

**WYROK**

**z dnia 12 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez **Oticon Polska Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie**,

przy udziale Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. we Wrocławiu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykreślenie w wierszu ostatnim tabeli Załączniku nr 3 do Formularza Oferty zwrotu „i wizualna”

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Oticon Polska Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie** na rzecz **Oticon Polska Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu implantu zakotwiczonego na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 17.06.2011 r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na stronie internetowej zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu w Dz.U. UE opublikowano w dniu 21.06.2011 r. pod numerem 2011/S 117-193283.

W dniu 27.06.2011 Oticon Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej „Oticon”) wniosła odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, a przez to bezpodstawnie uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy, poprzez opisanie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję, utrudniając odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu;
- art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
- dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- obniżenie wagi kryterium oceny ofert - ocena techniczna.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy wynika zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami jest prawem i obowiązkiem zamawiającego, jednakże swoboda w kształtowaniu jego brzmienia nie jest nieograniczona i nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców - z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Działania zamawiającego powinny być szczególnie wyważone w przypadku, gdy na rynku jest wyłącznie dwóch wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a taka sytuacja ma miejsce na rynku implantów słuchowych kotwiczonych w kości. W branży funkcjonują tylko dwa podmioty: firma Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus z Wrocławia oraz firma Oticon Medical AB, reprezentowana w Polsce przez spółkę Oticon Polska Sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, że dyskryminacja Wykonawców może być dwojaka: może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub może polegać na posługiwaniu się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jak wskazuje KIO: jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok KIO z 2008-10-01 KIO/UZP 984/08).

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymaga bezwzględnie, aby procesor dźwięku posiadał sygnalizację akustyczną i wizualną zmiany programów. Wymagane rozwiązanie właściwe jest wyłącznie dla urządzenia Cochlear

(oferowanego wyłącznie przez firmę Medicus) i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Urządzenie oferowane przez odwołującego posiada wyłącznie sygnalizację akustyczną. Sygnalizacja wizualna to nic innego jak migająca lampka, która świeci przy włączaniu urządzenia i trzykrotnie miga podczas zmiany programu. Jest to marginalna funkcjonalność, nie mająca zupełnie wpływu na jakość, możliwość słyszenia, a co więcej - w środowisku medycznym zalecane jest wręcz odłączenie sygnalizacji wizualnej, jako dodatkowego stygmatu, bowiem migająca lampka przyciąga uwagę innych, a w przypadku dzieci - rówieśnicy interesują się świeceniem urządzenia i dążą do wzięcia go do ręki. Dlatego w urządzeniu oferowanym przez spółkę Medicus przewidziano możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej (z praktyki wynika, że sygnalizację przeważnie się wyłącza). Sygnalizacja wizualna mogła by mieć sens u niemowląt i bardzo małych dzieci, jednakże implanty kostne wszczepia się dzieciom powyżej piątego roku życia.

Identyczny, bezwzględnie wymagany parametr - sygnalizacji wizualnej był już z inicjatywy Odwołującego przedmiotem rozstrzygnięcia KIO. W wyroku z 22.10.2010 r. (KIO 2189/10) Izba potwierdziła, że „brak jest podstaw do postawienia takiego wymagania. W opinii Izby wystarczającym jest zastosowanie sygnalizacji akustycznej, która spełnia te same funkcje co sygnalizacja wizualna. Izba wyjaśnia, że w przypadku gdyby zamawiający chciał aby urządzenie posiadało dodatkową funkcję w celu poprawienia komfortu pacjenta, mógł określić w postępowaniu ten parametr jako kryterium jakościowe - dodatkowo punktowane. Izba uznała, że brak jest uzasadnienia dla określenia wymagania zastosowania równocześnie sygnalizacji akustycznej jak i wizualnej zmiany programów w zamawianych urządzeniach i potwierdziła, że powyższy wymóg ogranicza konkurencję pomiędzy potencjalnymi wykonawcami.

