

Sygn. akt: KIO 627/14

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2014 r. przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej – Curie 24A, 15 – 276 Białystok,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersyteckiemu Szpitalowi Klinicznemu w Białymstoku wprowadzenie zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu oraz do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach Pakietu nr 3 w następujący sposób:

1.1. Określenie w Sekcji II „Przedmiot zamówienia – Informacje o częściach zamówienia Część nr 3; Nazwa Pakiet nr 3” oraz w załączniku nr 1C do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób spójny i precyzyjny czy przedmiotem zamówienia są aparaty słuchowe magnetyczne czy aparaty słuchowe niemagnetyczne i wskazanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów adekwatnych do tak określonego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem pkt 1.2 poniżej;

1.2. W przypadku, gdy zakresem zamówienia zostaną objęte aparaty słuchowe niemagnetyczne:

- (a) wykreślenie w Załączniku 1C, Pakiet nr 3, punktu oznaczonego L.P. 1.4 tj. wykreślenie wymagania stanowiącego: „Powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem”;
- (b) wykreślenie w Załączniku 1C, Pakiet nr 3, z punktu oznaczonego L.P. 3.4 zwrotu „i wizualna”;
- (c) wprowadzenie w treści Załącznika 1C, Pakiet nr 3, L.P. 3.6 zapisów umożliwiających zaoferowanie aparatu słuchowego ze wspornikiem, który zatrzaskuje się na zewnątrz zaczepeu.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej – Curie 24A, 15 – 276 Białystok** 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., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej – Curie 24A, 15 – 276 Białystok** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 28 marca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) od czynności zamawiającego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku (dalej „**Zamawiający**”) podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) pn. „Dostawa implantów do Kliniki Otolaryngologii”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 19 marca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 055-091760. Odwołanie dotyczy części nr 3 Zamówienia oznaczonego jako Pakietu nr 3 w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia.
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, umożliwiając złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy.
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, co prowadzi do konieczności jednoczesnego zaoferowania dwóch różnych (alternatywnych) produktów.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o: (a) uwzględnienie odwołania; (b) nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji przez usunięcie parametrów wskazujących na konieczność zaoferowania dwóch typów urządzeń jednocześnie, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu wyodrębnienia z pakietu nr 3 obejmującego 16 urządzeń, zestawów implantów stricte magnetycznych oraz implantów niemagnetycznych (przezskórnych); (c) nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji przez usunięcie parametrów wskazujących na konkretny produkt; (d) dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący wskazał, że na rynku jest wyłącznie dwóch wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia na dostawę implantów słuchowych zakotwiczonych w kości opartych na magnetycznym oraz niemagnetycznym (przezskórnym) sposobie połączenia implantu z procesorem dźwięku. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga w pakiecie nr 3 jednoczesnego zaoferowania dwóch różnych systemów firmy Cochlear: Baha 4 Connect oraz Baha 4 Attract. W ocenie Odwołującego, nie istnieje możliwość by wszczepiony pacjentowi system był jednocześnie magnetyczny i przezskórny. Wymóg zaoferowania dwóch systemów na raz (pakiet 3) automatycznie ogranicza konkurencję do jednego podmiotu zdolnego do realizacji takiego zamówienia (tj. wykonawcę Medicus). W ocenie Odwołującego, rozdzielenie pakietu nr 3 na implanty magnetyczne i przezskórne zaowocowałoby zaistnieniem konkurencji w obu tak nowo wydzielonych pakietach.

