

Sygn. akt: KIO 2899/13

**WYROK**  
**z dnia 7 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A.** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **272 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa implantów ślimakowych i procesorów mowy do systemów implantów ślimakowych*.

W dniu 16 grudnia 2013 r. wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. wniósł odwołanie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Ronest Spółka Cywilna Jerzy N., Lech R., Tomasz S. (dalej: Ronest) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 5 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 5 i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego i art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący wskazał, że kwestią sporną jest jeden z parametrów granicznych SIWZ (pkt 7 załącznika nr 1 do specyfikacji), brzmiący: „Możliwość wykonania MRI bez konieczności usunięcia magnesu”. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ronest nie określił jednoznacznie w swojej ofercie, czy rzeczywiście spełnia ww. parametr graniczny (którego niespełnienie automatycznie pociąga za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty).

Odwołujący poinformował, że złożył do Zamawiającego notatkę, z żądaniem odrzucenia tej oferty, w wyniku czego Zamawiający wezwał wykonawcę Ronest do złożenia wyjaśnień na tę okoliczność. W wyjaśnieniach z 3 grudnia br. wykonawca ten napisał, że w przypadkach, gdy pacjent posiada wszczepiony implant istnieje możliwość przeprowadzenia badania MRI (teza ogólna), niemniej poniżej zamieścił dwie szczegółowe wiadomości składające się na powyżej sformułowaną tezę ogólną. Pierwsze założenie, że jeżeli zabieg jest planowany to istnieje koniecznością zwrócenia się do producenta implantu Advanced Bionics celem ustalenia warunków przeprowadzenia takiego badania. Drugi akapit dotyczy stanu zagrożenia życia, że wtedy istnieje możliwość przeprowadzenia badania bez kontaktu z producentem, ale należy niezwłocznie przekazać po zabiegu taką informację o pacjencie do producenta. Odwołujący podniósł, że brzmienie ostatniego akapitu jest niczym innym jak stwierdzeniem przez dystrybutora tzw. stanu wyższej konieczności, dobro ratowane w postaci życia pacjenta ma zawsze priorytet bez względu na konsekwencje.

Natomiast kontra oświadczeniu dystrybutora składającego wyjaśnienia brzmią oficjalne dokumenty zawarte na stronie internetowej producenta, które zaprzeczają temu oświadczeniu. Treść ich jest dokładnie odwrotna w stosunku do tego co oświadczył zaskarżony wykonawca Ronest (dystrybutor), tym samym wynika z tego, że jego oświadczenie było nieprawdziwe, nakierowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania wykonawcy Ronest oraz odrzucenia jego oferty w oparciu o przywołane w odwołaniu przepisy ustawy. Odwołujący podniósł, że Zamawiający był świadomy tego faktu, albowiem został przez Odwołującego poinformowany o zaistniałej sytuacji, a pomimo tego nie przeprowadził on właściwego rzetelnego postępowania wyjaśniającego, poprzestając wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy (dystrybutora składającego ofertę) zainteresowanego materialnie uzyskaniem niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Ronest z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę dowody i stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Ronest, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło bowiem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (wykonawca otrzymał kopię odwołania w dniu 16 grudnia 2013 r., natomiast przystąpienie zostało zgłoszone w dniu 20 grudnia 2013 r.).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający określił parametry wymagane dotyczące implantów ślimakowych, wykonawcy natomiast w odniesieniu do każdego wymagania mieli obowiązek opisać parametry oferowane. Jednocześnie w punkcie I.3. SIWZ zamieszczono informację, że niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty.

Z treści SIWZ wynika, że na potwierdzenie spełnienia wymagań w zakresie parametrów urządzenia Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia wykonawcy, nie żądając przedłożenia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych implantów z opisem przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający opisał m.in. następujące wymagania: możliwość wykonania MRI bez konieczności usunięcia magnezu (pkt 7), możliwość tymczasowego usunięcia magnezu (pkt 8).

