szybkością. W wyniku zderzenia pomiędzy uderzającą głowicą i implantem głowica zwalnia. Im większa stabilność implantu tym krótszy będzie czas kontaktu. To czas kontaktu stanowi parametr pomiaru dla urządzenia. Istotne jest, że lekarz nie musi odkręcać wspornika od implantu ażeby dokonać pomiaru stabilności.

Podkreślił, że w toku badania ofert zamawiający miał możliwość uzyskania stosownych wyjaśnień od odwołującego w razie jakiegokolwiek wątpliwości. Mógł również wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli złożone nie potwierdzały spełnienia wymagań zawartych w SIWZ.

Dodatkowo, poza przedstawieniem stosownych dokumentów potwierdzających możliwość dokonania nieinwazyjnego pomiaru zaoferowanych implantów, w celu uzyskania kolejnego jednoznacznego potwierdzenia, iż istnieje możliwość nieinwazyjnego pomiaru stabilności zaoferowanego implantu odwołujący wystąpił również do wynalazcy wskazanego w dokumentacji patentowej na implanty Oticon Medical o wydanie oświadczenia w przedmiotowej sprawie. Pan Patrik Westerkull oświadczył, iż taka możliwość istnieje, w szczególności za pomocą urządzenia Periotest (zapytanie i odpowiedź załączył do odwołania).

W świetle powyższego nieprzyznanie 10 punktów za spełnienie parametru - możliwość wykonania pomiarów stabilności implantu (metody nieinwazyjne) - uznał za nieuzasadnione.

2. Możliwość wczesnego obciążania implantu (poniżej dwóch miesięcy) spełnia: 10 pkt, nie spełnia 1 pkt.

Podobnie jak w parametrze wymienionym w punkcie 1) zamawiający na wniosek wykonawcy Medicus wprowadził w dniu 16 czerwca 2011 r. wymóg przedstawienia badania naukowego, doniesienia potwierdzonego publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej potwierdzającego, iż zaoferowany implant posiada możliwość jego obciążania przez procesor mowy w czasie krótszym niż 2 miesiące.

Odwołujący potwierdził możliwość wczesnego obciążania implantu w tabeli załącznika Tom III Opis przedmiotu zamówienia wpisując „tak”, przedłożył dwa badania naukowe:

1) Stabilność, niezawodność i tolerowalność nowatorskiego systemu implantu BAHA: dane zbierane przez sześć miesięcy podczas wielośrodkowego badania klinicznego (str. 68 oferty) opublikowane w *Otology & Neurotology*;

2) Czas potrzebny na osseointegrację przed obciążeniem systemu BAHA (str. 81 oferty) opublikowane w *The Laryngoscope*;

oraz dodatkowo:

3) oświadczenie producenta o możliwości wcześniejszego obciążania implantu procesorem dźwięku (str. 87 oferty);

2) referencje z Kliniki Otolaryngologii Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku potwierdzające obciążanie implantów Oticon procesorami mowy w szóstym tygodniu po zabiegu, a więc w okresie wyraźnie krótszym aniżeli wymagał tego zamawiający.

Zamawiający 8 września 2011 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, żądając badania naukowego, doniesienia potwierdzonego publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej potwierdzającego możliwość wczesnego obciążania implantu.

Odwołujący ponownie przedłożył ww. badania zaznaczając w tekście fragmenty odnoszące się do implantów charakteryzujących się identycznymi parametrami fizycznymi jak zaoferowane, a więc potwierdzające, że zaoferowany implant może zostać obciążony przed upływem dwóch miesięcy.

Odwołujący przypuszcza, iż nie przyznanie punktacji w zakresie parametru: możliwość wczesnego obciążania implantu wynika z błędnej interpretacji przedłożonych badań. Oba badania nie wskazują wprost z nazwy implantów Oticon Medical, ale odnoszą się do typu implantu, który swoimi parametrami (w szczególności: długością, średnicą, materiałem wykonania, powierzchnią Brannenmarka) odpowiada implantom oferowanym przez odwołującego. Skoro więc wyniki badań potwierdzają wymagania zamawiającego i odnoszą się do implantu oferowanego przez odwołującego nie ma podstaw, by nie przyznać w punktów za spełnianie parametru.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że potwierdzeniem możliwości wcześniejszego obciążania są również przedłożone w ofercie oświadczenia, w tym referencje z Uniwersytetu Klinicznego w Gdańsku, w którym stwierdzono, że obciążanie implantów Oticon Medical po okresie krótszym aniżeli 2 miesiące jest standardową procedurą. Podkreślił, że gdyby nie doniesienia naukowe potwierdzające możliwość obciążania implantów o długości 4mm, średnicy 3,75mm, o powierzchni Branemarka (w tym przedłożone przed odwołującego publikacje w prasie międzynarodowej), zarówno Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, jak i inne szpitale i kliniki nie obciążałyby implantów Oticon Medical procesorami mowy przed upływem dwóch miesięcy.