Odwołujący wskazał, że określenie wymagań dotyczącego Pakietu 3 jest myląca, gdyż z tabeli parametrów granicznych - minimalnych wynika, że należy zastosować system magnetyczny lub niemagnetyczny. W ocenie Odwołującego nie istnieje „system implantu magnetycznego na przewodnictwo kostne z możliwością zastosowania wspornik zakotwiczonego w kości”. Decyzja o zastosowaniu wspornika zakotwiczonego w kości (czyli de facto zakup systemu Cochlear Baha 4 Connect) oznacza automatycznie rezygnacją z magnetycznego mocowania procesora dźwięku (czyli systemu Cochlear Baha 4 Attract). W ocenie Odwołującego, w szczególności poniższe wymogi parametrów granicznych świadczą o intencji zakupu przez Zamawiającego implantów niemagnetycznych (przezskórnych) w ramach pakietu nr 3:

- parametr 1.3. „Możliwość odkręcenia i / lub zmiany wspornika”;
- parametr 1.4. „Powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem”;
- parametr 2.3 „Przyrząd do wykonania w skórze otworu pod wspornik (zaczep procesora)”;
- parametr 3.6 „Sposób mocowania procesora do wewnątrz zaczepu w przypadku zapotrzebowania na system przezskórny”.

W systemie polegającym na magnetycznym mocowaniu procesora dźwięku nie stosuje się wspornika (zaczepu) procesora. Stawianie zatem szczegółowych wymogów dotyczących wspornika wskazuje jednoznacznie na intencją zakupu implantów niemagnetycznych (przezskórnych) przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego połączenie obu produktów: niemagnetycznego (przezskórnego) Cochlear Baha 4 Connect i magnetycznego Baha 4 Attract miało na celu wyłącznie wyeliminowanie konkurencji z postępowania.

W ocenie Odwołującego, aby możliwe było konkurowanie w postępowaniu Zamawiający musiałby bądź wykreślić zapisy wskazujące na implant magnetyczny (punkt 1.1 parametrów granicznych) bądź rozdzielić pakiet nr 3 na dwie części: implanty magnetyczne i niemagnetyczne (przezskórne).

W związku z tym, Odwołujący wniósł o wykreślenie parametru 1.1 (Zał. 1C) z listy parametrów wymaganych i dopuszczenie zaoferowania systemu niemagnetycznego lub alternatywnie o podzielenie pakietu nr 3 na dwa oddzielne pakiety zawierające osobno implanty magnetyczne i niemagnetyczne (przezskórne).

Odwołujący zakwestionował również poszczególne parametry techniczne określone przez Zamawiającego.

1. „Powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem” (punkt 1.4 załącznika 1C)

W ocenie Odwołującego hydroksyapatyt jest materiałem używanym do pokrywania powierzchni wspornika przez firmę Cochlear, tym samym kolejny raz Zamawiający wskazuje na wykonawcę Medicus. Wymóg dostarczenia wspornika pokrytego cienką warstwą hydroksyapatytu nie ma, w ocenie Odwołującego, uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Wsporniki takie stanowią nowość na rynku implantów słuchowych zakotwiczonych, a korzyści z ich zastosowania nie są oczywiste. Na odsetek powikłań skórnych poza materiałem, z którego wykonany jest zaczepek, mają wpływ także inne parametry implantu takie jak: (a) geometria zaczepeku i kołnierza implantu; (b) użyta podczas zabiegu technika chirurgiczna.

Odwołujący wskazał, że oferuje on inne rozwiązanie z jednej strony innowacyjne, poprawiające stabilność implantu (technologia Optigrip™ dzięki unikalnym właściwościom tnącym pozwala na wkręcenie szerszego implantu w mniejszy otwór, co zapewnia większą powierzchnię styku implantu z kością o 10% w stosunku do konkurencji oraz konieczność usunięcia o 27% mniejszej ilości kości niż u konkurencji), a z drugiej strony - rozwiązanie dobrze sprawdzone i

bezpieczne - tytanowe implanty wszczepiono jak dotąd ponad 80 000 pacjentów na całym świecie. Drobne różnice techniczne w konstrukcji zbliżonych do siebie produktów, jednakowo zapewniające spełnienie pożądanej funkcjonalności, nie powinny stanowić sposobu na eliminację jednego z dwóch dostawców z postępowań przetargowych.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że kwestionowany parametr nie jest bezpośrednio związany z faktycznym przedmiotem zamówienia i celem, który ma on spełniać. Przedmiotem zamówienia są systemy implantów zakotwiczonych w kości, które mają umożliwić słyszenie, natomiast parametr ograniczający konkurencję nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymogu powierzchni wspornika pokrytej hydroksyapatytem lub dopuszczenie powierzchni wspornika niepokrytej hydroksyapatytem.

2. „Sygnalizacja akustyczna i wizualna pracy procesora” (punkt 3.4 załącznika 1C)

Odwołujący zakwestionował wymagania określone przez Zamawiającego w załączniku nr 1C pkt 3.4, w którym Zamawiający wymagał, aby procesor dźwięku posiadał sygnalizację akustyczną i wizualną pracy. W ocenie Odwołującego, wymagane rozwiązanie właściwe jest wyłącznie dla urządzeń Cochlear (oferowanych wyłącznie przez firmę Medicus) i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Urządzenie oferowane przez Odwołującego posiada wyłącznie sygnalizację akustyczną.

W ocenie Odwołującego 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 wiemy, że sygnalizację przeważnie się wyłącza). W ocenie Odwołującego, ze względu na usytuowanie procesora mowy z tyłu, za uchem, funkcja wizualnej sygnalizacji może być przydatna jedynie dla opiekunów niemowląt, którym by wszczepiono implant kostny. Odwołujący podkreślił również, że rodzic lub opiekun zawsze może sprawdzić stan pracy aparatu za pomocą

dołączanego do kompletu testera (zarówno Oticon jak i Cochlear), dlatego trudno zgodzić się, że jest to funkcja aż tak istotna - uniemożliwiająca złożenie oferty jednemu z wykonawców. Lampka w urządzeniach firmy Cochlear nie sygnalizuje stanu działania urządzenia, a w istocie jedynie potwierdza fakt dokonania zmian ustawienia programu.

Odwołujący wskazał, że dzięki sygnalizacji akustycznej w sytuacji, gdy procesor mowy jest zdjęty można odsłuchać za pomocą standardowo dostarczanego przyrządu (testera). W ocenie Odwołującego, nie jest zasadne bezwzględne wymaganie kontrowersyjnego i w praktyce niestosowanego rozwiązania, którego wprowadzenie do zapisów SIWZ powoduje monopol jednego z dwóch istniejących na rynku wykonawców. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował również, że kwestionowany parametr nie jest bezpośrednio związany z faktycznym przedmiotem zamówienia i celem, który ma on spełniać. Przedmiotem zamówienia są systemy implantów zakotwiczonych w kości, które mają umożliwić słyszenie, natomiast parametr ograniczający konkurencję nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o wykreślenie z wymagań żądania jednoczesnego zaoferowania sygnalizacji akustycznej i wizualnej pracy procesora i dopuszczenie zaoferowania procesora posiadającego sygnalizację akustyczną.

3. „Sposób mocowania procesora do wewnątrz zaczepu w przypadku zapotrzebowania na system przez skórny” (punkt 3.6 załącznika 1C).

W ocenie Odwołującego powyższe rozwiązanie, właściwe wykonawcy Medicus, gdzie procesor zaczepiany jest do wewnątrz wspornika, nie wiąże się z żadnymi korzyściami zarówno dla Zamawiającego jak i jego pacjentów, gdyż odbiera pacjentom dożywotnio możliwość wyboru procesora mowy innego producenta niż Cochlear (oferowane przez Odwołującego rozwiązanie Oticon Medical pozwala na podłączanie do wspornika procesorów obu firm). Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego sposób łączenia procesora Oticon Medical z zaczepem nawet po wielu tysiącach powtórzeń zapięcia i odpięcia procesora od wspornika, ma nadal niezmienną siłę potrzebna do odpięcia Ponto. Również charakterystyka częstotliwościowa przenoszenia sygnału z procesora do implantu pozostaje niemal niezmienną. Dodatkowo „pływające, amortyzowane”

złącze chroni komponenty procesora przed mechanicznymi urazami. W ocenie Odwołującego, w przypadku produktów Cochlear istnieje konieczność okresowej wymiany plastikowego łącznika, ze względu na jego zużywanie się w czasie. Z chirurgicznego punktu widzenia o wiele istotniejszym parametrem aniżeli sposób zatraskiwania się procesora na zaczepie jest długość zaczepu oraz jego kształt. Obie firmy oferują zaczepy o różnych długościach oraz dodatkowo firma Oticon oferuje zaczep kątowy (nieдоступny u konkurencji). Niestety pomimo oferowania przez Oticon większej palety rozwiązań chirurgicznych mogących mieć wpływ na odległość procesora od tkanek, Zamawiający skupia się na drobnym detalu technicznym mającym marginalny (poniżej 1 mm) wpływ na odległość procesora od tkanek, wobec dostępności zaczepów o długościach 6, 9 i 12 mm oraz zaczepu kąтового. Wymagane jest zaoferowanie rozwiązania niekompatybilnego z niektórymi dostępnymi na rynku procesorami, podczas gdy Odwołujący jest w stanie zaoferować rozwiązanie kompatybilne ze wszystkimi dostępnymi na rynku procesorami typu BAHS.

Odwołujący podkreślił również, że kwestionowany parametr nie jest bezpośrednio związany z faktycznym przedmiotem zamówienia i celem, który ma on spełniać. Przedmiotem zamówienia są systemy implantów zakotwiczonych w kości, które mają umożliwić słyszenie, natomiast parametr ograniczający konkurencję nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymogu aby procesor zatraskiwał się do wewnątrz zaczepu, alternatywnie o dopuszczenie wspornika, który zatraskuje się na zewnątrz zaczepu.

Na skutek przekazania w dniu 28 marca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. Sp.k. (dalej „**Przystępujący**” lub „**Medicus**”).

Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba po przeprowadzeniu rozprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez Zamawiającego w formie kopii potwierdzonej za zgodność oryginałem, odwołaniem oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie, działając na podstawie art. 190 ust. 7 Pzp, dowody z: dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego poświadczonej za zgodność z oryginałem, odwołania, wydruków komputerowych ze strony internetowej firmy Cochlear przedstawionych przez Odwołującego na okoliczność oferowanych przez tą firmę aparatów słuchowych, artykułu przedstawionego przez Zamawiającego, opublikowanego w Polskim Przeglądzie Otorynolaryngologicznym nr 2 (2013) pn „Raport wstępny dotyczący zastosowania nowego wspornika Baha pokrytego hydroksyapatytem i nowej techniki chirurgicznej bez redukcji tkanki podskórnej”. Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego artykułów prasowych przedstawionych przez Zamawiającego na okoliczność zalet pokrycia wspornika hydroksyapatytem. Przedstawione materiały zostały złożone w języku angielskim. Zamawiający nie przedstawił tłumaczenia na język polski. Przy rozpoznaniu odwołania Izba wzięła również pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w toku rozprawy.

Na podstawie powyższej dokumentacji, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa implantów do Kliniki Otolaryngologii. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2014 r. pod numerem 2014/S 055-091760.

Zamówienie zostało podzielone na sześć pakietów. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Pakiet nr 3 dotyczył dostarczenie implantów magnetycznych z zakresem wzmocnienia procesora 55 dB. Szczegółowe wymagania w zakresie Pakietu nr 3 zostały określone w Załączniku nr 1C. W załączniku tym została podana szczegółowa nazwa zamówienia „*System implantu magnetycznego na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku – Zestawienie parametrów techniczno – użytkowych dla systemu implantu magnetycznego na przewodnictwo kostne z możliwością zastosowania wspornika zakotwiczonego w kości – procesorem do mieszanych ubytków słuchu na poziomie 55 dB HL*”. W zakresie kwestionowanych wymagań określonych w treści Załącznika nr 1C Izba ustaliła, że Odwołujący kwestionował następujące wymagania:

Pkt 1.4 „Powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem”

Pkt 3.4 „Sygnalizacja akustyczna i wizualna pracy procesora”

Pkt 3.6 „Sposób mocowania procesora do wewnątrz zaczeputu w przypadku zapotrzebowania na system przez skórny”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w części dotyczącej Pakietu nr 3.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do

przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie parametrów przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zakresie Pakietu Nr 3 naruszył dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp. Izba uznała zasadność stanowiska Odwołującego, który wskazał, że parametry wymagane przez Zamawiającego w pkt 1.3, 1.4, 2.3 oraz 3.6 Załącznika 1C wskazują, że Zamawiający zamierza zakupić implanty niemagnetyczne, mimo iż Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako „Implant magnetyczny z zakresem wzmocnienia procesora 55 dB”. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, iż nie jest możliwe jednoczesne wszczęcie pacjentowi implantu magnetycznego i niemagnetycznego, co znalazło potwierdzenie w przedstawionych materiałach ze strony internetowej firmy Cochlear zaprezentowanych na rozprawie przez Odwołującego. Nie istnieją bowiem jeden produkt na rynku któremu można byłoby przypisać cechy wymagane przez Zamawiającego w treści Załącznika 1C.

Zamawiający podczas rozprawy potwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 3 zawiera elementy typowe dla aparatu słuchowego niemagnetycznego. Zamawiający przyznał, że wskazane przez Odwołującego parametry w pkt 1.3, 1.4, 2.3 oraz 3.6 w tabeli parametrów granicznych Pakietu nr 3, Załącznik 1C nie mają zastosowania do aparatów magnetycznych i odnoszą się wyłącznie do aparatów słuchowych niemagnetycznych. Potrzebę zamieszczenia kwestionowanych wymogów Zamawiający uzasadniał tym, że u bardzo wąskiej grupy pacjentów może zaistnieć konieczność przekształcenia, z powodu zaistniałych komplikacji, wszczepionego magnetycznego aparatu słuchowego na aparat niemagnetyczny. Zamawiający uzasadniał kwestionowane zapisy w SIWZ tym, że chciał mieć możliwość zakupu w ramach Pakietu nr 3 również aparatów niemagnetycznych właśnie dla tej wąskiej grupy pacjentów.

Wobec oświadczeń Zamawiającego złożonych podczas rozprawy, w ocenie Izby nie ma wątpliwości, że celem Zamawiającego było takie skonstruowanie zapisów dotyczących zamówienia w ramach Pakietu nr 3, które umożliwiłoby mu zakup aparatów słuchowych zarówno magnetycznych jak i niemagnetycznych, mimo iż, jak wynika z nazwy zamówienia, miało obejmować ono swoim zakresem tylko zakup aparatów słuchowych magnetycznych.

W ocenie Izby powyższe działania Zamawiającego w sposób oczywisty naruszają dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający określił bowiem przedmiot zamówienia w zakresie Pakietu nr 3 – „Implant magnetyczny z zakresem wzmocnienia procesora 55 dB – 16 sztuk”. Jednocześnie, jak

zostało wskazane powyżej, opisując parametry graniczne dotyczącego wymaganego produktu wskazał na inny produkt niebędący przedmiotem zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego uniemożliwił Odwołującemu zidentyfikowanie czego de facto wymaga Zamawiający. Skoro poszczególne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego nie mają zastosowania do produktu będącego przedmiotem zamówienia, Odwołujący miał uzasadnione przesłanki do kwestionowania postanowień zawartych w Załączniku nr 1C SIWZ.

Izby zauważa, że skoro w ocenie Zamawiającego w pewnych sytuacjach może zaistnieć konieczność przekształcenia wszczepianego aparatu słuchowego magnetycznego na aparat niemagnetyczny przy użyciu specjalnego wspornika, to obowiązkiem Zamawiającego było takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy mieli jasność jakiego typu aparatu Zamawiający oczekuje. Zamawiający nie jest uprawniony do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dla siebie dogodny, z pominięciem zasad określonych w ustawie Pzp. Argumentacja Zamawiającego jakoby potrzeba zamontowania aparatów niemagnetycznych występowała tylko w wąskiej grupie pacjentów nie może uzasadniać działania Zamawiającego pozostającego w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma prawo podzielić zamówienia na części tak, aby w sposób jednoznaczny opisać przedmiot zamówienia i nie wprowadzać w błąd wykonawców. Skoro przewiduje konieczność zamontowania aparatów niemagnetycznych, powinien jasno określić takie wymagania w zamówieniu, tak aby wykonawcy mogli zaoferować swoje produkty. Wymagając w Pakiecie nr 3 dwóch odrębnych produktów pod jedną nazwą w sytuacji, gdy, jak zaznaczył Odwołujący, na rynku istnieje tylko jeden wykonawca mogący wykonać takie zamówienie, jest w ocenie Izby działaniem mającym na celu bezprawne wyeliminowanie konkurencji i stworzenia monopolu jednego wykonawcy. Kształtowanie treści zamówienie w ten sposób stanowi oczywiste naruszenia zasad wyrażonych w art. 29 ust. 1 oraz 2 Pzp.

W związku z tym, Izba nakazała Zamawiającemu określenie w sposób jasny i spójny czy przedmiotem zamówienia są aparaty słuchowe magnetyczne czy aparaty słuchowe niemagnetyczne i wskazanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów adekwatnych do tak określonego przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia zostaną objęte również aparaty słuchowe niemagnetyczne, Zamawiający jest zobowiązany do określenia wymaganych parametrów takiego urządzenia, z uwzględnieniem stanowiska Izby co do pozostałych zarzutów omówionych poniżej.

Co zarzutów dotyczących wymagań: „Powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem” (punkt 1.4 załącznika 1C) oraz „Sygnalizacja akustyczna i wizualna pracy procesora” (punkt 3.4 Załącznika 1C) – naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp

Izba uznała oba zarzuty za zasadne.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia powinien skupić się celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia z uwzględnieniem cech koniecznych wynikających z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują ograniczenie lub wręcz eliminują konkurencję na rynku. Obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich a nie innych wymagań określonych przez Zamawiającego skutkujących ograniczeniem czy też eliminacją konkurencji na rynku. Ponadto, Izba podkreśla, że każde takie ograniczenie czy eliminacja konkurencji musi być poddane szczegółowej analizie w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy, sytuacji zamawiającego, faktycznego stopnia ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń, a także ich skutków dla wykonawców działających na rynku. Ponadto, w przypadku całkowitego wyłączenia konkurencji, tj. ograniczenia możliwego przedmiotu dostawy jedynie do produktów jednego wykonawcy Zamawiający musi wykazać nie tylko swoje preferencje, ale wręcz konieczność zakupu wyspecyfikowanych rozwiązań.

Uwzględniając powyższą analizę w odniesieniu do zarzutów odwołania w zakresie wymogu pokrycia wspornika hydroksyapatytem, Izba stwierdziła, że przyjmuje opis rynku i obecnych na nim produktów i wykonawców przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu za odpowiadający rzeczywistości. Odwołujący wskazał, że jedynym podmiotem oferującym wsporniki pokryte hydroksyapatytem jest firm Cochlear, której wyłącznym przedstawicielem w Polsce jest firma Medicus. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego w żadnym piśmie procesowym ani podczas rozprawy. W konsekwencji, Izba uznała, za okoliczność przyznaną i bezsporną, że Zamawiający wymagając, aby powierzchnia wspornika pokryta była hydroksyapatytem ograniczył konkurencję w stopniu absolutnym, tzn. umożliwił zaoferowanie tylko jednego produktu obecnego na rynku.

Zadaniem Izby było więc ustalenie czy działania Zamawiającego miały uzasadnienie w jego obiektywnie określonych potrzebach. Izba oceniając całokształt materiału dowodowego nie znalazła

podstaw do przyjęcia, że wymóg pokrycia wspornika hydroksyapatytem ma uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

W ocenie Izby pokrycia wspornika hydroksyapatytem nie ma znaczenia dla skutecznej realizacji zamówienia oraz preferują jednego wykonawcę. Podczas rozprawy, Zamawiający argumentował, że pokrycie wspornika hydroksyapatytem jest rozwiązaniem korzystnym dla pacjenta. Na dowód przedstawił artykuł opublikowany w Polskim Przeglądzie Otorynolaryngologicznym nr 2 (2013) pn. „Raport wstępny dotyczący zastosowania nowego wspornika Baha pokrytego hydroksyapatytem i nowej techniki chirurgicznej bez redukcji tkanki podskórnej”. Izba dokonała analizy przedstawionego materiału dowodowego. Autorem artykułu są lekarze zatrudnieni w szpitalu Odwołującego oraz przedstawiciele firmy Medicus czyli jedyni podmiotu oferujące wspornik pokryty hydroksyapatytem. Dlatego Izba uznała przedstawioną publikację jako materiał poglądowy, wyrażający stanowisko Odwołującego i Przystępującego dotyczącego zalet pokrycia wspornika hydroksyapatytem, nie zaś jako opinię niezależnego podmiotu.

W ocenie Izby, Zamawiający uzależniając możliwość złożenia oferty przez wykonawców od pokrycia wspornika w oferowanych przez nich aparatach słuchowych hydroksyapatytem naruszył art. 29 ust. 2 Pzp. W ocenie Izby, powyższa właściwość wymagana przez Zamawiającego powinna znaleźć odzwierciedlenie w kryteriach oceny ofert innych niż cena. Zamawiający ma bowiem prawo, zgodnie z art. 91 ust. 1 oraz 2 Pzp, określić jako kryteria oceny ofert cenę albo cenę 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. Zamawiający kierując się specyfiką zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na jak najkorzystniejszych warunkach powinien starannie rozważyć czy ograniczyć kryteria oceny ofert tylko do parametry ceny czy uwzględnić również inne elementy które mogą mieć wpływ na otrzymanie końcowego produktu. Dobór takich kryteriów powinien pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia oraz być proporcjonalny oraz uwzględniać specyfikę zamówienia.

Zamawiający w zakresie pakietu nr 3 nie wprowadził innych kryteriów ocen niż cena, argumentując, że pokrycie wspornika hydroksyapatytem jest parametrem niezbędnym dla wymaganego urządzenia. Nie wykazał jednak, że aparaty słuchowe, których wspornik nie jest pokryty hydroksyapatytem nie spełniają swojej funkcji. Zamawiający nie przedstawił żadnych analiz medycznych przygotowanych przez niezależne podmioty, które wskazywałyby, że pokrycia wspornika hydroksyapatytem powinno

być wręcz wymagane ze względu na jego szczególne właściwości, których nie posiadają wsporniki tytanowe. Z przedstawionego materiału dowodowego zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, iż pokrycie wspornika hydroksyapatytem jest technologią nową, której skutki zastosowania są obecnie przedmiotem badań. Zaprezentowane wyniki badań mają charakter wstępny i opierały się na grupie zaledwie 6 pacjentów. W zakończeniu publikacji zawarte jest informacja, że konieczne jest przeprowadzenie dalszych badań na większej grupie pacjentów. Z tego względu, Izba nie uznała, że przedstawiona publikacja stanowi wiarygodny dowód uzasadniający bezwzględny wymóg pokrycia wspornika hydroksyapatytem. Izba rozumie, potrzebę wprowadzania innowacyjności oraz potrzeby Zamawiającego, jednak w przedmiotowej sprawie wobec faktu, iż pokrycia wspornika hydroksyapatytem jest nowym rozwiązaniem technologicznym, którego skuteczność i sposób oddziaływania na pacjenta jest w fazie testów, parametr ten powinna być ujęta w dodatkowych kryteriach oceny ofert (np. zastosowanie najlepszych dostępnych technologii), a wykonawcy powinny być premiowane poprzez możliwość uzyskania dodatkowych punktów. Przyjęcie odmiennej interpretacji spowodowałoby, w ocenie Izby, niezasadne wyeliminowanie jakiegokolwiek konkurencji na rynku.

W ocenie Izby zmiany w SIWZ stworzy warunki do uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i umożliwi złożenie ofert przez wykonawców, którzy zaoferują urządzenia o odmiennych rozwiązaniach, ale które spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie funkcjonalności. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu usunięcia z treści SIWZ wymogu pokrycia wspornika hydroksyapatytem.