Wykonawca Ronest złożył ofertę, w której zaoferował dostawę implantów ślimakowych produkowanych przez Advanced Bionics AG, model HiRes 90K Advantage. W załączniku nr 1 do SIWZ (str. 3 oferty), w wierszu 7 tabeli wykonawca wypisał: *Implant jest kompatybilny z urządzeniami o natężeniu pola magnetycznego 0,3T i 1,5T. Przed badaniem niezbędny jest kontakt z Advanced Bionics. Z kolei w wierszu 8 tabeli podano informację: *Implant posiada usuwalny magnes. Ponadto wykonawca załączył do oferty kartę katalogową zawierającą specyfikację techniczną oferowanych urządzeń, w której stwierdza się, że urządzenie wyposażone jest w usuwany magnes a implant jest kompatybilny z urządzeniami MRI o natężeniu pola 0,3T i 1,5T.**

Pismem z dnia 28 listopada 2013 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że oferta złożona przez Ronest nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego, dotyczących możliwości wykonania MRI bez konieczności usunięcia magnezu oraz zawniósł o jej odrzucenie.

Pismem z dnia 2 grudnia 2013 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Ronest, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z żądaniem jednoznacznego i precyzyjnego stwierdzenia, czy w przypadku wszczepienia oferowanego implantu istnieje możliwość wykonania MRI bez konieczności usunięcia magnezu. Zamawiający zażądał również sprecyzowania sytuacji, w których niezbędny jest kontakt z Advanced Bionics przed wykonaniem badania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ronest złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że: *w przypadku wszczepienia oferowanego przez nas implantu ślimakowego istnieje możliwość wykonania MRI bez konieczności usunięcia magnezu.*

*W przypadku planowanego badania MRI pacjenta z implantem ślimakowym, w związku z wewnętrzną procedurą prowadzenia pełnej dokumentacji takich przypadków, ośrodek w którym ma być wykonane badanie proszony jest o przekazanie posiadanych informacji do Advanced Bionics. Po wprowadzeniu informacji o pacjencie do baz danych AB, niezwłocznie zostaną przekazane temu ośrodkowi informacje nt. przygotowania pacjenta, aby badanie wykonać prawidłowo z pełną kontrolą i jakością. W przypadku zagrożenia życia możliwe jest wykonanie badania bez uprzedniego kontaktowania się z Advanced Bionics. Wówczas informacje o pacjencie i badaniu należy przekazać niezwłocznie po zakończeniu procedury.*

W dniu 5 grudnia 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę Ronest, z ceną 1.510.920,00 zł (pakiet nr 1).

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Izba stwierdziła, że Zamawiający - na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz w procedurze wyjaśniającej - miał podstawy uznać ofertę wykonawcy Ronest za odpowiadającą treści SIWZ. Z kolei Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie udowodnił, że implanty oferowane przez ww. wykonawcę nie dają możliwości wykonania badania MRI bez usunięcia magnesu.

Po pierwsze należy wskazać, że wykonawca Ronest w złożonej ofercie oświadczył, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, że oferowane implanty są kompatybilne z urządzeniami o natężeniu pola magnetycznego 0,3T i 1,5T, co w ocenie Izby należy rozumieć w ten sposób, że pacjent z wszczepionym implantem może być poddany badaniu MRI o wskazanym natężeniu pola magnetycznego. Istotne jest przy tym, że Zamawiający nie ustanowił żadnych wymagań co do natężenia pola magnetycznego urządzenia, z którym implant ma być kompatybilny. Tym samym nie można uznać, że implant, który jest kompatybilny z urządzeniem o wskazanym wyżej natężeniu, nie spełnia wymagań SIWZ.

Ponadto, wykonawca - mimo braku takiego obowiązku - załączył do oferty kartę katalogową, w której producent potwierdza ww. informację na temat kompatybilności z urządzeniami emitującymi pole magnetyczne o wskazanym wyżej natężeniu.

