

Sygn. akt KIO/2189/10

WYROK

z dnia 22 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego NR 4, ul. dr K. Jaczewskiego, 20-954 Lublin**.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny NR 4, ul. dr K. Jaczewskiego, 20-954 Lublin i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny NR 4, ul. dr K. Jaczewskiego, 20-954 Lublin** na rzecz **OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę implantów zakotwiczonych na przewodnictwo kości wraz z procesorem dźwięku. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 29 września 2010 r., Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2010 r. pod numerem 2010/S 189-288825. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 8 października 2010 r. wykonawca OTICON Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa (dalej: „OTICON Polska” lub „Odwołujący”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) oraz ogłoszenia o zamówieniu. W tej samej dacie Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;
- 4) art. 83 ust. 2 Pzp przez niezastosowanie i celowe połączenie w jeden pakiet dwóch różnych przedmiotów zamówienia, umożliwiając tym samym złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi działającemu na rynku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że:

I. Zdaniem Odwołującego postanowienia siwz (Załącznika nr 1 do specyfikacji) zostały sformułowane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w sposób ograniczający uczciwą

konkurencję i dyskryminujący Odwołującego jako wykonawcę mogącego ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. W opinii Odwołującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą parametrów technicznych, w taki sposób, że odpowiadają mu wyłącznie urządzenia produkowane przez firmę Cochlear, którego wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest Medicus Sp. z o.o. Poszczególnym zapisom siwz zarzucał:

1. **pkt I. 4) parametry graniczne - minimalna średnica implantu nie mniejsza niż 4,15 mm** (liczona bez zaczepu i kołnierza) – oferowany przez Odwołującego procesor ma średnicę 3,75 mm. Wielkość tej średnicy jest uznawana w Europie i na świecie jako powszechnie obowiązująca i spełniająca wymagania dla tego typu procesorów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu zwiększył wymaganą średnicę wyłącznie po to, aby ograniczyć konkurencję i uniemożliwić złożenie oferty Odwołującemu, bowiem Medicus Sp. z o. o. zwiększył średnicę implantu do 4,5 mm i jako jedyny podmiot na rynku spełnia postawione wymaganie.
2. **pkt II. 3) parametry graniczne - wiertła rozwiercające o długości 3 mm lub 4 mm lub innych w zależności od oferowanych długości implantu, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm.** Odwołujący wyjaśniał, że wymieniony parametr jest konsekwencją zapisów punktu I. 4) - aby móc zainstalować implant o średnicy 4,15 mm wymagane jest wiertło umożliwiający poszerzenie otworu do średnicy 4,1 mm.
3. Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL **pkt I. 6) - możliwość podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych** (np. system FM, audio adapter, cewka telefoniczna), różnych producentów. Odwołujący podkreślał, że tylko wykonawca Medicus Sp. z o.o. oferuje możliwość podłączenia gniazda typu Euro. Odwołujący podkreślał, że spełnia wymaganą funkcjonalność mniejszym i nowocześniejszym gniazdem Mini Euro. W jego opinii wskazanie konkretnej nazwy gniazda ogranicza konkurencję.
4. Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max.45 dB HL **pkt I. 7) - możliwość samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami.** Zdaniem Odwołującego jest to przykład jak z wady urządzenia czyni się parametr wymagany. W sprawdzonym rozwiązaniu konstrukcyjnym OTICON Polska, nie ma uszczelki, więc nie trzeba ich wymieniać. Pacjent nie musi zmieniać pokrywy baterii, gdyż oferowane urządzenie nie wymaga tego typu czynności z uwagi

na znaczne uproszczenie użytkowania. W opinii Odwołującego wymaganie przestarzałego rozwiązania uniemożliwia złożenie oferty na lepsze urządzenie.

5. Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL, **pkt I. 8) - możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego.** Odwołujący wyjaśniał, że wskazany parametr jest możliwy do spełnienia wyłącznie za pomocą trzech przycisków w obudowie urządzenia Cochlear. Za pomocą klawiszy można w urządzeniu wybrać jedynie stronę - ucho lewe/prawe – (co wynika z faktu, że dla obu uszu Cochlear oferuje takie samo urządzenie), zmienić wielkość wzmocnienia, zmienić wzmocnienie tonów niskich i włączyć/wyłączyć sygnalizację świetlną. W opinii Odwołującego wymagane rozwiązanie nie tylko jest zupełnie nieprzydatne i faktycznie niestosowane w praktyce, to jeszcze biorąc pod uwagę stopień zaawansowania technologicznego procesorów mowy oraz złożoność i współzależność wielu dziesiątek parametrów funkcja taka stwarza ryzyko rozregulowania procesora mowy przez pacjenta i nie pozwala na precyzyjne dopasowanie do jego potrzeb.

6. Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL, **pkt I. 10) - sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów.** Odwołujący podkreślał, że wymagane rozwiązanie właściwe jest wyłącznie dla urządzenia Cochlear i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Sygnalizacja wizualna jest przydatna tylko u bardzo małych dzieci, natomiast implanty kostne wszczepia się dzieciom powyżej piątego roku życia. Co więcej, w przypadku pacjentów którym implanty są przeszczepiane, zasadne jest odłączenie sygnalizacji wizualnej, jako dodatkowego stygmatu. Migająca lampka przyciąga uwagę innych, a w przypadku dzieci - rówieśnicy interesują się świeceniem urządzenia i dążą do wzięcia go do ręki. Odwołujący stwierdził, że jego zdaniem zastosowanie sygnalizacji wizualnej zmiany programów nie znajduje żadnego uzasadnienia, a wymóg postawiony przez Zamawiającego ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji.

II. Ponadto OTOCON Polska stwierdził, że Zamawiający w postępowaniu przewidział również pulę parametrów punktowanych. Zgodnie z zapisami siwz dla kryterium jakościowego zastrzegł wagę 30%. Wśród punktowanych i premiowanych parametrów, dzięki którym Wykonawca Medicus Sp. z o.o. będzie mógł uzyskać większą liczbę punktów znalazły się:

1. **Kolory obudowy** (wymagane minimum cztery, ponieważ urządzenie Odwołującego oferowane jest w trzech kolorach).
2. **Możliwość samodzielnej zmiany baterii wraz z uszczelnieniami** - powtórzenie obligatoryjnego wymogu z punktu Ad. 1 1.7. Odwołujący twierdził, że nie jest w stanie zaoferować zmieniających pokryw ponieważ jego nowocześniejsze urządzenie nie przewiduje samodzielnych ingerencji w urządzenie. Praktyczna i wysoko ceniona w Europie i na świecie bezobsługowość implantu Odwołującego w tym przypadku uniemożliwia złożenie oferty i zdobycie punktów w kryterium jakościowym.
3. **Funkcja blokowania klawiszy**. Odwołujący wskazywał, że jest to funkcja charakterystyczna dla urządzenia oferowanego przez Medicus Sp. z o.o., pozwalająca uniemożliwić pacjentowi przypadkowe rozregulowanie aparatu. W oferowanym przez OTICON Polska urządzeniu nie ma klawiszy, a więc nie ma więc ani potrzeby ani możliwości ich blokowania, nie istnieje też możliwość, aby pacjent mógł zmienić ustawienia procesora.
4. **miar poprzez urządzenie przewodnictwa kostnego** - pomiar przewodnictwa kostnego za pomocą procesora jest niezgodny z normą IEC 60645-1, opisującą tego typu pomiary.

III. Odwołujący wskazywał, że w skład zamówienia wchodzi 20 sztuk implantów z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL oraz 10 sztuk implantów z procesorem do ubytku słuchu max. 55 dB HL. Zdaniem Odwołującego, pomimo pozornego podobieństwa oba wymagane urządzenia znacznie różnią się między sobą i jedno z nich (implanty z procesorem do ubytku słuchu max. 55 dB HL) może być oferowane wyłącznie przez jednego z wykonawców funkcjonujących na rynku implantów kostnych w Polsce, tj. firmę Medicus Sp. z o.o. - jedyne przedstawiciela producenta w/w urządzeń. W opinii Odwołującego połączenie więc obu urządzeń w jeden pakiet uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję w niniejszym postępowaniu. OTICON Polska twierdził, że Zamawiający w tym przypadku może skorzystać z dyspozycji art. 83 ust. 2 ustawy i rozdzielić dostawy obu urządzeń na dwie części w ramach jednego postępowania tj. na 20 i 10 sztuk, gdyż przedmiot zamówienia jest w pełni podzielny. Rozdzielając przedmiot zamówienia Zamawiający umożliwi złożenie wykonawcom ofert częściowych na jedną lub obie części zamówienia. Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu oba typy urządzeń można jak najbardziej rozdzielić - czyniąc zadość zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania stron. Odwołujący podnosił, że przedmiot zamówienia jest na tyle specyficzny, że obecnie na rynku istnieją tylko dwa podmioty będące w stanie zrealizować niniejsze zamówienie - OTICON Polska Sp. z o.o. i Medicus Sp. z o.o. Łącząc w jeden pakiet dostawę dwóch rodzajów urządzeń,

Zamawiający uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu i doprowadza do monopolu Wykonawcy Medicus Sp. z o.o., który będąc jedynym wykonawcą na rynku może kształtować ceny w dowolny sposób. Pamiętać należy, że głównym celem ustawowego wprowadzenia podziału zamówienia jest dopuszczenie do wykonania części zamówienia przez wykonawców, którzy nie są w stanie zaoferować obu urządzeń.

Na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, której kopię przekazano Odwołującemu.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 podniesiony w odwołaniu potwierdził się. Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 3 ustawy nie potwierdziły się.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 2 specyfikacji - „Przedmiot zamówienia” - Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa implantów laryngologicznych zakotwiczonych na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku. Szczegółowe wymagania w stosunku do w/w asortymentu i zakres zamówienia zawarto w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie Załącznika nr 1 do siwz. W powyższym załączniku, w tabeli „parametry graniczne/konieczne” Zamawiający określił:

1. w kolumnie I „Część implantowana” w wersie 4 wskazał „minimalna średnica implantu nie mniejsza niż 4,15 mm (liczona bez zaczepu i bez kołnierza)”;

2. w kolumnie II „Osprzęt chirurgiczny wymagany do przeprowadzenia implantacji (jednorazowego użytku)” w wersji 3 określił, że wiertła rozwiercające mają posiadać następujące parametry, tj. długość 3 mm lub 4 mm lub inne w zależności od oferowanej długości implantu, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm.

W przedmiotowym załączniku w tabeli (w pkt Ad. 1 - system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w tabeli, określając w kolumnie I - Procesor dźwięku - następujące parametry:

1. w wersji 6 tabeli - możliwość podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych (np. system FM, audio adapter, cewka telefoniczna), różnych producentów;
2. w wersji 7 tabeli - możliwość samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami;
3. w wersji 8 tabeli - możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego;
4. w wersji 10 tabeli - sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów.

Pod tabelami Zamawiający sprecyzował, że należy wpisać właściwe słowo TAK lub NIE w zależności od tego, czy proponowany sprzęt spełnia wskazany parametr określony jako warunek konieczny. Oferty z produktem nie spełniającym wszystkich parametrów granicznych zostaną odrzucone.

W rozdziale V siwz – Opis sposobu przygotowania ofert – w pkt. 2 ppkt 4 Zamawiający wymagał aby do oferty należy dołączyć wypełnione tabele parametrów odcinających (granicznych) wymienionych w Zał. Nr 1 oraz oceny jakościowe stosownie do poszczególnych pozycji. Ponadto wskazał, że nie złożenie powyższych dokumentów spowoduje odrzucenie oferty.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż

mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przesłabym wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 857/09). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Zamawiający opisując przedmiot zamówienia sprecyzował wymagania przedmiotowe w zakresie zamawianych urządzeń w taki sposób, że spełniają je jedynie implanty produkowane przez firmę Cochlear. W konsekwencji rygorystyczne i nieuzasadnione wymagania ustalone przez Zamawiającego eliminują produkt oferowany przez Odwołującego. Wobec tego Izba uznała, że zostały one określone przez Zamawiającego w sposób nieuprawiony i wskazujący na konkretny produkt, tym samym naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych wymagań:

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, iż większa średnica implantu, tj. 4,15 mm gwarantuje większą stabilność i pewność implantu. Należy podkreślić, że podczas rozprawy Odwołujący podniósł, że implanty o średnicy - powyżej 3,75 mm - są na rynku nowym produktem wprowadzonym przez firmę Medicus Sp. z o.o., wobec tego nie ma jeszcze żadnych miarodajnych badań w tym zakresie. Ponadto, Odwołujący wskazał, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, iż jedynie ok. 5% implantów o średnicy 3,75 mm przejawia cechy niestabilności. Zapis - wiertła rozwiercające o długości 3 mm lub 4 mm lub innych w zależności od oferowanych długości implantu, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm - jako wymieniony parametr jest jedynie konsekwencją zapisów w zakresie średnicy implantu, ponieważ aby móc zainstalować implant o średnicy 4,15 mm wymagane jest wiertło

umożliwiający poszerzenie otworu do średnicy 4,1 mm. W związku z tym należy uznać, że wraz ze zmianą siwz w zakresie średnicy implantu koniecznej zmianie podlegać będzie również ww. zapis.

W zakresie dopuszczalności postawienia przez Zamawiającego wymogu możliwość podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych (np. system FM, audio adapter, cewka telefoniczna), różnych producentów – Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który twierdził, że jest to wygodniejsze i oszczędniejsze rozwiązanie dla pacjentów. Na rozprawie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący oświadczył, że jego urządzenie nie wymaga dokupowania czy montowania dodatkowych kabli, ponieważ wszystkie elementy niezbędne do użytkowania są zawarte w zestawie wraz z urządzeniem. Zdaniem Izby oferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność a postawienie wymogu poprzez żądanie konkretnego typu gniazda jest wskazaniem na produkt konkretnego producenta.

Zamawiający, argumentując słuszność określenia wymogu dotyczącego możliwości samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami wskazywał, że celem zastosowania implantu słuchu jest przywrócenie pacjenta do pełnej aktywności zawodowej oraz społecznej. Przy korzystaniu z urządzenia w różnych warunkach atmosferycznych procesor dźwięku jest narażony na wilgoć i zamoczenie, co może prowadzić do jego uszkodzenia, a w efekcie do utraty efektu zastosowania procedury wszczepienia implantu. Zdaniem Zamawiającego z tego powodu w pełni uzasadniona jest konieczność zaopatrzenia pacjenta w takie urządzenie, które będzie spełniało wymogi wodoszczelności. Zamawiający podnosił, że zmiana osłony wraz z uszczelnieniem jest bardzo prostą czynnością, możliwą do wykonania przez pacjenta w domu. Z powyższych powodów Zamawiający uważał, że powyższa funkcja jest niezbędna gdyż gwarantuje komfort stosowania implantu pacjentowi i przedłuża jego trwałość.

W powyższej kwestii Izba uznała za słuszne i przekonujące stanowisko Odwołującego, który w odwołaniu jak i na rozprawie, wskazywał, że jest to rozwiązanie typowe dla firmy Cochlera. Odwołujący wyjaśnił, że w rozwiązaniu konstrukcyjnym OTICON, nie ma uszczelek, więc nie trzeba ich wymieniać. Pacjent nie musi zmieniać pokrywy baterii, gdyż oferowane urządzenie nie wymaga tego typu czynności z uwagi na znaczne uproszczenie użytkowania. Podnosił również, iż stosuje w swoich urządzeniach inne rozwiązania niż firma Cochlear, co nie oznacza, że są to rozwiązania gorsze. Odwołujący podkreślał, że zarówno w instrukcji obsługi urządzenia produkowanego przez Cochlear jak i OTICON wskazano, iż oba urządzenia należy chronić przed zawilgoceniem, np. przed deszczem.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w tym zakresie Izba potwierdziła, że opisanie w powyższy sposób przedmiotu zamówienia w zasadniczy sposób ogranicza możliwość konkurencji i opuszcza jedynie do zaoferowani jedynie produktu firmy Cochlear.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu sprecyzowanego w stosunku do wymagania Zamawiającego polegającego na możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego. Izba uznała za nietrafne postawienie powyższego wymogu przez Zamawiającego, który uzasadniał to faktem, że wśród pacjentów implantowanych istnieje możliwość założenia implantu oraz procesora po lewej bądź po prawej stronie i niejednokrotnie, z powodów medycznych wybór strony implantacji odbywa się tuż przed lub nawet podczas operacji. Ponadto, podnosił, że zarówno wybór strony procesora jak i wzmocnienie są podstawowymi parametrami zmienianymi i dobieranymi podczas dopasowania. Aparaty słuchowe, sterowane komputerowo, są ustawiane przez doświadczonych protetyków słuchu w komercyjnych placówkach sprzedających takie urządzenia, natomiast w przypadku implantów cała procedura odbywa się w szpitalu, wobec tego niezbędne jest uproszczenie procedury tak, aby mogła się ona odbywać w warunkach szpitalnych jednocześnie przy zachowaniu komfortu i bezpieczeństwa pacjenta.

Izba ustaliła na rozprawie w oparciu o stwierdzenia stron, że parametr wymagany przez Zamawiającego jest możliwy do spełnienia wyłącznie za pomocą trzech przycisków w obudowie urządzenia Cochlear, którymi można w urządzeniu wybrać: stronę (ucho lewe/prawe), ponieważ ww. firma oferuje to samo urządzenie do obu uszu, ponadto dokonać zmiany w zakresie wielkość wzmocnienia (zmienić wzmocnienie tonów niskich) oraz włączyć/wyłączyć sygnalizację świetlną.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, że który wskazywał, że wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie, o ile jest przydatne, to w niewielkim stopniu. Zgodzić się należy z Odwołującym, że biorąc pod uwagę stopień zaawansowania technologicznego procesorów mowy oraz złożoność i współzależność wielu dziesiątek parametrów, funkcja taka nie pozwala w pełni na precyzyjne dopasowanie implantu do potrzeb pacjenta, które i tak ostatecznie jest dostosowywane do indywidualnych wymagań pacjenta, natomiast jej wprowadzenie w oczywisty sposób ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Odnosząc się do ostatniego z kwestionowanych przez Odwołującego wymogów, tj. posiadania przez urządzenie sygnalizacja wizualnej i akustycznej zmiany programów, 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 jaki wizualnej zmiany programów w zamawianych urządzeniach i potwierdziła, że powyższy wymóg ogranicza konkurencję pomiędzy potencjalnymi wykonawcami.

Ponadto, odnosząc się do poszczególnych, kwestionowanych przez Odwołującego, wymogów, tj. możliwość: samodzielnej zmiany baterii wraz z uszczelnieniami, podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych oraz zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego Izba stwierdziła, że są one tożsame określonymi przez Zamawiającego i dodatkowo punktowanymi kryteriami jakościowymi w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego, Izba wskazuje na niecelowość zastosowania jednocześnie, jako wymogów przedmiotowych sformułowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert, takich właściwości jak ww. parametry techniczne zamawianych implantów. Izba zaznacza, że postawione przez Zamawiającego wymagania dotyczące parametrów technicznych implantów, które Zamawiający zawarł w opisie przedmiotu zamówienia, nie powinny jednocześnie stanowić kryteriów jakościowych, którym zamawiający przyznał wagę na poziomie 30%, ponieważ w przypadku złożenia oferty niespełniającej wymagań postawionych przez Zamawiającego będzie ona podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i nie będzie oceniana w oparciu o kryteria oceny oferty określone w postępowaniu.

Izba w powyższym postępowaniu, w obszarze zgłaszanych zarzutów w stosunku do sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia nie dopatrzła się naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Stwierdziła, że opis jest jednoznaczny i wyczerpujący. Określenia w nim zawarte są wystarczająco dokładne, zrozumiałe i uwzględniają niezbędne wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, w opisie nie podano znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, wobec tego Zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 29 ust. 3 Pzp.

II. Po zbadaniu całości okoliczności w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego kryteriów postawionych przez Zamawiającego Izba potwierdziła, że zarzuty w zakresie niewłaściwego określenia kryteriów jakościowych w części potwierdziły się

W tabeli „Parametry oceniane/punktowane” zarówno w Ad. 1 i Ad. 2 (system implantu zakotwiczonego w kości z procesorem do ubytków słuchu max. 45 dB HL oraz max. 55 dB HL), Zamawiający określił następujące rodzaje parametrów wraz z niżej wymienioną skalą punktów:

1. w wersji 4 tabeli - obudowa procesora dźwięku minimum w czterech kolorach (podać jakie), pełna dostępność w okresie trwania realizacji – 10 pkt;
2. w wersji 5 tabeli - możliwość samodzielnej zmiany baterii wraz z uszczelnieniami (min. 4 szt. zmiennych pokryw dostarczane wraz z procesorem dźwięku) – 10 pkt;
3. w wersji 6 tabeli - funkcja blokowania klawiszy – 10 pkt;
4. w wersji 8 tabeli - możliwość podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych (np. system FM, audio adapter, cewka telefoniczna), różnych producentów – 5 pkt;
5. w wersji 10 tabeli - możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego – 5 pkt;
6. w wersji 12 tabeli - pomiar poprzez urządzenie przewodnictwa kostnego (audiometria tonalna) – 20 pkt.

Istotnym jest, iż według art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Ustawodawca wskazał, że 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 (ust. 2). Wobec powyższego, obok ceny, Zamawiający określił przykładowy katalog kryteriów, który ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujący. W związku z tym, Zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w przepisach. Izba podkreśla, że określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do Zamawiającego. Tym samym to właśnie Zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. Jednocześnie Izba podkreśla, 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.

Izba potwierdziła, że określone przez Zamawiającego kryteria w wymienionych powyżej pkt. 2, 4, 5 i 6 są prawidłowe i pozostają w ścisłym związku z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w siwz. W pozostałym, ww. zakresie tj. pkt 1 i 3 Izba przyznała słuszność argumentacji Odwołującego, w której podnosił, że kwestionowane kryteria nie mają istotnego znaczenia dla skutecznej realizacji zamówienia oraz preferują jednego wykonawcę.

Zrównanie znaczenia kryterium kolorystyki obudowy procesora dźwięku z takimi parametrami technicznymi jak chociażby czas trwania serwisu, czy też możliwość samodzielnej zmiany baterii wraz z uszczelnieniami, która jak wyjaśniał na rozprawie Zamawiający ma na celu wydłużenie trwałości użytkowania urządzenia, Izba uznała za nieuzasadnione. Zdaniem Izby, powyższe kryterium winno posiadać wagę na poziomie nie większym niż 5% tak jak inne, podobnego rodzaju kryteria, w niniejszym postępowaniu, np. możliwość podłączenia do procesora poprzez gniazdo (typ Euro) urządzeń zewnętrznych (np. system FM, audio adapter, cewka telefoniczna).

W zakresie kryterium – funkcja blokowania klawiszy – Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, zawarte w odwołaniu oraz przedstawione podczas rozprawy, iż jego urządzenie nie zawiera klawiszy i stwierdziła, że Zamawiający winien zmienić konstrukcję powyższego kryterium w ten sposób aby dopuścić urządzenia, które nie zawierają klawiszy ale uniemożliwiają przypadkowe rozregulowanie urządzenia. Zdaniem Izby sformułowanie kryterium w powyższy sposób stworzy warunki do uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i umożliwi złożenie ofert przez wykonawców, którzy zaoferują urządzenia o odmiennych rozwiązaniach ale spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie funkcjonalności.

III. Kolejno Izba zbadała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 83 ust. 2 ustawy. Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia ww. przepisu potwierdził się.

W załączniku nr 1 do siwz „Specyfikacja przedmiotowa” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa: 20 szt. implantów zakotwiczony na przewodnictwo w kości wraz z procesorem do ubytku słuchu max. 45 dB HL oraz 10 szt. implantów zakotwiczony na przewodnictwo w kości wraz z procesorem do ubytku słuchu max. 55 dB HL

W rozdziale I pkt 2 specyfikacji oraz w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II. 1.9) „Przedmiot zamówienia” Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych na wybrane pozycje asortymentowe w obrębie ww. zadania.

Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

Izba wskazuje, że ustawodawca uzależnił możliwość składania ofert częściowych od tego, czy przedmiot zamówienia jest podzielny. Po zbadaniu dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że w niniejszym przypadku podział zamówienia na części jest możliwy i celowy ze względu na rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogliby wówczas złożyć ofertę oraz stworzyć warunki konkurencji cenowej.

Izba wzięła pod uwagę, że dopuszczenie możliwości złożenia oferty częściowej, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, jest uprawnieniem Zamawiającego. Jednak Izba wyjaśnia, że przyznane Zamawiającemu w powyższym przepisie ustawy Pzp prawo nie jest prawem bezwzględnym. Podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielony, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-648/05).

Wobec twierdzenia Odwołującego, które zostało przyznane przez Zamawiającego na rozprawie, że na rynku istnieje jedynie jeden podmiot dostarczający urządzenia będące przedmiotem zamówienia, takie jak: implanty zakotwiczone na przewodnictwo kości wraz z procesorem do ubytku słuchu max. 55 dB HL należy stwierdzić, że w takiej sytuacji mamy do czynienia ze swoistym monopolem na rynku produktów będących przedmiotem zamówienia.

Zgodnie poglądami doktryny należy podkreślić, że w myśl przepisów ustawy Pzp, nie jest konieczne wykazanie, że do naruszenia uczciwej konkurencji faktycznie doszło. Wystarczy jedynie uprawdopodobnienie takiej sytuacji. Istotnym jest, że art. 29 ust. 2 Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (wyroku KIO z dnia 30 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1463/08), który nie udowodnił, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 Pzp.

Konkludując, analiza wskazanych powyżej postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem sformułował wymagania specyfikacji w sposób nieuprawniony i uniemożliwiający Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień siwz, w zakresie postawionych wymagań

przedmiotowych poprzez ich wykreślenie bądź też takie ukształtowanie aby nie wskazywały na urządzenia konkretnego producenta, tym przypadku firmę Cochlear oraz zapewniały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odnosząc się do kryteriów jakościowych, określonych przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym: kolorystyki obudowy procesora dźwięku oraz funkcji blokowania klawiszy, Izba nakazuje modyfikację ww. postanowień specyfikacji poprzez: obniżenie znaczenia kryterium kolorystyki urządzenia oraz zmianę konstrukcji kryterium dotyczącego funkcji blokowania klawiszy w ten sposób aby dopuścić urządzenia, które nie zawierają klawiszy ale uniemożliwiają przypadkowe rozregulowanie urządzenia.

Izba potwierdziła także naruszenie art. 83 ust.2 Pzp poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych odrębnie dla dostawy:

- 20 szt. implantów zakotwiczony na przewodnictwo w kości wraz z procesorem do ubytku słuchu max. 45 dB HL,
- 10 szt. implantów zakotwiczony na przewodnictwo w kości wraz z procesorem do ubytku słuchu max. 55 dB HL.

Tym samym Izba nakazuje zmianę specyfikacji poprzez rozdzielenie przedmiotu zamówienia, tj. dostawy obu urządzeń i dopuszczenie składania ofert częściowych na jedną lub obie części w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała w powyższym zakresie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wskazuje, iż nakazanie wykonania ww. czynności Zamawiającemu jest równoznaczne z zmianą ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu w zakresie w którym dotyczy wykazanych naruszeń siwz.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 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). Izba uwzględniła koszty Odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....