Co wymagania Zamawiającego określonego w pkt 3.4 Załącznika 1C „Sygnalizacja akustyczna i wizualna pracy procesowa”, Izba uznała stanowisko Odwołującego za zasadne. Odwołujący wskazał w treści odwołania, że rozwiązanie takie jest oferowane wyłącznie przez urządzenia Cochlear (oferowane wyłącznie przez firmę Medicus). Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego w żadnym piśmie procesowym ani podczas rozprawy. Izba uznała więc tę okoliczność za przyznaną, a w konsekwencji bezsporną. W konsekwencji Izba uznała, że bezwzględne wymaganie Zamawiającego, aby urządzenie oferowane przez wykonawców posiadało akustyczną i wizualną sygnalizację pracy procesora powoduje całkowite wyeliminowanie jakiegokolwiek konkurencji na rynku, gdyż tylko jeden wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał własnych obiektywnych potrzeb, które przez tego typu

opis zamówienia zostałyby zrealizowane. Izba 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. W ocenie Izby, powyższe wymagania Zamawiającego powinny uzasadniać przyznanie dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert innych niż cena, jednakże nie uzasadniają dalej idących kroków zmierzających do ograniczenia konkurencji i preferowania jednego wykonawcy. Ponadto, jak słusznie wskazał Odwołujący, w części 4 zamówienia, w której Zamawiający wymaga dostarczenia aparatów słuchowych magnetycznych tyle tylko, że mających zastosowanie w przypadku mniejszej wady słuchu, Zamawiający nie wymaga w ogóle sygnalizacji wizualnej. W ocenie Izby, Zamawiający nie przedstawił żadnej spójnej i logicznej argumentacji uzasadniającej jakie konkretne potrzeby pacjentów z ubytkiem słuchu na poziomie 55dB HL uzasadniają bezwzględny wymóg posiadania akustycznej i wizualnej sygnalizacji pracy procesora, a które to potrzeby nie istnieją w przypadku pacjentów z ubytkiem słuchu na poziomie 45 dB HL skoro Zamawiający nie wymaga dla tej grupy pacjentów wizualnej sygnalizacji pracy procesora.

W związku Iza uznała, że swoim działaniem Zamawiający art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp i nakazała Zamawiającemu usunięcie wykazanych wymagań z treści SIWZ.

Co do zarzutu dotyczącego wymagania pkt 3.6 załącznika 1C „Sposób mocowania procesora do wewnątrz zaczepu w przypadku zapotrzebowania na system przez skórny”

Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający podczas rozprawy ograniczył się do stwierdzenia, że powyższy wymóg jest bezprzedmiotowy, gdyż przedmiotem zamówienia ma być implant magnetyczny.

Wobec powyższego stwierdzenia Zamawiającego, Izba nakazała Zamawiającemu, w przypadku gdy podejmie on decyzję, że przedmiotem zamówienia objęte są również aparaty słuchowe niemagnetyczny, dokonać zmiany w treści SIWZ w ten sposób, aby wykonawcy mieli możliwość zaoferowanie aparatów słuchowych ze wspornikami, które zatrzaskują się na zewnątrz zaczeput. Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że wymóg określony przez Zamawiającego jest właściwy dla firmy Medicus, gdzie procesor zaczepiany jest do wewnątrz spornika, Odwołujący przedstawił logiczną i spójną argumentację wskazującą na brak obiektywnych potrzeb Zamawiającego do powyższego wymagania. Odwołujący wskazał, że ograniczenie sposobu mocowania procesora do wewnątrz zaczeput odbiera pacjentom dożywnotnio możliwość wyboru procesora mowy innego producenta niż Cochlear. Izba uznała również za zasadny argument Odwołującego, że urządzenia oferowane przez niego jest kompatybilne z procesorami typu BAHS oferowanymi na rynku. Zamawiający nie zaprzeczył powyższym argumentom Odwołującego ani nie przedstawił dowodów na wykazanie nieprawdziwości twierdzeń Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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:

