

Sygn. akt: KIO 1460/12

WYROK

z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **10 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą (53-234) Wrocław, ul. Grabiszyńska 251 a**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Katowice (40-027), ul. Francuska 20-24**, przy udziale wykonawcy:

- **RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz, ul. Krakowska 23, 61-893 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

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

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego "Na dostawę 20 sztuk implantów ślimakowych," ogłoszonym 2 maja 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 84-137928, w dniu 10 lipca 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. (dalej zwany także MEDICUS) z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 5 lipca 2012 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz, z siedzibą w Poznaniu (dalej zwany także RONEST) oraz o sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji według ustalonych kryteriów oceny.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), (dalej zwanej Pzp), w wyniku których to działań doszło do uchybienia następującym przepisom:

1. art. 91 ust. 1 przez dokonanie wadliwej oceny ofert i przyznanie zaniżonej punktacji ofercie odwołującego w ramach kryterium jakości, gdyż ilość ta jest nieadekwatna do rzeczywistej treści oferty,

2. art. 2 pkt 5 ustawy, gdyż dokonano wyboru oferty wykonawcy RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz, która to oferta nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej,

3. art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.),

4. art. 5 K.c., art. 58 § 1 i 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście; a nadto,

5. złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ponownej oceny ofert i w trakcie tej oceny nakazania zmiany punktacji w odniesieniu do kryterium jakości w ten sposób, że przyznane zostanie odwołującemu 5 punktów w ramach parametru „grubość części wewnętrznej,”
3. wyboru oferty odwołującego, gdyż posiada ona walor oferty najkorzystniejszej,
4. udzielenia odwołującemu niniejszego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący stwierdził, że zamawiający bezprawnie zaniechał przyznania punktów złożonej ofercie w ramach kryterium jakości za parametr nr 6 załącznika nr 1A do SIWZ. W załączniku nr 1A do SIWZ w parametrze nr 6 „grubość części wewnętrznej” został wprowadzony podział punktowy. Implanty o grubości części wewnętrznej równej lub większej niż 6 mm otrzymywały 0 punktów, a te o grubości części wewnętrznej poniżej 6 mm otrzymywały 5 punktów.

Odwołujący wyjaśniał, że zaoferował implant Nucleus CI24RE, który w swojej części wewnętrznej mieści się w wymiarach od 3,6 mm grubość cewki odbiorczej implantu do 4,7 tj. grubość implantu bez łoża kostnego, co stanowi grubość części wewnętrznej pomiędzy skórą i kością czaszki, w której implant jest zagłębiony w tzw. łożu kostnym, która nie stanowi grubości części wewnętrznej. Łoże kostne i jego grubość stanowi tylko element mocujący implantu i nie ma wpływu na grubość części wewnętrznej. Powyższe stało się przedmiotem wyjaśnień odwołującego z dnia 19 czerwca br., które złożył na wezwanie zamawiającego z tego samego dnia. Pomimo wyjaśnień, zamawiający zliczył grubość części wewnętrznej (tj. urządzenia pomiędzy kością a płatem skórnym) - max. 4,7 oraz części jaką stanowi łoże kostne - 2,2 mm i w wyniku tego – punktów ofercie odwołującego nie przyznał.

W ocenie odwołującego, w ten sposób zamawiający postąpił wbrew zapisom SIWZ dodając obie części, co wpłynęło na punktację oferty i zdecydowało o tym, że nie udzielono odwołującemu niniejszego zamówienia - z naruszeniem fundamentalnej w zamówieniach publicznych zasady równości i uczciwej konkurencji. Z najdalej idącej ostrożności odwołujący nadmienił, że zamawiający w tekście SIWZ nie zdefiniował „legalnie” co oznacza „grubość części wewnętrznej”, tym samym na obecnym etapie postępowania wszelkie niejasności odnośnie tekstu SIWZ nie mogą przynosić negatywnego skutku prawnego dla wykonawcy. Taka wykładnia zapisów SIWZ stała się ugruntowanym poglądem jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach tego samego rodzaju. Odwołujący przytoczył wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2012 r. (KIO 799/12): „*W sytuacji rozbieżności w interpretacji warunku udziału w postępowaniu, należy przyjąć interpretację rozszerzającą, bardziej korzystną dla wykonawców,*” z dnia 17 kwietnia 2012 r. (KIO 656/12): „*Jeżeli*

zamawiający, żądając spełnienia wymaganej funkcjonalności nie sprecyzował, w jaki sposób ta ocena będzie dokonywana, to nie może następnie obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego zaniechania.” Odwołujący podtrzymał żądania przyznania jego ofercie 5 punktów za ww. parametr, gdyż produkt będący przedmiotem oferty spełnia niniejszy parametr.

Na wezwanie zamawiającego z przesłaniem kopii odwołania dnia 11 lipca 2012 r., pismem złożonym dnia 13 lipca 2012 r. z kopią przekazaną stronom, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca wybrany – RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz z Poznania, wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie wyjaśniał, że każdy system implantów ślimakowych składa się z dwóch części: zewnętrznej i wewnętrznej (wszczepialnej). Część zewnętrzna zestawu składa się z procesora dźwięków z transmitterem, źródła zasilania i z akcesoriów. Część wewnętrzną (wszczepialną) stanowi implant ślimakowy. Zamawiający w załączniku nr 1A do S1WZ, jako jeden z parametrów zestawu, podlegających ocenie jakości, wymienił w punkcie 6 „grubość części wewnętrznej” i wprowadził podział punktowy. Nie można w prostszy i niepodlegający interpretacji sposób określić grubości wszczepianego pod skórę implantu (części wewnętrznej) jak to uczynił zamawiający. Podział grubości implantu wprowadzony przez firmę MEDICUS, na grubość cewki odbiorczej, grubość implantu bez części zglębniającej się w kość czaszki oraz część implantu, która zagłębia się w łożu kości jest sztucznym zabiegiem mającym na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego i uzyskanie większej ilości punktów za oceniane parametry. Na stronie 23 oferty w katalogu oferowanego produktu, znajduje się specyfikacja implantu Nucleus CI24RE (CA) oraz CI24RE (ST). W punkcie pt. Obudowa implantu, producent podaje całkowite wymiary implantu: 20,3mm x 19,3mm x 6,9 mm, z czego jednoznacznie wynika, że grubość oferowanego przez odwołującego implantu wynosi 6,9 mm. Dodatkowym aspektem może być fakt, że w przypadku zastosowania techniki operacyjnej polegającej na wszczepieniu implantu pod skórę bez wykonywania łoża kostnego, bardzo istotna jest grubość implantu (a nie jego grubość pomniejszona o grubość łoża kostnego). Twierdzenie, że część implantu zagłębiona w łożo kostne stanowi jedynie element mocujący uznał zgłaszający przystąpienie za świadome nadużycie, co zostało dostrzeżone przez zamawiającego. W świetle powyższego zarzut, iż zamawiający dokonał wyboru oferty nie posiadającej walorów oferty najkorzystniejszej - poczytał za nieuzasadniony.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz do udziału w postępowaniu odwoławczym, po stronie

zamawiającego, gdyż interes wykonawcy opowiadającego się za utrzymaniem czynności wyboru jego oferty, należało uznać za niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania. W odpowiedzi z dnia 20 lipca 2012 r., złożonej na rozprawie oraz do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów. Podtrzymał zatem stanowisko przedstawione w powiadomieniu z dnia 5 lipca 2012 r. o wynikach przetargu. Zamawiający zaznaczył, że opisując wymagane parametry w poz. 6 Zał. nr 1A do SIWZ określił w sposób jednoznaczny cytując: „Grubość części wewnętrznej”. Zamawiający nie dokonał żadnego podziału w tym zakresie, z czego wywodził, iż nie można w prostszy i niepodlegający interpretacji sposób określić grubości wszczepianego pod skórę implantu. Podkreślił, że wykonawca nie zwracał się w tym zakresie o wyjaśnienia, zatem komentowany zapis uznał zamawiający - za sformułowany jednoznacznie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty wykonawcy MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., wezwania do wyjaśnień treści oferty i udzielonych wyjaśnień, akt sprawy odwoławczej sygn. KIO 965/12.