Na potwierdzenie powyższego, odwołujący załączył oświadczenie wynalazcy wskazanego w patentach na oba implanty - zarówno Oticon Medical jak i Cochlear, który potwierdził pismem z dnia 25 listopada 2011 r. identyczne parametry obu implantów oraz możliwość ich wcześniejszego obciążania.

3. Sygnalizacja zmiany programów (w tym wizualna) - spełnia: 10 pkt, nie spełnia 1 pkt.

Odwołujący zaoferował sygnalizację akustyczną zmiany programów, gdyż taką oferowane urządzenie posiada. Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku zamawiający postanowił punktować posiadanie sygnalizacji zmiany programów zaznaczając jednocześnie, iż za punktowane rozwiązanie uzna również sygnalizację wizualną zmiany programów, której przydatność w urządzeniu noszonym za uchem jest żadna lub marginalna (użytkownik musiałby używać dwóch luster w celu odczytania jej sygnałów). Wobec powyższego nieprzyznanie punktów za spełnienie wymagania wydaje się nie mieć uzasadnienia.

4. Możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę - spełnia: 4 pkt, nie spełnia 1 pkt.

Urządzenia dostarczane przez odwołującego są wysoce wyspecjalizowane i technologicznie zaawansowane. Jednakże pomimo dedykowanych procesorów na stronę lewą i prawą możliwe jest wykorzystanie procesora lewego na prawym uchu jak i też odwrotnie - prawego na lewym.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedłożył oświadczenie producenta potwierdzające wymaganie zamawiającego (str. 40 uzupełnienia do oferty).

Reasumując, wskazał, że na rynku implantów słuchowych kotwiczonych w kości funkcjonują tylko dwa podmioty: firma Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus z Wrocławia oraz firma Oticon Medical AB, reprezentowana w Polsce przez spółkę Oticon Polska Sp. z o.o., przy czym odwołujący, będący częścią międzynarodowego holdingu o

ponad stuletniej tradycji, zajmujący się produkcją aparatów słuchowych, aparatury diagnostycznej i urządzeń wspomagających słyszenie wprowadził do sprzedaży implanty zakotwiczone w kości z początkiem 2010 r., stając się tym samym jedynym potencjalnym konkurentem dla dotychczasowego monopolisty - wykonawcy Medicus.

Podniósł, że cały przebieg postępowania, najpierw próba utrudniania konkurencji przez postanowienia SIWZ (wyrok KIO 1344/11), następnie bezpodstawne wykluczenie odwołującego (wyrok KIO 2148/11), obecnie nieprzyznanie punktów za poszczególne parametry, świadczy o intencji zamawiającego jaką jest utrudnianie wykonawcy Oticon dostępu do rynku. Gdyby nie niesprawiedliwe potraktowanie odwołującego - jego oferta uzyskałaby przewagę punktową i została wybrana za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego uczestnik postępowania MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący, jako jeden z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu, posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc odwołanie.

W zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, dotyczących wyłącznie nieprzyznania punktów w czterech ocenianych warunkach (parametry zestawów implantu zakotwiczonego do kości na przewodnictwo kostne BAHA, wraz z procesorem dźwięku) - „ocena techniczna”, Izba ustaliła, co następuje.

Po zmianie SIWZ, w Tomie III Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wprowadził wymagania w zakresie dwóch parametrów - ocenianych warunków, zobowiązując wykonawców do potwierdzenia:

- 1) możliwości wykonania nieinwazyjnego pomiaru stabilności zaoferowanego implantu;
- 2) możliwości wczesnego obciążania implantu - poniżej 2 miesięcy (zaoferowany implant posiada możliwość obciążania bezpośrednio poprzez tytanowy wspornik, w czasie krótszym niż 2 miesiące)

- badaniami naukowymi, doniesieniem potwierdzonym publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej (ze wskazaniem miejsca i czasu).

Dwa pozostałe oceniane warunki dotyczyły:

- 3) sygnalizacji zmiany programów (w tym wizualna);

4) możliwości wykorzystania tego samego procesora na lewą i prawą stronę.

W formularzu ofertowym odwołujący podał producenta i nazwę handlową oferowanego przedmiotu zamówienia – OTICON MEDICAL AB, zestaw implantu OTICON PONTO z procesorem PONTO.

1. Odnosnie potwierdzenia pierwszego parametru - możliwość wykonania nieinwazyjnego pomiaru stabilności zaoferowanego implantu badaniami naukowymi, odwołujący załączył jedyne opracowanie pt. „Ocena zastosowania urządzenia Periotest do pomiarów ruchomości implantów twarzoczaszki w punkcie wyjściowym”, w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski.

Na rozprawie odwołujący wskazał, jako istotne części opracowania: str. 55 „wnioski”, str. 49 pierwszy akapit od góry (charakterystyka urządzenia Periotest) oraz str. 48 czwarty wiersz od góry (opis dotyczący celu opracowania) – tłumaczenia na język polski.

Ze wskazanych części, wynika, że celem opracowania jest ewaluacja wiarygodności aparatu Periotest do pomiarów ruchomości w punkcie wyjściowym implantów twarzoczaszki umieszczonego w próbce mokrej ludzkiej kości (pobranej z zabalsamowanych zwłok mężczyzny - str. 49 „Procedury doświadczalne”) oraz, że urządzenie Periotest (Siemens, Bensheim, Niemcy) jest w stanie wygenerować powtarzalne siły uderowe, które mogą być wykorzystane do zmierzenia zdolności amortyzacji przyzębia i tkanki wokół implantu.

We wnioskach końcowych zamieszczono informację, że na podstawie bieżącej pracy można zasugerować, że urządzenie Periotest w sposób odtwarzalny mierzy wartości PTV implantów twarzoczaszki, pod warunkiem, że odczyty są dokonywane w tym/tych samym/samych punkcie/punktach pionowym/pionowych pomiaru na urządzeniu implant wspornik.

Zamawiający i uczestnik postępowania potwierdzili, że badanie nie dotyczyło implantu firmy OTICON lecz implantu Nobelpharma, jedynie implant nr 15 miał zamocowany wspornik aparatu słuchowego- „Wspornik 5,5 mm (Nobelpharma AB, Gothenburg, Szwecja) dołączono do każdego implantu poza implantem 15, który został połączony ze wspornikiem aparatu słuchowego zakotwiczonego w kości (BAHA) (Nobelpharma AB, Gothenburg, Szwecja).” Wspornik wskazany w opracowaniu ma inny kształt niż oferowany przez odwołującego.

Na rozprawie podkreślono, że przedmiotem badania były implanty stomatologiczne o kształcie walca, a nie laryngologiczne o kształcie stożka, oferowane przez odwołującego oraz, że badanie przeprowadzono na martwej kości (potwierdzenie na str. 48, 50, 58, 92 oferty, także w wydrukach złożonych przez uczestnika postępowania).

Ponadto, z opracowania oraz oświadczenia uczestnika postępowania złożonego na rozprawie (na podstawie stanowiska dr n. med. Józefa M. z dnia 12.12.2011r.)

jednoznacznie wynika, że metoda pomiaru stabilności implantu zakotwiczonego w kości polega na wykonaniu pomiaru za pomocą takiej aparatury, która nie wywoła wyczuwalnych przez pacjenta wrażeń takich jak uderzenie, ucisk, stuk, donośny odgłos, czy innych niedogodności, co stanowi przeciwieństwo, w ocenie Izby dokonanej na podstawie złożonych dowodów, do opisu dotyczącego pomiaru przy pomocy urządzenia Periotest.

Załączone do odwołania oświadczenie Patrika Westerkull z dnia 25.11.2011 r., że implanty słuchowe kotwiczone w kości Oticon Ponto posiadają możliwość nieinwazyjnych pomiarów stabilności bez usuwania podpory, nie może, w ocenie Izby, zastąpić jednoznacznie sformułowanego wymaganego potwierdzenia [badaniami naukowymi, doniesieniem potwierdzonym publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej (ze wskazaniem miejsca i czasu)], opisanego w SIWZ.

2.W zakresie możliwości wczesnego obciążania implantu (poniżej 2 miesięcy), zamawiający również wymagał przedstawienia przez wykonawców badania naukowego, doniesienia potwierzonego publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej (ze wskazaniem miejsca i czasu), potwierdzającego, że zaoferowany przez wykonawcę implant spełnia wymagany parametr.

Zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, zamawiający przyznał, że załączone dwa opracowania „Stabilność, niezawodność i tolerowalność nowatorskiego systemu implantu BAHA: dane zbierane przez sześć miesięcy podczas wielośrodkowego badania klinicznego” (str. 68 – 77 oferty) i „Czas potrzebny na osseointegrację przed obciążeniem systemu Baha” (str. 81 - 85 oferty) - (tłumaczenia na język polski), nie dotyczą oferowanego przez niego implantu.

