

WYROK

z dnia 10 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012 r. przez wykonawcę

MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A.

ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez

Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego

Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań,

przy udziale wykonawcy **OTICON Polska Sp. z o.o. Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław na rzecz Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę 30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości do aparatu słuchowego na przewodnictwo kostne wraz procesorem dźwięku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2 maja 2012 r. pod numerem 2012/S 84-138281, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

28 września 2012 r. odwołujący – MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 2 pkt 5 poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez bezprawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że w swojej ofercie złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o., albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku,
5. art. 91 ust. 1, gdyż, gdyby przyjąć, że Oticon Polska Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, a oferta nie podlega odrzuceniu, to ilość przyznanych punktów w ramach kryterium jakości jest nieadekwatna do rzeczywistej treści oferty,
6. art. 5 i art. 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
7. takie działanie zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności

gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie wykluczenia wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o. z postępowania lub alternatywnie odrzucenia jego oferty, a w ramach żądania alternatywnego – obniżenia przyznanej ilości punktów w ramach kryterium jakości.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w ramach oceny jakościowej dla parametru „możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (maksymalnie 8 tygodni)” przyznał Oticon Polska Sp. z o.o. 7 punktów.

W złożonej ofercie wykonawca ten oświadczył: „Możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu po dwóch tygodniach od wszczęcia dzięki złączu (modułowi) X-press™ (potwierdzone doniesieniem na XI międzynarodowej konferencji w Sztokholmie, Szwecja, 30 czerwca – 3 lipca 2010 r., na temat implantów ślimakowych i innych implantowanych technologii słuchowych – X-press™ Coupling for Bone Conduction Hearing Devices”) str. 25, 26, 40”.

Zdaniem odwołującego wykonawca ten nie powinien uzyskać 7 punktów, lecz maksymalnie 5 punktów za ten parametr, ponieważ w złożonej ofercie brakuje potwierdzenia, że powyższe doniesienie dotyczy zaoferowanego w postępowaniu implantu o średnicy (liczonej bez kołnierza) 4,5 mm. W dostarczonym abstrakcie znajduje się informacja o długości implantu, brak jest informacji dotyczącej średnicy badanego implantu. Jednak w roku 2010 w ofercie Oticon Medical znajdował się implant o średnicy 3,75 mm, a implant o średnicy 4,5 mm znajduje się w ofercie dopiero od roku 2012, a w katalogach produktowych załączonych do oferty oznaczony jest jako „nowość”. Nawet przyjmując tezę, że firma Oticon Medical w roku 2010 przeprowadzała badania na nieoferowanym na rynku implancie o średnicy 4,5 mm, brak o tym informacji w badaniach. W złożonej ofercie brak jest informacji o tym, że zaoferowany implant o średnicy 4,5 mm, wykonany w technologii Optigrip, może być obciążany poniżej 3 tygodni. Załączony do oferty abstrakt wystąpienia winien odnosić się do przedmiotu zamówienia, czego wymagał zamawiający, a nie do poprzedniej generacji implantów (co ma miejsce na stronach oferty 25 i 26). Badanie przeprowadzone przez dr. G. Grangstroma, które było prezentowane w 2010 roku, odnosi się do „możliwości stosowania rozwiązania X-press™ w celu przyspieszenia momentu obciążenia”. Badanie to było przeprowadzone w czasie, gdy firma Oticon nie posiadała implantu o średnicy 4,5 mm – implant o tej średnicy został wprowadzony przez Oticon Medical dopiero od kwietnia 2012 r. Gdyby implanty o średnicy 4,5 mm były poddawane w latach 2009 i 2010 próbom wczesnego obciążenia, taka informacja musiałaby znaleźć się w treści abstraktu, plakatu, czy publikacji. Doniesienie nie znalazło swojego odzwierciedlenia w publikacji, która jest

następstwem doniesienia czy plakatu. Brak jest też jakichkolwiek publikacji medycznych na ten temat.

Doniesienie przytoczone przez Oticon Polska Sp. z o.o. nie jest doniesieniem, na którym można oprzeć praktykę lekarską. Istotna jest również informacja samego producenta, która znajduje się na stronie 40 oferty Oticon Polska Sp. z o.o., zgodnie z którą moduł X-press™ ułatwia łączenie i odłączenie procesora dźwięku. Brak jest tu informacji o przeznaczeniu do wczesnego obciążania. Zatem skoro założeniem producenta była łatwość obsługi, to nie można traktować tego rozwiązania jako środka służącego do wczesnego obciążania. Świadczyć o tym może brak innych doniesień oraz fakt, że firma Oticon Medical nie wydała w tym zakresie żadnej modyfikacji wskazań odnośnie obciążenia.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, że zamawiający oczekuje jakiegokolwiek dodatkowego elementu poza wiertłami, ostrzami dermatomu, implantami wraz ze wspornikami, nakładkami na czas gojenia, przebijakami do skóry oraz procesorami dźwięku.

Na oficjalnej stronie firmy Oticon Medical znaleźć można publikację o nowym implancie Ponto, w której znajdują się wytyczne, jakie podaje Oticon Medical w zakresie obciążenia, z której wynika, iż ostatnie publikacje naukowe wskazują, że procesor dźwięku można obciążać po 3-5 tygodniach u dorosłych pacjentów z tradycyjnym implantem o średnicy 3,75 mm typu Brånemark, podczas gdy raport z 2005 r. określa, że implanty mogą być obciążane 4-6 tygodni od zabiegu. W ww. publikacji brak jest wzmianki na temat stosowania złącza X-press™ w celu przyspieszenia obciążenia lub jakiegokolwiek innej informacji o możliwości obciążania samego implantu przed trzecim tygodniem (zaoferowany implant o średnicy 4,5 mm jest implantem wykonanym w opisywanej w tym opracowaniu technologii typu Brånemarka).

O tym, że implantów Oticon Medical nie można obciążać w podanym przez wykonawcę terminie świadczą również niezbicie informacje zawarte w instrukcji chirurgicznej, w której wskazano, że „złącze X-press™ umożliwia delikatniejsze łączenie procesora dźwięku z zaczepem i ich rozłączanie. Funkcja ta jest bardzo przydatna dla pacjentów oraz ich rodziców lub opiekunów, dla których łączenie i odłączanie procesora dźwięku jest nieprzyjemne z powodu wymaganej do tego siły. Należy podkreślić, że podczas stosowania złącza X-press™ jakość słyszenia z procesora dźwięku może być lekko obniżona w zakresie dużych częstotliwości, ponieważ wibracje przed dotarciem do zaczepu i implantu muszą przejść przez złącze X-press™. Uwaga: Zaleca się korzystanie z linki bezpieczeństwa, ponieważ przy stosowaniu złącza X-press™ procesor dźwięku może się łatwiej odłączyć.”

W związku z powyższym wymóg zamawiającego nie został spełniony przez zaoferowany produkt – implanty Oticon Ponto o średnicy 4,5 mm można obciążać między 3 a 5

tygodniem, zgodnie z rekomendacją wynikającą z ww. treści publikacji producenta. Zgodnie z informacją producenta, złącze X-press™ nie jest przeznaczone do wcześniejszego obciążania, a jedynie ułatwia łączenie procesora z zaczepem, w czego efekcie dochodzi do zaistnienia różnych nieprzyjemnych dla użytkownika konsekwencji. Na podstawie informacji z instrukcji chirurgicznej dostępnej na stronie internetowej Oticon Medical, obciążenie implantu może mieć miejsce dopiero po procesie osseointegracji.

Za ten parametr zamawiający powinien więc przyznać Oticon Polska Sp. z o.o. maksymalnie 5 punktów, stąd maksymalna liczba punktów dla kryterium oceny technicznej powinna wynosić 13. Tym samym odwołujący uzyskałby 87,22 punktów (w tym 24 punkty w kryterium oceny technicznej), a Oticon Polska Sp. z o.o. 86,25 punktów (w tym 13 w kryterium oceny technicznej).

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na piśmie. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Stwierdził, iż należy wziąć pod uwagę również dokumenty i wyjaśnienia, które Oticon Polska Sp. z o.o. złożył 8 sierpnia i 3 września 2012 r., co do których nie sposób zaprzeczyć, iż odnoszą się do zaoferowanego implantu.

Jeżeli zamawiający ocenił ofertę zgodnie z przedstawionymi mu dokumentami i zasadami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustawie Prawo zamówień publicznych, nie można mu zarzucić naruszenia jakichkolwiek przepisów.

Co do załączonego do oferty dokumentu, to zamawiający wskazał, iż może być doniesienie z konferencji naukowej, dlatego, choć wolałby bardziej obszerny dokument, dokument złożony uznał za wystarczający. W dokumencie tym nie było informacji, jakiego implantu on dotyczy, skoro jednak został złożony do implantu oferowanego, a w wyjaśnieniach z 3 września 2012 r. przystępujący wskazał, że w skład oferowanego implantu wchodzi złącze X-press™, zamawiający nie miał powodu kwestionować tego oświadczenia wykonawcy i złożonego dokumentu.

Co do procesu osseointegracji stwierdził, iż kiedyś uważano, że aby zainstalować procesor, musi nastąpić pełen proces osseointegracji, obecnie uważa się, że można obciążać implant przed jego zakończeniem.

Przedmiotem oferty był zestaw implantu, natomiast na str. 40 oferty Oticon Polska Sp. z o.o. wskazano akcesoria, m.in. owo złącze X-press™. Poza tym wykonawca ten złożył oświadczenie z 8 sierpnia i 3 września 2012 r., że przedmiotowe złącze wchodzi w skład oferowanego systemu implantu i jest objęte zaoferowaną ceną. Wykonawca nie miał obowiązku wpisania tego złącza w formularzu ofertowym, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia dopuszczała możliwość modyfikacji opisanego zestawu oraz formularza ofertowego.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił Oticon Polska Sp. z o.o. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał oświadczenie, że implant można obciążać już po 2 tygodniach od operacji, a przedmiotem prezentacji podczas konferencji nie były konkretne implanty, ale złącze X-press™ stosowane przez Oticon Medical.

Okazał cały implant wraz z procesorem oraz złączem X-press™ i zaprezentował metodę działania złącza stwierdzając, iż dzięki zastosowaniu tego rozwiązania nie trzeba siłowo wciskać procesora do implantu.

Stwierdził również, iż szerszy implant zrasta się szybciej niż implant o mniejszej średnicy. Zwrócił uwagę, iż załączony do oferty certyfikat dotyczy rynku europejskiego, natomiast na rynku amerykańskim implant ten mógł pojawić się wcześniej, gdyż taka jest ogólna praktyka, poza tym zanim się wprowadzi dany wyrób na rynek, prowadzi się dość długotrwałe badania. Co do możliwości obciążenia implantu po 2 tygodniach oczywiste jest, iż zależy to od zdolności gojenia u danego pacjenta. Zasadniczo nie stosuje się tak krótkich terminów, gdyż konieczne jest wygojenie się rany wokół implantu, które trwa około 6 tygodni.

W przedstawionej przez odwołującego broszurze nie ma informacji o złączach X-press™, dotyczą one standardowego produktu, natomiast te złącza pozwalają na wcześniejsze obciążenie implantu ze względu na to, iż największe niebezpieczeństwo jego naruszenia związane jest z koniecznością użycia siły podczas osadzania procesora – jego wciśnięcie. Cytowane z broszury fragmenty dotyczą implantu o średnicy 3,75 mm, natomiast implanty szersze wymagane są po to, aby szybciej można było umieścić na nich procesor.