Dowody wnioskowane przez odwołującego – poglądy przedstawione przez:

- 1) Kierownika Kliniki Otolaryngologii Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, w piśmie z dnia 28.06.2012 r.,
- 2) Kierownika Kliniki Otolaryngologii Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z dnia 5.07.2012 r.
- 3) Kierownika Kliniki Otolaryngologii Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z dnia 19.07.2012 r.

- stwierdzające, że grubość implantów Cochlear Nucleus CI24RE wynosi 4,7 mm, Izba potraktowała jako stanowisko odwołującego, nie zaś obiektywne opinie biegłych, na których można oprzeć rozstrzygnięcie sprawy, biorąc w szczególności pod uwagę sposób określenia parametru grubości części wszczepialnej implantu podany przez zamawiającego w SIWZ.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - na dostawę implantów ślimakowych - 20 sztuk.

Rozdział XIII SIWZ. Kryterium oceny ofert:

- cena - waga 60%,
- jakość - 40%.

Sposób obliczenia liczby punktów badanej oferty za jakość. Ilość punktów zostanie przyznana zgodnie z formularzem oceny jakości - Załącznik nr 1A do SIWZ.

Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, który uzyska największą ilość punktów, tj. punkty za cenę + punkty za jakość.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyli:

- MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., cena 683,720,00 zł, ocena w punktacji 60 pkt za cenę + 36 pkt za jakość, łącznie 96 pkt,
- RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz – cena 706 400,00, ocena w punktacji 59,20 za cenę + 40 pkt za jakość, łącznie 99,20 pkt.

W rozdziale I. SIWZ zamawiający podał, iż przedmiot zamówienia obejmuje implanty ślimakowe o parametrach określonych w załączniku nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający wyspecyfikował parametry, cechy wymagane implantów ślimakowych, tzw. graniczne, których niespełnienie miało skutkować odrzuceniem oferty.

W załączniku nr 1A do SIWZ podane zostały parametry podlegające ocenie punktowej. W kolumnie 2 zamawiający przedstawił wymagane właściwości, parametry, których opis miał przedstawić wykonawca w kolumnie 4 parametry oferowane, opis.

Z ustalonych zasad oceny punktowej w odniesieniu do pozycji 6 wymienionego załącznika nr 1A – „grubość części wewnętrznej”, wynika, że grubość części wewnętrznej implantu < 6.0 mm – skutkować winna przyznaniem oceny 5 punktów, natomiast większa lub równa niż 6.0 mm – powodowała przyznanie oceny „0” punktów.

Odwołujący zwracał się do zamawiającego z szeregiem zapytań do SIWZ, pismami z 17 i 21 maja 2012 r., w których kwestionował stawiane wymagania wobec przedmiotu zamówienia. Ponośli, że żądane parametry implantów naruszają zasady uczciwej konkurencji, żądał zatem zmiany ustalonej punktacji - w sposób jaki uznał za właściwy.

W zakresie określonym zarzutami odwołania, postanowienia załącznika nr 1A, w

szczegółności poz. 6 – „grubości części wewnętrznej implantu,” nie były przedmiotem zapytań ani wyjaśnień zamawiającego do treści SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na zastrzeżenia odwołującego podał, że *„art. 38 ust. 1 ustawy Pzp mówi o wyjaśnieniach do SIWZ, a wykonawca nie zwraca się do zamawiającego o wyjaśnienia lecz narzuca zamawiającemu sposób oceny jakości z podaniem wagi punktowej przedmiotu zamówienia, co jest niedopuszczalne. Proponowany przez wykonawcę sposób oceny jakości przedmiotu zamówienia narusza zasadę równości i konkurencyjności, preferując konkretny produkt, czego zamawiający nie akceptuje. Zamawiający zapewnia, że we wszystkich swoich czynnościach kieruje się (...) dobrem pacjentów i potrafi określić swoje potrzeby.”*

Wykonawca MEDICUS w dniu 11 maja 2012 r. wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, nie obejmujące poz. 6 zał. nr 1A do SIWZ, domagając się wprowadzenia postulowanych zmian. W dniu 22 maja 2012 r. odwołujący wycofał przedmiotowe odwołanie, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 24 maja 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 965/12 umorzyła postępowanie odwoławcze w danej sprawie.