Wobec przedstawienia w ofercie powyższych informacji Zamawiający uprawniony był do oceny oferowanych implantów jako zgodnych z wymaganiami SIWZ. Tym niemniej, w celu upewnienia się co do zgodności urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia (w zakresie, w którym Odwołujący zasygnalizował nieprawidłowości), Zamawiający wezwał wykonawcę do jednoznacznego potwierdzenia przedmiotowego parametru, potwierdzenie takie uzyskując.

Jednocześnie należy stwierdzić, że informacja o potrzebie skontaktowania się z producentem nie może być odczytywana jako brak technicznej możliwości przeprowadzenia badania MRI bez usunięcia magnezu (zwłaszcza że - jak poinformował wykonawca Ronest w wyjaśnieniach - w przypadku badań nieplanowanych taka konieczność nie występuje). Informacje na temat kontaktu z producentem, w świetle złożonych wyjaśnień, należy odczytywać raczej jako potrzebę współpracy mającą spełniać funkcję informacyjną, pozwalającą monitorować i gromadzić informacje na temat funkcjonowania implantów, prowadzić dokumentację w tym zakresie oraz udzielać wskazówki zapewniające prawidłowe wykonania badania.

Z kolei Odwołujący - na którym w postępowaniu przed Izłą spoczywał ciężar dowodu w zakresie podnoszonych zarzutów - nie wykazał, że oferowane implanty nie umożliwiają wykonania badania MRI bez usunięcia magnezu.

Odwołujący przedstawił podczas rozprawy szereg dowodów na to, że implant o nazwie Hires 90K wymaga usunięcia przed badaniem MRI (wydruki ze strony internetowej producenta, karty katalogowe i specyfikacje techniczne, tłumaczenia publikacji naukowych). Tymczasem z oferty Ronest jednoznacznie wynika, że wykonawca ten zaoferował model urządzenia o nazwie Hires 90K Advantage - taki model został przedstawiony na stronie 3 oferty oraz w załączonej do oferty karcie katalogowej. Natomiast dowody przedstawione przez Odwołującego w żadnym miejscu nie odwoływały się do typu urządzenia zaoferowanego przez Ronest.

W odpowiedzi na zarzut Zamawiającego, że złożone dowody dotyczą innego niż zaoferowany przez Ronest modelu implantu produkowanego przez Advanced Bionics, Odwołujący oparł się na gołosłownym stwierdzeniu, że są to takie same urządzenia, a różnica polega wyłącznie na sposobie zapisu nazwy handlowej. Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił tego stwierdzenia, nie wykazał, że implant o nazwie Hires 90K Advantage jest tym samym (lub też takim samym urządzeniem, o identycznych cechach) jak implant Hires 90K. Tymczasem informacje zawarte w załączonych do oferty Ronest kartach katalogowych wskazują, że Hires 90K i Hires 90K Advantage, to dwa osobne modele implantów (karty katalogowe wymieniają obie te nazwy, nie zamiennie, a obok siebie).

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, do czego był zobowiązany. Natomiast samo zgłaszanie wątpliwości i formułowanie określonych tez, nieoparte dowodami, nie może stanowić podstawy do uznania oferty za niezgodną z SIWZ i w konsekwencji do jej odrzucenia.

Reasumując należy stwierdzić, że wykonawca Ronest przedstawił ofertę, w której zgodnie z wymaganiami Zamawiającego złożył oświadczenie w przedmiocie spornych parametrów. Złożył również na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia, w których potwierdził spełnianie wymagań. Zamawiający natomiast dołożył staranności w celu ustalenia zgodności oferowanych implantów z treścią SIWZ. Odwołujący zaś nie przedstawił dowodów, które zaprzeczają informacjom przedstawionym w ofercie i wyjaśnieniach.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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:** .....