Przedstawił oświadczenie producenta, w którym oświadcza on, iż funkcjonalność złącza X-press™ jest identyczna dla wszystkich modeli implantów Oticon Ponto, zaczepek i procesorów dźwięku wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

Zwraca uwagę, iż badanie naukowe musi mieć pewien poziom ogólności.

Wskazał, iż na str. 24 oferty oświadczył, że cena oferty obejmuje urządzenia w pełni przystosowane i gotowe do spełnienia funkcjonalności wymaganej przez zamawiającego, a dotyczy ono obciążenia implantu procesorem dźwięku po 2 tygodniach od zabiegu. Przystępujący przedstawił potwierdzenie możliwości obciążenia implantu zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a odwołujący wskazuje jedynie na swoje opinie i przypuszczenia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie 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 w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający ustalił dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej – cena oraz ocena techniczna.

Podczas postępowania złożono dwie oferty, które zamawiający ocenił następująco: oferta przystępującego 70 punktów w kryterium ceny oraz 18,75 w kryterium oceny technicznej , razem 88,75 punktów oraz odwołującego – odpowiednio w ww. kryteriach 57,22 punktów i 30 punktów, razem 87,22 punktów.

W związku z powyższym za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez przystępującego – Oticon Polska Sp. z o.o.

Jednym z parametrów ocenianych w ramach kryterium oceny technicznej była „możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (maksymalnie 8 tygodni)”: poniżej 3 tygodni – 7 punktów, 3-5 tygodni – 5 punktów, powyżej 5 tygodni – 3 punkty, z tym, że zamawiający dla przyznania odpowiedniej liczby punktów wymagał potwierdzenia w postaci załączonego do oferty artykułu na łamach prasy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej. Brak takiego potwierdzenia skutkowało dla każdego z ww. okresów przyznaniem wyłącznie 1 punktu.

Przystępujący w ofercie zadeklarował możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu po dwóch tygodniach od wszczęcia dzięki złączu (modułowi) X-press™ potwierdzone doniesieniem na XI międzynarodowej konferencji w Sztokholmie, Szwecja, 30 czerwca – 3 lipca 2010 r., na temat implantów ślimakowych i innych implantowanych technologii słuchowych – „X-press™ Coupling for Bone Conduction Hearing Devices” (poz. 3 tabeli „Zaoferowane parametry techniczne”, str. 7 oferty).

W ramach wymaganego potwierdzenia załączył do oferty wyciąg z prezentacji G. Grangstroma z Sahlgrenska Academy (Szwecja) na temat „X-press™ Coupling for Bone Conduction Hearing Devices” (Złącze X-press™ przeznaczone do aparatów słuchowych na przewodnictwo kostne) wraz z tłumaczeniem powołując się na konkluzję, że „złącze X-press™ może być używane jako alternatywa dla złącza zatrzaskowego dla standardowych

procesorów dźwięku na przewodnictwo kostne. Dzięki urządzeniu X-press™ obciążanie implantu możliwe jest już po 2 tygodniach od wszczęcia implantu.” (str. 25-26 oferty).

Z opisu badania wynika, że podczas zabiegów wszczepiano implant 4 mm OBC (Oticon Medical, Gothenburg, Szwecja) w kość skroniową bądź ciemieniową.

Pismem z 6 sierpnia 2012 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu stwierdzając, że dołączona do oferty prezentacja nie wskazuje, iż w prezentowanym badaniu zastosowany został zaoferowany implant.

W odpowiedzi (pismo z 8 sierpnia 2012 r.) przystępujący ponownie powołał się na powyższe doniesienie stwierdzając, że zaoferowany implant jest kompatybilny ze złączem X-press™, które to złącze jest rozwiązaniem zaprojektowanym przez Oticon Medical w celu umożliwienia wczesnego obciążania wszystkich typów implantów i zaczepek Oticon Medical. Załączony dokument potwierdza, że przy zastosowaniu złącza X-press™ możliwe jest bezpieczne obciążanie implantów słuchowych zakotwiczonych w kości po dwóch tygodniach – i taka informacja znajduje się w konkluzjach prezentacji.