Tak więc za niczym nie uzasadnione należy uznać bezwzględne wymaganie kontrowersyjnego i w praktyce niestosowanego rozwiązania, którego wprowadzenie do zapisów siwz powoduje monopol jednego z dwóch istniejących na rynku wykonawców. Udaremnienie konkurencyjności postępowania z powodu marginalnej, z punktu widzenia funkcjonalności urządzenia, migającej lampki narusza art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Drugi podnoszony w odwołaniu zarzut dotyczył wprowadzenia kryterium oceny technicznej na zbyt wygórowanym 30% poziomie względem kryterium cenowego.

Według odwołującego, uprawnieniem zamawiającego jest określenie kryteriów oceny ofert na takim poziomie, aby uzyskać zamówienie na jak najkorzystniejszych warunkach. Niemniej jednak za niewłaściwe należy uznać użycie kryteriów oceny ofert jako narzędzia mającego na celu ograniczenie uczciwej konkurencji.

W przywołanym wyroku KIO 2189/2010 w tożsamej sprawie Izba stwierdziła, iż „określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, a w szczególności ich waga, winny odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę. Oznacza to, iż Zamawiający mimo, że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert a także kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców”. Podobnie w wyroku z 09.12.2010 r. (KIO 2549/2010) w tożsamej sprawie Izba argumentowała, iż opisanie kryteriów oraz ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję.

Promowanie konkretnego Wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest ewidentne - parametry punktowane wyszczególnione w Załączniku nr 4 do formularza oferty umożliwiają zdobycie maksymalnej liczby punktów częściowych, a tym samym 30 punktów w kryterium ocena techniczna wyłącznie wykonawcy Medicus, pomimo iż według jedynych dostępnych badań porównawczych oferuje on urządzenie zdecydowanie gorzej oceniane przez pacjentów zarówno pod względem jakości słyszenia jak i łatwości obsługi od produktu oferowanego przez odwołującego (badanie przeprowadzone w 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze).

Odnosząc się kolejno do poszczególnych kryteriów (parametrów) odwołujący wskazał:

- Wiertło rozwiercające, o głębokości rozwiertu 3 mm lub 4 mm bądź innych w zależności od oferowanych długości implantu, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm.

Oferowany przez odwołującego implant ma średnicę 3,75 mm. Wielkość tej średnicy jest uznawana w Europie i na świecie jako powszechnie obowiązująca i spełniająca wymagania dla tego typu procesorów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zwiększył wymaganą średnicę wiertła wyłącznie po to, aby ograniczyć konkurencję i umożliwić zdobycie Wykonawcy Medicus (oferuje implanty o średnicy 4,475 mm)

przewagi punktowej w kryterium. Nie ma żadnego uzasadnienia na to, że implanty o większej średnicy przynoszą jakiejkolwiek istotne korzyści dla użytkownika czy lekarza dokonującego implantacji. Co więcej, oferowany przez firmę Medicus szerszy implant Cochlear BI300 posiada porowatą powierzchnię co sprzyja infekcjom bakteryjnym i jest szeroko udokumentowane w literaturze medycznej na przykładzie implantów stomatologicznych. Przyznawanie punktów w kryterium ocena techniczna za wiertło potrzebne do zastosowania implantu o objętości o prawie połowę (42%) większej jest w istocie kuriozalne i nie jest związane z jakością słyszenia ani tym bardziej komfortem użytkowania.

- Liczba nasadek o różnych rozmiarach na wspornik, umieszczana na czas gojenia rany, zabezpieczająca przed jej zabrudzeniem; wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiar/y)

Parametr nie znajduje żadnego uzasadnienia w praktyce medycznej. Średnica nasadki powinna wynikać z szerokości cięcia wykonywanego dermatomem. Producent dostarcza nasadkę kompatybilną z oferowanym zaczepem i ostrzem dermatomu. Oferowane przez firmę Medicus nasadki o średnicy 20mm i 30mm wcale nie muszą być korzystniejsze od oferowanej przez firmę Oticon nasadki o optymalnym rozmiarze 26mm, tym bardziej że w materiałach firmy Cochlear wyraźnie zaleca się stosowanie nasadki 30mm. Na marginesie odwołujący zaznaczył, że do ubiegłego roku obaj producenci oferowali jedną nasadkę, a do dnia dzisiejszego implanty wszczepiono ponad siedemdziesięciu tysiącom pacjentów i nie pojawiły się żadne doniesienia odnośnie problemów z nasadkami. Wprowadzenie niniejszego parametru o marginalnym znaczeniu należy uznać za nieuzasadnione. W kilkunastu innych postępowaniach przetargowych na implanty kotwiczone w kości nie był wymagany ani oceniany taki parametr. Powyższe dowodzi to, że liczba oferowanych nasadek nie ma znaczenia, gdyż najistotniejsze jest, aby były one kompatybilne z oferowanymi narzędziami chirurgicznymi.

- Możliwość zmiany fabrycznych parametrów (minimum dwóch) bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego

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 (prawdopodobnie

ogólnie głośniejszej/ciszej, co zawsze może zrobić pacjent sam), zmienić wzmocnienie tonów niskich i włączyć/wyłączyć sygnalizację świetlną. Wymagane rozwiązanie nie tylko jest zupełnie nieprzydatne i faktycznie niestosowane w praktyce, to jeszcze biorąc pod uwagę stopień zaawansowania 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.

Odwołujący wniósł, aby nadać punktowanemu parametrowi brzmienie „Możliwość precyzyjnej zmiany parametrów procesora poprzez podłączenie procesora do stanowiska komputerowego”. Byłoby to bezspornie korzystne dla przyszłych użytkowników, gdyż regulacja komputerowa umożliwia zmianę wielu dziesiątek parametrów i dopasowanie urządzenia dokładnie do indywidualnych potrzeb oraz stopnia ubytku słuchu. Według odwołującego zamawiający promuje poprzez dodatkowe punktowanie archaiczną regulację procesora śrubokrętem i dwoma pokrętkami, która była standardowo stosowana w latach 60-tych ubiegłego wieku.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wszystkie parametry oceniane nie są bezpośrednio związane z faktycznym przedmiotem zamówienia i celem, który ma on spełniać. Przedmiotem zamówienia są systemy implantów zakotwiczonych w kości, które mają umożliwić słyszenie, natomiast żaden z parametrów, które Zamawiający zdecydował się dodatkowo punktować nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania, czy łatwości obsługi.

Tylko i wyłącznie Medicus ma pewność uzyskania maksymalnej liczby 30 punktów w kryterium ocena techniczna, w związku z czym odwołujący wniósł o rzeczywiste obniżenie punktacji poprzez zmniejszenie rangi kryterium do poziomu 10 - 15 %, tak aby pomimo niemożności zdobycia punktów jego mogła być konkurencyjna, w przeciwnym razie udział w postępowaniu (o ile w ogóle będzie możliwy z uwagi na bezwzględnie wymaganą sygnalizację wizualną), będzie jedynie fikcją.

Reasumując odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa gotowego, wyprodukowanego już sprzętu medycznego, dopuszczonego do użytku po przejściu skomplikowanych procedur rejestracyjnych. Oba istniejące na rynku urządzenia są do siebie zbliżone i trudno znaleźć uzasadnienie dla premiowania jednego kosztem odrzucenia drugiego. Nie jest więc podyktowane żadnymi względami racjonalności postępowania kształtowanie technicznych kryteriów oceny



ofert na tak wygórowanym poziomie. Takie postępowanie zamawiającego sankcjonuje niejako monopol Wykonawcy Medicus, a naturalną konsekwencją każdego monopolu jest dowolne kształtowanie cen, z reguły przesadnie zawyżonych, co stoi w sprzeczności z założeniami systemu zamówień publicznych.

Dodatkowo wskazano, że urządzenie oferowane przez odwołującego również posiada szereg unikalnych cech, korzystnych z punktu widzenia użytkownika, których Zamawiający nie uznał za zasadne uwzględnić i zamieścić w puli parametrów ocenianych. Zamiast tego sporządzono listę parametrów ocenianych celem eliminacji konkurencji bez najmniejszego respektu dla dobra pacjentów, późniejszych użytkowników przedmiotowych implantów.

Ponadto odwołujący wskazał, że jedyne aktualnie dostępne obiektywne (nie zlecone przez żadnego producenta) badania porównawcze procesorów mowy do implantów kotwiczonych w kości, w których badani pacjenci mogli przez wiele tygodni porównywać jakość słyszenia oraz ergonomię urządzeń Oticon Ponto Pro i Cochlear BP100 wykazały, że 67% pacjentów uznało urządzenie oferowane przez Oticon jako ogólnie lepsze. Zważywszy, że użytkownikami implantów kotwiczonych w kości będą niepełnosprawne osoby dotknięte znaczącą wadą słuchu, obecny zestaw parametrów punktowanych należy uznać za zestaw parametrów faworyzujących spółkę Medicus, i nieodnoszący się w żadnej mierze do istotnych potrzeb końcowych użytkowników. Ponieważ Zamawiający nie może znać z góry preferencji słuchowych przyszłych użytkowników wydaje się, że skorzystanie z wyników badań przeprowadzonych w latach 2010-2011 przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze (jedyne dostępne na dzień dzisiejszy badania porównawcze) i zaprezentowanych na międzynarodowych konferencjach w Sztokholmie (2010) i w Warszawie (2011) nie powinno pozostać bez znaczenia dla obiektywnego formułowania parametrów ocenianych.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z rozdz. IV siwz „Uszczegółowienie przedmiotu dostawy i obowiązków wykonawcy”, pkt 1.4 zestawienie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 3 do Formularza Oferty.

W Załączniku nr 3 do Formularza Oferty, w wierszu nr 3 (ostatnim) tabeli dotyczącej procesora dźwięku do ubytków słuchu na poziomie 45dB HL żądano, aby urządzenie posiadało sygnalizację akustyczną i wizualną programów.

Zgodnie z rozdz. V siwz „Zasady oceny ofert” przewidziano dwa kryteria oceny ofert: (1) cena o randze 70% i (2) ocena techniczna o randze 30%. Zgodnie z pkt 2.3 kryterium oceny technicznej podlega ocenie według parametrów podanych w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty (podanej tam punktacji).

W Załączniku nr 4 do Formularza Oferty wskazano w kolejnych wersach tabeli:

1. Zabezpieczenie mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również płynem i kurzem. Za posiadanie tego typu funkcjonalności zostanie przyznane 5 pkt, za brak takich zabezpieczeń 0 pkt.
2. Wiertło rozwiercające, o głębokości rozwiertu 3mm lub 4 mm bądź innych w zależności od oferowanych długości implantu, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4.1 mm. Za poszerzenie otworu do średnicy 4,1 mm – 5 pkt, za średnicę poniżej 4,1 mm – 0 pkt.
3. Liczba nasadek o różnych rozmiarach na wspornik, umieszczana na czas gojenia rany, zabezpieczająca przed jej zabrudzeniem, wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiar/rozmiary). Min. 1 nasadka – 2 pkt; Min. 2 nasadki o różnych rozmiarach – 5 pkt.
4. Możliwość zmiany fabrycznych parametrów (minimum dwóch) bez konieczności podłączania procesora do stanowiska komputerowego. Tak – 5 pkt; Nie – 0 pkt.
5. Zabezpieczenie mikrofonów przed czynnikami zewnętrznymi (woda, pył, kurz). Tak – 5 pkt, Nie – 0 pkt.
6. Możliwość obciążenia implantu oraz podłączenia procesora mowy po 6 tygodniach lub wcześniej po operacji (implantacji). Tak – 10 pkt, Nie – 0 pkt.

W treści odwołania kwestionowane były kryteria wskazane w wierszach 2,3 i 4 ww. tabeli.

## **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania podnoszących naruszenie zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy przez wskazane w odwołaniu postanowienie siwz, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, *etc.*) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach siwz (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług obywatycznych się bez stawiania

jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze.

Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja).

Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie ww. zasad ustawy. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia

dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie

stwierdzić, w szczególności pozwolą ocenić stopień ograniczenia konkurencji i zakwalifikować go jako stopień niedopuszczalny.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przy czym, w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

W szczególności, w ocenie Izby dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań siwz. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Uwzględniając powyższe postulaty oraz ustalając wskazane okoliczności warunkujące ocenę stopnia dopuszczalności ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdza, że przyjmuje opis rynku i obecnych na nim produktów przedstawiony w odwołaniu i zreferowany powyżej, za odpowiadający rzeczywistości.

Jakkolwiek odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, zamawiający przyznał, iż nie są mu znane żadne inne rozwiązania spełniające i posiadające wszystkie jego bezwzględne lub punktowane wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia poza produktami Cochlear. Okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganej jednocześnie akustycznej i optycznej sygnalizacji stanu procesora ogranicza konkurencję w stopniu absolutnym, tzn. umożliwia zaoferowanie tylko jednego produktu obecnego na rynku, Izba uznaje za przyznaną i tym samym bezsporną.

Również za bezsporny Izba uznaje fakt, iż implanty znajdujące się w ofercie Oticon nie posiadają funkcjonalności, których wysokość punktacji jest w odwołaniu kwestionowana (wiersze 2,3 i 4 tabeli zał. nr 4), natomiast produkty Cochlear punktowane cechy posiadają. Jednakże w tym przypadku mamy do czynienia ze względnym ograniczeniem konkurencji, które samo w sobie nie może zostać zakwalifikowane jako przekreślenie zasady uczciwej konkurencji – formalnie nie wyklucza możliwości uzyskania zamówienia przez różnych wykonawców. Natomiast stopień faktycznego preferowania określonych produktów względem innych oraz istnienie obiektywnych potrzeb zamawiającego w tym zakresie, które takie ograniczenie konkurencji mogłoby sankcjonować i usprawiedliwiać, winno zostać dowiedzione przez strony podnoszące dane okoliczności.

W tym stanie rzeczy, w odniesieniu do bezwzględnie wymaganej wizualnej sygnalizacji stanu procesora stwierdzić należało, iż przy realnym, wskazanym przez odwołującego ograniczeniu konkurencji przez tego typu opis przedmiotu zamówienia, zamawiający nie wykazał jednocześnie własnych obiektywnych potrzeb, które przez tego typu opis zamówienia zostałyby zrealizowane. W przypadku całkowitego wyłączenia konkurencji, tj. ograniczenia możliwego przedmiotu dostawy jedynie do produktów jednego wykonawcy, należałoby wykazać nie tylko preferencje zamawiającego, ale wręcz konieczność zakupu wyspecyfikowanych rozwiązań. Ponadto tego typu wyłączenie konkurencji ze względu na konieczność określonego zakupu u tylko jednego wykonawcy, należałoby odzwierciedlić w trybie zamówienia z wolnej ręki, a nie w przetargu nieograniczonym, który co do zasady jest trybem otwartym umożliwiającym złożenie ofert z góry nieograniczonemu kręgowi wykonawców.



Odnosnie powyższego Izba wskazuje, iż podziela stanowisko zamawiającego, że bezwzględnie wymagana przez niego sygnalizacja wizualna stanu programów procesora (obok akustycznej) jest rozwiązaniem wygodniejszym dla pacjentów czy ich opiekunów. Korzyści płynące z dodatkowej (możliwej do wyłączenia), optycznej sygnalizacji stanu urządzenia funkcjonującej obok sygnalizacji dźwiękowej, dla osób niedosłyszących są ewidentne i niepodważalne. Umożliwiają im orientację w stanie urządzenia również po jego zdjęciu z ucha, a także ułatwiają pracę opiekunom osób niedosłyszących, które jednocześnie mają pewne ograniczenia w komunikacji (np. osoby niepełnosprawne umysłowo, dzieci, etc...). Jednakże powyższa zrozumiwała wygoda użytkowników nie jest sama w sobie wystarczająca do całkowitego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast zamawiający nawet na bezpośrednie pytanie Izby nie był w stanie nie tylko udowodnić, ale nawet wyjaśnić dlaczego koniecznym i nieodzownym jest jedynie zakup procesorów z ww. sygnalizacją, a eliminacja posiadających jedynie sygnalizację akustyczną. Nie powołał się tu na przykład na żadne względy medyczne przekładające się na efektywność leczenia. Podnosił jedynie korzyści dla opiekunów i pacjentów płynące z zastosowania/posiadania tej funkcjonalności, co jak wskazano powyżej dla całkowitego wyłączenia konkurencji wystarczające nie jest, skoro podstawowe funkcje wystarczające do stwierdzenia programu aparatu posiadają również inne urządzenia dostępne na rynku. Nie jest wykluczone, że względy tego typu mogłyby uzasadniać przyznanie dodatkowej punktacji dla trak opisanego urządzenia, jednakże nie uzasadniają dalej idących kroków zmierzających do ograniczenia konkurencji i preferowania jednego wykonawcy. Dodatkowo można wskazać, iż brak jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, iż kupowana w ramach niniejszego postępowania transza aparatów (niewyczerpująca całego zapotrzebowania zamawiającego) jest rzeczywiście dedykowana tylko do użytku dzieci czy osób niepełnosprawnych umysłowo i uzasadnienie dla konieczności zakupu opierać na tego typu twierdzeniach.

W związku z powyższym naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp należało uznać za potwierdzone i nakazać zamawiającemu usunięcie wykazanego ograniczenia konkurencji (podwójnej sygnalizacji stanu oprogramowania procesora) w sposób wnioskowany przez odwołującego na rozprawie.

Jednakże w przypadku gdyby zamawiający, np. ze względów medycznych, musiał rzeczywiście zakupić tylko i wyłącznie aparaty firmy Cochlear posiadające funkcję

wizualnego powiadamiania o stanie oprogramowania procesora – czego w ramach niniejszego postępowania odwoławczego nie wykazał – zawsze może w takim przypadku przedmiotowe postępowanie unieważnić oraz udzielić rzeczzonego zamówienia w trybie z wolnej ręki (z zastrzeżeniem, iż przesłanki wolnej ręki zajdą oraz zamawiający będzie w stanie je wykazać).

W przedmiocie zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert Izba stwierdza, iż nie znalazły potwierdzenia w świetle twierdzeń i oświadczeń uczestników postępowania oraz braku jakichkolwiek dowodów na poparcie ich prawdziwości.

Generalnie w tym zakresie stwierdzić można, iż odwołujący, na którym co do zasady spoczywa ciężar potwierdzania dowodami twierdzeń uzasadniających stawiane zarzuty, nie wykazał w tym przypadku swojego stanowiska w sprawie braku istotności punktowanych przez zamawiającego rozwiązań. Natomiast przeczące twierdzeniom odwołującego wyjaśnienia zamawiającego w tym przedmiocie Izba uznała za spójne i wiarygodne. W szczególności wskazać należy, iż warte promowania z punktu widzenia potrzeb zamawiającego cechy urządzeń nie muszą polegać jedynie na korzyściach związanych z noszeniem i użytkowaniem implantu, ale może również dotyczyć spraw związanych z jego implantacją i jej przebiegiem. Tym samym za uzasadnione uznano preferowanie przez zamawiającego zarówno większej średnicy wiertel, jak też większej liczby nasadek. Powyższe odnosi się zarówno do stabilności implantu i powierzchni jego przylegania, jak i możliwości zabezpieczenia różniących się wielkością ran pooperacyjnych przez nakładki różnych rodzajów. Także preferowanie, przez przyznawanie wskazanej punktacji, posiadania przez urządzenie manualnej regulacji jego podstawowych funkcji trudno uznać za naruszenie zasady uczciwej konkurencji – zarówno ze względu na stopień ograniczenia konkurencji w tym przypadku, jak też wartość tego typu rozwiązania dla końcowych użytkowników aparatu (pacjentów). Posiadanie dodatkowej regulacji pozwalającej skorygować podstawowe ustawienia aparatu i jego oprogramowania bez konieczności udawania się do wyspecjalizowanych punktów (nawet najliczniejszych) należy uznać za pożądaną funkcjonalność podnoszącą walory użytkowe aparatu.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane potrzeby zamawiającego oraz fakt, iż w tym przypadku stopień ograniczenia konkurencji, a więc też waga tych potrzeb mogłaby

być proporcjonalnie mniejsza, Izba stwierdziła niezasadność zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 Pzp i nie uwzględniła żądań odwołującego w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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:** .....