Zamawiający nie przewidział, aby w formularzu oferty ani w zał. nr 1, czy załączniku nr 1A wykonawca podał konkretne oznaczenia identyfikujące oferowany wyrób. Zamawiający w rozdziale VI pkt 3a SIWZ wymagał, aby w dokumentach oferty wykonawcy załączyli firmowe materiały informacyjne producenta z parametrami technicznymi oferowanego przedmiotu zamówienia. Z dołączonych folderów musi jednoznacznie wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi SIWZ.

W formularzu ofertowym, ani w załączniku nr 1, czy w załączniku nr 1A. odwołujący nie podał nazwy, ani symboli identyfikujących oferowany rodzaj implantów. Z materiałów producenta zawartych w dokumentacji oferty odwołującego, (między innymi, strona 22, 23) - składanych zasadniczo na potwierdzenie okoliczności, że zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom SIWZ - można było wywnioskować, że odwołujący wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. zaoferował implanty ślimakowe Nucleus CI24RE (CA) oraz CI24RE (ST) produkcji firmy Cochlear. W treści odwołania odwołujący wyjaśniał, że zaoferował implant Nucleus CI24RE.

W wykazie parametrów, według załącznika nr 1 odwołujący potwierdził wszystkie wymagane parametry i właściwości tego wyrobu.

W wykazie parametrów ocenianych, według załącznika nr 1A, poz. 6 zaoferował wymagany

parametr „grubość części wewnętrznej” implantu – 3,6 – 4,7 mm, podając - „*grubość części wewnętrznej, czyli implantu ślimakowego bez łoża kostnego mieści się w zakresie 3,6 – 4,7 mm, bez łoża kostnego, który jest elementem mocującym implant.*”

Na stronie 22 oferty w opisie producenta podano – małe łożo kostne. „Unikatowy kształt obudowy implantu Freedom umożliwia zmniejszenie objętości kości koniecznej do usunięcia podczas wywiercania łoża kostnego (głębokość 2.2, średnica 16 mm). Poprzez zmniejszenie objętości łoża kostnego uproszczeniu podlega procedura chirurgiczna wraz ze zmniejszeniem koniecznego dostępu, (...). Tytanowa obudowa część sytuowana w łożu kostnym 2.2 mm głębokości. Na str. 23 oferty odwołującego podano - w odniesieniu do obudowy implantu – obudowa 20,3 mm x 19,3 mm x 6.9 mm łożo kostne 2.2 mm (typowa).

Pismem z dnia 26 czerwca 2012 r. wykonawca RONEST s.c. poinformował zamawiającego, iż w jego ocenie, oferowany przez odwołującego rodzaj implantu ślimakowego, nie spełnia wymagań oznaczonych parametrów w załączniku nr 1A do SIWZ i przedstawił uzasadnienie, jak niżej. „*Po raz kolejny poddaliśmy dokładnej analizie ofertę firmy Medicus złożoną w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę implantów ślimakowych. Zwłaszcza po porównaniu załączonej karty katalogowej oferowanego implantu z arkuszem parametrów ocenianych zauważyliśmy kolejne, następujące punkty, w których firma Medicus mija się z prawdą:*

1. Zestawienie parametrów podlegających ocenie

Pkt. 6: Grubość części wewnętrznej < 6 mm - ocena: 5 pkt > 6 mm - ocena: 0 pkt.

Oferta Medicus: TAK tu następuje opis, z którego wg firmy Medicus wynika, że grubość oferowanego implantu jest poniżej 6 mm. Zaprzeczenie znajdujemy w załączonym do oferty katalogu Medicus, na stronie 23:

Obudowa implantu: 20,3 mm x 19,3 mm x 6,9 mm.

Za ten parametr Medicus przyznał sobie 5 pkt, a naszym zdaniem powinno być 0.”

Zamawiający zwracał się do wykonawcy MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. w dniu 19 czerwca 2012 r. o wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie punktu 6 załącznika nr 1A do SIWZ, pisząc: „*Zamawiający wymagał w Załączniku 1A do SIWZ - zestawienie parametrów podlegających ocenie jakości, podania parametrów oferowanych. Między innymi w punkcie 6 - grubość części wewnętrznej, w Państwa ofercie opis tego parametru brzmi: „grubość części wewnętrznej, czyli implantu ślimakowego mieści się w zakresie od 3,6 mm do 4,7 mm bez łoża kostnego, które jest elementem mocującym implant”. Zdaniem Zamawiającego opis ten nie jest jednoznaczny. Na podstawie dołączonego do oferty folderu Zamawiający ma prawo sądzić, iż określony*

parametr oferowany wynosi 6,9 mm (str.23 oferty). Zamawiający żąda podania grubości części wewnętrznej oferowanego implantu ślimakowego w sposób jednoznaczny i precyzyjny.”

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, w piśmie doręczonym dnia 22.06.2012 r. odwołujący podał, „Niniejszym potwierdzamy; że parametr „grubość części wewnętrznej” jest podany w ofercie w sposób jednoznaczny i precyzyjny. W oferowanych implantach parametr ten mieści się pomiędzy 3,6 mm (grubość cewki odbiorczej implantu), a 4,7 mm (grubość implantu bez łoża kostnej 2,2 mm) i są to wartości grubości implantu pomiędzy skórą a kością czaszki, w której implant jest umiejscowiony. Biorąc pod uwagę powyższe podtrzymujemy poprawność zapisu w tabeli zestawienie parametrów podlegających ocenie jakości, pkt. 6 tj. grubość części wewnętrznej <6,0 mm. Jednocześnie chcemy podkreślić, że w ramach przetargu nr ZP-12-053UN złożyliśmy najkorzystniejszą ofertę pod względem cenowym, spełniającą wszystkie wymogi SIWZ. Oferowane implanty ślimakowe Nucleus są najczęściej wybieranymi systemami zarówno przez specjalistów, jak i przez pacjentów. Wszystkie ośrodki wszczepiające implanty ślimakowe w Polsce, w tym: Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu (nr postępowania DZP/61/2012), instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie (nr postępowania IFPS/78/11), Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (nr postępowania 72/ZP/2011), Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy (4/2012/PN), Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku (nr sprawy 13/2012) zdecydowały w ramach przetargów na zakup implantów typu Nucleus, uznając je za najlepsze dla swoich pacjentów. W porównaniu z implantami konkurencji oferowane przez nas systemy są najmniejsze i najdogodniejsze zarówno dla pacjenta jak i dla chirurga wykonującego wszczep implantu, gdyż charakteryzują się najmniejszymi rozmiarami łoża kostnej wśród wszystkich implantów dostępnych na świecie.”

Jak wynika z korespondencji wewnętrznej zamawiającego, udzielone przez MEDICUS wyjaśnienia zostały poddane ocenie ze strony specjalistów, zatrudnionych u zamawiającego dr n. med. L. K..... i dr n. med. J. M....., którzy w piśmie do Z-cy Dyr. Szpitala stwierdzili, „że firma MEDICUS w pkt. 6 dotyczącym grubości części wewnętrznej implantu podała, że wynosi ona od 3,6 mm do 4,7 mm od poziomu kości. Wprowadziła tym w błąd oceniających, gdyż w opisie katalogowym implantu Nucleus Freedom, jaki zaoferowała firma [MEDICUS] grubość części wewnętrznej wynosi 6.9 mm wraz z łożem kostnym. Zatem taką grubość części wewnętrznej implantu należy przyjąć w ocenie tego parametru. Wobec czego nie można uznać, że oferowany implant spełnia to wymaganie.”

W ślad za powyższym, komisja przetargowa zamawiającego, w zakresie pozycji 6 załącznika 1A, przyznała ofercie odwołującego ilość punktów „0”.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2012 r., doręczonym 5 lipca 2012 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz, jako najkorzystniejszej. Nadto poinformował, że w postępowaniu nie zostały odrzucone żadne oferty, ani nie został wykluczony żaden wykonawca. Zamawiający przedstawił wyniki punktacji:

MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., cena 683,720,00 zł, ocena w punktacji 60 pkt za cenę + 36 pkt za jakość, łącznie 96 pkt,

- RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz – cena 706 400,00, ocena w punktacji 59,20 za cenę + 40 pkt za jakość, łącznie 99,20 pkt.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro wykazywał, iż zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp przyznał jego ofercie zaniżoną punktację, uniemożliwiając tym wybór złożonej oferty, uprawiający do zawarcia umowy o realizację zamówienia, narażając odwołującego na poniesienie szkody.