Na podstawie opracowań oraz wyjaśnień strony przeciwnej potwierdzono, że publikacje dotyczą implantu Baha firmy Cochlear Baha, oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego. Na str. 70 oferty, część „Materiały i metody”, „Implanty”, wskazano produkt testowany, czyli tytanowy implant BAHA BI300 firmy Cochlear, zaś produktem porównawczym był implant BAHA poprzedniej generacji firmy Cochlear. Z tego wynika, że całe badanie dotyczyło 2 implantów firmy Cochlear, jako implantu testowanego i porównawczego. Na str. 82 w części „Materiały i metody”, „Badania audiologiczne”, w 4 wierszu od dołu, podano, że pacjentom wszczepiono implanty w jednoetapowym zabiegu. Zastosowano wkręt tytanowy 4mm Cochlear. Na str. 81 w streszczeniu (preambuła), również pojawia się wyłącznie nazwa firmy Cochlear.

Nie ulega więc wątpliwości, że publikacje dotyczą innego implantu niż zaoferowany przez odwołującego i zostały załączone jako potwierdzające spełnianie ocenianego parametru na

zasadzie porównania parametrów obu implantów (długości, średnicy, sposobu obróbki i materiału z którego wykonano produkt).

Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego powołali się na wyrok KIO z dnia 8 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1344/11, w którym zasadność wymagania przez zamawiającego opracowań naukowych była przedmiotem rozpoznania Izby - „Izba uznała za nieuzasadniony zarzut w zakresie wymagania przez Zamawiającego przedstawienia badania naukowego odnośnie metody pomiaru stabilności implantu oraz odnośnie możliwości wczesnego obciążania implantu. Zamawiający wyjaśnił, iż jest to podyktowane dbałością o dobro pacjenta. Przedstawienie badań zapewni Zamawiającemu potwierdzenie, iż powyższe zabiegi były wykonywane, a tym samym nie narazi Zamawiającego na zarzut, iż we własnym zakresie dokonuje eksperymentów na zdrowiu pacjentów. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający może żądać różnego rodzaju dokumentów, aby potwierdzić iż oferowane urządzenia odpowiadają/potwierdzają wymagania określone przez Zamawiającego. Ponadto należy zauważyć, iż rodzaj badań wymaganych, miejsce ich przeprowadzenia, zgodnie z treścią odpowiedzi nr 2 i 3 z dnia 16 czerwca 2011 roku nie zostały ściśle określone czy ograniczone, co potencjalnie zwiększa szanse Wykonawców na ich pozyskanie i przedstawienie w ofercie.”

Ponadto Izba wskazała, że posiadanie wyników badań przeprowadzonych przez jednego z wykonawców nie ogranicza możliwości innego wykonawcy do przeprowadzenia takich badań w zakresie posiadanego urządzenia (str. 12 wyroku). Słusznie uczestnik postępowania wywiódł, że z powyższego wynika, że wykonawca nie może posłużyć się badaniem, które nie dotyczy oferowanego przez niego urządzenia.

Podobnie jak w pkt 1, Izba podziela stanowisko zamawiającego i uczestnika postępowania, że oświadczenie producenta o możliwości wcześniejszego obciążania implantu procesorem dźwięku, referencje z Kliniki Otolaryngologii Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku potwierdzające obciążanie implantów Oticon procesorami mowy w szóstym tygodniu po zabiegu, oświadczenie dyrektora sprzedaży na Europę Centralną Oticon Medical (producenta) oraz oświadczenie Patrika Westerkull z dnia 25.11.2011 r., wynalazcy wskazanego w patentach obu implantów - Oticon Medical i Cochlear, że ze względu na parametry tych implantów, nie występują żadne różnice w długości integracji kostnej, - nie mogą zastąpić jednoznacznie sformułowanego wymaganego potwierdzenia dotyczącego oferowanego implantu [badaniami naukowymi, doniesieniem potwierdzonym publikacją w prasie medycznej lub wystąpieniem na międzynarodowej konferencji medycznej (ze wskazaniem miejsca i czasu)], opisanego w SIWZ.

Przedmiotem prowadzonego postępowania odwoławczego nie jest ocena zasadności wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ, lecz przyznanie stosownych punktów ocenianej ofercie, które powinno wynikać wyłącznie z potwierdzenia, jakie złożył wykonawca, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

3. Sygnalizacja zmiany programów (w tym wizualna).

Odwołujący twierdził, że opis ten oznacza dopuszczenie każdego rodzaju sygnalizacji, a dodatkowo, też sygnalizacji wizualnej, jednak bezużytecznej. Zaoferował wyłącznie sygnalizację akustyczną potwierdzając na rozprawie, że nie ma możliwości zaoferowania sygnalizacji wizualnej.

Strona zamawiająca i uczestnik postępowania słusznie wskazali, że opis wymaganego parametru (ocenianego warunku) jest jednoznaczny. Sformułowanie „w tym wizualna”, w sposób niewątpliwy oznacza, że sygnalizacja wizualna powinna być w każdej zaoferowanej sytuacji. Zamawiający podniósł, że na etapie prowadzenia postępowania wykonawcy nie zgłaszali żadnych pytań w tym zakresie, również podczas oceny postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań, jakie zamawiający sformułował (sygn. akt KIO 1344/11), powyższa kwestia nie była w ogóle podniesiona.

Izba podziela stanowisko, że wskazany opis oznacza żądanie sygnalizacji zmiany programów, w której ma być zaoferowana sygnalizacja wizualna.

4. Możliwości wykorzystania tego samego procesora na lewą i prawą stronę.

Z opisu parametru oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że celem zamawiającego było uzyskanie procesora z możliwością wykorzystania, zarówno na lewą jak i na prawą stronę, tj. takiego procesora, który jest w zasadzie uniwersalny, czy stosowany na lewą stronę, czy na prawą stronę, będzie miał identyczny kształt. Zamawiający uzasadnił to sposobem realizacji kontraktu zawartego z NFZ, a także przesłankami organizacyjnymi związanymi z planowanymi zabiegami otolaryngologicznymi. Uznał, że wykorzystanie procesora do lewego ucha, w istocie przeznaczonego do ucha prawego, jest absurdalne przede wszystkim ze względów estetycznych. Wskazał str. 106 i 112 oferty odwołującego, z których wynika, że zaoferowany produkt jako implant jest dedykowany do lewej i prawej strony. Jest zarejestrowany jako produkt medyczny odrębnie dla każdej strony. Ponadto powołał się na dyrektywę 93/42/EWG wyraźnie dzielącą produkty na lewą i prawą stronę, co potwierdza również odrębne oznaczenie modelu.

Odwołujący zaoferował procesory dźwięku dedykowane jako lewe i prawe, które się różnią kształtem - lewostronne i prawostronne. Zapewniał na podstawie oświadczenia producenta z dnia 10 maja 2011 r., złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 8 września 2011 r., że spełniają one wymagania zamawiającego i wszystkie funkcje będą dostępne.

Jednakże przyznał, że różniące się kształtem procesory, w przypadku ich zamiany (lewy na prawą stronę i odwrotnie) będą rzutować na estetykę, gdyż wówczas zachodziłaby potrzeba odwrócenia procesora o 180°.

Izba podziela stanowisko strony przeciwnej, że celem zaoferowania pacjentowi implantu z procesorem jest polepszenie jego funkcji życiowych. Szczególnie znamienne w kwestii zamienności stosowania procesorów jest stanowisko zamawiającego, którego pełnomocnik po zademonstrowaniu procesora, wyciętego z katalogu, przez odwrócenie o 180°, oświadczył, że jako specjalista w tym zakresie, nie zaproponowałby pacjentowi takiego rozwiązania.

Na podstawie powyższego Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, nie przyznając w kryterium oceny ofert „ocena techniczna” oczekiwanej przez odwołującego ilości punktów. Należy podkreślić, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania czynności przyznania punktów, lecz ich nie przyznał w wyniku oceny oferty.

Wskazany w odwołaniu przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ. Zasady przyznawania punktów w kryterium „ocena techniczna” zostały opisane w przywoływanym wielokrotnie zestawieniu parametrów, wraz z opisem zasad potwierdzenia spełnienia parametru jako warunku ocenianego.

Odwołujący nie załączył opracowań naukowych dotyczących oferowanego przez siebie implantu w zakresie dwóch spornych parametrów, na podstawie których możliwe byłoby przyznanie punktów, oferując w tym zakresie dokumenty zastępcze. Nie zaoferował również wizualnej sygnalizacji zmiany programów, jak też uniwersalnego procesora z możliwością wykorzystania, zarówno na lewą i prawą stronę.

Zatem, zamawiający oceniając ofertę zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny, nie naruszył art. 91 ust. 1 i w konsekwencji zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

W tej sytuacji Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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), uwzględniając uzasadnione koszty postępowania odwoławczego

poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, nie wyższe niż 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: