

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

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 r. przez wykonawcę **OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań**,

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna, Pl. Powstańców Polskich 11/1, 53-329 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Szpitalowi Klinicznemu im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu - wykonanie czynności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.**
2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-**

499 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań, na rzecz OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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, 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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. Heliodora Świąckiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę „30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości do aparatu słuchowego na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. z dnia 2 maja 2012 r. w Suplemencie pod numerem 2012/S 84-138281. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana „SIWZ”, została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący - OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 przez opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy ocenie ofert i wyborze oferty oraz znaczenia kryteriów, na przesadnie wysokim poziomie i w sposób niejednoznaczny, co w konsekwencji w bezzasadnie narusza uczciwą konkurencję, utrudniając Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu,
- 3) art. 29 ust. 3 przez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaków towarowych bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych,
- 4) art. 29 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i uniemożliwiający sporządzenie oferty, a tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
- 3) dokonanie zmiany kwestionowanych opisów zawartych w ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ,

- 4) wykreślenie z tabeli parametrów punktowanych, parametrów nieistotnych, marginalnych lub będących wadami urządzenia, wraz z adekwatnym (proporcjonalnym) obniżeniem wagi (znaczenia) tego kryterium.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację. Wskazał, że jest podmiotem działającym na rynku dostaw urządzeń medycznych, mogącym ubiegać się o wykonanie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący doznał uszczerbku, gdyż został pozbawiony możliwości złożenia oferty, a tym samym uzyskania zamówienia (zawarcia umowy). W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę, co dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia i czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu Odwołujący podał, że Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył przepisy ustawy powodując w ten sposób utrudnienie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Na wstępie zwrócił uwagę na specyfikę rynku implantów słuchowych. Wskazał, że w branży (nie tylko w Polsce, ale też na świecie) funkcjonują tylko dwa podmioty: firma Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus z Wrocławia oraz firma Oticon Medical AB, reprezentowana w Polsce przez Odwołującego, przy czym Odwołujący, będący częścią międzynarodowego holdingu o ponad stuletniej tradycji, zajmujący się produkcją aparatów słuchowych, aparatury diagnostycznej i urządzeń wspomagających słyszenie, wprowadził do sprzedaży implanty zakotwiczone w kości z początkiem 2010 roku, stając się tym samym jedynym potencjalnym konkurentem dla dotychczasowego monopolisty - wykonawcy Medicus. Odwołujący podniósł, że od początku funkcjonowania na polskim rynku implantów słuchowych spotykał się z utrudnianiem dostępu do zamówień publicznych w ten sposób, że początkowo zamawiający ograniczali konkurencję wprost przez postanowienia w specyfikacjach uniemożliwiające złożenie oferty, później dyskryminacja przyjęła bardziej zawoalowaną formę.

Wskazał, że taka sytuacja ma miejsce w tym postępowaniu - Zamawiający wiedząc, że na rynku istnieją dwa porównywalne, funkcjonalnie niemal identyczne produkty, wyszukał kilka nieznaczących i nieistotnych z medycznego punktu widzenia różnic, aby na ich bazie stworzyć kryteria oceny ofert, które w konsekwencji wyeliminują konkurencję z postępowania. Odwołujący ocenił, że wszystkie wybrane przez Zamawiającego parametry punktowane są wyłącznie z uwzględnieniem urządzeń oferowanych przez spółkę Medicus. Odwołujący dodał, że są to parametry nieistotne, zarówno dla pacjenta (użytkownika końcowego), jak i lekarza wykonującego zabieg, będące wyłącznie różnicami konstrukcyjnymi (a nie funkcjonalnymi) pomiędzy oferowanymi produktami. Wskazał, że rażąca jest również, przyjęta dla kryterium oceny technicznej, waga - na poziomie 40%. Podał, że przy tak wyeksponowanych parametrach technicznych, właściwych wyłącznie

jednemu wykonawcy - spółce Medicus, spółka ta może zaoferować cenę 2,32 razy wyższą od ceny oferty Odwołującego, a i tak uzyska zamówienie.

Odwołujący uznał określenie kryteriów oceny ofert za narzędzie dyskryminacyjne, służące do eliminowania konkurencji. Stwierdził, że nieuzasadnione kryteria oceny ofert na dostawy systemów implantów były już przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, wskazał wyrok 2189/2010, w którym Izba stwierdziła, że *„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 KIO 2549/2010 Izba argumentowała, że opisanie kryteriów oraz ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję: *„Nie podlega kwestii ani w stanowiskach stron, ani składu orzekającego Izby uprawnienie zamawiającego do formułowania swoich wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia czy określania sposobu oceny ofert, a w tym ustalenia znaczenia kryteriów, którymi będzie się kierować zamawiający podczas oceny ofert. Jednak uprawnienie to musi być stosowane w sposób uzasadniony potrzebami i celami zamawiającego”*.

Odwołujący podniósł, że promowanie konkretnego wykonawcy w postępowaniu jest ewidentne i niezaprzeczalne - gdyż parametry punktowane umożliwiają zdobycie maksymalnej liczby punktów cząstkowych, a tym samym 40 punktów w kryterium ocena techniczna, wyłącznie wykonawcy Medicus, pomimo że według wielu dostępnych badań porównawczych oferuje on urządzenie gorzej oceniane przez pacjentów, zarówno pod względem jakości słyszenia, jak i łatwości obsługi od produktu oferowanego przez Odwołującego, wskazał przykładowo - badanie przeprowadzone w 2009 i 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze, Dania; badanie przeprowadzone w 2009 i 2010 roku przez Radboud University Medical Centre w Nijmegen, Holandia; badanie przeprowadzone w 2010 i 2011 roku przez Ear Foundation Silverstein Institute, Sarasota, USA; badanie przeprowadzone przez Central Manchester University Hospitals NHS Foundation Trust, Manchester, Anglia. Odwołujący podał, że wszystkie wymienione badania porównawcze zostały zaprezentowane na międzynarodowych konferencjach i, że można domniemywać, iż są one znane Zamawiającemu, jako wiodącemu ośrodkowi implantologii laryngologicznej w Polsce. Na marginesie Odwołujący również zauważył, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach na ten sam przedmiot zamówienia, Zamawiający punktował zupełnie inne parametry, obecnie zaś skupił się na najbardziej marginalnych i nieistotnych detalach, aby

bazując na niuansach doprowadzić do wyboru oferty spółki Medicus oferującej urządzenia firmy Cochlear.

Odwołujący wskazał kwestionowane parametry wraz z uzasadnieniem swojego stanowiska.

1. Symetryczne urządzenie, możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę.

Zamawiający zdecydował się na przyznawanie punktów za cechę urządzenia będącą jego ewidentną wadą. Odwołujący zwrócił uwagę, że procesory są urządzeniami niejako „na zamówienie” - za każdym razem należy wybrać kolor oraz każdorazowo przed założeniem procesora należy wszczepić implant. Ponieważ proces zrastania się implantu z kością trwa kilka tygodni, w momencie składania zamówienia Zamawiający wie czy procesor będzie działał na uchu lewym, czy na prawym. Nie ma zatem żadnych przeszkód, w ocenie Odwołującego, aby przy składaniu zamówienia, poza kolorem, wskazywać także stronę (ucho lewe lub prawe) procesora. Podał, że jego firma Oticon opracowała dedykowane procesory na ucho prawe i lewe, ponieważ wiąże się to z konkretnymi korzyściami: optymalne ułożenie wlotów mikrofonów pozwala na osiągnięcie lepszych charakterystyk kierunkowości aniżeli w urządzeniu symetrycznym, urządzenie jest bardziej ergonomiczne i estetyczne, pozbawione siermiężnego, prostopadłościennego kształtu. Odwołujący stwierdził, że racjonalnie i logicznie rzecz traktując, procesory dedykowane powinny być dodatkowo punktowane. Zauważył, że urządzenia obu firm (Oticon Medical i Cochlear) występują w wielu kolorach (ich mnogość Zamawiający dodatkowo premiuje), co pozbawia je atrybutu uniwersalności. Wskazał, że to pacjent wybiera kolor urządzenia i w przeciwieństwie do strony, może on ulec zmianie po zabiegu implantacji.

2. Procesor z włącznikiem/wyłącznikiem pracy urządzenia (przycisk/przełącznik).

Odwołujący stwierdził, że urządzenie, które może zaoferować nie ma przycisku on/off, jego wyłączenie jest możliwe przez odłączenie zasilania z baterii, co jest niezwykle proste do wykonania. Uchylenie komory baterii powoduje włączenie/wyłączenie urządzenia. Jest to rozwiązanie sprawdzone i stosowane w każdym spośród około dwóch milionów aparatów słuchowych produkowanych rocznie przez firmę Oticon oraz w większości urządzeń innych producentów. Odwołujący wskazał, że w badaniu porównawczym „Comparison of two newly introduced bone anchored hearing instruments in first-time users (Updated September 2010)” przeprowadzonym w 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze, aż 83% pacjentów oceniło procesor Cochlear BP100 jako trudny w obsłudze, natomiast aż 92% pacjentów oceniło procesor Oticon Ponto Pro jako łatwy w obsłudze. Odwołujący uznał, że wyniki pokazują, które urządzenie zostało zaprojektowane w bardziej przemyślany i ergonomiczny sposób. Wskazał, że Zamawiający zamiast preferować lepsze rozwiązanie lub przynajmniej zachować neutralność, doszukuje się różnic konstrukcyjnych, by przyznać

punkty wyłącznie urządzeniu mniej przyjaznemu dla użytkownika.

Odwołujący opisał czynność otwarcia komory baterii na dłuższy czas nie używania urządzenia (np. na noc) i korzyści, jakie wynikają z tego faktu:

- możliwość wentylacji i osuszania wnętrza urządzenia, co zapobiega korozji i wydłuża czas życia urządzenia, zmniejsza ilość napraw związanych z korozją styków i ścieżek, itp., - zmniejszenie rozładowania baterii w czasie nie używania urządzenia. Powszechnie stosowane baterie powietrzno-cynkowe muszą pobierać tlen z otoczenia aby działać. Wiąże się to z wytwarzaniem gazów przez baterię. Ograniczenie ich ilości wpływa dodatnio na czas bezawaryjnej pracy całego urządzenia. W rozwiązaniu przyjętym przez Oticon i wszystkich liczących się producentów aparatów słuchowych, wyłączenie pracy urządzenia, na przykład na noc, wymusza otwarcie komory baterii. W rozwiązaniu konkurencyjnym (Cochlear/Medicus) jest to dość trudne, ze względu na konieczność wykonania dwu operacji: a) zdjęcie pokrywy baterii z uszczelnieniami, b) wyjęcie baterii z komory.

Ponieważ pokrywa jest specjalnie uszczelniana i każdy z użytkowników ma świadomość okresowej konieczności jej wymiany wraz uszczelnieniami, o czym jest informowany w instrukcji (znacznym koszcie), to można spodziewać się ograniczenia przed wyjmowaniem baterii na noc. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że także urządzenie oferowane przez spółkę Medicus (na przykładzie procesora Cochlear BP100), zgodnie z instrukcją obsługi ([www.cochlear.com/files/assets/BP100UserManual.pdf](http://www.cochlear.com/files/assets/BP100UserManual.pdf), strona 25: „At night, slide the battery door to its middle position to let the sound processor ventilate” - „Na noc, należy uchylić komorę baterii do jej środkowej pozycji, by umożliwić przewietrzenie procesora”) wymaga otwarcia komory baterii gdy jest wyłączane, co wynika ze specyfiki użytych (zarówno w produkcji firmy Cochlear jak i Oticon Medical) - baterii cynkowo-powietrznych, które do prawidłowego funkcjonowania potrzebują dostępu powietrza.

3. Dodatkowe punkty przyznawane są za „Możliwość programowania ustawień bez podłączenia do stanowiska komputerowego, z poziomu samego procesora (minimum 3 parametry).”

Odwołujący podał, że współczesne procesory mowy i aparaty słuchowe programowane są za pomocą komputera, gdyż taka regulacja jest zdecydowanie bardziej precyzyjna. Regulacja manualna była stosowana od lat 60-tych do połowy 90-tych XX wieku. Zamawiający promuje rozwiązanie przestarzałe i nie punktuje ani nie wymaga komputerowej regulacji procesorów mowy. Uznał, że funkcję oferowaną przez firmę Cochlear należy traktować jedynie jako ułatwienie wstępnego dopasowania urządzenia (np. wybór strony) przed dokonaniem pierwszej przedoperacyjnej przymiarki. W celu dopasowania urządzenia należy je, tak samo jak produkt firmy Oticon Medical, „podłączyć” do komputera. Stwierdził, że funkcja punktowana przez Zamawiającego w istocie powinna być kategorycznie zabroniona, bowiem możliwość programowania procesora powinna być dostępna tylko i wyłącznie dla specjalisty

audiologa. Tymczasem w urządzeniu oferowanym przez spółkę Medicus dostępna jest ona także dla pacjenta. Na stronie 13 instrukcji obsługi procesora BP100 znajduje się ostrzeżenie o możliwości wprowadzenia urządzenia w niewłaściwy tryb (ang. inappropriate mode), czyli jego rozregulowania w przypadku naciśnięcia niewłaściwej sekwencji klawiszy. Stąd istnieje ryzyko, że w sposób niezamierzony i całkowicie nieświadomy, pacjent skasuje wszystkie zaprogramowane przez specjalistę audiologa ustawienia parametrów procesora. Ryzyko to jest duże, ze względu na 3 miniaturowe przyciski umieszczane bezpośrednio obok siebie. Premiowanie tego mało istotnego parametru może prowadzić do sytuacji, w których pacjent otrzyma jedynie półprodukt - urządzenie wstępnie zaprogramowane (bez użycia komputera), niedziałające z pełnią swych możliwości.

#### 4. Sposób zatrzaskiwania samego procesora do wewnątrz zaczepeu.

Odwołujący stwierdził, że punktowane rozwiązanie, 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. Sposób łączenia procesora Oticon Medical z zaczepeu, prezentuje nową jakość niedostępną w produktach konkurencji. Nawet po wielu tysiącach powtórzeń zapięcia i odpięcia procesora od wspornika, siła potrzebna do odpięcia Ponto pozostaje niezmienną. Również charakterystyka częstotliwościowa przenoszenia sygnału z procesora do implantu pozostaje niemal niezmienną. Dodatkowo „pływające, amortyzowane” złącze chroni komponenty procesora przed mechanicznymi urazami. W przypadku produktów Cochlear istnieje konieczność okresowej wymiany plastikowego łącznika, ze względu na jego zużywanie się w czasie. Odwołujący wskazał, że z chirurgicznego punktu widzenia o wiele istotniejszym parametrem aniżeli sposób zatrzaskiwania się procesora na zaczepeu, jest długość zaczepeu oraz jego kształt. Obie firmy oferują zaczepey o dwóch długościach oraz dodatkowo firma Oticon oferuje zaczepeu kątowny (niedostępny u konkurencji). 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 (ok. 1 mm) wpływ na odległość procesora od tkanek, wobec dostępności zaczepeu o długościach 6 i 9 mm oraz zaczepeu kątownego. Dodatkowe punkty są przyznawane za zaoferowanie rozwiązania niekompatybilnego z niektórymi dostępnymi na rynku procesorami, podczas gdy Odwołujący jest w stanie zaoferować rozwiązanie kompatybilne ze wszystkimi dostępnymi na rynku procesorami (jest to niewątpliwa zaleta, która powinna uzyskać uznanie Zamawiającego).

#### 5. Różna kolorystyka obudowy procesorów.

Odwołujący wskazał, że za ponad 6 kolorów oferowanych przez Medicus, Zamawiający

przyzna 10 punktów, za 4 - 6 kolorów 5 punktów. Oticon otrzyma 5 punktów mniej, ponieważ oferuje produkt w 4 kolorach uwzględniających typowe potrzeby pacjentów. Przesadne mnożenie dostępnych kolorów urządzenia (np. czerń fortepianowa lub czerń matowa w ofercie firmy Cochlear) może prowadzić jedynie do nieporozumień podczas podejmowania przez pacjenta decyzji dotyczącej koloru. Odwołujący podniósł, że jednocześnie umyślnie nie premiuje się atrakcyjnych dla młodszych pacjentów naklejek dostępnych w ofercie Oticon Medical i dostarczanych z każdym procesorem dźwięku, natomiast dopuszcza się kolorowe drzwi komory baterii dostępne w urządzeniach Cochlear.

6. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu w technologii TiOblast lub nowocześniejszej.

Odwołujący podniósł, że Technologia TiOblast jest zastrzeżonym znakiem towarowym firmy AstraTech, a prawo do posługiwania się tym znakiem towarowym nabyła firma Cochlear. Wiadomo więc, że i ten parametr dedykowany jest dla wykonawcy Medicus, który oferuje implanty Cochlear BI300 wykonane w tej technologii. Dopuszczenie oferowania technologii „nowocześniejszej” jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji - niezrozumiałe jest dlaczego jeden wykonawca za używany przez siebie znak towarowy uzyska 10 punktów, a drugi nie może zaoferować rozwiązania równoważnego, tylko musi „nowocześniejsze”. Samo sformułowanie „nowocześniejsze” może również budzić wątpliwości interpretacyjne - kryteria „nowoczesności” nie są jednoznaczne, a Zamawiający nie dokonał ich doprecyzowania. Odwołujący wskazał, że powierzchnia TiOblast charakterystyczna dla systemu BI300 firmy Cochlear opatentowana przez firmę AstraTech (Szwedzki producent implantów stomatologicznych) jest powierzchnią opracowaną w roku 1990. Odwołujący podał, że w badaniach porównawczych „Titanium oral implants: surface characteristics, interface biology and clinical outcome” Anders Palmquist, Omar M. Omar, Marco Esposito, Jukka Lausmaa, and Peter Thomsen; 2010 *Jurnal of The Royal Society*, zauważono brak istotnych, długoterminowych różnic w parametrach osseointegracji i stabilności implantów o powierzchni porowatej (TiOblast) jak i skrawanej (Branemark). Przy znikomej częstotliwości występowania utraty implantu wśród pacjentów z wszczepionym implantem słuchowym - zarówno o powierzchni TiOblast jak i Branemarka - definiowanie przez Zamawiającego wymogu posiadania przez implant jednej lub drugiej powierzchni, jest niezrozumiałe. Odwołujący podał, że Zamawiający w poprzednim postępowaniu (DZP/53/2011) nie stawiał takiego wymogu. Odwołujący zauważył, że wśród implantów stomatologicznych (z których wywodzi się opracowana przez AstraTech powierzchnia TiOblast) nie stosuje się już tej powierzchni-została zastąpiona rozwiązaniem OsseoSpeed™. Wskazał, że nie są znane żadne prace naukowe ani doniesienia świadczące o korzyściach związanych z zastosowaniem powierzchni TiOblast w implantach kostnych. Jedyne dostępne publikacje odnoszące się do implantów Cochlear BI300 (z powierzchnią TiOblast) dotyczą porównań

implantów o różnej średnicy, zatem wnioskowanie o zaletach powierzchni TiOblast jest w tym przypadku błędem metodologiczno-logicznym.

#### 7. Sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora.

Odwołujący podał, że rozwiązanie polegające na sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej w jednym urządzeniu 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.

Odwołujący wskazał, że urządzenie firmy Cochlear sygnalizuje wizualnie:

- wybraną stroną przez kilka sekund od uruchomienia, - zmianę programu przez mignięcie lampki tyle razy, ile wynosi numer wybranego programu (1, 2 lub 3), - zablokowanie przycisków, - rozładowanie baterii (trzykrotnie dwa mignięcia na ok. godzinę przed rozładowaniem).

Ze względu na usytuowanie procesora mowy z tyłu, za uchem, funkcja wizualnej sygnalizacji może być przydatna jedynie dla opiekunów niemowląt. Ponieważ implanty kostne wszczepia się najwcześniej dzieciom powyżej 4-5 roku życia, to wizualna sygnalizacja zmiany programów jest niepotrzebna, gdyż w przypadku małych dzieci standardowo wyłącza się dodatkowe programy. W przypadku aparatów słuchowych na przewodnictwo powietrzne przeznaczonych dla niemowląt i bardzo małych dzieci, w nielicznych modelach aparatów, stosuje się wizualną sygnalizację, przy czym jej funkcją jest ciągłe sygnalizowanie stanu pracy aparatu, a nie krótkotrwałe informowanie o zmianie programów. Jak wynika z opinii wielu doświadczonych audiologów dziecięcych, dzieci 4-5 letnie świetnie orientują się w sygnałach akustycznych aparatu, a ich rodzice wręcz domagają się wyłączenia sygnalizacji świetlnej, jako dodatkowego stygmatu. Z ich obserwacji wynika także, że migająca lampka przyciąga uwagę innych dzieci, które interesują się świeceniem urządzenia i dążą do wzięcia go do ręki. Odwołujący dodał, że rodzic lub opiekun może zawsze sprawdzić stan pracy aparatu za pomocą dołączonego do kompletu testera (zarówno Oticon jak i Cochlear), dlatego trudno zgodzić się, że jest to funkcja tak istotna. Ponieważ aparat jest umieszczony z tyłu, za uchem, to firma Cochlear słusznie przewidziała możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej.

8. Możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (poniżej 4 tygodni) potwierdzona artykułem na łamach pracy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesieniem na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej, załączone do oferty.

Odwołujący uznał, że wymagany parametr jest niedorzeczny. Stwierdził, że Zamawiający ma zamiar punktować samą możliwość wczesnego obciążania implantu, pomimo tego, iż na decyzję o możliwości obciążania składa się szereg czynników, tj. stan zdrowia pacjenta, indywidualne tempo osseointegracji, a nie możliwości techniczne urządzenia. O tym, kiedy można dokonać implantacji decyduje lekarz i za każdym razem jest to indywidualnie podjęta

decyzja. Zbyt pochopne obciążenie implantem może powodować negatywne skutki w postaci jego wypadnięcia. Odwołujący podał, że w przypadku procedury wszczepienia implantu - wykonywanej raz na całe życie - różnica 2 tygodni (implanty Oticon Medical obciążane są z powodzeniem po 6 tygodniach), biorąc pod uwagę okres oczekiwania na taką procedurę medyczną - jest znikoma. W razie potrzeby istnieje możliwość użytkowania aparatu praktycznie natychmiast po operacji - na elastycznej opasce (do czasu jego obciążenia) - możliwość bezwzględnie wymaga przez Zamawiającego w punkcie 3.3 SIWZ.

Odwołujący zakwestionował osiem parametrów ocenianych w kryterium oceny technicznej i wniósł o ich wykreślenie, a w konsekwencji proporcjonalne obniżenie wagi (znaczenia) tego kryterium przez jej zmniejszenie z 40% o 4,44% (wynikające z przeliczenia  $10 \text{ pkt} / 90 \text{ pkt} \times 40\%$ ) dla każdego wykreślonego parametru, a zatem w przypadku wykreślenia wszystkich ośmiu parametrów - do poziomu 4,44%. Wskazał, że wykreślenie niektórych parametrów bez jednoczesnego obniżenia wagi (znaczenia) kryterium, prowadziłoby do sytuacji, w której inne (niewykreślone) parametry charakterystyczne dla produktów oferowanych przez spółkę Medicus, istotnie zyskałyby na znaczeniu (dzielenie zdobywanych punktów przez mniejszą sumę „małych” punktów do zdobycia), a w rezultacie nie wpłynęłoby to na zniwelowanie rażącego faworyzowania produktów oferowanych przez spółkę Medicus.

Odwołujący wniósł również o doprecyzowanie przez Zamawiającego zakresu zamówienia w następującym zakresie: w punkcie 3 zestawienia parametrów techniczno - użytkowych Zamawiający zastrzegł, iż wymaga „procesora dźwięku posiadającego możliwość skutecznego i optymalnego protezowania pacjenta z niedosłuchem mieszanym z komponentem odbiorczym do 45 dB HL lub do 55 dB HL. Dostępność co najmniej dwóch różnych typów procesorów (o różnym maksymalnym wzmocnieniu) - do decyzji zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia (wg potrzeb implantowanych pacjentów)”.

Wskazał, że niejednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia uniemożliwia wykonawcy kalkulację ceny oferty. Podniósł, że procesory mowy są głównym czynnikiem cenotwórczym zamawianych urządzeń. Na rynku funkcjonują procesory mowy z zakresem do 45 dB HL oraz do 55 dB HL. Są to dwa zupełnie inne urządzenia, które różnią się zasadniczo wielkością, sposobem zasilania, poborem energii, masą, maksymalnym wzmocnieniem dźwięku, itp., a w związku z tym są oferowane w różnych cenach. Odwołujący stwierdził, że ze względu na różnice w cenach wskazanych procesorów, Zamawiający powinien przewidzieć możliwość podania w formularzu oferty cen za poszczególne urządzenia. Wniósł o dokonanie modyfikacji formularza oferty w sposób, który umożliwi wskazanie cen poszczególnych urządzeń.

Reasumując, Odwołujący podał, że przytoczona analiza wymagań wskazuje, że wszystkie punktowane rozwiązania są charakterystyczne dla firmy Cochlear, której wyłącznym dystrybutorem jest Medicus Sp. z o.o. Odwołujący uznał, że Zamawiający jawnie promuje nawet niekorzystne, przestarzałe rozwiązania, a czasem nawet wady urządzenia. Stwierdził, że specyficzne wymogi powodują uprzywilejowaną pozycję jednej firmy i utrudniają złożenie konkurencyjnej oferty na bardziej zaawansowany technologicznie sprzęt wyższej klasy, więc uniemożliwiają Zamawiającemu wybór faktycznie najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zwrócił również uwagę, że wszystkie oceniane parametry nie są bezpośrednio związane z faktycznym przedmiotem zamówienia i celem, który ma spełniać. Przedmiotem zamówienia są systemy implantów zakotwiczonych w kości, które mają umożliwić słyszenie, natomiast żaden z parametrów, które Zamawiający zdecydował się punktować nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania, czy łatwości obsługi. Odwołujący wskazał, że tylko i wyłącznie Medicus ma pewność uzyskania maksymalnej liczby 40 punktów w kryterium ocena techniczna. Dlatego też wniósł o wykreślenie kwestionowanych parametrów i proporcjonalne obniżenie rangi. Odwołujący zaznaczył, że tylko za pomocą zmniejszenia rangi (czyli jej obniżenia z poziomu 40%) możliwe jest zmniejszenie rzeczywistego znaczenia parametrów ocenianych dla całościowej punktacji oferty. Samo zmniejszenie liczby przyznawanych punktów nie ma żadnego znaczenia. Dla przykładu, pięciokrotne obniżenie wszystkich wartości przyznawanych punktów (tzn. przyznawanie 2 pkt zamiast 10 pkt) spowodowałoby jednoczesne obniżenie sumy możliwych „małych punktów” do zdobycia również pięciokrotnie (z 90 do 18), co po zastosowaniu formuły:  $[Ranga \times liczba \text{ punktów} \text{ uzyskanych przez wykonawcę} / \text{maksymalna liczba przyznanych punktów}]$  w żaden sposób nie zmniejsza znaczenia poszczególnych parametrów. 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.

Odwołujący uznał, że mając na uwadze zarzuty dotyczące, zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteriów oceny ofert, wniesienie odwołania jest konieczne, gdyż tylko w ten sposób Odwołujący może bronić swoich interesów oraz interesów pacjentów, którzy będą przez wiele lat używali implanty z procesorami mowy zakupione w przetargu.

Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2012 r., wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 maja 2012 r., przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, zawiadomił, że uznaje stanowisko Odwołującego w zakresie wnioskowanych zmian odnoszących się do kryterium „Ocena techniczna” oraz „Opis przedmiotu zamówienia” i na podstawie art. 38 ust. 4 i art. 12 a ust. 2 i 3 ustawy wprowadzi zmiany treści SIWZ. W kryterium „Ocena techniczna” odstępuje od punktowania zgodnie z kryteriami zawartymi w pierwotnym brzmieniu SIWZ i proponuje nowe kryteria oceny technicznej celem stworzenia lepszych warunków ubiegania się o zamówienie publiczne.

W tabeli „Ocena techniczna” w kolumnie „Kryterium” podał opis kryteriów, w kolumnie „Zakres punktacji” punktację „od 0 do 10”.

W tabeli podał 2 grupy kryteriów, z podziałem, jak niżej:

I. Stabilność implantu, w tym brane pod uwagę, w szczególności:

1. Średnica implantu większa od 4,4 mm liczona bez zaczepek i kolnierza.
2. Powierzchnia implantu wszczepionego w kość sprzyjająca procesowi zrastania z kością.
3. Czas, po którym można obciążyć implant procesorem potwierdzony badaniami naukowymi (preferencja dla czasu krótszego). Potwierdzenie w postaci artykułu na łamach prasy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej, załączonego do oferty.

II. Właściwości procesora, w tym brane pod uwagę, w szczególności:

1. Sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora.
2. Sposób łączenia procesora z zaczepek (preferowany do wewnątrz).
3. Obsługa procesora - łatwość wykonywania czynności obsługi.
4. Właściwości użytkowe, zwłaszcza szczelność.

Za parametry wymienione w pkt I i II w każdym z tych punktów przewidziano zakres punktacji od 0 do 10 pkt.

Uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący po stronie Zamawiającego - MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna we Wrocławiu, w zgłoszeniu przystąpienia wniosł o oddalenie odwołania, w postępowaniu przed Izłą przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie akt sprawy i ustaleń dokonanych w wyniku przeprowadzonej rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy (przesłanka badana z urzędu według stanu na dzień wniesienia odwołania, określająca uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej i

wskazująca, że brak legitymacji skutkuje oddaleniem odwołania, nawet w sytuacji potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów ustawy) stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli spełnione są kumulatywne dwie przesłanki: odwołujący posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Rozpoznając odwołanie, Izba miała na uwadze, że z przepisów ustawy wynika ograniczenie przedmiotowe Odwołującego w zakresie treści odwołania, które dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy). W postępowaniu odwoławczym, Odwołujący nie może rozszerzyć żądania czy występować z nowym żądaniem ponad określone w odwołaniu, zaś zamawiający nie może zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej dokonanej czynności lub zaniechania czynności, po wniesieniu odwołania. Natomiast Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy).

Odnosząc powyżej wskazane regulacje do stanu faktycznego rozpoznanej sprawy, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, jest jednym z dwóch wykonawców dostawy zestawów implantu zakotwiczonego do kości do aparatu słuchowego na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku. Udowodnienie wskazanego w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może doprowadzić do zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a zatem, umożliwić Odwołującemu złożenie oferty oraz uzyskać stosowną punktację niezbędną do ewentualnego uzyskania zamówienia.

Odwołujący zakwestionował 8 spośród 9 (za wyjątkiem wymienionego w poz. 1) ocenianych parametrów, zamieszczonych w Tomie III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w tabeli na str. 25-26 i wniósł o ich wykreślenie oraz w konsekwencji zmniejszenie wartości punktowej oceny technicznej z 40% do 4,44%. Zamieszczone w tabeli parametry oraz ich ocena punktowa przedstawia się następująco: za parametry wymienione w poz. od 3 do 9 [3. Sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora; 4. Symetryczne urządzenie, możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę (bez pogorszenia funkcji i efektu wizualnego); 5. Możliwość programowania ustawień bez

podłączenia do stanowiska komputerowego, z poziomu samego procesora (minimum 3 parametry); 6. Możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (poniżej 4 tygodni) potwierdzenie w postaci artykułu na łamach pracy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej, załączone do oferty; 7. Sposób zatrzaskiwania samego procesora do wewnątrz zaczepu; 8. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu w technologii TiOblast lub nowocześniejszej; 9. Procesor posiada włącznik/wyłącznik pracy urządzenia (przycisk/przełącznik)] - Zamawiający przewidział za odpowiedź: Tak: 10 pkt; Nie: 1 pkt. Natomiast parametr podany w poz. 2 miał być oceniany następująco: □ 6 kolorów: 10 pkt, 4-6 kolorów: 5 pkt, □ 4 kolory: 1 pkt.

Zamawiający złożył w dniu posiedzenia Izby zawiadomienie, że zmieni kryteria oceny technicznej w wyniku uznania stanowiska Odwołującego i w celu stworzenia lepszych warunków ubiegania się o zamówienie publiczne. Na posiedzeniu doprecyzował stanowisko podając, że już dokonał zmiany SIWZ, jednakże nie zamieścił jeszcze postanowień na swojej stronie internetowej oraz nie przekazał wykonawcom. W związku ze złożeniem pisma oczekiwał umorzenia postępowania odwoławczego lub jego oddalenia.

Odwołujący stwierdził, że zmiana SIWZ nie stanowi uwzględnienia odwołania w całości i podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie mając na uwadze, że mimo, iż zmiana SIWZ nastąpiła w wyniku wniesienia odwołania, jednak nie stanowiła następstwa uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - art. 186 ust. 3 ustawy (uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu i nie złożył żadnej argumentacji przeciwnej stanowisku Zamawiającego).

Czynność polegająca na zmianie treści SIWZ stanowi nową czynność Zamawiającego ze wszystkimi skutkami wynikającymi z ustawy.

Zamawiający dokonując zmiany postanowień SIWZ wykreślił z wykazu ocenianych parametrów technicznych, parametry wskazane w pkt 2, 4 i 5 tabeli zamieszczonej na str. 25-26 SIWZ. Wprowadził też zmiany w formularzu oferty. W tym zakresie zmiana została dokonana z uwzględnieniem zarzutów i żądań Odwołującego.

Zatem, Zamawiający na zasadzie przyznania faktów w toku postępowania odwoławczego, potwierdził zasadność zarzutów Odwołującego co do parametrów technicznych wymienionych w poz. - 2. Różna kolorystyka obudowy procesorów (nie obejmuje stosowania

naklejek na procesor); 4. Symetryczne urządzenie, możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę (bez pogorszenia funkcji i efektu wizualnego); 5. Możliwość programowania ustawień bez podłączenia do stanowiska komputerowego, z poziomu samego procesora (minimum 3 parametry) oraz opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zmiany formularza oferty.

Mając na uwadze przepis art. 191 ust. 2 ustawy o treści „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, Izba uznała zasadność zarzutów odwołania we wskazanym zakresie, nie nakazała jednak wykonania przez Zamawiającego czynności, gdyż zostały już one wykonane.

Przedmiotem oceny Izby były pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu, tj. ocena techniczna w zakresie parametrów: 3. Sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora; 6. Możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (poniżej 4 tygodni) potwierdzenie w postaci artykułu na łamach pracy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej załączone do oferty; 7. Sposób zatrzaskiwania samego procesora do wewnątrz zaczepu; 8. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonaną z tytanu w technologii TiOblast lub nowocześniejszej; 9. Procesor posiada włącznik/wyłącznik pracy urządzenia (przycisk/przełącznik)].

Odnosnie wskazanych 5 parametrów Izba ustaliła, że na rynku funkcjonują dwaj konkurujący ze sobą wykonawcy w zakresie przedmiotowego zamówienia - zestawy implantu zakotwiczonego do kości do aparatu słuchowego na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku (Odwołujący-OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy- zestawy Oticon Medical AB oraz uczestnik postępowania po stronie Zamawiającego- MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowo-Akcyjna z Wrocławia- zestawy firmy Cochlear), różniące się w zakresie rozwiązań technicznych i w tej sytuacji jakikolwiek skonkretyzowany techniczny opis parametru łączy się ze wskazaniem konkretnego producenta. W ślad za orzecznictwem Izby wydanym w zakresie takiego samego przedmiotu zamówienia i dotyczącym tych samych wykonawców, a w niektórych przypadkach także tego samego Zamawiającego, Izba uznała.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. 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. Opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert należy do Zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy). Zamawiający decyduje więc o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. Jednocześnie kryteria oceny ofert, a w szczególności ich znaczenie, powinno odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę. Zatem, Zamawiający mimo, że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów, nie może jednak stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert oraz kształtować ich znaczenia na niewłaściwym poziomie, którego efektem jest preferencja konkretnych wykonawców (m.in. w wyroku z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2189/10).

W doktrynie wskazano, że „Zamawiający nie może (...) ograniczyć się do przytoczenia nazw poszczególnych kryteriów przedmiotowych. Każde z nich powinno być szczegółowo opisane, w razie potrzeby podzielone na mniejsze elementy (nazywane często „podkryteriami”), z tym wszakże, iż stworzone podkryteria nie mogą prowadzić do naruszenia kryterium, w którym się zawierają. Wskazane jest też, chociaż nie zawsze możliwe, przedstawianie kryteriów w postaci wzorów matematycznych. Określenie ilości kryteriów oceny ofert i przypisanie każdemu z nich stosownej wagi (znaczenia) zależy od uznania zamawiającego. Dopuszczalne jest stosowanie dwóch sposobów wyłaniania oferty najkorzystniejszej: na podstawie kryterium najniższej ceny albo większej ilości kryteriów, przy czym będą to kryteria ekonomiczne i jakościowe, które w efekcie będą prezentowały najlepszą relację jakości do ceny (wówczas będzie to oferta najkorzystniejsza ekonomicznie). Ustalone kryteria powinny umożliwiać obiektywne porównanie i ocenę ofert. Sposób oceny ofert w oparciu o przyjęte kryteria powinien być opisany równie precyzyjnie, jak same kryteria, szczególnie, gdy zostały podzielone na mniejsze elementy. W tym przypadku ilość punktów za kryterium jest sumą punktów za te elementy. Ocena oferty jest tym bardziej obiektywna, im mniej jest kryteriów niemierzalnych (stwarzających możliwość dowolności oceny) i im precyzyjniejszy jest opis sposobu dokonania oceny ofert.” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, 2007 r., str. 174).

Z przedstawionej w piśmiennictwie charakterystyki w zakresie kształtowania kryteriów wynika, „że kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia; powinny być w miarę możliwości dokładnie opisane, nie jest wystarczające wskazanie nazwy kryterium, konieczne jest określenie w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium, jednocześnie powinien być podany do wiadomości wykonawców sposób

oceny ofert na podstawie danego kryterium, czyli konkretnie za co zamawiający będzie przyznawał punkty i w jakiej wysokości; sposób dokonywania oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, co do zasady powinien nadawać się do wyrażenia przez wzór matematyczny, ocena w ramach kryteriów powinna być stopniowalna; musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowalną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo; kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty. Innymi słowy - konkretnym cechom nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe; w ramach opisu każdego kryterium oceny ofert powinna znaleźć się informacja dla wykonawcy skąd zamawiający będzie czerpał dane niezbędne przy dokonywaniu oceny w ramach kryterium, a zatem powinna znaleźć się informacja o dokumentach bądź szczególnych elementach oferty, które będą brane pod uwagę w tym aspekcie” (Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Urząd Zamówień Publicznych, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011 r., str. 31-32).

### 3. Sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora.

Wymóg jednoczesnej sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej pracy procesora był oceniany w wyroku z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2189/10, w którym „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.” Oceniając parametr na podstawie wyjaśnień Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego w rozpoznawanym odwołaniu, z których wynika, że równoległe stosowanie sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej zmiany programów w jednym urządzeniu, ma znaczenie w przypadku osób niepełnosprawnych oraz, że w toku oceny ofert będzie brana pod uwagę sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora i, że Odwołujący, który nie ma sygnalizacji wizualnej, będzie miał możliwość uzyskania punktów chociaż w mniejszej ilości, gdyż uzyska ocenę za samą sygnalizację dźwiękową, Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, który przyznał, że jeśli wskazany parametr ma już być punktowany, to różnica punktów powinna być niewielka, np. w przypadku sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej

jednocześnie o 1 pkt więcej niż w przypadku tylko sygnalizacji dźwiękowej.

6. Możliwość wczesnego obciążania zaoferowanego implantu (poniżej 4 tygodni) potwierdzenie w postaci artykułu na łamach pracy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej, załączone do oferty.

W wyroku z dnia 8 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1344/11 „Izba uznała za nieuzasadniony zarzut w zakresie wymagania przez Zamawiającego przedstawienia badania naukowego odnośnie metody pomiaru stabilności implantu oraz odnośnie możliwości wczesnego obciążania implantu. Zamawiający wyjaśnił, iż jest to podyktowane dbałością o dobro pacjenta. Przedstawienie badań zapewni Zamawiającemu potwierdzenie, iż powyższe zabiegi były wykonywane, a tym samym nie narazi Zamawiającego na zarzut, iż we własnym zakresie dokonuje eksperymentów na zdrowiu pacjentów. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający może żądać różnego rodzaju dokumentów, aby potwierdzić iż oferowane urządzenia odpowiadają/potwierdzają wymagania określone przez Zamawiającego. (...) Fakt posiadania wyników badań przeprowadzonych w zakresie możliwości wykonania pomiaru stabilności implantu przez jednego z wykonawców nie ogranicza możliwości innego wykonawcy do przeprowadzenia takich badań w zakresie posiadanego urządzenia. W świetle powyższych ustaleń trudno jest stwierdzić, aby wymaganie Zamawiającego (...) stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji”. Rozpoznając przedmiotowe odwołanie, Izba uznała w ślad za orzecznictwem, że sam wymóg żądania potwierdzenia możliwości wczesnego obciążania zaoferowanego implantu, w postaci artykułu na łamach pracy naukowej (polskiej lub zagranicznej) lub doniesienia na konferencji naukowej polskiej lub zagranicznej, załączone do oferty, jest zasadny. Natomiast wskazanie określonego w tygodniach czasu, typowego dla jednego wykonawcy (poniżej 4 tygodni), gdy u drugiego wykonawcy czas ten wynosi 6 tygodni, Izba uznała za niezasadne, co też przyznał Zamawiający zmieniając opis.

7. Sposób zatrzaskiwania samego procesora do wewnątrz zaczeputa.

Z wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że Odwołujący może zaoferować jedynie procesor mocowany na zewnątrz zaczeputa. Preferowane przez Zamawiającego zatrzaskiwanie procesora do wewnątrz zaczeputa oznacza, według Odwołującego, że odległość procesora od skóry będzie o 1 mm większa. Ponadto, zaczeput Odwołującego jest tak skonstruowany, że można podłączyć do niego procesor Odwołującego, jak i procesor uczestnika postępowania, co jest wykluczone w przypadku odwrotnym. Odwołujący okazał broszurę informacyjną, w której zostały przedstawione różne zaczeputy, również preferowane przez Odwołującego zaczeputy kątowe, jako posiadające cenną funkcję.

Z okazanej i złożonej do akt sprawy przez Zamawiającego ryciny przedstawiającej porównawczo procesory z zaczeputami firmy Oticon Medical Ponto Pro oraz Cochlear Baha BA300, wynika, że zaczeput Cochlear wystaje ponad poziom skóry na wysokość 3 mm, co

stanowi odległość procesora od skóry i tkanek miękkich. Natomiast w przypadku implantu Oticon zatrzask - zapięcie od zewnątrz powoduje, że odległość od skóry i tkanek miękkich jest o połowę mniejsza. Odwołujący podważając dane nie przedstawił przeciwstawnego dowodu. Izba uznała stanowisko Zamawiającego za przekonujące w zakresie opisu kryterium, z dopuszczeniem również możliwości zaoferowania zaczepu zewnętrznego, co przewidziano w zmianie SIWZ.

8. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu w technologii TiOblast lub nowocześniejszej.

Odwołujący wniósł o wykreślenie tego parametru ze względu na niejasność opisu, stwarzającą duży zakres możliwości, co do punktowania. Wyjaśnił, że technologia TiOblast jest to technologia typowa dla przystępującego, jest jego znakiem towarowym. Powierzchnia implantów oferowanych przez Odwołującego jest wykonana w technologii OptiGrip, nazwa ta dotyczy implantów o specjalnej geometrii - większa powierzchnia styku z kością, natomiast Odwołujący stosuje implanty z powierzchnią Brenemarka (powierzchnia gładka), która w przeciwieństwie do technologii konkurencji charakteryzuje się tym, że nie jest zmatowiona. Odwołujący stwierdził, że opracowania dotyczące implantów stomatologicznych wskazują, że powierzchnia implantu nie ma większego znaczenia. Na podstawie stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała, że samo wskazanie technologii TiOblast, jako właściwej dla urządzenia oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego, a także technologii Brenemarka właściwej dla Odwołującego, narusza przepisy ustawy. Zamawiający odstąpił (pismo z dnia 24 maja 2012 r.) od wskazania w opisie kryterium oceny technicznej konkretnej technologii. Zatem, Izba uznając zarzut za udowodniony nie nakazała zmiany opisu, jako bezprzedmiotowego w czasie orzekania. Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, na podstawie okazanego przez Zamawiającego rysunku przedstawiającego sposób zrastania z kością przy powierzchni gładkiej i przy powierzchni matowej, porowatej, z którego wynika, że przy powierzchni matowej, porowatej proces ten jest szybszy.

9. Procesor posiada włącznik/wyłącznik pracy urządzenia (przycisk/przełącznik). Za pomocą przycisku/przełącznika włącznika/wyłącznika Zamawiający określa możliwość pełnego wyłączenia urządzenia bez zużywania baterii oraz jego ponownego włączenia (nie dotyczy otwarcia komory baterii i/lub wyjęcia baterii). Nie dopuszcza się rozwiązania polegającego na wyciszeniu mikrofonów z jednoczesnym poborem energii.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że przedstawiony opis wskazywał rozwiązanie techniczne oferowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i wykluczał możliwość uzyskania przez Odwołującego punktacji w tym parametrze.

Odwołujący przyznał, że oferowane przez niego urządzenie nie ma przycisku on/off, jego wyłączenie jest możliwe przez odłączenie zasilania z baterii. Uchylenie komory baterii

powoduje włączenie/wyłączenie urządzenia. Odwołujący zademonstrował sposób uchylecia pokrywy baterii przez ucisk na zewnętrzną środkową część procesora, uzyskując efekt wyciszenia, jednakże z pobieraniem prądu w tym czasie. Wskazał, że mimo tego pobór prądu w ciszy wynosi 1,4 mA, natomiast w urządzeniu konkurencji wynosi 1,7 mA.

Przystępujący oferuje w swoim modelu możliwość całkowitego wyłączenia urządzenia bez pobierania prądu, przez przyciśnięcie guzika zlokalizowanego na szczycie procesora.

Izba uznała zasadność zarzutu odnośnie opisu parametru, nie nakazała zmiany w tym zakresie, ponieważ Zamawiający odstąpił od wskazanego opisu.

Izba uznała, że dotychczasowa punktacja na zasadzie: TAK 10 pkt, NIE 1 pkt, we wszystkich ocenianych parametrach w toku postępowania odwoławczego, nie spełnia wymogu stopniowania oceny punktowej w ramach kryteriów oceny ofert.

Zbyt wygórowana różnica w punktacji, gdy wykonawcami są dwa podmioty oferujące porównywalne urządzenia w zakresie osiągnięcia końcowego efektu, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że zmiana specyfikacji została dokonana w tym celu, by obu wykonawcom przyznać odpowiednią ilość punktów za parametry pozytywne. Podkreślił, że z przystępującym współpracuje od lat i nie jest uzasadnione stanowisko Odwołującego, że wykonawca ten uzyska największą ilość punktów. Stwierdził, że wprowadził dwa parametry oceny technicznej, tj. stabilność implantu oraz właściwości procesora. W ramach tych dwóch parametrów będą oceniane szczegółowo te cechy, które zostały wskazane w piśmie z dnia 24 maja 2012 r. (I parametr - 3 cechy, II parametr - 4 cechy). Maksymalna ilość punktów, jakie można uzyskać w obu parametrach łącznie wynosi 20. Ocena poszczególnych cech wraz z cząstkowym punktowaniem zostanie dokonana przez komisję przetargową.

Izba stwierdziła naruszenie wskazanych w uzasadnieniu przepisów ustawy przez opisanie kryterium oceny technicznej wraz z podanym znaczeniem tego kryterium oraz uznała, że naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Nakazała więc zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje również zmianą ogłoszenia o zamówieniu w takim zakresie, w jakim naruszenia SIWZ dotyczą ogłoszenia o zamówieniu.

Izba podkreśla, że zmiana SIWZ wymaga, zgodnie z przywołanym orzecznictwem, doktryną i piśmiennictwem, opisanie kryteriów oceny ofert adekwatnych i w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia oraz uwzględniających jego specyfikę, w sposób konkretny i wyczerpujący z zastosowaniem właściwego nazewnictwa; podania znaczenia (wagi)

kryteriów i ich części składowych (podkryteriów, cech, itp.); a także zamieszczenia opisu sposobu dokonywania oceny ofert. Na podstawie właściwego przedstawienia kryteriów, wykonawca powinien mieć możliwość ustalenia we własnym zakresie punktacji, jaką uzyska w toku oceny ofert. Nie jest dopuszczalne ustanawianie dodatkowej (szczegółowej) punktacji na etapie oceny ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy, z uwzględnieniem przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania oraz § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b, § 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), uwzględniając koszty Odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....