Na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego i oferty wykonawcy MEDICUS, przypomnienia wymagała definicja treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, ma postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, wyznaczają zatem formularz ofertowy – ogólny, wykaz oferowanych parametrów granicznych i podlegających ocenie. Zamawiający wyznaczył parametry graniczne dla urządzenia implantu ślimakowego, za które zgodnie z utrwalonym znaczeniem tego terminu, uznaje się za konieczne do spełnienia z punktu widzenia istotnych postanowień SIWZ parametry i właściwości oferowanej dostawy,

których brak skutkuje odrzuceniem oferty bez możliwości jej konwalidacji. Wykonawca MEDICUS składający ofertę złożył podpis pod formularzem wymagania graniczne i ocenialne, zadeklarował ich spełnienie, tym samym objął zobowiązanie spełnienia tych wymagań treścią swojej oferty. Należało zauważyć, iż w ww. dokumentach tworzących treść oferty – odwołujący nie oznaczył wprost, że oferuje implant Nucleus CI24RE, okoliczność taką można było jedynie pośrednio wywieść z faktu zamieszczenia w dokumentach oferty fragmentu opracowania producenta firmy Cochlear, odnoszącego się między innymi do tego rodzaju implantu.

Z przytoczonych w materiale dowodowym sprawy, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż zamawiający żądał specyfikacji technicznych - oferowanych implantów jako materiałów firmowych producenta na potwierdzenie, iż oferowane aparaty odpowiadają wymaganiom SIWZ.

Powyższe dowodzi, iż strony w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamiają treść oferty z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, nie tworzą *sensu stricte* treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kategorię tych dokumentów wymienia § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statuowanego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego, z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo wypełnił obowiązek określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań - za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń – pozwalających na sporządzenie oferty, w tym w odniesieniu do grubości części wewnętrznej implantu. Izba podzieliła argumentację zamawiającego oraz przystępującego, że skoro każdy system implantów ślimakowych składa się z dwóch części: zewnętrznej (procesora dźwięków z transmitterem, źródła zasilania i z akcesoriów) i wewnętrznej (wszczepialnej, tj. implantu ślimakowego), zatem za „grubość części wewnętrznej” oznaczonej w poz. 6 w załączniku nr 1A do S1WZ, jako jeden z parametrów ocenialnych

należało podać całkowitą grubość elementu wszczepianego pod skórę pacjenta z wymienionego zestawu. Nie można było w prostszy i bardziej klarowny sposób określić grubości wszczepianego pod skórę implantu (części wewnętrznej) - jak to podał zamawiający. Należało więc przyjąć największą grubość pomiędzy skórą pacjenta a kością czaszki, uwzględniającą łożę kostne. Izba uznała, że sposób tego opisu jest jednoznaczny i nie wymagający żadnej interpretacji. Podział grubości części wewnętrznej implantu wprowadzony przez firmę MEDICUS, na grubość implantu bez części zgłębiającej się w kość czaszki oraz część implantu, która zagłębia się w łożu kości nie znajdował żadnego uzasadnienia, gdyż do oceny punktowej winna być przyjmowana całkowita grubość tego elementu, jako całości wszczepialnej pomiędzy skórą pacjenta a kością, niezależnie od tego, że część tego elementu sytuowana jest w tzw. łożu kostnym – czyli w otworze wywierconym w kości pacjenta o grubości do 2.2 mm. Podanie więc przez odwołującego grubości części wewnętrznej w wielkości 3,6 mm do 4,7 mm od poziomu kości, ale bez uwzględnienia części zagłębionej w kość, należało uznać zatem za zabieg mający na celu uzyskanie większej ilości punktów za oceniane parametry. Na stronie 23 dokumentów oferty odwołującego w katalogu oferowanego produktu, znajduje się specyfikacja implantu Nucleus CI24RE (CA) oraz CI24RE (ST). W punkcie pt. Obudowa implantu, producent podał całkowite wymiary implantu: 20,3 mm x 19,3 mm x 6,9 mm, z czego jednoznacznie wynika, że całkowita grubość oferowanego przez odwołującego implantu wynosi 6,9 mm, taki też wymiar części wewnętrznej implantu, odwołujący zobowiązany był podać w ofercie. Biorąc również pod uwagę, że omawiany element stanowi całość mieszcząca się w jednej obudowie - rozróżnianie i wyodrębnianie części mocującej - nie znajdowało żadnego uzasadnienia.