Pismem z 28 sierpnia 2012 r. zamawiający poprosił o wyjaśnienia przeznaczenia ww. złącza, gdyż w ofercie wskazano jedynie, że ułatwia ono łączenie i odłączenie procesora dźwięku oraz o złożenie oświadczenia, że złącze to wchodzi w skład oferowanego systemu implantu Oticon Ponto.

Odpowiadając (pismo z 3 września) przystępujący wskazał, że na str. 24 oferty wskazano, że cena oferty obejmuje urządzenia w pełni przystosowane i gotowe do spełnienia powyższej funkcjonalności wymaganej przez zamawiającego, tj. możliwości obciążenia implantu po dwóch tygodniach po zabiegu. Oświadczył także, że złącze X-press™ ułatwia łączenie i odłączanie procesora dźwięku poprzez niemal całkowite wyeliminowanie sił wywieranych na zaczepek i pośrednio na implant podczas zatraskiwania procesora dźwięku oraz pozwala na obciążanie implantów procesorami mowy już po dwóch tygodniach po zabiegu (także dzięki niemal całkowitemu wyeliminowaniu sił wywieranych na zaczepek i pośrednio na implant podczas zatraskiwania procesora dźwięku na zaczepek), co potwierdzają strony 25-26 oferty.

W oparciu o powyżej przytoczone fragmenty oferty (poz. 3. tabeli „Zaoferowane parametry techniczne”, str. 7 oferty, oświadczenie na str. 24 oferty) i wyjaśnień Oticon Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że wykonawca ten bez wątpliwości zaoferował w ramach „zestawu implantu zakotwiczony w kości do aparatu słuchowego na przewodnictwo kostne” (pozycja 1. tabeli wyceny, str. 4 oferty) złącze X-press™.

Z treści oferty (poz. 3. tabeli „Zaoferowane parametry techniczne”), jak i wyjaśnień przystępującego złożonych zamawiającemu oraz podczas rozprawy wynika, że przystępujący możliwość obciążenia zaoferowanego implantu już po 2 tygodniach od wszczepienia oparł nie na samych właściwościach standardowego implantu (jak jest np. w przypadku implantu oferowanego przez odwołującego), lecz na zastosowaniu złącza X-press™, które pozwala na łatwiejsze (delikatniejsze) połączenie procesora z implantem, przez co minimalizuje się ryzyko urazu świeżej rany podczas osadzania procesora w implancie.

Nie ma tu znaczenia, czy właściwość ta była celem samym w sobie producenta, czy jest tylko „skutkiem ubocznym”, istotne, że taki efekt jest osiągany (a przynajmniej nie zostało dowiedzione, że nie jest osiągany).

Przy tym przystępujący wskazał, że przedstawione przez odwołującego informacje z broszur producenta (możliwość obciążenia implantu procesorem po nie mniej niż 3 tygodniach) dotyczą implantów standardowych, tj. bez zastosowania złącza X-press™, a odwołujący nie wykazał faktu przeciwnego.

Również opinii dr. Dobrzyńskiego nie można uznać za miarodajną informację o charakterze ogólnym, lecz jedynie za opis jego własnych doświadczeń w odniesieniu do niewielkiej liczby pacjentów.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący nie dowiódł nieprawdziwości oświadczenia przystępującego o tym, że istnieje możliwość obciążania zaoferowanego implantu już po dwóch tygodniach, zatem nie ma podstaw do wykluczenia Oticon Polska Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu czy odrzucenia jego oferty.

Izba co prawda zwróciła uwagę, że w przedstawionym podczas rozprawy oświadczeniu producent odniósł się jedynie do możliwości zastosowania złącza X-press™ do wszystkich implantów, a nie potwierdził – dzięki jego zastosowaniu – możliwości obciążenia implantu już po dwóch tygodniach, jednak ze względu na to, że nie było obowiązku przedstawienia takiego oświadczenia (ani zamawiającemu, ani podczas rozprawy), nie wywiodła z tego faktu negatywnych konsekwencji procesowych wobec przystępującego.

Tym samym do oceny pozostała kwestia, czy Oticon Polska Sp. z o.o. za parametr „możliwość wczesnego obciążenia implantu” powinien otrzymać 7 punktów, czy też 1 punkt – ze względu na brak jego potwierdzenia artykułem naukowym lub doniesieniem z konferencji naukowej (w istniejącym stanie faktycznym przyznanie 5 punktów, na które wskazał odwołujący, byłoby nieprawidłowe, gdyż brak jest wymaganego potwierdzenia tego okresu publikacją naukową/doniesieniem z konferencji).

W tym zakresie odwołujący wskazał, że załączone doniesienie z konferencji w Sztokholmie nie odnosi się do zaoferowanego implantu, który w 2010 r. nie był jeszcze dostępny.

Tu Izba podzieliła zarówno opinię odwołującego, że artykuł naukowy czy doniesienie z konferencji powinno dotyczyć oferowanego implantu, jak i przekonanie, że w 2010 r. implant ten mógł w ogóle jeszcze nie istnieć. Przystępujący wbrew swoim argumentom o rynku amerykańskim i badaniom, tego faktu nie dowiódł.

Izba wzięła jednak pod uwagę specyfikę oferowanego przez przystępującego zestawu implantu.

Jak już wskazano powyżej – podstawą zadeklarowania terminu 2-tygodniowego nie były szczególne właściwości samego implantu, lecz zastosowanego złącza X-press™. Doniesienie z konferencji również nie dotyczy badań konkretnych implantów jako takich, lecz wpływu złącza X-press™ na skrócenie czasu oczekiwania na dopasowanie. Wskazuje na to tytuł streszczenia: „X-press™ Coupling for Bone Conduction Hearing Devices” (Złącze X-press™ przeznaczone do aparatów słuchowych na przewodnictwo kostne), jak i informacje w akapicie „Tło badań”: „Obciążenie implantu procesorem dźwięku zasadniczo może być przeprowadzone po dwóch miesiącach od zabiegu chirurgicznego. Istnieje potrzeba skrócenia czasu oczekiwania na dopasowanie. Jako alternatywę dla standardowego łączenia zatrzaskowego, łącze X-press™ przetestowano uzyskując możliwość obciążenia procesorem już po dwóch tygodniach po zabiegu chirurgicznym.”

Podczas rozprawy podniesiono także, że większa średnica implantu skutkuje możliwością szybszego obciążenia implantu oraz że największe niebezpieczeństwo jego naruszenia związane jest z koniecznością użycia siły podczas osadzania procesora – co nie było sporne.

Przystępujący przedstawił też oświadczenie producenta, że złącze X-press™ można zastosować do wszystkich typów produkowanych przez niego implantów.

W oparciu o to Izba stwierdziła, że chociaż przedstawione przez G. Grangstroma badania najprawdopodobniej nie były przeprowadzone na implantach o średnicy 4,5 mm, nie można jednak zaprzeczyć, że dotyczą także tych implantów – pod warunkiem zastosowania w nich złącza X-press™, gdyż badane były efekty zastosowania samego złącza na skrócenie czasu oczekiwania na obciążenie implantu procesorem. Nie jest to może idealna informacja, którą zamawiający spodziewał się uzyskać, gdyż odnosi się do specyficznego rozwiązania zastosowanego przez Oticon Medical, jednak z drugiej strony – nie można też odpowiedzieć negatywnie w stosunku do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. że informacja ta nie potwierdza możliwości wczesnego obciążenia oferowanego implantu (dzięki złączu X-press™).

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający powziął prawidłową decyzję o przyznaniu Oticon Polska Sp. z o.o. liczby punktów dla tego parametru.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

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. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: