

Sygn. akt: KIO 983/12

**WYROK**  
**z dnia 25 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2012 r. przez wykonawcę **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., PI. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin,**

przy udziale wykonawcy **OTICON POLSKA Sp. z o.o., PI. 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., PI. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** i 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., PI. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Lublinie.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Wykonawca - MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Wrocławiu [Odwołujący] wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, którego przedmiotem jest „Dostawa implantów laryngologicznych zakotwiczonych na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku”. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy OTICON Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. dokonał wyboru oferty, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej; art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia (nieodrzuconie) oferty wykonawcy, albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jednocześnie jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny ofert w szczególności poprzez przyznanie jej zawyżonej ilości punktów w parametrach opisanych poniżej, pomimo, że oferowany sprzęt i usługi nie posiadały zadeklarowanych parametrów i funkcjonalności) oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście. W konkluzji stwierdził, że 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 powtórzenia czynności oceny ofert. Ergo ma to doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie wyboru oferty odwołującego i udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego. Nadto w wyniku ponownej oceny ofert, oferta wykonawcy Oticon Sp. z o.o. winna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również z najdalej idącej ostrożności zwracamy uwagę, że w wyniku wadliwej oceny otrzymała ona zawyżona ilość punktów. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że parametr - możliwość wykonania pomiarów stabilności implantu (metody nieinwazyjnej) ma charakter parametru granicznego i a jego niespełnienie winno

skutkować odrzuceniem oferty. Dalej wykonawca podał, że dokonał analizy prawdziwości informacji o możliwym pomiarze RFA poprzez wspornik. Stanowisko odwołującego zostało przekazane zamawiającemu w postaci dwóch odrębnych pism poświęconych tej kwestii, które są częścią dokumentacji przetargowej i są w posiadaniu zamawiającego a które zawierają uzasadnienie merytoryczne podniesionego zarzutu. Zamawiający nie zweryfikował prawidłowo dokumentów potwierdzających zaoferowanie w zasadzie nowej konstrukcji (nowej śruby skręcającej implant) bez modyfikacji dokumentów rejestracyjnych co potwierdza w/w notatka. Podał także, że uwzględnienie żądania odrzucenia oferty wpływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Nadto wadliwe wyliczenie ilości punktów miało wpływ na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. „Wszystko razem” — tj. petryfikacja obecnego stanu rzeczy stanowiłaby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe. Wykonawca domaga się także obniżenia ilości punktów za parametry i usługi których zaoferowany sprzęt i wykonawca nie spełnia. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Ustęp 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, z czym mamy do czynienia w przypadku złożenia ofert} Oticon Sp. z o.o. Kwestionując ocenę punktową oferty Oticon wykonawca stwierdził, że przydzielenie punktów za spełnienie parametru ocenianego: „Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem - 2 punkty jest nieuzasadnione [str 56 oferty], albowiem w tym zakresie dochodzi do zafałszowania rzeczywistości, gdyż *de facto* zaskarżony wykonawca opisuje kilkakrotnie OBUDOWĘ używając słów zaznaczonych wytłuszczonym drukiem. Nie można „kreować rzeczywistości” jakoby „odpowiednie ukształtowanie wlotów... ” stanowiło inne, nie znajdujące się w obudowie (np. będące dodatkowym elementem ) zabezpieczenie. Wykonawca podkreślił, że Zamawiający wymagał po pierwsze liczby mnogiej zabezpieczeń po drugie na stronie 56 oferty znajdujemy tylko informację o nanopowłoce. Brak jest jakiegokolwiek informacji o zabezpieczeniu przed dostaniem się kurzu do środka lub określenia „mikrofony zabezpieczone nanopowłoka”. Dlaczego ta informacja jest dowodem na okoliczność, że nanopowłoka to tylko i wyłącznie lakier stosowany zewnętrznie do pokrycia obudowy. Dzięki czemu krople wody mają tendencję do nie rozlewania się. Po drugie wlot/gniazdo mikrofonów to otwór, nie

zabezpieczony. Jeśli kropla dostałaby się do środka i nawet gdyby mikrofon posiadał pokrycie nanopowłoka wówczas ta kropla zalegała by w tym urządzeniu do czasu jej samoczynnego lub wspomaganego wyschnięcia. Jego zdaniem urządzenie Oticon nie posiada zabezpieczenia przed kurzem i pyłem w inny sposób niż sama obudowa, tym samym warunek z opisu przedmiotu zamówienia pozwalający na uzyskanie punktów za to kryterium nie został spełniony. W zakresie drugiego z parametrów „Możliwość zmiany fabrycznych, parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego” także przyznanie 2 punktów jest niezasadne, gdyż Oticon Sp. z o.o. nie posiada zadeklarowanych funkcjonalności. Dowodem na okoliczność są oświadczenia samej zaskarżonej Spółki. Wykonawca wskazał na wyroku KIO 0160/2011 i przywołał sentencję: „- odnośnie parametru 5 — „Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego — tak — 10punktów; nie — 0punktów” - Izba stwierdziła, że „nie ma takiej konieczności, aby preferować dokonywanie manualnego regulowania aparatu a dyskryminować możliwość elektronicznego ustawiania pożądanych parametrów wzmocnienia w urządzeniu. Efekt możliwości zmian ustawień aparatu w punktach protetycznych, można osiągnąć przewidując możliwość ręcznej regulacji, a także regulacji komputerowej z zastosowaniem nieodpłatnego\ dodatkowo oprogramowania, które wykonawca będzie zobowiązany przekazać zamawiającemu i do punktów protetycznych, co zdaniem odwołującego nie będzie stanowić żadnego problemu. Dlatego zamawiający powinien zmodyfikować postanowienie dotyczące parametru 5, aby w sposób nieuzasadniony nie utrudniać uczciwej konkurencji”. Wskazał także na (...) odwołanie do KIO nr 2189\_2010 w sprawie przetargu EDZ 242-116/10 w którego treści Oticon Polska pisze: „5. Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL, pkt I. 8) - możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego. Odwołujący wyjaśniał, że wskazany parametr jest możliwy do spełnienia wyłącznie za pomocą trzech przycisków w obudowie urządzenia Cochlear. Za pomocą klawiszy można w urządzeniu wybrać jedynie stronę - ucho lewe/prawe — (co wynika z faktu, że dla obu uszu Cochlear oferuje takie samo urządzenie), zmienić wielkość wzmocnienia, zmienić wzmocnienie tonów niskich i włączyć/ wyłączyć sygnalizację świetlną. W opinii Odwołującego wymagane rozwiązanie nie tylko jest zupełnie nieprzydatne i faktycznie niestosowane w praktyce, to jeszcze biorąc pod uwagę stopień zawansowania technologicznego procesorów mowy oraz złożoność i współzależność wielu dziesiątek parametrów funkcja taka stwarza ryzyko rozregulowania procesora mowy przez pacjenta i nie pozwala na precyzyjne dopasowanie do jego potrzeb”. W ocenie odwołującego – co do trzeciego z parametrów - bez pokrycia pozostaje punkt: „czas trwania serwisu, od dostarczenia przez pacjenta do odbioru nie dłuższy niż 10 dni roboczych” za który Oticon

otrzymał 5 punktów, natomiast w ośrodkach z którymi posiada podpisane umowy nie realizuje tak ukształtowanego zobowiązania w w/w terminie. Umowy podpisane po przetargach przez Spółkę Oticon dowodzą, że nie są one realizowane w zakresie serwisu w w/w terminie pomimo przyjęcia przez nią na siebie takiego zobowiązania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Oticon Polska spółka z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu miała przede wszystkim na uwadze przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp zgodnie, z którym odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Zatem przedmiotem rozpoznania przez Izbę mogą być podnoszone przez wykonawcę zarzuty dotyczące naruszenia art.91 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp. Izba uwzględniła także dyrektywę wynikającą z art. 190 ustawy Pzp zgodnie z którą, KIO orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Tak jak ustaliła Izba, wykonawca w odwołaniu stwierdził, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy OTICON Polska Sp. z o. o. naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, o których stanowi art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem dokonał wyboru oferty, która podlega na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp odrzuceniu, gdyż treść tej oferty - uznanej za najkorzystniejszą - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jednocześnie jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu tych zarzutów wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie zweryfikował

prawidłowo dokumentów potwierdzających zaoferowanie w zasadzie nowej konstrukcji (nowej śruby skręcającej implant) przez OTICON Polska Sp. z o. o. bez modyfikacji dokumentów rejestracyjnych. Także zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawca OTICON otrzymał nadmierną liczbę punktów za parametr - „Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem”, albowiem w tym zakresie doszło do zafałszowania rzeczywistości, gdyż *de facto* zaskarżony wykonawca opisuje kilkakrotnie OBUDOWĘ używając słów zaznaczonych wytłuszczonym drukiem, jednakże (...) brak jest jakiegokolwiek informacji o zabezpieczeniu przed dostaniem się kurzu do środka lub określenia „mikrofony zabezpieczone nanopowłoką” i tym samym oferowane urządzenie nie posiada zabezpieczenia przed kurzem i pyłem w inny sposób niż sama obudowa, a zatem warunek z opisu przedmiotu zamówienia pozwalający na uzyskanie punktów za to kryterium nie został spełniony. W zakresie drugiego z parametrów „Możliwość zmiany fabrycznych, parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego-o” Odwołujący stwierdził, że urządzenie oferowane przez Oticon nie posiada zadeklarowanych funkcjonalności, a dowodem na powyższe twierdzenie mają być oświadczenia spółki Oticon, wynikające z wyroku KIO 0160/2011 oraz z wyroku KIO nr 2189\_2010. Co do trzeciego z parametrów - „czas trwania serwisu, od dostarczenia przez pacjenta do odbioru nie dłuższy niż 10 dni roboczych” – wykonawca na rozprawie wycofał zarzut w tym zakresie.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów Izba stwierdziła, że podlega on oddaleniu. Z dokumentacji sprawy wynika bowiem, że Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz – zestawienie parametrów granicznych oraz zestawienie parametrów ocenianych w kol. 4 wymagał podania opisu parametru potwierdzonego ogólnoodstępnymi broszurami, w tym katalogiem produktu. Takie dokumenty zostały przez wykonawcę dołączone do oferty. Ponadto Zamawiający wymagał również od spółki Oticon – wobec zastrzeżeń zgłaszanych przez Odwołującego - wyjaśnień. Wymagał także dodatkowo prezentacji beziwazyjnego pomiaru stabilności implantu oferowanego przez wykonawcę implantu, na co wykonawca Otikon wyraził zgodę. Wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował tego faktu w odwołaniu, stwierdził tylko, że spółka Oticon nie przedstawiła modyfikacji dokumentów rejestracyjnych, które to dokumenty także nie były wymagane w siwz. Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut braku prawidłowego zweryfikowania tego parametru jest niezasadny. W tym przypadku Zamawiający przyjął taką metodę oceny parametru, która – w jego opinii - potwierdziła wymaganą cechę beziwazyjnego pomiaru stabilności implantu metodą RFA na użytych elementach [parametr graniczny nr 1.4 oraz parametr oceniany nr 7 według załącznika nr 1 do siwz]. Izba zwraca uwagę ponownie, że wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionuje w odwołaniu przyjętej metody oceny i jej wyniku, wymagając

jedynie według jego kryteriów oceny – nie popartych dowodami – zmodyfikowanych dokumentów rejestracyjnych.

Drugi z zarzutów dotyczący przyznania niezasadnie punktów za parametr - „Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem” oraz za parametr - „Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego” także podlega oddaleniu.

Co do pierwszego z parametrów wykonawca stwierdził, że Zamawiający wymagał liczby mnogiej zabezpieczeń i w ofercie wybranej brak jest informacji o zabezpieczeniu przed dostaniem się kurzu do środka lub określenia „mikrofony zabezpieczone nanopowłoką” innego niż tylko obudowa. W tym przypadku Izba na podstawie oferty wykonawcy ustaliła, że w zestawieniu parametrów ocenianych wykonawca w opisie parametru nr 2 w kol.4 potwierdził takie zabezpieczenia wskazując na obudowę procesora, hydrofobową nanopowłokę, obudowę mikrofonów, odpowiednie ukształtowanie wlotów mikrofonów zabezpieczonych nanopowłoką oraz wskazał na str 56 oferty gdzie został zamieszczona karta „Procesory dźwięku”. Izba stwierdza także, że twierdzenie wymogu wielości zabezpieczeń dla każdego z mikrofonów nie jest zasadne, albowiem ten parametr tak sformułowany odnosi się przede wszystkim do użytego w liczbie mnogiej terminu „mikrofony”. Ponadto w ofercie wykonawcy w dołączonych katalogach nanopowłoka została wskazana, a powoływany przez wykonawcę raport techniczny porównania dwóch aparatów słuchowych BP100 oraz Ponto Pro nie potwierdza, że także aparat oferowany przez Odwołującego jest odporny na wilgotność w 100 %. W zakresie drugiego parametru [„Możliwość zmiany fabrycznych, parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego”], orzeczenia KIO na które powołuje się Odwołujący nie mogą stanowić dowodu na okoliczność nie potwierdzenia przez wykonawcę tego parametru. Dotyczyły one bowiem odwołań na postanowienia specyfikacji - nie urządzenia oferowanego przez spółkę Oticon, a ponadto w jednym przypadku KIO – nie rozstrzygając merytorycznie zarzutów wydała postanowienie o odrzuceniu odwołania [sygn. akt: KIO 0160/2011]. Ponadto informacja z katalogu dołączonym do oferty spółki Oticon [str 72 i 73 [tłumaczenie]] nie jest kwestionowana przez wnoszącego odwołanie, co do jej prawdziwości.



Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp uwzględniając przepisy 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.

.....