W przekonaniu Izby, brak podstaw, aby twierdzić, że ze względu na niejednoznaczny opis parametru ocenianego w poz. 6 zał. nr 1A do SIWZ, wykonawca MEDICUS miał prawo tak odczytać wymieniony parametr grubości wewnętrznej implantu, że można było dokonać w tym zakresie jakiegokolwiek podziału. Kwestionowany obecnie przez odwołującego opis poz. 6 zał. nr 1A nie był przedmiotem zapytań ani zastrzeżeń ze strony wykonawców, mimo, że odwołujący nawet wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ. Przedstawione opinie specjalistów nie miały znaczenia, gdyż ze względu na sposób określenia całkowitej grubości części wewnętrznej implantu w tym postępowaniu, ocena zamawiającego, iż część wewnętrzną stanowi to co jest umieszczane wewnątrz organizmu pacjenta i grubość tej części – jest tym, co znajduje się pomiędzy skórą pacjenta, a kością czaszki licząc największe zagłębienie - była prawidłowa. Rozpatrywanie rzeczywistych wymiarów implantu oferowanego przez odwołującego – przez funkcjonalność „odległości podnoszenia tkanek nad procesorem wewnętrznym” i braku istotności wymiaru odpowiadającemu łożu kostnemu, było bezprzedmiotowe, albowiem zarówno zamawiający jak i wykonawcy byli związani

ustalonymi w SIWZ warunkami dla danego zamówienia, i czynienie od tych wymagań jakichkolwiek odstępstw – nie mogło mieć miejsca. Tak samo nie miało znaczenia, że zamawiający wymagał udostępnienia instrumentów do przeprowadzania tego typu zabiegów, nie wносиło to bowiem nic istotnego w zakresie oceny grubości części wewnętrznej implantu.

W oparciu o przeprowadzone dowody, Izba uznała, że dokonana ocena punktowa oferowanego parametru części wewnętrznej implantu – w wielkości „0” punktów – odpowiada określonym w SIWZ zasadom tej oceny – w oparciu o udowodniony rzeczywisty wymiar grubości części wewnętrznej zaoferowanego przez odwołującego implantu ślimakowego Nucleus CI24.

Zdaniem Izby, wykonawca nie jest uprawniony, aby narzucać w jaki sposób ma zamawiający oceniać spełnienie parametrów aby otrzymać produkt zaspakajający jego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. Takie działanie prowadzi do próby interpretacji postanowień SIWZ o treści w niej niezamieszczone - w sposób dogodny dla odwołującego, dający jemu możliwość uwzględnienia w ocenie oferty, akurat takich parametrów i właściwości, którymi charakteryzuje się produkowany przez niego, czy dystrybuowany produkt. Celowość zakupu określonego urządzenia, potrzebnego w działalności zamawiającego, charakteryzującego się oznaczonymi właściwościami, w żaden sposób nie ingeruje w sferę chronionych interesów prawnych wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione.

Podważanie czynności zamawiającego w odniesieniu do oferty MEDICUS, nie znajduje uzasadnienia. Argumenty odwołującego nie mogły zatem stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia:

1. art. 91 ust. 1 przez dokonanie wadliwej oceny ofert i przyznanie zaniżonej punktacji ofercie odwołującego w ramach kryterium jakości, gdyż ilość ta jest nieadekwatna do rzeczywistej treści oferty,

2. art. 2 pkt 5 ustawy, gdyż dokonano wyboru oferty wykonawcy RONEST s.c. Jerzy Nędzewicz, Lech Rosochowicz, Tomasz Stawarz, która to oferta nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej,

3. art. 5 K.c., art. 58 § 1 i 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

– nie znalazły potwierdzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem powołanym do rozpatrywania zarzutu naruszenia art. 3, art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Stawiane zarzuty nie uzasadniały również przywoływania art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), w kontekście postanowień, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na poczet kosztów postępowania podlegał zaliczeniu uiszczony wpis w myśl postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....